REGISTRO N° 473/11

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los 20 días del mes de abril de dos mil once, se reúnen los miembros de la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Casación Penal, doctores Liliana E. Catucci, Angela E. Ledesma y Eduardo R. Riggi, bajo la presidencia de la primera de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en la ***causa n° 11684*** del registro de esta Sala, caratulada ***"CHABÁN, Omar Emir y otros s/ recurso de casación"***. Representa al Ministerio Público el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé. Las acusaciones privadas están a cargo de los grupos encabezados por los doctores Beatriz Campos y José Antonio Iglesias; Mauricio Lionel Castro, Patricia Núñez Morano y María Marta Marcos; Susana Rico, Vanina Molina y Patricio Poplavsky; y Benicia Gómez con el patrocinio letrado de los doctores María del Carmen Verdú, Marcelo Parrilli, Rubén López Santos y Verónica Prince. Ejercen la defensa de Omar Emir Chabán los doctores Pedro y Vicente D´Attoli; de Raúl Alcides Villarreal los doctores Albino Stefanolo y Marisa Darwiche; de Diego Marcelo Argañaraz el doctor Roberto Bois; de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell el doctor Manuel Martín Gutiérrez; de Maximiliano Djerfy el Defensor Público Oficial doctor Juan Carlos Sambuceti (h); de Carlos Rubén Díaz los doctores Fermín Iturbide y Eduardo Escudero; de Fabiana Gabriela Fiszbin los doctores Marcelo Fainberg, Ignacio Jakim y Patricia De Reatti; de Ana María Fernández el doctor Oscar Vignale; y de Gustavo Juan Torres los doctores Carlos Cruz y Pablo Lafuente. Representan a los terceros civilmente demandados los doctores Carlos Thompson, quien es apoderado del Gobierno de la Ciudad, y Rubén García Villador, representante del Estado Nacional.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: doctor Eduardo Rafael Riggi, doctora Liliana E. Catucci y doctora Ángela Ester Ledesma.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El señor juez doctor **Eduardo Rafael Riggi** dijo:

PRIMERO:

Llega la causa a conocimiento de esta Alzada a raíz de los recursos de casación interpuestos por las partes que a continuación se detallan, contra la sentencia de fs. 66216/67442, dictada por los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24.

Así, los letrados defensores a fs. 67660/73, 67831/42, 67962/68151, 68152/334, 68335/82, 68383/441, 68442/664, 68697/836, impugnaron el fallo en cuanto resolvió: *"**I. RECHAZAR** la nulidad de las actas de debate planteada por el Dr. Vicente D´Attoli, abogado defensor de Omar Emir Chabán. **II. RECHAZAR** el planteo de nulidad de las acusaciones de las querellas en orden al delito de cohecho efectuado por el Dr. Pedro D´Attoli (...) **V. RECHAZAR** los planteos de nulidad de las acusaciones del Sr. Fiscal y de las querellas, así como de la réplica del Dr. López Santos, efectuados por la defensa de Fabiana Gabriela Fiszbin (...) **X. RECHAZAR** el planteo de nulidad de la maqueta virtual efectuado por el Dr. D´Attoli (...) **XIII. CONDENAR** a **OMAR EMIR CHABÁN** de filiación ya consignada, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de incendio doloso calificado por haber causado la muerte de 193 personas y lesiones a por lo menos 1432, en concurso real con el delito de cohecho activo en calidad de autor a la pena de **VEINTE AÑOS DE PRISIÓN**, accesorias legales y costas (Arts. 12, 29 inciso 3°, 45, 55, 186 inciso 5° y 258 del Código Penal y arts. 403 y 531 del C.P.P.N)(...)**XV. CONDENAR** a **RAÚL ALCIDES VILLARREAL** de filiación ya consignada, por considerarlo partícipe secundario del delito de cohecho activo a la pena de **UN AÑO DE PRISIÓN** cuyo cumplimiento será dejado en suspenso, y costas (Arts. 12, 26, 29 inciso° 3, 46 y 258 del Código Penal y arts. 403 y 531 del C.P.P.N.). **XVI. IMPONER** a **RAÚL ALCIDES VILLARREAL** el cumplimiento de las siguientes obligaciones: 1) Fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados por el lapso de dos años (Art. 27 bis inciso 1° del Código Penal). 2) Realizar trabajos no remunerados a favor de la comunidad, a razón de ochenta horas en la sede de Caritas más cercana a su domicilio, por el lapso de un*

año (Art. 27 bis inciso 8° del Código Penal). 3) Realizar un curso de formación ciudadana destinado a inculcarle los principios básicos que rigen en una sociedad democrática, para lo que se oficiará a la Subsecretaría de Promoción de Derechos Humanos dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación (arts. 27 bis inciso 5° del Código Penal)(...) ***XVIII. CONDENAR*** *a* ***DIEGO MARCELO ARGAÑARAZ*** *de filiación ya consignada, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de incendio doloso calificado por haber causado la muerte de 193 personas y al menos 1432 lesionados en concurso real con el delito de cohecho activo en calidad de partícipe necesario a la pena de* ***DIECIOCHO AÑOS DE PRISIÓN****, accesorias legales y costas (Arts. 12, 29 inciso 3°, 45, 55, 186 inciso 5° y 258 del Código Penal y arts. 403 y 531 del C.P.P.N)(...)* ***XXVIII. CONDENAR*** *a* ***CARLOS RUBÉN DÍAZ****, de filiación ya consignada, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de cohecho pasivo en concurso real con el delito de incendio doloso calificado por haber causado la muerte de 193 personas y por lo menos 1432 lesionados, en calidad de partícipe necesario, a la pena de* ***DIECIOCHO AÑOS DE PRISIÓN****, accesorias legales y costas e* ***IMPONER INHABILITACION ESPECIAL PERPETUA*** *(Arts.12, 29 inciso 3°, 45, 55, 186 inciso 5° y 256 del Código Penal y arts. 403 y 531 del C.P.P.N)(...)* ***XXX. CONDENAR*** *a* ***FABIANA GABRIELA FISZBIN*** *de filiación ya consignada, por considerarla autora penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a la pena de* ***DOS AÑOS DE PRISIÓN*** *y* ***CUATRO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL*** *(Arts. 29 inciso 3°, 45 y 248 "in fine" del Código Penal y 403 y 531 del C.P.P.N)(...)* ***XXXII. CONDENAR*** *a* ***ANA MARÍA FERNANDEZ*** *de filiación ya consignada, por considerarla autora penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a la pena de* ***DOS AÑOS DE PRISIÓN*** *y* ***CUATRO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL*** *(Arts. 29 inciso 3°, 45 y 248 "in fine" del Código Penal y 403 y 531 del C.P.P.N).* ***XXXV. HACER LUGAR*** *a la demanda entablada por la Sra. Elvira Carbone y el Sr. Alberto Urcullu y* ***CONDENAR SOLIDARIAMENTE*** *a (...)* ***DIEGO MARCELO ARGAÑARAZ, PATRICIO ROGELIO SANTOS FONTANET, MAXIMILIANO DJERFY, CRISTIÁN ELEAZAR TORREJÓN, ELIO RODRIGO DELGADO, DANIEL HORACIO CARDELL, EDUARDO ARTURO VÁZQUEZ, JUAN ALBERTO CARBONE, CARLOS RUBEN DÍAZ, FABIANA GABRIELA FISZBIN, ANA MARIA FERNANDEZ, al ESTADO NACIONAL, y al GOBIERNO DE***

LA CIUDAD DE BUENOS AIRES *a pagar a los actores dentro del plazo de diez días de encontrarse firme o ejecutoriada esta sentencia —con excepción del Estado Nacional y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires-, la suma de* ***CIENTO VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS PESOS*** *($ 121.600.-) más los intereses indicados y costas".*

Por su parte, el Fiscal General a fs. 67864/942 y los acusadores privados a fs. 67684/707, 67724/50, 67843/63 y 68665/96, atacaron la sentencia en tanto resolvió: *"****XV. CONDENAR*** *a* ***RAÚL ALCIDES VILLARREAL*** *de filiación ya consignada, por considerarlo partícipe secundario del delito de cohecho activo a la pena de* ***UN AÑO DE PRISIÓN*** *cuyo cumplimiento será dejado en suspenso, y costas (Arts. 12, 26, 29 inciso° 3, 46 y 258 del Código Penal y arts. 403 y 531 del C.P.P.N) (...)* ***XVII. ABSOLVER*** *a* ***RAÚL ALCIDES VILLARREAL*** *en orden a los delitos de estrago doloso seguido de muerte y de homicidio simple, en las modalidades de coautor, partícipe necesario y secundario, que fueran materia de acusación (Arts. 3, 403 y 531 "in fine" del C.P.P.N) (...)* ***XX. ABSOLVER*** *a* ***PATRICIO ROGELIO SANTOS FONTANET*** *de filiación ya consignada, en orden a los delitos de estrago doloso seguido de muerte en calidad de coautor, en concurso real con el delito de cohecho activo, tanto en calidad de partícipe necesario como secundario, que fueran materia de acusación, con costas en el orden causado (Arts. 3, 404 y 531 "in fine" del C.P.P.N).* ***XXI. ABSOLVER*** *a* ***EDUARDO ARTURO VÁZQUEZ*** *de filiación ya consignada, en orden a los delitos de estrago doloso seguido de muerte, en calidad de coautor en concurso real con el delito de cohecho activo en calidad de partícipe secundario, que fueran materia de acusación, con costas por su orden.(Arts.3, 403 y 531 "in fine" del C.P.P.N).* ***XXII. ABSOLVER*** *a* ***JUAN ALBERTO CARBONE*** *de filiación ya consignada, en orden a los delitos de estrago doloso seguido de muerte, en calidad de coautor en concurso real con el delito de cohecho activo, en calidad de partícipe secundario que fueran materia de acusación, con costas por su orden (Arts. 3, 403 y 531 "in fine" del C.P.P.N).* ***XXIII. ABSOLVER*** *a* ***CHRISTIAN ELEAZAR TORREJÓN*** *de filiación ya consignada, en orden a los delitos de estrago doloso seguido de muerte, en calidad de coautor, en concurso real con el delito de cohecho activo, en calidad de partícipe secundario, que fueran materia de acusación, con costas en el orden causado (Arts. 3, 403 y 531 "in fine" del C.P.P.N).*

XXIV. ABSOLVER *a* ***MAXIMILIANO DJERFY*** *de filiación ya consignada, en orden a los delitos de estrago doloso seguido de muerte, en calidad de coautor, en concurso real con el delito de cohecho activo, en calidad de partícipe secundario, que fueran materia de acusación, con costas por su orden (Arts. 3, 403 y 531 "in fine" del C.P.P.N).* ***XXV. ABSOLVER*** *a* ***ELIO RODRIGO DELGADO*** *de filiación ya consignada, en orden a los delitos de estrago doloso seguido de muerte en calidad de coautor en concurso real con el delito de cohecho activo en calidad de partícipe secundario, que fueran materia de acusación, con costas en el orden causado (Arts.3, 403 y 531 "in fine" del C.P.P.N).* ***XXVI. ABSOLVER*** *a* ***DANIEL HORACIO CARDELL*** *de filiación ya consignada, en orden a los delitos de estrago doloso seguido de muerte en calidad de coautor, en concurso real con el delito de cohecho activo en calidad de partícipe secundario, que fueran materia de acusación, con costas por su orden (Arts. 3, 403 y 531 "in fine" del C.P.P.N)(...)* ***XXX. CONDENAR*** *a* ***FABIANA GABRIELA FISZBIN*** *de filiación ya consignada, por considerarla autora penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a la pena de* ***DOS AÑOS DE PRISIÓN*** *y* ***CUATRO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL*** *(Arts. 29 inciso 3°, 45 y 248 "in fine" del Código Penal y 403 y 531 del C.P.P.N) (...)* ***XXXII. CONDENAR*** *a* ***ANA MARÍA FERNANDEZ*** *de filiación ya consignada, por considerarla autora penalmente responsable del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a la pena de* ***DOS AÑOS DE PRISIÓN*** *y* ***CUATRO AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL*** *(Arts. 29 inciso 3°, 45 y 248 "in fine" del Código Penal y 403 y 531 del C.P.P.N) (...)* ***XXXIV. ABSOLVER*** *a* ***GUSTAVO JUAN TORRES*** *de filiación ya consignada, en orden a los delitos de homicidio simple en calidad de coautor, estrago culposo seguido de muerte en calidad de autor e incumplimiento de deberes de funcionario público en calidad de coautor que fueran materia de acusación, con costas por su orden (Arts.3, 403 y 531 "in fine" del C.P.P.N)"; y "****XXXVII. REGULAR LOS HONORARIOS PROFESIONALES*** *(...) de los Dres. Mauricio Castro, Patricia Núñez Morano, María Marta Marcos y Sebastián Michaux, conjuntamente en la suma de* ***PESOS CIENTO TREINTA MIL ($ 130.000)*** *(...) de los Dres. Patricio Gastón Poplavsky y Susana Rico, en forma conjunta en la suma de* ***PESOS CIEN MIL ($ 100.000)...".***

Los terceros civilmente demandados, a fs. 67708/22 y

67754/830, cuestionaron la decisión puesto que dispuso: *"**XXVIII. CONDENAR** a **CARLOS RUBÉN DÍAZ**, de filiación ya consignada, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de cohecho pasivo en concurso real con el delito de incendio doloso calificado por haber causado la muerte de 193 personas y por lo menos 1432 lesionados, en calidad de partícipe necesario, a la pena de **DIECIOCHO AÑOS DE PRISIÓN**, accesorias legales y costas e **IMPONER INHABILITACION ESPECIAL PERPETUA** (Arts.12, 29 inciso 3°, 45, 55, 186 inciso 5° y 256 del Código Penal y arts. 403 y 531 del C.P.P.N)(...) **XXXV. HACER LUGAR** a la demanda entablada por la Sra. Elvira Carbone y el Sr. Alberto Urcullu y **CONDENAR SOLIDARIAMENTE** a **OMAR EMIR CHABÁN, DIEGO MARCELO ARGAÑARAZ, PATRICIO ROGELIO SANTOS FONTANET, MAXIMILIANO DJERFY, CRISTIÁN ELEAZAR TORREJÓN, ELIO RODRIGO DELGADO, DANIEL HORACIO CARDELL, EDUARDO ARTURO VÁZQUEZ, JUAN ALBERTO CARBONE, CARLOS RUBEN DÍAZ, FABIANA GABRIELA FISZBIN, ANA MARIA FERNANDEZ, al ESTADO NACIONAL, y al GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES** a pagar a los actores dentro del plazo de diez días de encontrarse firme o ejecutoriada esta sentencia —con excepción del Estado Nacional y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires-, la suma de **CIENTO VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS PESOS** ($ 121.600.-) más los intereses indicados y costas (...) **XXXIX. REGULAR LOS HONORARIOS** correspondientes del Dr. Alberto Urcullu en su doble carácter de letrado y apoderado en la suma de **PESOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS ($ 56.000)**. (arts. 6, 7, 9, 10, 12, 19, 37 y 38 de la ley 21.839 modificada por la ley 24.4322"*.

Por último, la traductora pública del idioma inglés a fs. 67674/8, los peritos designados por las partes a fs. 67683 y 67751/3, y los peritos oficiales a fs. 67943/61, atacaron el fallo en cuanto ordenó: *"**XXXVII. REGULAR LOS HONORARIOS PROFESIONALES** de (...) los peritos, Arq. Walter Gómez Diz, Cayetano Gabriel Profeta, Jorge Cicarrello, Inés Natalia Bodio, Horacio Gallo Calderón, Hernán Santiago Nottoli e Ing. Juan María Cardoni, en conjunto en la suma de **PESOS CINCUENTA MIL ($ 50.000)** (art. 38, 86 y 88 del decreto ley 7887/55); de los peritos Licenciados en Criminalística Eduardo José Lucio Frigerio y Carlos Alberto Junco (...) y el Ing. David Fiszer en la suma de **PESOS CINCO MIL ($ 5.000)** para cada uno de ellos (...) y de la perito traductora de idioma inglés designada de oficio Lic. Karina Alejandra D'Emilio en la suma de **PESOS TRESCIENTOS ($ 300)** (conf. Arts. 29, 30 y 31*

último párrafo de la ley 20.305)".

SEGUNDO:

Desarrollo de los agravios:

A. El Ministerio Público Fiscal.

El Dr. Jorge López Lecube se presenta a fs. 67864/942 e interpone recurso de casación contra la sentencia recaída en autos.

1. Introducción a los agravios.

El impugnante plantea la inobservancia de las normas adjetivas lo que acarrearía la nulidad de la sentencia por ausencia de fundamentación o fundamentación aparente.

Concretamente, afirma que "...*el Tribunal ha efectuado un análisis parcial y erróneo de la prueba de la causa que ha llevado a dudar de la capacidad de culpabilidad de los imputados, receptándola de manera descontextualizada para dar sustento a estas conclusiones desvinculatorias que ahora se cuestionan*".

Así, manifiesta que su objetivo es "...*demostrar que esta fraccionada valoración de la prueba recopilada en el debate ha llevado a una conclusión tan alejada de la realidad respecto de lo ocurrido y verdaderamente probado, que el supuesto de duda en el que se han situado los miembros de este Tribunal para desvincular a los imputados, no constituye su derivación lógica*".

2. Postura del Ministerio Público Fiscal sobre los delitos de comisión por omisión.

Acto seguido, el recurrente manifiesta que si bien "... *no es materia de agravio*" le resulta ineludible señalar la postura del Ministerio Público en cuanto a los delitos de comisión por omisión, en relación a aquella que tomara el Tribunal sentenciante sobre la cual reconociera no seguir la posición dominante. Tras ello, realiza un desarrollo de su postura y la relaciona con el caso en estudio.

Así, concluye que "...*las acciones y omisiones de los imputados pusieron en marcha un curso causal que bajo su dominio, explica de manera completa el hecho histórico ocurrido. Lo hecho y lo no hecho se combinan aquí como factores de equivalente intensidad...*".

3. La situación de Raúl Alcides Villarreal. Errónea valoración del Tribunal.

En cuanto a la absolución del nombrado, advierte que *"...se basa en argumentos dogmáticos que solo provienen de la voluntad de los magistrados que la suscriben, pues hubo valoración parcializada de las pruebas y de la situación del imputado frente a ellos..."*.

3.a. El rol.

Así pues, con relación a la participación y responsabilidad de Villarreal en torno a los hechos que dieron origen al siniestro, se agravia en primer término de que no fueron consideradas *"...las circunstancias globales en que tuvieron lugar los hechos, en particular la general formación en el medio artístico del imputado, las características de la conducta que fuera desplegada por Villarreal y las manifestaciones de todos aquellos testigos escuchados durante la audiencia que dieron cuenta de ello..."*.

Además, remarca *"...como punto fundamental de olvido en ese análisis, la de la efectiva actividad de Villarreal los recitales previos al 30, es decir los llevados adelante por la misma banda los días 28 y 29 de diciembre de 2004"*, por lo que en este aspecto, la sentencia no está fundada.

A ello agrega que *"Otro dato que confirma lo expuesto es el horario de arribo de Chabán, es decir que el organizador, pues así lo definió el Tribunal, llegó al lugar a pocos minutos de comenzar el show de Callejeros, y cómo puede pensarse seriamente en que el propio responsable no se halle presente para disponer todo lo necesario, si no fuera por la indispensable colaboración que le prestaba su hombre de confianza, además un idóneo en la actividad, lo que permitía noche tras noche que todo se realizara en la forma ideada y así el día 30 de diciembre, que no fue la excepción, todo se realizó en la forma prevista, defectuosa y peligrosamente pronosticada, gracias al aporte necesario de Raúl Alcides Villarreal"*.

Por ello, afirma que *"Raúl Villarreal, no sólo la noche del 30, vendió entradas, controló el armado de las colas para su ingreso, sino que 'dio puerta', actividad que conlleva, y ello fue avalado en forma unánime de parte de todos aquellos a quienes (...) se ha interrogado, la especial tarea de controlar el interior y el exterior del local 'todo', para que esté listo para procederse al ingreso del público, necesario primer paso destinado*

'irreversiblemente' a la realización del show; lo que implicó que no sólo hiciera caso omiso al candado que clausuraba la puerta alternativa de salida, sino que fue probado en (...) audiencia que la noche del 30 ordenó a Mario Díaz cerrar los portones 'aquellos más grandes de ingreso, los únicos verdaderamente de ingreso' color violeta, a quien ayudó en la tarea, permitiendo a la vez el cierre de las puertas vaivén que no escapaban a su vista, de hecho estaba allí cuando comienza a generarse el incendio".

Concluye entonces que Villarreal, al decir de los testigos, era la persona que "...*controlaba la puerta y por su siempre estratégica ubicación y ante sus ojos dejó ingresar gente al lugar hasta que ni un alfiler cabía, eximidos de control, ya sea para garantizar la recaudación a los organizadores responsables, así como para asegurarse extras que recibía a cambio de dejar pasar sin control a un número indeterminado de personas...*".

En este punto, advierte que el Tribunal "...*se remite a efectuar un examen fragmentario de distintos elementos de juicio [de] la causa, sin dar razones suficientes para ello, ni integrarlos ni armonizarlos debidamente, lo que resulta indispensable a efectos de agotar la tarea de valorar la prueba y satisfacer de manera cabal las exigencias constitucionales*".

3.b. La fungibilidad.

En segundo lugar y dando entonces por sentado que Villarreal actuó el día de los hechos, critica la afirmación del Tribunal *a quo* en el sentido de que su tarea no era imprescindible en el lugar y que era una persona totalmente fungible.

De ese modo, comienza por marcar las contradicciones en que incurrió el Tribunal *a quo* respecto de la relación que unía a Chabán y Villarreal. Señala que al mismo tiempo que consideró que éste era una persona totalmente fungible, hizo consideraciones opuestas a la hora de mencionar, por ejemplo, la libertad de movimiento que le otorgaba Chabán, de delegación en la realización del bordereaux o en haberlo elegido para hacer efectivo el pago de coimas.

Además, indica que fue Omar Chabán quien "...*se encargó de destacar (...) los años de trabajo junto a el encausado, su incondicional presencia y por sobre todas las cosas su irremplazable figura; en una relación que los años, el*

conocimiento y el gusto que compartían por el trabajo que llevaban adelante, los había hecho inseparables...".

De allí que considera que de ninguna manera Villarreal era fungible o reemplazable por otra persona.

Finalmente, agrega sobre el punto que "...*el debate demostró que el local de República Cromañón sólo abría sus puertas no estando Omar Chabán, sí y solamente sí, estaba en el lugar Raúl Villarreal. Lo mismo ocurría con Cemento y así lo manifestaron no sólo Chabán y Villarreal (este último: 'habré faltado tres o cuatro veces a Cromañon y fue porque tuve que abrir Cemento'), sino gran numero de testigos, entre los que se incluye al personal contratado por Chabán, que cumplía diversas tareas de mantenimiento en lo locales que éste explotaba...".*

3.c. La autonomía y el aporte.

Luego, en tercer término, pasa a examinar qué tipo de aporte y colaboración realizó este imputado; pasaje del escrito en el cual centra sus observaciones en la afirmación del Tribunal de juicio (contradictoria "...*respecto a todo lo que anteriormente concluyera...*") de que Villarreal "...*puede haber realizado alguna colaboración, pero siempre bajo las órdenes de su empleador Chabán, el único explotador del local...".*

Así pues, se pregunta si Villarreal "...*participó o colaboró tal como lo transcribe el Tribunal, ¿cuál fue su participación?".* Al respecto, se cuestiona si "...*`Dar puerta´ la noche del 30 con todas las implicancias que como bien sabemos conllevó, amén de haber vendido entradas aumentando sin control alguno el número de espectadores, tener bajo su control las puertas de acceso, ordenar el cierre de las principales al momento del comienzo del show, entre otras, ¿fueron meras colaboraciones?¿son estas las colaboraciones de las que habla el Tribunal?, obviamente, no*".

A continuación, se pregunta "*¿fue autónomo Villarreal en su empresa?, la respuesta es ineludible: sí. Era propio del rol que jugaba Villarreal realizar ciertos controles, como los ya señalados* de *verificar que la puerta de emergencia se encontrara presta para su uso, impedir el exceso de concurrentes, controlar que no se ingresen bengalas al lugar, es decir que aún bajo la supervisión de quien era el explotador del local Omar Emir Chabán -circunstancia que jamás fue controvertida en el debate-, contaba*

no sólo con conocimientos, sino con autonomía como para tomar sobre sí, responsabilidades. Es así que él decidió prestar su colaboración, sin más, a la temeraria empresa que se llevaba a cabo y esa decisión es la base del reproche, a quien libre y deliberadamente realiza un aporte que se considera vital para llevar adelante una actividad con la elevación sustancial del riesgo permitido, aumentando aún más esos riesgos a su esfera de actuación...".

En esa línea de argumentación, indica que "*Las funciones específicas de Villarreal estaban dadas por su conocimiento del rubro y la especial confianza que existía con Chabán. Es impensable, pues, que en aquél contexto y con el poder de decisión que ostentaba y su vastísima experiencia, no se haya percatado de todos y cada uno de los factores de riesgo jurídicamente desaprovados que convergían a* ***¡Que valioso aporte al autor!.*** *Sobre ello todos los testimonios fueron unánimes y coincidentes en cuanto a que Raúl Villarreal exteriorizaba y se comportaba como el verdadero encargado del lugar en ausencia del explotador. No olvidemos que la noche del 30, quedó acreditado que Omar Chabán recién llegó al local pasadas las 22.00 horas...".*

Sobre este último aspecto, agrega que "*...cuando el Tribunal destaca 'Chabán también tenía poder de decisión sobre ellos porque, lógicamente, era el referente del local. De las personas que allí se desempeñaban era quien tenía la última palabra', es cierto, claro que para ello debía estar, sino como vimos, Raúl Villarreal, su compañero de 20 años de labor y mano derecha indiscutida, era quien la detentaba".*

Luego advierte sobre el conocimiento que tenía Villarreal de la actividad que realizaba, y de otros factores; en ese sentido, indica que "*Conocía del ingreso de bengalas, sin dejar de mencionar que sabía de todos los elementos que se hallaban colocados en el techo, como de los principios de incendio que con mayor fortuna habían ocurrido ese año, de hecho él mismo reconoció que conocía la costumbre bengalera de la banda y sus seguidores...*"; "*...sabía de la famosa advertencia que a nadie advertía, que Chabán había realizado en reiteradas oportunidades...*"; "*...conocía del exceso de gente (aspecto harto comprobado en el debate), y del cierre de cada uno de los medios de salida, pues era él quien 'daba puerta', tarea que imponía*

cuanto menos y aún a riesgo de ser redundantes, revisar el lugar antes de dar la orden para que comience el ingreso del público y se de inicio al recital".

Por esas consideraciones, concluye que "...*era conocedor de la implicancia de cada uno de los factores de riesgo jurídicamente desaprobados que (...) con su anuencia y colaboración fueron elevados, con directa incidencia en la producción del estrago, las muertes y lesiones, nefastas consecuencias para los concurrentes al lugar...*".

En ese sentido sostiene que "*Ya la Excma. Cámara consideró, y compartimos los argumentos allí vertidos, que Villarreal no poseía posición de garante alguna que lo obligue a intervenir a los efectos de evitar la producción de resultados que afecten los bienes jurídicos protegidos que se hallaban en juego en este caso; razón por la cual no puede ser autor de la causación de un estrago seguido de muerte en la modalidad de comisión por omisión, y en cambio, si se encuentra acreditada su necesaria participación personal en la elevación del riesgo permitido en relación a República Cromañon*".

Sobre la base de doctrina y jurisprudencia finaliza el punto entonces señalando que, respecto del aporte, "...*sería suficiente con que el cómplice aumentara las posibilidades de éxito de la acción adecuada al supuesto de hecho típico, por ejemplo facilitándola con un consejo, acelerándola con el aporte de herramientas apropiadas o asegurándola con su vigilancia...*".

3.d. La intervención en el delito de cohecho.

3.d.1. Participación necesaria.

En primer lugar, plantea que su agravio consiste en "...*la ilogicidad manejada por los jueces para entender que la suerte de actividad de Villarreal lo coloca en la participación que le asignaran: secundaria*".

Con relación a esa conclusión, insiste en que "...*no es razonado su desarrollo y no se ajusta con el aporte que Villarreal generó*", toda vez que "*Villarreal con su indispensable conducta garantizaba el cumplimiento del acuerdo en cada caso concreto (...) con la confección de las liquidaciones de gastos en las que determinaba los montos a abonar y hasta llegaba a ajustar los pagos, en ausencia del mismo Chabán cuando las situaciones excepcionales así lo requerían*". Además, hace hincapié en la

libertad de decidir en el caso que tenía el nombrado, demostrándose también con ello la "...*voluntad de participar en el hecho antijurídico principal y de cooperar de esa forma en la lesión de la norma*".

Sobre esa base, manifiesta que "...*la concreta asignación del aporte de Villarreal que lo dota de un valor tal que sin el mismo el delito no hubiera podido ser perpetrado en la forma en la que fue desarrollado*", y allí puntualiza que "*Tan esencial resultó su aporte, que el mismo Chabán podía no estar presente, sabiendo que Villarreal era la garantía para que todo siguiese adelante*".

Por ello, indica que "*Cuando el Tribunal sentencia que Villarreal 'No tenía dominio de la situación', se equivoca nuevamente y concluye en forma arbitraria, toda vez que ello no es ninguna derivación lógica de la prueba adquirida en el debate*", y critica la afirmación del Tribunal Oral, respecto "...*de su conocimiento del acuerdo espurio y de la posibilidad de introducir en él algunas modificaciones no esenciales que no obstante eran controladas por Chabán...*".

Así, sobre el "*corte de calle*", sostiene que Villarreal "...*disponía de dinero y lo utilizó con absoluta libertad -le dio a Díaz 200 $ más-; para lo cual no consultó con Chabán, no pidió su autorización, no actuó con 'cierta' o 'alguna' autonomía, lo hizo con absoluta libertad, a tal punto que fue el mismo Chabán quien, al llegar al local, lo consultó sobre la forma del arreglo*".

A ello agrega que, "*Sabemos lo que el público significó en el ingreso, la cantidad en la calle, las medidas que hubo que implementar para facilitar el acceso de por lo menos tres veces más la capacidad del local, por eso resulta ilógico el razonamiento del Tribunal al señalar que este dato no era 'esencial', en realidad lo fue también 'fundamental'. La modificación dispuesta por Villarreal en orden al acuerdo de ese día fue indispensable y categórica para la organización*".

3.d.2. Sobre las fechas no alcanzadas por la sentencia.

En segundo lugar indica "...*que esta participación esencial en el delito de cohecho lo fue también en orden a las fechas del 20/11/04, 25 y 26/12/04 y al propio día de la tragedia, 30/12/04*", mientras que "...*el Tribunal, entendiendo que se ha tratado de un hecho único con pluralidad de comportamientos,*

consideró que no se habría probado la existencia de aquellos, si bien ello por las razones alegadas, no llevará al dictado de un pronunciamiento absolutorio a su respecto"(sic).

En principio argumenta en torno a las consideraciones fácticas del caso e indica "...*que el modus operandi plasmado obligaba extender el alcance del acuerdo a todas las fechas, aún en el supuesto en que se haya efectuado un solo pago. Lo pactado para los recitales de Callejeros de diciembre de 2004, incluía las tres fechas, este razonamiento se apoya en que en todas ellas resultaba visiblemente similar la forma de llevarse a cabo la organización del evento: ingreso y venta de alcohol a menores de edad, accionamiento de pirotecnia en medio de la calle, ingresos multitudinarios al local, obstaculización del tránsito, disturbios, exceso de público, comprobados también en los casos de Carajo, La 25 y los días 29 y 30 en Callejeros (documental SADAIC fs. 10.724)*".

En esa línea de argumentación, sostiene que la consecuencia es que "...*la nula intervención de la autoridad llevaba a una única solución, que no es otra que la de considerar que el dinero entregado o prometido, guardaba relación de causalidad con las omisiones funcionales, fecha tras fecha hasta llegar a la fatídica noche del 30 diciembre 2004*".

Luego, critica la afirmación del Tribunal, quien "...*no ha podido afirmar la existencia de una cooperación o aporte en el pacto espurio correspondiente a esa fecha* [30 de diciembre de 2004], *sino que su intervención como cómplice se verificó los días 28 y 29 de diciembre de ese año, a través del efectivo pago de una suma dinero al Subcomisario Carlos Rubén Díaz*", pues el delito del caso "...*no requiere de la efectiva entrega de dinero. 'Basta el ofrecimiento, aunque el funcionario no reciba dádiva, para que se configure el cohecho. Sólo se necesita poner al alcance aunque no en la mano. Basta ponerlo en la tentación de tomar'...*".

En concreto, agrega que la "...*efectiva entrega que el Tribunal reclama no se pudo hacer efectiva por la magnitud de la tragedia que se desencadenaría al minuto de darse inicio al recital de Callejeros*".

En síntesis, alega que "...*esas negociaciones ilícitas asumidas por el imputado incluyeron sin duda la tercer fecha, considerar otra opción, tal como se hace en la sentencia, cae en*

lo absurdo, lo que constituye un evidente apartamiento de la reglas de la sana crítica".

Por lo demás, y en cuanto a las fechas anteriores a la del hecho se refiere (20 de noviembre y 25 y 26 de diciembre de 2004), *"...la recepción ocurrió de manera necesaria, de allí que no se sustente la posición del Tribunal de manera razonable; pues ninguna otra opción es posible conjeturar, en tanto, en las rendiciones de cuentas a las que aludió Cozodoy y de las que se encargaba Villarreal, se contemplaba el gasto y no puede seriamente esbozarse que el servicio de impunidad hubiera seguido vigente de no encontrarse los pagos o la promesa de ellos al día".*

Finalmente *"...entiende que existen casos en los que la repetición de conductas no implica necesariamente un concurso real, sino un mayor contenido de injusto de la conducta; para así evitar consecuencias desatinadas que posiblemente colisionarían con el principio de racionalidad de la pena, de allí los conceptos por los que abogo, tendientes a que la condena ampare todos los hechos por los que Villarreal fuera formalmente acusado por este Ministerio...".*

4. Crítica a la absolución de la banda "Callejeros".

Manifiesta que el agravio *"...se suscita a partir de la absolución a la que se arriba a raíz de haberse omitido arbitrariamente una serie de indicios y elementos probatorios de suma trascendencia, relacionados con la mayoría de los integrantes de la banda 'Callejeros'"*, y cuestiona el argumento del Tribunal *a quo* de que *"...los miembros de la banda no cumplieron la función de co-organizadores del recital del día 30 de diciembre de 2004, afirmando que de dicha tarea fueron responsables solo Chabán y Argañaraz; y que por lo tanto dicha circunstancia incide directamente en lo que hace a su posición de garante...".*

4.a. El grupo musical como bloque de imputación. Funcionamiento interno de la banda "Callejeros".

Como punto de partida de su razonamiento, plantea que *"...la circunstancia de considerar a la banda Callejeros, dentro de la que incluimos a Argañaraz, como bloque único de imputación, no es algo novedoso, viene desde la instrucción, y es a partir de dicho análisis que se irán decantando los puntos inapelables y fundamentales que darán lugar a la reafirmación de ésta postura, la cual incidirá concretamente en el hecho de poder hallar a los*

integrantes de la banda que han obtenido un pronunciamiento absolutorio, como co-organizadores...".

Entonces, reseña que "*...en relación con el punto central por el cual me agravio, se analizó en la sentencia, el conocimiento de los co-organizadores en relación con los diversos factores de riesgo que constituían la situación típica, como así también si frente a ellos se representaron y actualizaron la posible situación de peligro común y si sabían que con la realización de la acción salvadora, esto es, suspender el recital, se podía conjurar el potencial lesivo en curso*".

En este punto recuerda que el Tribunal *a quo* consideró erróneamente "*...que a excepción del manager Diego Argañaraz, no se probó que el resto de los músicos de la banda `Callejeros´ y su escenógrafo, hayan intervenido de manera alguna en la organización del espectáculo del 30 de diciembre de 2004; por ende no se puede sostener que fueran garantes, ni siquiera en sentido genérico, de la evitación del resultado. Si esto es así, entonces no pueden responder por omisión...*".

De esa manera, argumenta que el Tribunal de juicio omitió cotejar las declaraciones de los propios integrantes de la banda prestadas en sede de instrucción en cuanto afirmaron que decidían las cuestiones entre todos y menciona testigos que se manifestaron de igual manera.

4.b. Los integrantes de "Callejeros" como co-organizadores. Rol del manager.

En esa línea, señala que el Tribunal sostuvo "*...que el hecho de decidir de la manera indicada, no implica que todos los integrantes participaran en los aspectos organizativos de los recitales, poniendo dicha tarea sólo en cabeza de Argañaraz*" y, agrega, se puede sostener "*...que los integrantes de la banda tuvieran tareas diferentes dentro del grupo, y que por tal motivo, sí puede afirmarse que Argañaraz era el nexo entre el resto de la banda (tal y como lo señalara el Tribunal) y Chabán, Leggio o Piñeyro por ejemplo*".

Sin embargo, cuestiona que justamente esa es "*...la razón central del por qué debe afirmarse que* ***todos*** *los integrantes de la banda participaron de algún modo en la co-organización de los recitales, ello por cuanto que Argañaraz, debido a la tarea que le tocaba desempeñar, era solamente un nexo, un comunicador de lo*

decidido y de alguna manera de lo ya organizado y aceptado por toda la banda".

Puntualmente, arguye que *"Este cierre que a modo de conclusión coloca a Argañaraz como enlace entre el resto de sus compañeros de banda y el exterior, tal como fuera sostenido en la acusación, no se ha visto conmovido por ninguna prueba producida durante el debate. De otra manera, jamás podría aceptarse que Argañaraz no cobrara un 'sueldo' distinto al del resto de la banda en razón de su especial actividad. La forma por ellos reconocida en cuanto al reparto equitativo del dinero, pone nuevamente de manifiesto la incontrastable realidad de que el grupo se manejaba como una cooperativa".*

Precisamente, esa *"...distinción de tareas, es la razón por la que el nombrado Argañaraz, tenía detallado en la agenda que le fuera secuestrada al momento de su detención, algunos puntos relacionados con la organización de los eventos y de la banda en sí..."*.

Planteada así la cuestión, presenta su agravio central en estos términos: *"El hecho que Argañaraz ocupara esa posición, tal y como lo mencionara anteriormente, no amerita a suponer que fuera el único que asumiera la responsabilidad de la co-organización, y menos a considerar posible a raíz de esa situación un hipotético desconocimiento por parte del resto de los integrantes de los riesgos, las condiciones del local, o el incumplimiento de determinados deberes"*, y critica la decisión del Tribunal *a quo* por arbitrariedad, que puso *"...sólo en cabeza del miembro de la banda Argañaraz, el poder de disposición del personal de seguridad en la entrada, de decidir quiénes ingresaban o no al lugar, e incluso de impartirle directivas a las personas encargadas del sonido, en el caso Leggio y sus empleados".*

Al mismo tiempo, cuestiona que *"De haber alguno de los restantes integrantes de la banda indicado u ordenado la realización de alguna tarea a Bussi, Leggio o incluso a los que se encontraban en los controles de las puertas de ingreso ¿No se los habría escuchado?, o en verdad lo cierto es que contaban con el mismo poder sobre estos aspectos, ya que tanto la seguridad, la iluminación, el sonido, etc., respondían a 'Callejeros' y no solamente a Argañaraz. Ilógico sería suponer que Leggio no concretaba con los músicos circunstancias relacionadas con el*

sonido y que Cardell no tomara intervención en las referentes a la iluminación, sin perjuicio de que Argañaraz cumpliera la función de 'vocero', de comunicador de lo que ya todos habían acordado y organizado".

En esa línea, dice "...*que las conclusiones a las que ha arribado el Tribunal en relación con estos puntos analizados en los acápites dedicados al condenado Argañaraz, resultan perfectamente aplicables a los restantes miembros de la banda (...) ello sin dejar de observar la aclaración efectuada previamente, relacionada con la postura que sigue éste Ministerio en lo que respecta al deber de garante; y el carácter de co-organizadores con el que entendemos contaban los miembros de la banda absueltos*".

4.c. El conocimiento de los factores de riesgo.

Sobre el punto sostiene que "...*en relación con el uso de pirotecnia y el peligro que generaba, todos los integrantes de la banda eran concientes de ello*", pues en anteriores recitales se habían labrado actuaciones contravencionales respecto de los titulares de los lugares donde actuaron; así, por ejemplo, refiere dichos de funcionarios públicos quienes afirmaron que "...*se habló con los organizadores y el manager de la banda para evitar que se repitieran los hechos* [y] *con el cantante de la banda por la peligrosidad de la cantidad de las bengalas que contaminaban el ambiente, quien en el show hizo un intervalo y le dijo al público 'Aca no dejan prender bengalas. Yo cumplo en decírselos', lo cual demostró desinterés por nuestro pedido...*".

Menciona también una entrevista periodística brindada por Eduardo Vázquez, baterista de la banda, que habría sido grabada antes del hecho, quien afirmó "...*que en Cromañon el 30 hubo muchas bengalas y fue la frutilla del postre, dando cuenta de la utilización de pirotecnia aún antes de que ello ocurriera...*".

Agrega que, con relación al conocimiento que "...*podían tener respecto del uso de éste material el día 30, adviértase como lo señaláramos anteriormente, Callejeros ya había tocado el día 28 y 29, y en mayor o menor medida, ya se había accionado pirotecnia en el lugar*", y completa discutiendo que "*las argumentaciones del Tribunal efectuadas en relación con Argañaraz ameritan a que repitamos nuevamente que esos fundamentos pueden aplicarse al resto de la banda, puesto que tenían el mismo conocimiento que*

aquél, en relación con lo sucedido el día 25 de diciembre. Fue Fontanet quien durante el recital del día 28 le hizo saber a su público lo sucedido el día del recital de `La 25´".

Entonces, observa que *"...si todo ese conocimiento puede ser puesto en cabeza del manager ¿Cuánto más podemos exigir de los restantes miembros que se encontraban sobre el escenario y tenían una mejor visión sobre la cantidad de público que se encontraba en el lugar, y por otro lado, sabían del mismo modo que Argañaraz que la banda se encontraba en un incremento vertiginoso del poder de convocatoria?".*

Sobre esa base, plantea que *"Es contradictorio afirmar, tal y como lo sostiene el Tribunal, que sólo Argañaraz fuera quien pretendía darle a la banda la impronta de 'banda bengalera', y clara prueba de ello (...) resultan ser los videos de los recitales prestados por Callejeros en Cromañon el día 28/5/04 y en Obras Sanitarias el día 30/7/04".* En ese sentido, considera *"...como sumamente improbable que los seguidores de Callejeros respondieran a Argañaraz...".*

Por estas razones, entiende que está claro *"...que Callejeros se manejaba como un todo sin perjuicio del modo en el que ello se representara en 'el afuera'"*, por lo cual *"Forzada es ahora la ubicación que el Tribunal intenta asignarle a Argañaraz; ya que con su llegada, éste sólo se incorporó a un sistema corporativo de líneas de mando horizontales".*

Finalmente agrega que *"En razón de todo lo hasta aquí expuesto, bien podemos decir que esta suerte de concierto general que ha quedado demostrada más allá de la insatisfactoria conclusión de los Magistrados respecto de considerar que las diferentes funciones desarrolladas dentro del grupo marcaría el destino de la faz organizativa de los shows, lo que nos permite ingresar directamente en el delito del cohecho".*

4.d. Conocimiento del pago de sobornos.

El recurrente manifiesta que *"La paga por el soborno a la policía era conocida, compartida y asumida por todos los integrantes de esta banda".*

Particularmente, discute que *"...después de haber visto a Fontanet dirigirse al público de Obras para señalar que no se podía tirar pirotecnia allí, de haber conocido las causas contravencionales que se iniciaron (...), de haber observado*

menores en sus show en hombros de sus padres, de haber dado su primer show el del 28 con la conciencia de lo vivido, preludio de la trágica noche del 30, se pueda decir razonablemente ahora, que los músicos no sabían que se pagaba por permitir que el show se llevara adelante con todas las irregularidades mencionadas".

Continúa señalando que "*Fontanet, Djerfy, Vázquez, Torrejón, Carbone, Delgado y Cardell fueron testigos presenciales y privilegiados de todo cuanto ocurría*", y que sobre el punto, "*El grupo jamás ha podido justificar, pues ningún argumento se ha aportado, ni es posible a esta altura siquiera imaginarlo, hecho que no puede soslayarse, de que la falta de control les era indispensable para que se permita el ingreso de la pirotecnia al lugar para cumplir con el folclore del que ya tanto hablamos. Es precisamente este conocimiento sobre la posibilidad de contar con una ausencia de control lo que los vincula de manera cierta e irrefutable al acuerdo ilícito*".

En definitiva, plantea que "*...una vez acreditada la relación entre Chabán y la policía para garantizar la impunidad que era ya moneda corriente, el procedimiento no era ajeno a la banda*", pues "***...todos ellos***, *no querían tener problemas, los que sabían podían y casi con seguridad iban a tener, como ya los habían tenido*".

Acto seguido, con relación a este último punto, se pregunta si "*Puede pensarse seriamente que las causas contravencionales por el uso indebido de la pirotecnia, involucraría sólo al organizador, y que aún sosteniéndose ello de manera casi naif, aquél o aquellos que irían a sufrir las consecuencias derivadas de la falta, lo iban a hacer sin trasladar nada a quiénes precisamente admitían y alentaban con su fogosa adhesión a que ello ocurriera?*" (sic).

De esa manera, esboza que "*...la contribución que al pacto efectuara sólo Argañaraz en cuanto el cuestionable criterio de esta sentencia, era conocido por todos los integrantes de la banda, y en nada empecía que sólo estuviera asentado en la agenda de Diego o que Villarreal fuera quien entregara el dinero a Díaz*".

En esos términos, y sobre la base de doctrina que cita, finaliza diciendo que "*La libertad del juez al valorar la prueba, su discrecionalidad (...) acerca de la credibilidad y la eficacia de los elementos de comprobación, no debe ser entendida como un*

arbitrio subjetivo y racional incontrolable; antes bien, y conforme señala Taruffo, el magistrado '...tiene el deber preciso de extraer, de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicamente aceptables. A continuación, sobre la base de estos datos, debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables'...".

5. Formula reserva del caso federal.

B. Los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina en representación de uno de los grupos de querellantes.

A fojas 67684/707 obra el recurso de casación interpuesto por los mentados letrados.

1. Introducción a los agravios. Arbitrariedad.

Señalan que es *"...llamativo y también, netamente contradictorio que se los absuelva desde lo penal, y se los condene desde lo civil... como, por un lado son todos un Grupo (Manager y todos los demás integrantes. Responsabilidad Civil), y por el otro son un Manager y un Grupo (responsabilidad Penal)".*

Expresan los desacuerdos con los tramos de la sentencia que no comparten, y en ese sentido sostienen que *"...no fue el término 'Absolución' lo que les ha molestado* [a los familiares de las víctimas], *sino la argumentación que se ha utilizado para hacerlo; pobre, vacía, contradictoria".*

2. El rol de Raúl Alcides Villarreal en el local República Cromañón.

Comienzan el desarrollo concreto de sus agravios, indicando que *"…sabemos que el Sr. Raúl Villarreal tenía participación clara y precisa en cuestiones de organización del Local, en forma secundaria y menor a la de Omar Chabán, pero de alguna forma tenía ámbito de dominio ya sea en presencia de éste o cuando él mismo no se encontraba".*

Agregan que Villarreal *"...manejaba también parte de la seguridad, e incluso podía evitar que ingresantes no sean revisados..." y "...participaba también en la organización de Cromañón, esto ha sido mencionado por cientos de testigos, tanto en la instrucción como en el debate oral".*

Finalmente, por otro lado, dicen que la sentencia se

equivoca cuando sostiene que el nombrado no ocupaba posición de garante por no haber intervenido en la organización del show, y mencionan testimonios que lo describen realizando diversas funciones en el lugar. Uno de los testimonios citados es el de Luciano Otarola, empleado del boliche, quien dijo *"...que Villarreal se ocupaba de 'todo el tema de las cuentas' cuando no estaban Yamil Chabán ni Omar Chabán... era amigo de Chabán y habían trabajado juntos en 'Cemento'. Añadió que no podía precisar la función específica de aquél en el local, pero lo único que podía decir era que se encargaba del tema de las boleterías, como ser vender las entradas y 'hacer los números, manejar los números de la fecha'... si recibían una orden de Villarreal y no estaban Omar ni Yamil, debían cumplirla"*.

2.a. Fungibilidad.

Indican, en relación al tema, lo siguiente: *"...Chabán necesitaba necesariamente de Villareal. Evidentemente solo no podía. Y como ya hemos explicado, cuando éste no estaba; Villarreal cumplía todas sus funciones. Es más tenía incluso autonomía para tomar decisiones"*.

Resaltan que pasó a convertirse en la mano derecha de Chabán, es así que *"Raúl Villarreal estaba plenamente interiorizado en el negocio, con absoluto conocimiento sobre la organización del mismo, su giro comercial y dinámica en cada evento que se llevaba a cabo, y con un importante grado de independencia en lo que a decisiones sobre el funcionamiento del local respecta; donde, lejos de asumir el rol de simple empleado y/o colaborador, tenía una activa participación en el 'negocio'..."*.

Aseveran que *"Tal era el grado de responsabilidad en la organización de los eventos que Villarreal tenía, que justamente por eso, cuesta situarlo en una función específica. Se evidencia, por el contrario, como la persona de confianza de Chabán que, sin encargarse de nada en particular,* ***está al tanto de todo*** *y tiene injerencia en cualquiera de los aspectos del negocio"*.

2.b. Aporte y autonomía. Conocimiento de los factores de riesgo. Relevancia jurídica de la conducta.

Reseñan sobre el punto que *"La principal responsabilidad de Villarreal emana, justamente, de haber sido una de las personas que participó activamente de la organización del trágico*

espectáculo, con conocimiento del exceso del público, del estado de la puerta de emergencia, del ingreso de pirotecnia, de las deficiencias del control, de los incendios anteriores y de la posibilidad de un episodio con consecuencias trágicas, cuestiones ***QUE BAJO NINGÚN PUNTO DE VISTA PODÍA DESCONOCER****".*

En referencia a la puerta de emergencia, afirman que *"...tal como lo han relatado los distintos empleados del local, era por todos conocida y sabían que estaba cerrada. Desde ese punto de vista, mal podía ser ignorada por Raúl Villarreal, máxime teniendo en cuenta ese protagónico rol al que hiciéramos referencia".*

Además, recalcan que *"Siendo la persona que tenía un importante manejo de todas las cosas del local, más allá que haya sido Chabán quien ordenó cerrar la puerta, pudo y debió arbitrar los medios necesarios para procurar su apertura o, al menos, intentar organizar la salida por las otras puertas".*

Como así también, *"No podía desconocerlas y evidentemente sabía el riesgo que todas ellas entrañaban para los presentes. En otras palabras Raúl Villarreal no podía desconocer que la puerta de emergencia estaba cerrada; no podía tampoco dejar de saber que el local estaba colmado, sobrepasado en su capacidad y que, de acuerdo a esos extremos y a la particular y conocida afición a la pirotecnia que tenían los seguidores del grupo, podía avizorarse lo que finalmente ocurrió. Máxime si se tenía en cuenta que se trataba de un lugar cerrado, que poseía material combustible, que en el local, además, ya habían tenido lugar varios incendios y cuando Chabán antes de empezar los recitales avisaba por el micrófono que estaba prohibido el uso de pirotecnia, que se iba a incendiar el lugar y que se iban a morir todos porque no iban a poder salir".*

Apuntan que *"Es cierto que esas condiciones, o al menos la gran mayoría, no fueron impuestas por Villarreal. Pero no lo es menos que él sí fue artífice de la más importante de ellas. Avaló con su presencia, activa participación y capacidad organizativa el desarrollo de un espectáculo aún a pesar de la existencia y evidencia de todos esos riesgos, que él conocía a la perfección, sin importarle las consecuencias, que ya eran objetivamente previsibles".*

Reiteran los recurrentes que *"Villarreal no era un*

empleado más. No se limitaba a cumplir órdenes y llevar adelante una determinada y acotada tarea. Rendía cuentas, es cierto, pero tenía una autonomía y grado de participación en el negocio que lo colocan, a no dudarlo, en una posición de responsabilidad cierta con respecto a los hechos ocurridos el 30 de Diciembre de 2004".

Por lo que *"Sin dudas, desde esa posición que ocupaba, estaban a su alcance distintas medidas como para intentar evitar lo ocurrido. Y, si no fuese así, si él sabía que no tenía ni la autonomía ni el poder para corregir esas falencias, no debería haberlas avalado. Pero Villarreal, lejos de ello, no sólo las convalidó con su presencia y trabajo, las potenció y coadyuvó a la producción del resultado desde el momento que fue partícipe de la organización del espectáculo y de la convocatoria y permanencia del público en ese lugar en las adversas condiciones descritas y ya conocidas por todos"*.

3. El grupo musical como bloque de imputación. Funcionamiento interno del grupo.

Respecto a la valoración efectuada sobre los integrantes de la banda, expresan que "*Siempre hemos afirmado que* ***TODOS****, repetimos* ***TODOS los integrantes de Callejeros eran coorganizadores****, la noche del 30 de Diciembre de 2004 — al igual que en otros recitales —. Afirmar lo contrario, o deslindar esta tarea solo en el Manager Diego Argañaráz, implica desconocer abiertamente los elementos de prueba observados a lo largo de un año de Juicio Oral"*.

Mencionan el testimonio de la representante de prensa del grupo Callejeros, Aldana Aprea, en apoyo de su tesitura.

En ese sentido refieren que *"Fue la banda musical 'Callejeros' y no solo Argañaráz, la que eligió tocar en un lugar como 'República Cromañón' y lo hizo, justamente, a sabiendas de las características de ese lugar. Entre esas características existe coincidencia entre los integrantes de la banda acerca de que 'República Cromañón' era un buen lugar para brindar recitales, por su amplitud, por la vista que se tenía desde el escenario, por las amplias entradas, etc"*.

Señalan que la elección de tocar en ese lugar se debió a la falta de controles para utilizar pirotecnia. Se remite a los videos del primer recital de Obras, y a los audios de la radio Rock & Pop.

3.a. Impronta pirotécnica. Errónea atribución exclusiva a Diego Argañaraz en desmedro del resto del grupo.

A continuación transcriben un fragmento de la sentencia donde el Tribunal Oral evalúa varios testimonios para llegar a la conclusión que los integrantes de la banda "Callejeros" (con excepción de Argañaraz) toleraban el uso de pirotecnia, pero no lo fomentaban.

Expresan que *"No es posible, bajo ningún punto de vista, afirmar que Callejeros no alentaba el uso de Pirotecnia en sus recitales, es más era algo propio de ellos"*.

Sobre este tema, en una cita al pie los recurrentes mencionan el video del primer recital en Obras y el audio de la radio Rock & Pop. En el caso de la emisora mencionada, se hace alusión a las entrevistas realizadas por Juan Di Natale los días 28 de julio y 30 de diciembre de 2004.

En la primera de ellas, habían participado el cantante Fontanet, Vázquez y Argañaraz, siendo que el primero expresó que iban a tocar en Obras porque el público lo había pedido, y no porque ellos lo hubieran elegido, y riéndose dijo que no podían prender más de 150 bengalas por tema. A su vez, Argañaraz, en la primera entrevista, expuso que en Obras no manejaban la seguridad y que cuando lo hacían trataban de que ingresaran las bengalas.

En la segunda entrevista, del 30 de diciembre, que fue grabada con anterioridad al recital de esa misma noche simulando que ya había terminado, Vázquez dijo sobre las bengalas que había habido muchísimas y que eran "*la frutilla de la torta*".

A partir de ello, resaltan que "***TODOS HEMOS VISTO A FONTANET DAR DISCURSOS A FAVOR DEL USO DE PIROTECNIA. V.E. LO PUEDE VER Y OIR, ASÍ COMO A LOS DEMAS INTEGRANTES***" (sic).

Remarcan que no existe prueba sobre lo siguiente: "***NUNCA HEMOS ESCUCHADO — MAS ALLA DE LAS PALABRAS DE TESTIGOS FANATICOS DEL GRUPO CALLEJEROS — QUE ELLOS (EL GRUPO) SE OPONGAN AL USO DE PIROTECNIA...***".

Alegan que *"En los recitales llevados a cabo por la banda musical en el estadio de Obras los días 30 y 31 de julio de 2004, a pesar del intenso cacheo realizado por parte del personal de seguridad, se prendieron más de 100 bengalas. Por esta razón, según surge del expediente nº 15.822 de la Fiscalía Contravencional nº 8 los inspectores del Área Contralor de*

Espectáculos del G.C.B.A. sugirieron que se intensificaran los controles a las mujeres, a los invitados y a los discapacitados, teniendo la segunda presentación el mismo inconveniente. Finalmente y, teniendo en cuenta que en esa oportunidad se constató que detrás del vallado gente allegada a la banda consumía cerveza pasando botellas hacia el público —estando prohibido el ingreso y la venta de bebidas alcohólicas-, los inspectores señalaron que presumían que la mayoría de los elementos pirotécnicos no pasaban por los controles sino que eran suministrados por allegados o por terceros relacionados con el espectáculo que no eran controlados. Es decir: allegados a la banda Callejeros".

Como corolario de todo lo sostenido hasta ahora, mencionan que *"...queda demostrado, que, por un lado, en los recitales brindados por el grupo 'Callejeros' se usaba gran cantidad de pirotecnia pese a que ello estuviera prohibido por el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y, por otro, que* ***los integrantes de la banda consentían ese uso y facilitaban el ingreso de ese material cuando intervenían en la organización del espectáculo***".

Consideraron que *"En este marco queda por consignar que no solamente se le reprocha a la banda musical su posición frente al uso de pirotecnia por parte del público, sino que lo que se le reprocha es que esa posición llevó a que se adoptaran medidas de seguridad no efectivas para evitar tanto el ingreso del material como su posterior uso por parte de sus seguidores. Aquí vuelven las palabras de Argañaraz, antes reproducidas, volcadas en un programa de radio de importante audiencia afín: 'cuando* ***nosotros tocamos*** *tratamos de que puedan pasar las bengalas, pero esta vez* ***no manejamos*** *la seguridad y se complica el tema de pasarlas'".*

3.b. Los integrantes de "Callejeros" como co-organizadores. Rol del manager. Posición de garantes.

En ese sentido, añaden que *"Fontanet tenía rol de garante — como todos los demás integrantes del grupo — y que sabía que lo que pasó, justamente podía ocurrir. Es más, lo adelantó el día de los hechos por micrófono luego de que hablara Chabán, diciendo que no tiraran bengalas porque Cromañon se podía prender fuego"* (Aquí cita un video aportado por canal 9).

Añaden que *"Este conocimiento previo lo ubica, junto al*

resto de la banda que estaba en el mismo lugar bajo un ***CONCRETO ROL DE GARANTE CON LA REAL POSIBILIDAD DE FRENAR EL SHOW. COSA QUE NO HICIERON POR MIEDO A QUE EL PUBLICO SE ENFUREZCA Y DESTROCE SUS EQUIPOS!!!*****".**

En relación al episodio de incendio ocurrido unos días antes, apuntan que *"****TODOS SABÍAN QUE CROMAÑON HABÍA TENIDO UN INCIDENTE PREVIO — EN OTROS RECITALES — POR EL USO DE PIROTECNIA. TODOS HABÍAN ESCUCHADO LA ADVERTENCIA PREVIA DE CHABÁN EL DIA 30 DE DICIEMBRE DE 2004; TODOS HABÍAN ESCUCHADO LA ADVERTENCIA DE PATRICIO FONTANET ESA MISMA NOCHE. TODOS SABÍAN QUE EL PÚBLICO USARÍA PIROTECNIA. TODOS SABIAN QUE PODÍA PASAR LO QUE FINALMENTE OCURRIÓ. NADA HICIERON, V.E., Y MURIERON 193 CHICOS*****".**

Consideraron que *"...El control para evitar el ingreso de pirotecnia fue deficiente, lo que se debió, entre otras cosas, a que el mismo grupo habría flexibilizado los controles, en parte, por la actitud que tenían respecto al ingreso de ese material por parte del público"***.**

Señalan que *"Al respecto y, para mencionar algunos ejemplos, entre muchos otros, podemos transcribir un apartado de la entrevista que a Santos Fontanet se le hizo en la revista 'Si se calla el cantor' cuando manifestó: 'La organización del lugar* [en referencia a Obras] *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'. Luego señaló que: 'Existe una necesidad de tocar en un lugar abierto para que no haya problemas con las bengalas porque ya nos estamos empezando a intoxicar con toda la humareda (...)'***.**

Sostienen que *"Los integrantes de la banda, sin perjuicio de que advertían algunos de los riesgos que implicaba el uso de pirotecnia en un lugar cerrado, nada hicieron para intensificar el cacheo sin distinción de personas, al tiempo que aprobaban e incluso estimulaban con sus manifestaciones, y para no ir en contra de su público, su uso"***.**

Añaden que *"Es dable concluir entonces, que la banda musical poseía una posición especial derivada de su condición de* ***co-organizadores que los hacen garantes de la evitación de riesgos para el público concurrente que deriven de los defectos de la organización*****".**

3.c. Imputación por co-autoría.

Estiman que *"se puede concluir, conforme lo expuesto hasta ahora, que* ***existió un plan previo; que hubo división de tareas y que en función de ser los únicos que actuaron con posición de garante, tanto Omar Chabán como los integrantes de la banda musical 'Callejeros', resultarían coautores del hecho que generó la muerte de 193 personas***".

Finalizan diciendo que "***Los integrantes del grupo musical conocían efectivamente que estaban dejando entrar pirotecnia a un lugar cerrado; que el público que los seguía encendía gran cantidad de pirotecnia durante el desarrollo de los recitales y que parte de ella podía impactar en el resto de la gente o en el techo, que ese techo estaba revestido con un material que, ignífugo o no, se había prendido en dos ocasiones anteriores; que era probable la producción de un incendio porque ya hubo dos incendios anteriores a causa del uso de pirotecnia; que más allá de la cantidad exacta de gente que admitía, el lugar estaba colmado de público, a punto tal, que se debieron cerrar las puertas y dejar gente afuera; que, según lo manifestado por Chabán en el recital del 30 de diciembre y en los dos anteriores del 28 y 29, no alcanzarían las salidas para la cantidad de gente que había si se producía un incendio***".

3.d. Vinculación de los integrantes del grupo Callejeros con el delito de Cohecho.

Afirman que "*...las mismas razones por las cuales los miembros de Callejeros absueltos, deben ser condenados por el Delito de Estrago Doloso, son las que nos permiten afirmar que el delito de Cohecho por el cual fue condenado Diego Argañaráz deben ser asequibles a los otros integrantes del grupo*".

Citan el testimonio de Ana María Sandoval, quien "*...fuera empleada de Omar Chabán,* [la que] *manifestó en su declaración testimonial (...) que por comentarios se enteró que para poder llevar adelante recitales en el lugar donde trabajaba se abonada la suma de $ 100 por cada 500 personas que ingresaban al personal policial, hoy procesados*".

Concluyen este tópico expresando que "*Otra de las empleadas en Cromañón, de nombre Viviana Cozodoy, manifestó al momento de ser interrogada en el Juicio, haber visto al Señor Raúl Villarreal y al manager de la banda callejeros, rendir cuentas donde se asentaba la suma que debía darse a la policía*".

Explican que *"Estos testimonios si bien son importantes, y esclarecedores respecto de la participación y conocimiento respecto de la banda Callejeros en el pago de dádivas al personal policial, no es menos que se ha comprobado en forma abundante que en la coorganización se encuentra el argumento fundamental, por el cual debe ser confirmado por V.E. nuestro pedido en cuanto además de Argañaráz, todos los demás integrantes del grupo, sean condenados por su participación secundaria en el delito de Cohecho Activo"*.

Sostienen que no pueden pensar que *"...ellos no supieran que parte del total de la recaudación que se repartía al finalizar cada Show, no se hubiera hecho el descuento del pago de coimas a la policía"*. Es así que *"La rendición de cuentas se les hacía a todos por igual -motivo de coorganización-, y sabían que lo que recibían era parte de dinero descontado los gastos, que incluían erogación al personal policial; muy especialmente para llevar adelante recitales en la ilegalidad."* En una nota al pie, los recurrentes expresan que lo sabían perfectamente, especialmente luego de los dos recitales de Obras Sanitarias y del llevado a cabo en el club Excursionistas.

4. Responsabilidad de los Funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

4.a. Situación de Fabiana Gabriela Fiszbin.

Explican que *"Tenía la licenciada Fiszbin pleno conocimiento del descontrol imperante en los locales de baile, de que el rubro de los mismos se desvirtuaba, que los controles eran insuficientes, que carecía el área inspectiva de normas claras para llevar a cabo su tarea, carencia de personal (inspectores) y según sus propios dichos 'de la necesidad de una decisión política' para regularizar esta situación"*.

A su vez, remarcan que la nombrada *"Conocía... que en los locales de baile clase C, se llevaban a cabo recitales, no se controlaba la cantidad de público que podía ingresar por las dimensiones de los mismos, se utilizaba pirotecnia, existía expendio de bebidas alcohólicas a menores y sin embargo no se enviaban controladores fiscales ni fiscales contravencionales para evitar estos excesos"*.

Añaden que *"No podía desconocer la ex subsecretaria de control comunal que en el mes de abril de 2004 se inauguraba un*

local de baile 'Republica de Cromañón', ya que su gerenciador Omar Chabán lo hizo público por los medios masivos de comunicación".

Respecto a sus funciones, expresan que *"Fabiana Fiszbin como funcionaria pública estaba obligada a reclamar esa 'decisión política' a que se refirió durante el proceso oral pero además conociendo los riesgos existentes no podía de modo alguno no iniciar una denuncia por vía administrativa para evitarlos y agotada la misma iniciar la vía judicial".*

4.b. Situación de Ana María Fernández.

La querella hace alusión a que Ana María Fernández había puesto de manifiesto las deficiencias que padecía el sistema, como ser por ejemplo carencia de personal, y de su reclamo de condiciones edilicias dignas, normativa clara, soporte informático, etc.

Es así, que en función a ello expresan que *"Nunca presento prueba por escrito de haber hecho reclamo alguno frente a todas estas carencias que dificultaban su tarea".*

Agregan los recurrentes que Ana Fernández *"Manifestó haber sido casi discriminada por Fiszbin a partir de la asunción al cargo del Dr. Gustavo Torres. Incluso habla de que sólo le habían dado un escritorio junto a la puerta de salida, lo que motivaba algunas bromas por parte de sus subordinados".*

Y que dicha circunstancia fue aceptada por Fernández, *"...pero nunca reclamo una explicación sobre el por qué de esta situación".*

Apuntan que la nombrada *"Manifestó que ya no tenía personal a cargo al momento de lo acontecido la noche de la tragedia, que no participaba de las reuniones con Fiszbin y Torres los días lunes porque nunca la habían llamado y que sus tareas se habían acotado de tal forma que sólo se limitaban a controlar la asistencia del personal y a recibir las facturas de honorarios que le entregaban los inspectores para que les fueran abonados".*

Ante lo cual, los recurrentes manifiestan que *"Nunca presentó documentación que demostrara fehacientemente que sus funciones ya no eran las mismas (Resolución y/o disposición)".*

Alegan que *"Conocía todas las falencias del sistema y durante su gestión se acumularon 50000 actuaciones que no pudieron ser resueltas, por falta de inspectores, según sus propios dichos".*

4.c. Situación de Gustavo Juan Torres.

Estiman que el nombrado Torres *"Conocía todos los riesgos existentes debido al descontrol dentro del área inspectiva"*.

Como así también que *"En su única declaración durante el proceso oral él mismo dijo textualmente 'cuando vi como funcionaba el área me quedaban dos caminos, librar el desafío o irme, y decidí librarlo'"*.

Sostienen que *"Su conocimiento de los riesgos existentes lo llevaron a que minutos después de producida la tragedia se apersonara al área a su cargo, dirigiéndose junto con sus asistentes, puntualmente a la oficina donde 50000 actuaciones de larga data se hallaban paralizadas y a la espera de ser resueltas en 'algún momento' (U.E.R.A), buscando a la luz de celulares y encendedores alguna que hiciera referencia al local siniestrado"*.

Argumentan que *"En su caso, no solo como funcionario público, sino además como hombre [de] derecho (abogado) no podía desconocer que frente a tamañas irregularidades era su obligación denunciarlas, iniciando la vía administrativa y culminada esta la judicial. Nada de esto se hizo"*.

4.d. Ley sustantiva. Relevancia jurídica de la conducta de los tres funcionarios.

Aquí mencionan que *"...la conducta de la Dra. Fernández no fue diferente de la licenciada Fiszbin y/o el Dr. Torres, pues ella conocía al igual que los mismos el estado de riesgo permanente en que se encontraban los locales de baile, las falencias y carencias del sistema y nada hizo para evitarlo"*.

Entonces, concluye que los tres funcionarios colaboraron *"...con su conducta a aumentar ese riesgo hasta que el mismo se transformó en muerte: 194 jóvenes y 1523 heridos graves y gravísimos"*.

Y, como consecuencia de lo expresado solicitan se los condene por el delito de homicidio simple *"...por dolo eventual a la pena de 25 años de prisión e inhabilitación permanente para ejercer cargos públicos..."*.

5. Honorarios.

Se cuestiona el monto regulado por el Tribunal Oral por bajos, (se fijó la suma de $ 100000), solicitaron se aumenten a un total de $ 1000000.

A tal fin, describió cada uno de los actos llevados a cabo

por los tres abogados que trabajaron en la querella, siendo ellos los Dres. Patricio Poplavsky, Vanina Mirna Molina y Susana Rico.

6. Formula reserva del caso federal.

C. La querella encabezada por los Dres. Mauricio Lionel Castro, Patricia Nuñez Morano y María Marta Marcos.

A fs. 67724/49, los mentados letrados interponen recurso de casación.

1. Introducción a los agravios. Errónea aplicación de la ley sustantiva al valorar las conductas de Fabiana Fiszbin, de Ana María Fernández y de Gustavo Juan Torres (art. 456 inc. 1° del C.P.P.N.) y arbitrariedad en la valoración de las pruebas.

Al enumerar las normas que consideran violadas, refieren que "*Ese Excmo. Tribunal Oral condenó a Fabiana Fi[s]zbin y Ana María Fernández por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248 del CP) quebrantando lo establecido en el art. 123 del CPPN, omitiendo aplicar el art. 20 bis y 189 del Código Procesal Penal de la Nación. Asimismo, con idéntico yerro el Tribunal absolvió a Gustavo Torres, omitiendo aplicar los arts. 189 y 20 bis del Código Penal de la Nación. Asimismo, consideramos violado el art. 16 de la CN por cuanto el mismo desarrollo argumental, dogmático penal, permitiría arribar a una conclusión diametralmente opuesta a la que llegaran en el caso de Torres. Ello si lo comparamos con la situación de Fiszbin* [y] *Fernández, respectivamente, puesto que incluso con el mismo análisis de la teoría del delito, y rigurosidad en la valoración de la prueba, se concluye lógicamente en una sentencia condenatoria*".

Consideran que en la sentencia se ha "*...omitido efectuar un correcto análisis del nexo de evitabilidad, que permite reprochar el resultado incendio y muertes a las conductas realizadas por las imputadas, tal como lo propiciara y solicitara ésta querella. A ello, debe sumarse la no aplicación del art. 20 bis inc. 1 del CPN, respecto de la pena de inhabilitación peticionada por esta querella en el alegato acusatorio*".

Refieren que "*...el Tribunal absolvió a Gustavo Torres efectuando un análisis sesgado de la prueba ventilada, conforme se desarrollara en el acápite respectivo, omitiendo incluso dar el mismo alcance que el utilizado para dictar condena respecto de*

Fiszbin y Fernández".

En efecto, consideran que la sentencia se encuentra viciada, por un lado, porque "*...el Tribunal ha errado al momento de valorar la prueba de cargo que incrimina a Torres*" y por otro, porque efectuó "*...un encuadre legal alejado de la moderna y vigente doctrina, respecto de las conductas omisivas de Fabiana Fiszbin y Ana María Fernández*".

Añaden que "*El Tribunal ha descartado la calificación legal asignada por esta querella, no ya por el limitado alcance que le dio a los delitos de omisión impropia (dado que el art. 186 del digesto represivo prevé expresamente la conducta omisiva) sino por la aplicación al caso de prohibición de regreso, o retroceso, como prefiere llamarla Jacobs*" y cuestionan que "*...el Tribunal no solo no esgrimió argumento de valía alguno para así concluir, sino que tampoco no trató ni abordó de manera adecuada en análisis jurídico empleado por esta querella y que permite, junto con un razonable plexo probatorio condenar por el dibujo penal descrito por el art. 189*".

Consideran que "*El conocimiento concreto que tenían del peligro que implicaba el funcionamiento de los locales de baile clase 'C' sin cumplir con las debidas medidas de seguridad y con las condiciones establecidas por el código de habilitación y/o la categoría para la cual habían sido habilitados, o lo que es peor el cambio de actividad de dicho lugar, y las grandes diferencias en cuanto a medidas de seguridad que implicaba necesariamente cumplir para efectuar esta actividad — la realización de recitales*".

Concluyen que "*Si bien este conocimiento no le podía ser ajeno en virtud de la función para la que habían sido designados, la capacitación profesional que los habilitaba para dicha función, y la propia experiencia profesional que cada uno de ellos expuso como antecedentes profesionales personales durante las declaraciones que efectuaran en este debate, lo cierto es que además se escucharon diversos testimonios de que esta situación les fue advertida*".

2. Conocimiento de la situación peligrosa de los locales y ausencia de controles. Organización del área a cargo de Fiszbin, Fernández y Torres. Relación de causalidad.

A fin de establecer el vínculo entre el resultado del

incendio producido, las muertes y las lesiones y más precisamente relacionarlas con la conducta atribuida a los funcionarios Torres, Fernández y Fiszbin la parte analiza diversas cuestiones:

2.a. Condiciones en las que funcionaba el local "República Cromañon".

Realizan una descripción de las irregularidades verificadas, tales como: el exceso de concurrentes, la situación en la que se encontraban los medios de egreso, el estado de los matafuegos, la habitualidad del uso de pirotecnia en recitales y lugares cerrados, las irregularidades en la habilitación y estructura del local, las irregularidades en el sistema eléctrico y de alarma, la violación del objeto de la habilitación y la falta total y absoluta de control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2.b. Ausencia de controles. Funcionamiento del área a cargo de Fabiana Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Torres.

Efectúan una reseña de la prueba testimonial que, a su entender, demuestra el conocimiento que poseían los funcionarios sobre el peligro concreto que implicaba la falta de control de los locales de baile, como así también del conocimiento de la necesidad de inspeccionarlos todos y de adoptar medidas urgentes a fin de prevenir la producción de un resultado como finalmente ocurrió.

En primer término, citan los dichos del Arquitecto Atilio Alimena, quien señaló "*…que le pedía una decisión drástica a Fiszbin acorde a la gravedad de la situación, que Fiszbin se negaba a tomar y que, después de Cromañón, mediante el Decreto 1 del 2005, finalmente se adopto de parte del Gobierno de la Ciudad una decisión similar a la que él solicitaba*".

En concreto "*...manifestó que se realizaron averiguaciones vinculadas al certificado de prevención contra incendios dentro del marco de la ordenanza 50.250 y en lo que respecta al GCBA, se requirió el listado de habilitación de los locales bailables clase C. Reveló que de un listado de 250 locales sólo unos 30 tenían vigente el certificado de bomberos*".

También traen a colación los dichos de Omar Néstor Fernández, quien luego de relatar las medidas llevadas a cabo vinculadas con la problemática en análisis, declara "*Que finalmente y después de 20 meses los recibió el Dr. Gustavo Torres*

a quién le explicaron la problemática y le dieron un listado verbal de los locales en infracción".

Los recurrentes traen a colación y en apoyo de su postura las declaraciones de testigos relacionadas con el estado del área y las modalidades de trabajo vinculadas a los locales de baile, haciendo referencia puntual a "República Cromañon".

Refieren, por lo demás, que "*Ha quedado demostrado que los funcionarios incumplieron su obligación de hacer inspeccionar el adecuado funcionamiento de los locales de baile, clase 'c', de efectuarlos en forma asidua o por los menos cada 3 meses, de clausurar preventivamente ante faltas graves...*", llegando aún más alla porque "*... alertados de los peligros, riesgos, que enfrentaban respecto al funcionamiento de lugares que abiertamente infringían la ley, decidieron ignorarlo, no les importó lo que pudiera pasar, desconocieron su posición de garantes en la preservación de bienes jurídicos que debían proteger tan importantes como la vida, y finalmente brindaron una colaboración esencial en la producción del resultado de la fatídica noche del 30 de diciembre de 2004*".

Párrafo aparte mencionan que "*Incuestionablemente la Dra. Fernández tiene responsabilidad directa por las inspecciones no hechas en Cromañon durante ese año, era la responsable directa del área inspectiva, la superior jerárquica de Rodrigo Cozzani, a quien continuamente mencionaban los testigos, por ser el responsable del área de nocturnos en la UPI bajo la dirección de la Dra. Fernández...*", por ello "*...la imputada tenía pleno conocimiento de lo que ocurría con los locales, había sido la responsable de cursar las intimaciones a los locales de baile y legalizar la trasgresión a la ley por parte de aquellos locales que tenían el certificado de bomberos vencido, tenía la facultad de ordenar clausuras preventivas y tampoco lo hizo, tenía las vías y conocimientos para denunciar a sus superiores jerárquicos cuando fue directora adjunta, y no lo hizo*".

Argumentan que "*Ante lo manifiesto de la situación en cuanto a que los controles se llevaban a cabo de manera insuficiente y carente de toda programación, debió haberse procedido a la clausura de los locales que no cumplieran con la normativa vigente*".

Sin embargo y en lugar de ello "*...Fiszbin, Fernández y*

Torres asumieron una posición de tolerancia extrema que habilitó un desgobierno absoluto con el área y que a la postre determinó la ocurrencia de los hechos que le dan origen a estas actuaciones”.

Puntualizan que *“El poco tiempo que estuvo Torres en ejercicio de sus funciones no lo exime de responsabilidad, en absoluto, pues fue el tiempo suficiente como para tomar conocimiento de la problemática del área (de hecho por ello comenzó a gestionar un crédito) y tomar medidas, ejercer legalmente su función, circunstancia que a la luz de los hechos, no hizo”.*

Concluyen el análisis sosteniendo que *“La conjunción del proceder de estos tres funcionarios facilitó las condiciones en las que Omar Chabán pudo realizar esa noche el recital, funcionar como un microestadio, con el certificado de bomberos vencido, con la puerta alternativa anulada y cerrada con candado, con material inflamable, como es la guata, en el techo del local, transgrediendo la actividad para la cual había sido habilitado, violando todas las normas vigentes en materia de seguridad”.* En definitiva, según los querellantes, *“Si estos funcionarios hubieran cumplido con sus deberes para los cuales habían sido designados, hoy nadie hablaría de ‘Cromañon’”.*

3. Erróneo encuadre jurídico de la conducta de los funcionarios mencionados.

Sobre el punto argumentan que *“Claramente surge de la prueba el favorecimiento de los factores de peligro y riesgo por parte de los funcionarios justiciables, que concurrieron esa noche en la causación del resultado, y el dominio social del hecho, toda vez que su ausencia de contralor resultó el disparador directo del funcionamiento perfecto en la conducta que concurrieron cada uno de los partícipes del hecho cometido el 30 de diciembre de 2004”.*

Describen que *“Toda violación al deber objetivo de cuidado requiere una previsibilidad objetiva del resultado.”.* En relación a esta cuestión, refieren que *“…Fiszbin, Fernandez y Torres, tenían pleno conocimiento sobre las serias deficiencias existentes en las áreas a su cargo, de hecho han sostenido durante toda la investigación sus imposibilidades de actuar de otra manera, pero lo cierto es que no les interesó actuar en la forma debida y utilizar todos aquellos recursos a su alcance para evitar el resultado finalmente acaecido, dejando en claro el pleno*

conocimiento de las deficiencias y la falta de voluntad de superarlas".

Señalan los elementos que llevaron a los funcionarios a poseer pleno conocimiento de la situación y cuáles debieron ser las medidas diligentes que el caso concreto exigía.

Efectúan consideraciones mediante las cuales concluyen que "*...los imputados violaron el deber de cuidado que les era exigido al no cumplir debidamente con sus funciones y/o disponer la clausura del local 'República Cromañon' cuando la situación de hecho así lo exigía, aún habiendo reconocido en forma certera las flagrantes violaciones no sólo de ese local, sino de otros tantos"*.

Señalan que "*No caben dudas que los imputados tenían a su cargo la inspección del cumplimiento de la habilitación del local, de la actividad para la cual había sido habilitado, vigencia del certificado de bomberos, etc., y la facultad de clausurar ante graves irregularidades detectadas; por lo que quedo establecido que la omisión evidenciada ha constituido una creación del riesgo para la producción del incendio. La pasividad evidenciada ha condicionado y determinado su producción*".

En ese orden, "*...el no haber dispuesto la inspección inmediata al vencimiento del certificado de bomberos que hubiera determinado la clausura a la luz de la cuantía y envergadura de las faltas en que se incurría en dicho lugar, no podrá ser considerado como una actividad irrelevante desde el punto de vista jurídico, a la vez que constituye la creación del riesgo no permitido en el marco de este estudio*".

Concluye que "*...aquellas normas cuya violación se le imputa a los causantes, se inspiraron en el logro de los objetivos vinculados a la prevención de sucesos como el que finalmente acaeció en el interior de 'República Cromañon' el día 30 de diciembre de 2004, motivo por el cual debemos decir que existe un nexo normativo entre la infracción de deber y el resultado producido"*.

4. Prohibición de regreso. Errónea aplicación de la teoría.

Cuestiona la aplicación de la teoría de la prohibición de regreso utilizada por el Tribunal Oral por cuanto considera que en este caso "*...nos hallamos ante una situación concreta en la que*

el autor doloso exhibió —inclusive en forma pública y mediante la promoción de espectáculos que claramente contrariaban la habilitación respectiva- una reconocible decisión de llevar a cabo el hecho, siendo que los imputados no adoptaron las medidas necesarias inherentes a su cargo para evitar una escalada en la puesta en peligro del autor, sumando incluso mas riesgo con la falta de control”.

Reafirma, que *“Era público que en dicho local se desvirtuaba la habilitación, se convocaba a un grupo musical que lleva gran cantidad de personas, que sus asistentes usaban pirotecnia, en un local que no cumplía con los requisitos para realizar un recital; y por otro lado tenemos que la norma incumplida y que los funcionarios debían hacer cumplir pretende evitar este tipo de siniestros, con lo cual, había una clara señal de que allí podía ocurrir lo que finalmente ocurrió”.*

En este sentido, expresa que *“...los imputados violaron el deber objetivo de cuidado que le era exigido al no cumplir debidamente con sus funcionarios y/o disponer la clausura del local ‘República Cromañón’ cuando la situación de hecho así lo exigía, aún habiendo reconocido en forma certera las flagrantes violaciones no solo de ese local, sino de otros tantos”.*

En efecto, *“...tal incumplimiento implicó un favorecimiento del hecho en tanto le permitió al responsable del comercio continuar con su actividad en una flagrante desvirtuación de la habilitación, triplicando la cantidad de asistentes, careciendo de salidas de emergencia, violando las medidas de seguridad (elementos inflamables en el techo y en los revestimientos, matafuegos vencidos y despresurizados, mangeras pinchadas, etc.) y con el certificado de bomberos vencido, faltas todas ellas que exigían la inmediata clausura del predio y controles en horario de funcionamiento”.*

En virtud de los fundamentos expuestos considera que *“Fabiana Gabriela Fiszbin, Gustavo Torres y Ana María Fernández deberán responder como autores en orden al delito de incendio culposo agravado por muerte en tanto se ha constatado que la cantidad de víctimas fatales asciende al número de 193. (Artículos 45 y 189, del Código Penal)”.*

5. Honorarios.

En relación al punto, la querella cuestiona la regulación

de los honorarios profesionales efectuada por el Tribunal por considerarlos bajos.

Fundamenta dicha afirmación en la antigüedad de la causa, la intervención en innumerables actos de diversa complejidad, la vastísima labor desarrollada, la extensión y las características propias del juicio oral, la eficacia, calidad y extensión del trabajo realizado, la cantidad de letrados integrantes de la querella.

6. Formula reserva del caso federal.

D. La querella encabezada por Benicia Gómez, con el patrocinio letrado de los Dres. María del Carmen Verdú, Marcelo Parrilli, Rubén Arturo López Santos y Verónica Mariana Prince.

En la presentación de fs. 67843/63 la parte interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 24.

1. Introducción a los agravios.

Motivan su planteo en que "...*la sentencia que se recurre es arbitraria: 1. Porque los magistrados han prescindido de la normativa y criterio jurisprudencial vigente sin dar razón plausible alguna, y 2. Porque han sustentado su fallo en una fundamentación sólo aparente, careciendo el auto atacado de suficiente sustento para ser considerado un acto jurisdiccional válido*".

También consideran que "*Al hacer una selección arbitraria del material probatorio, se afecta el principio de razón suficiente, y por lo tanto, se conculca la sana crítica racional, lo que torna al fallo completamente defectuoso. En tal situación, es aplicable la doctrina de la arbitrariedad, que habilita a revisar el fallo impugnado...*". A continuación, la recurrente cita doctrina y jurisprudencia que avalan su postura.

2. Agravios respecto de la absolución de Raúl Alcides Villarreal en orden al delito de homicidio doloso reiterado.

2.a. El rol de Raúl Alcides Villarreal en el local y en la organización del show del 30 de diciembre de 2004. Errónea valoración de las pruebas por parte del Tribunal.

Entienden que "...*debe responder Raúl Alcides Villarreal atento su carácter, claramente probado en el juicio, de coordinador general del local 'República Cromañón' con directa*

ingerencia, en consecuencia, sobre los espectáculos que en el mismo se efectuaban...”. Citan testimonios que, a su criterio, sustentan tal extremo.

Sostienen que *“Concretamente, la responsabilidad de VILLARREAL surge, justamente, de haber sido una de las personas que participó activamente de la organización del espectáculo del 30 de diciembre de 2004, con conocimiento del exceso del público, del estado de la puerta de emergencia, del ingreso de pirotecnia, de las deficiencias del control, de los incendios anteriores y de la posibilidad de un episodio con consecuencias trágicas, todo lo cual lo lleva a tener que hacerse cargo de la materialización de esa posibilidad, es decir, del resultado de muertes y lesiones”*.

Agregan con referencia a su posición sobre la intervención del imputado en el injusto que *“...de las pruebas colectadas surge que, aunque por debajo del nivel de CHABÁN, era VILLARREAL la persona que organizaba los recitales, para el caso el del 30 de diciembre de 2004, en el local ‘República Cromañón’. VILLARREAL decidía la contratación de las bandas, el ingreso al local, las puertas que debían abrirse o cerrarse, el horario de ingreso, etc...”* y que *“Todas estas tareas y funciones que cumplía en la generalidad de los casos también las cumplió la noche del 30 de diciembre de 2004, de allí que tuviera ingerencia directa, aunque no única, por ejemplo, en la sobreventa de entradas que originó una sobrepoblación del local”*.

2.b. La situación concreta de Raúl Alcides Villarreal en el local y su relevancia jurídica.

Así, indica la querella que Villarreal *“...no podía escapar a su conocimiento que la puerta de emergencia estaba cerrada, que los matafuegos no funcionaban y que el techo y las paredes del local se encontraban cubiertos con materiales de fácil combustión...”* y, por consiguiente, que no *“...puede ser considerado ajeno al deficiente cacheo que, en definitiva, permitió el ingreso de pirotecnia al lugar...”*.

Consideran que *“No hubo en él una ‘voluntad de evitación’... del resultado que se le presentó como probable, antes bien, prevaleció una ‘voluntad de aceptación’ con ese resultado y ese resultado, lamentablemente, fue la muerte de 194 personas y centenares de heridos”*.

De esta manera, concluyen que *“...más allá de que*

VILLARREAL no tuviera el cargo oficial de encargado de la seguridad del local lo cierto es que actuaba, en los hechos, como si lo fuera y, en consecuencia, debe responder por las mismas acciones y/ u omisiones que CHABÁN".

3. Agravios relacionados con la actuación de los funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. La situación de Fabiana Fiszbin, Ana María Fernández, Gustavo Torres y del área a su cargo.

En este apartado plantea la querella que hubo una errónea aplicación de la ley sustantiva en tanto se calificó al hecho atribuido a los funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires como constitutivo del delito de incumplimiento de los deberes previsto por el artículo 248 del Código Penal.

La posición de los querellantes consiste en afirmar que la conducta de Fabiana Gabriela Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Juan Torres debe ser subsumida en el delito de homicidio simple con dolo eventual. De manera subsidiaria, consideran que puede aplicarse la figura prevista por el artículo 186, inciso 5°; en su defecto, aquella consagrada por el artículo 189, segunda parte; o bien, por último, es susceptible de aplicación del artículo 248; todos ellos del Código Penal.

Explican que si bien los jueces poseen ciertas facultades para realizar la valoración jurídica de los hechos *"Su ejercicio en el caso que nos ocupa fue discrecional pero arbitrario, dado que los funcionarios pudieron representarse el hecho intelectualmente, hubo más de dos alertas (...), hubo intervención directa en la Zona del Once, de inspectores, ya se señalo que el sistema de control de la seguridad y demás tópicos atinentes al buen servicio del Gobierno de la Ciudad era un descalabro injustificado, una desorganización inconcebible, una falta de articulación entre las dependencias internas de la Secretaría de Control Comunal, una falta de información de los locales bailables en cuanto a habilitación, empadronamiento, violación de las normas contra incendio, concurrencia de público etc".*

Dicha situación *"...sólo puede calificarse de desidia, negligencia, irresponsabilidad manifiesta, desprecio por la seguridad de los bienes y las personas, etc".*

Ahondan en los fundamentos del recurso haciendo referencia a que los tres funcionarios *"...tuvieron plena conciencia del*

peligro que emanaba de su conducta que era la representación intelectual de un resultado, que luego se produjo, sin utilizar los remedios legales a su cargo, ergo: revelando una falta absoluta de interés en resolver el tema de los locales bailables, desde la Lic. Fiszbin, hasta el último Director General de Fiscalización y Control el Dr. Torres. Por lo tanto la indiferencia frente al peligro que contribuyeron a producir y el daño que se produjo al bien jurídico que se debió proteger, la vida, era absoluta y plena".

Así, pues, indican que *"Con ese campo fertilizado por la ausencia de gobierno, proliferaban a su real antojo locales bailables, que funcionaban ilícitamente, entre ellos CROMAÑÓN. Los funcionarios aquí considerados por esta querella lo sabían a la perfección, con todo lujo de detalles"*.

En definitiva, señala que *"Existía en la dependencia estatal comunal una situación de completa inoperancia, sin que ninguno de los miembros, incluido Torres, hiciera nada al respecto, sino Cromañon, no se hubiera incendiado. Lo decimos en forma categórica y rotunda, con absoluta convicción, la conducta de los funcionarios integra una cadena causal, ineludible..."*.

3.a. Consideraciones específicas respecto de la situación de Gustavo Juan Torres.

Con relación a la absolución de Gustavo Juan Torres sostienen que más allá de lo dicho por el Tribunal Oral en cuanto a que *"...no fue destinatario directo de un nuevo `toque de atención´ que lo pusiera inequívocamente al tanto de alguna situación — no de orden particular- para alterar la rutina vinculada a los locales de baile, es menester señalar que pasó por sus manos y lleva su firma una respuesta a un pedido de Julio O. Spina -Director General de Áreas Temáticas de la Defensoría del Pueblo- sobre locales de baile. Tanto esta solicitud como la respuesta de Torres hacen referencia (aunque sin otro detalle más que la mención en el encabezamiento) a la Actuación N° 631"; lo cierto es que* es necesario hacer un repaso de los testimonios del personal que estaba a cargo del funcionario pues *"...certifican que Torres conocía la Resolución de Alimena, la de Barroetaveña, las de los particulares involucrados, la del presidente de CEDEBA..."*.

Por ello sostienen que *"...el único responsable durante el*

30 de diciembre de 2004 fue el Dr. Torres, cómo absolver a este funcionario, abogado, ex controlador, conocedor a fondo de la problemática de la ciudad, y que ignore la existencia del informe Alimena, que salió en forma escandolosa en Clarín...".

3.b. Consecuencias jurídicas de la posición de los funcionarios frente al injusto.

Entiende la parte que *"Las condenadas y el absuelto Torres tenían acceso al conocimiento del riesgo que significaba para los concurrentes a eventos como Cromañón... Todo esto no impidió su omisión del deber de cuidado y los colocó en posición de garantes, con pleno dominio específico del hecho, a pesar de las advertencias recibidas, los alertas, etc. Incluso tuvieron advertencias de inspectores separados de su cargo como Malventano, etc. Y colocados en disponibilidad sin sumariar ni habiendo sufrido denuncias penales. Todo este accionar impropio de desatención de sus obligación culminó en una aberrante desorganización y un desorden funcional, aspecto objetivo del dolo eventual".*

En consecuencia, *"...debe revocarse la sentencia en orden al delito imputado a los funcionarios del GCBA por considerarlos responsables del delito de homicidio simple con dolo eventual porque todos los funcionarios tenían pleno conocimiento de la existencia de Cromañón, y omitieron cumplir su deber, además de conocer el peligro inminente en toda la ciudad de la producción de un resultado como el que aquí se juzga".*

Es que, según consideran, los funcionarios acusados *"Incumplieron los deberes que les imponía el cargo que ejercían al momento del hecho y lo hicieron con conocimiento cabal de ello... Hubo relación entre ese incumplimiento y el resultado muerte de los concurrentes al recital del día 30 de diciembre de 2004. Para esta querella hubo relación causal directa. Imputamos el resultado por omisión impropia".*

Continúa el desarrollo de su agravio diciendo que *"...fue la omisión quien creó el riesgo jurídicamente desaprobado que luego realizó el resultado, la conducta de los tres funcionarios ocupa un importante segmento de la cadena de causalidad... Dicha cadena causal se formó para dar como resultado el luctuoso suceso, que se pudo haber evitado si no hubieran persistido en una actitud de desdén, indiferencia frente a ese resultado dañoso para bien*

jurídico, vida".

En definitiva, la parte recurrente sostiene que "*...los funcionarios Fiszbin, Torres y A.M. Fernández son responsables penalmente como funcionarios encargados del control en resguardo de la seguridad de las personas, por lo tanto estaban en posición de garantes, y con pleno dominio específico del hecho, respecto de las víctimas, que ellos se representaron, por las probanzas existentes en este proceso, acabadamente eficaces para sostener que cada uno de ellos, en la medida del segmento de la cadena causal perfecta que se produjo para que el resultado fuera el del 30 de diciembre de 2004, también deben responder como co-autores del delito que se los acusa en el proceso, retribuir su voluntad causante y las omisiones que por ser previsibles y posibles, y advertibles del suceso luctuoso, les eran exigibles como obligación legal*".

E. La querella encabezada por el Dr. José Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos.

El acusador interpuso el recurso de casación que se encuentra agregado a fs. 68665/96.

1. Introducción a los agravios.

Luego de reseñar los antecedentes del caso y los términos del alegato producido en la instancia oral, los recurrentes particularmente señalan como motivos de su impugnación la errónea aplicación de la ley sustantiva (artículos 19 de la Constitución Nacional; 56 y 104, incisos 11, 12 y 21 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 45, 186, 189 y 256 del Código Penal).

Asimismo, plantean arbitrariedad en la fundamentación de la interpretación adoptada respecto de los delitos de comisión por omisión, y arbitrariedad; y sesgada valoración de las pruebas obtenidas durante el debate.

2. Errónea aplicación de la ley sustantiva y arbitrariedad en la interpretación dogmática elegida. Constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión.

En el punto 4.1 de su escrito, introducen que "*Como consecuencia de planteos de inconstitucionalidad de los delitos de comisión por omisión, realizados por las defensas de los acusados, el Tribunal desarrolló una construcción argumental arbitraria en*

virtud de la cual, la única manera de evitar el reproche radicó en adscribirse a la interpretación que de esos delitos han efectuado los autores Bernd Schünemann y Luis Gracia Martín", y agregan que *"Este arbitrario encorsetamiento dogmático se sustentó en un modo particular de concebir los fines y la aplicación de la dogmática y en omitir el tratamiento de los argumentos relevantes que las querellas y la Fiscalía General..."* expusieron en el juicio.

Sobre el punto, argumentan en torno al *"...adecuado concepto de causalidad que corresponde utilizar en la tipicidad omisiva, remarcando que en esta clase de delitos el nexo respectivo es de evitación, como equivalente típico del vínculo de causación"*.

Por ello, señalan que *"...no existiría obstáculo alguno en afirmar que un determinado resultado es reconducible tanto a factores positivos como negativos, o que toda modificación del mundo exterior tiene su origen, tanto en condiciones positivas como negativas"* pues, en todo caso, *"Con el intento de demostrar que la omisión es tan causal del resultado como lo puede ser un hacer positivo, de lo que se trata es de evitar la objeción de que la punibilidad de la comisión por omisión vulnere el principio de legalidad... En ese sentido discurre la pertinencia de la imputación del delito de incendio a una conducta omisiva, sin que ello infrinja el nullum crimen sine lege. Si así no fuera, enfrentaríamos el escándalo jurídico de dejar impunes graves omisiones determinantes del resultado muerte"*.

Acto seguido, exponen las razones *"...que demuestran la constitucionalidad de la concepción mayoritaria y tradicional de los delitos de omisión impropia"* y *"...la innecesariedad de enrolarse en una tesis estrecha para salvar la constitucionalidad de una interpretación..."*; con cita de doctrina.

3. Selección arbitraria de presupuestos típicos.

Así pues, en primer lugar cuestionan la arbitraria selección de sólo cuatro *"...elementos que constituyen la situación típica que desembocan en la producción del injusto de peligro..."*, pues ello *"...tiene como consecuencia el descarte de una gran cantidad de elementos de prueba cuya consideración resultaba fundamental a la hora de analizar las responsabilidades penales,* [y] *es meramente dogmática; en otras palabras carece de fundamento y no encuentra sustento en ninguna explicación*

razonable".

Sobre esos factores de riesgos no valorados, marcan que "*...se dejan de lado factores de riesgo estructurales que (...) hubieran justificado la clausura definitiva del local, y hubieran evitado la producción del incendio. Y que (...) hubieran incidido de manera concluyente respecto de la responsabilidad penal de los funcionarios del Gobierno de la Ciudad Fiszbin, Fernández y Torres, y en la calificación legal de las acciones y omisiones a ellos atribuidos*".

4. La situación de los integrantes de la banda musical "Callejeros".

4.a. Crítica a la absolución de Patricio Rogelio Santos Fontanet. Su rol de garante.

Plantea que en la sentencia cuestionada "*...se desvincula a Fontanet negando que haya investido rol de garante alguno, ni genérico ni específico*".

Sobre ese punto, indica que las fuentes de posición de garante del nombrado son "*...el actuar precedente, el deber de control de fuentes de peligro situadas en el propio ámbito de dominio, la responsabilidad por conducta de otras personas, su rol de empresario y líder y las fuentes formales* [y que] [l]*a sentencia omite ingresar en el análisis de estas postulaciones, y desatiende su contenido, a partir de la dogmática afirmación de que Fontanet carecía de la posición de garante*".

4.a.1. Conducta previa

Sentado ello, destacan "*...elementos acreditativos esenciales vinculados, por ejemplo, a la actitud del aludido respecto de la pirotecnia y, en consecuencia, con relación a los deberes que resultan de un actuar precedente...*".

Al respecto, advierte que en ocasión del recital que la banda brindó en el estadio "Obras Sanitarias", "*El líder del grupo además expresamente destaco el uso de pirotecnia:* ***nosotros lo valoramos un montón.*** *Y también anticipo que ese uso va a ser libre en el futuro:* ***y cuando estemos en otro lugar vamos a poder hacer todo lo que querramos.*** *Ese otro lugar fue República Cromañón*".

En el mismo sentido consideran "*...las declaraciones del testigo Ignacio Javier Girón [quien] dijo que en el marco de una entrevista realizada en el mes de mayo del año 2004 Fontanet le [manifestó] literalmente que la pirotecnia 'le encantaba, aunque a*

veces no lo dejaba respirar' y que 'se la bancaba' porque sabía que su público llevaba todo tipo de pirotecnia" (sic).

Por otra parte, cuestiona la desvinculación de Santos Fontanet "*...a pesar de las cuantiosas evidencias que lo colocan en el rol de organizador del espectáculo junto con Chabán y Argañaraz y que lo muestran con plena capacidad para llevar adelante la acción de salvaguarda del bien jurídico consistente en suspender el recital...*".

Afirman que "*Fontanet, al igual que Chabán, que Argañaraz y que los otros músicos tenía a la vista los factores de riesgo preordenados hacia la lesión del bien jurídico. Asumió, al igual que los otros mediante una conducta activa el dominio sobre la situación peligrosa, y luego no hizo nada para detener el show, a pesar que con el micrófono en la mano tenía el control absoluto del espectáculo...*".

Por ello, indican que "*...las pruebas de autos son contundentes en cuanto a que la acción típicamente indicada de salvaguarda del bien jurídico también podía ser realizada por los músicos, sobre todo por el cantante, a quien por su carácter de líder, y por tener el micrófono en la mano, sólo le hubiera bastado con decir que no empezaba a tocar o con parar el recital (como lo hizo el 28 de diciembre, según la declaración testimonial de María Lucía Roncero), para detener el curso lesivo y evitar la producción del incendio. Es claro que adoptando el punto de vista utilizado por los Jueces para valorar la conducta de Argañaraz y de Chabán, que la omisión de Fontanet tiene exactamente la misma relevancia penal que la de aquéllos*".

Argumentan que "*Esa actuación previa y la situación de riesgo resultante de reunir una cantidad altísima de seguidores en un ámbito cerrado y con pirotecnia, erigía al cantante en garante. Él era quien mantenía el diálogo con el público, quien constituía la imagen personal conocida del grupo, el que transmitía los mensajes de las canciones, emitía las consignas (en cada recital: Obras, Excursionistas, República de Cromañon), promocionaba actividades y productos de las bandas, construía la imagen del grupo, generaba conductas en el público, tomaba decisiones durante el espectáculo y, en definitiva, elegía libremente el tipo de liderazgo que deseaba ejercer (permisivo, protector, garante)*".

Advierten que en la sentencia no se analizó ese liderazgo

y ese actuar precedente que "...*fueron fuentes de la posición de garante de Fontanet, incluso en su versión específica en la construcción dogmática adoptada por los sentenciantes*".

4.a.2. Responsabilidad por la conducta de otras personas.

Luego, argumentan con relación a la responsabilidad por la conducta o actuación peligrosa de otras personas que le cabría al nombrado Santos Fontanet y que constituiría, según entienden, otra de las fuentes de su posición de garante.

Al respecto, dicen que ella "...*se relacionaba con su ascendencia y liderazgo sobre las bandas de seguidores, que eran las que hicieron el aporte de la pirotecnia. Varias veces destacamos que Fontanet no solo concitaba la atención de todos al momento de los hechos, sino que además estaba en posesión del micrófono y su público estaba presto a atenderlo*".

Es que "*Tenía una posición irremplazable, ejercitando su liderazgo, incluso con una receptividad que no lograba Chabán. Tenía indudablemente la capacidad de evitación: podía ordenar revisar a todo el público sin empezar el recital, podía decidir detener el recital, podía atenuar o eliminar otros focos de peligro (apertura de puertas, etc.). El Tribunal omitió considerar estos aspectos*".

4.a.3. Concepto de organizador. Rol del manager.

La querella plantea que "...*el adecuado análisis de la posición descripta y el momento en que se ejercita, también pone en evidencia el inadecuado concepto de organizadores que el Tribunal adoptó y que lo reservó para Chabán y Argañaraz, desvinculando al resto de esa función*".

Al respecto, critican el razonamiento del Tribunal oral pues, a su entender, "*El recital, en realidad, se realiza cuando comienza, hasta allí solo hubo actividades preparatorias. Pero desde su comienzo hasta su final se despliega una organización, en la que el líder natural, el vocalista, no obedece instrucciones de terceros, sino que despliega iniciativas propias. Él y sus colegas de la banda seleccionan los temas, el despliegue escenográfico, el sonido y su nivel, la iluminación en el escenario y fuera de él, lo que se le [va] a decir al público y lo que no se le [va] a permitir. Sin duda, estas tareas y otras más que pueden inventariarse, confieren un mayor sustento a la posición de coorganizadores con las que los músicos llegaron a este juicio,*

que la de simples ejecutantes de un instrumento" (sic).

Afirman que *"Ser el representante no significa ser el único organizador, ni tampoco el que toma las decisiones en cuanto a la cantidad de las entradas a vender, a la actitud a tomar respecto del uso de la pirotecnia y a la aceptación de condiciones del local inaceptables (el material inflamable del techo y el estado de los medios de salida)"*.

Así, en la sentencia *"...se confunde el rol de organizador y la asunción de una posición de garante, con el asumir la representación del grupo frente a los terceros. Decir como se dice en la sentencia que 'Diego Argañaraz, por su condición de manager, era la única persona de la banda que se encargaba de todos los aspectos organizativos de los recitales' es incurrir en una afirmación dogmática, desmentida por una gran cantidad de prueba que no ha sido refutada, pero que ha sido dejada de lado por el Tribunal"*.

4.a.4. Funcionamiento interno de la banda.

También cuestionan la afirmación del Tribunal *a quo* con relación a la horizontalidad en la toma de decisiones.

En tal sentido, en la sentencia se afirmó que ello *"...no constituyó más que una estrategia de defensa, que sí bien permaneció hermética a lo largo de la instrucción, a poco de transitar el juicio comenzó a mostrar sus debilidades"*.

Sin embargo, agrega que *"...eso no quiere decir que Argañaraz sólo tuviera el rol de organizador y que los otros siete estuvieran en el mismo plano. La prueba es contundente en cuanto a que Fontanet, tenía un rol fundamental en la organización, junto con Argañaraz, y que como lider de la banda había asumido una posición de garante distinta. Vázquez y Carbone también tenían un rol diferenciado"*.

4.a.5. Fuentes formales de la posición de garante.

Asimismo, desarrollan su agravio relativo a la omisión en la consideración, por parte del Tribunal del juicio, de *"...dos fuentes formales desarrolladas por esta acusación, que son relevantes en orden al juzgamiento de la responsabilidad penal de Fontanet"*.

La primera de ellas referida al contrato de espectáculo o recital contraído con los espectadores a cambio de la entrada.

Así, considera que la venta de entradas *"...implica asumir*

el deber de custodiar una fuente de peligro. Y esta asunción voluntaria la realizan quienes venden esa entrada que sin duda son todos los integrantes de la banda. En la línea interpretativa del Tribunal recurrido esta fuente, por si misma, erige en Fontanet las posiciones de garante genérico y de garante específico".

La segunda de las fuentes formales, que el Tribunal oral habría omitido considerar, consiste en que *"La banda era empleadora de todo el personal que esa noche cumplió tareas dentro y fuera del local. En ese carácter tenia las obligaciones de garantía de su vida e integridad que claramente resultan de la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo. Esas obligaciones se incumplieron, porque incluso varios dependientes de la banda fallecieron y la mayoría resultó lesionada. En la intervención de Fontanet en el recital, también se actualizaba esta garantía".*

4.a.6. Posibilidad de evitar el resultado.

La parte igualmente impugna *"...la desvinculación de Fontanet con la sobreocupación del local y con las consecuencias de este hecho en la situación de riesgo".* En ese aspecto, destaca que *"La cantidad de gente tenía una relación directa con la recaudación, aspecto que según quedo claro en el debate, fue un motivante esencial en el desempeño de la banda y particularmente, de su líder. La decisión de vender una determinada cantidad de entradas en manera alguna era privativa de Argañaraz; pero aún cuando se admitiera esto por hipótesis la sobreocupación era una evidencia visual. Esa comprobación desde el escenario imponía a quien tenía la capacidad sustancial de obtener seguimiento de parte del público y de los empleados, adoptar alguna solución para disminuir el riesgo consecuente. Por lo demás, ese exceso de público también debía ser un motivante adicional para tomar una decisión drástica en orden a la pirotecnia. La posibilidad concreta y eficaz era detener el recital, como el propio Fontanet lo hizo el día 28, ante similar situación".*

En esta línea de argumentación, también sostiene que *"Otra actividad evitadora del incendio que también estaba al alcance de Fontanet, era disponer la apertura de las puertas".*

4.b. Sobre la participación de Santos Fontanet en el cohecho. Desvinculación mediante consideraciones dogmáticas y contradictorias.

En este punto, realizan una reseña de los argumentos del

Tribunal *a quo* en torno a la participación de los imputados en este hecho. Argumentan que el desarrollo de la sentencia "*... parte de tres presupuestos falsos: que la banda era ajena a los gastos, que la banda no participaba en las liquidaciones y que la banda no sabía que no se contrataba policía adicional*".

Es que, "*De ninguna manera la banda era ajena a los gastos, ya que esos montos se descontaban de las recaudaciones. Precisamente ése era el sentido de las liquidaciones que Argañaraz conservaba en su agenda. Esas cuentas estaban allí para su rendición a la banda*".

Agrega que, "*...la banda, y particularmente Fontanet, sabía que la inmunidad que se obtenía en Republica Cromañon exigía un contraprestación. Lo sabia a punto tal que le podía garantizar a su público la inmunidad contravencional con respecto al uso de pirotecnia: (...) y cuando estemos en otro lugar vamos a poder hacer todo lo que querramos... (recital de Obras Sanitarias). Esa posibilidad libérrima sólo se alcanza con el soborno. Las consideraciones que el Tribunal realiza respecto de la importancia de la banda, concurren a subrayar esos conocimientos*".

En esa inteligencia concluyen que "*La experiencia de la persecución contravencional (Excursionistas, Obras), tampoco se condice con suponer que hay lugares donde se podía hacer todo lo que querramos, sin algún pacto espurio*".

4.c. Arbitrariedad al descartar la participación de todos los miembros en la toma de decisiones.

Aquí, los querellantes advierten que todos los testigos escuchados durante el debate "*...dijeron que las decisiones eran adoptadas por todos los integrantes de la banda, incluido el escenógrafo Cardell. Pero el Tribunal de manera injustificada toma algunos testimonios relativos a quien representaba al grupo frente a terceros (obviamente el manager Argañaraz) —y que no se refirieron a quien organizaba los recitales, situación de hecho distinta a ser la cara visible, a ejercer la representación de los miembros de la banda*" (sic).

Sin embargo, sostienen que "*La horizontalidad lisa y llana quedó en el pasado, pero no fue reemplazada por una organización vertical, sino por una organización plural con algunos sujetos con un mayor ascendiente sobre el resto, en algunos temas. Y todos participaban en mayor o menor grado en las decisiones que*

interesaban al grupo. Y en el momento de los hechos, todos estaban sobre el escenario y ante el público. Esos cambios y esa diversa organización, reiteramos, no significó que los integrantes de la banda no tomaran decisiones y que no tuvieran incidencia en la organización del recital".

En esas condiciones, apunta que, en todo caso, *"Ninguna de ambas caracterizaciones influye en la configuración penal de los respectivos aportes de los intervinientes en el hecho común, sino en la determinación de la pena (art. 41, inciso 2, Código Penal). Es que, con diversas intensidades de participación, todos invistieron el rol de coorganizadores del recital..."*.

4.d. Las posibilidades de los integrantes del grupo musical de evitar el resultado.

En ese sentido, destacan que *"Los espectadores son sus seguidores. En ese orden, una indicación de un músico es valorada y probablemente seguida si es formulada adecuadamente y con convicción. Frente a una actitud de ese tipo, cualquiera de los músicos seria escuchado y seguramente acompañado. Todo lo cual justifica respecto de los mencionados Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y Cardell, la casación de la sentencia y la consecuente revocación de la absolución"*.

5. La situación de los funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

5.a. Sobre la condena impuesta a Fabiana Fiszbin. Fundamentos arbitrarios.

Comienza entonces por relevar los argumentos del Tribunal de juicio, quien consideró que el único supuesto válido en el que puede argüirse constitucionalmente la configuración de los delitos de comisión por omisión está reservado a sucesos en los cuales el autor tiene un deber de garante específico sobre el bien jurídico; es decir, casos en los cuales la estructura del injusto típico equipara a la realizada en los delitos de comisión al contener un disvalor de acción y de resultado.

Así, conforme a ese sustento, no resultaría acertado fundamentar aquélla posición en un estadío anterior al de la producción de la situación de peligro concreto para el bien jurídico, y que en caso de no concurrir una específica situación de peligro en el momento en el que el sujeto asume su posición de garante, ésta será genérica y, entonces, es jurídicamente

imposible efectuar la subsunción de las conductas atribuídas a los funcionarios acusados, en las normas que contienen los tipos penales de los delitos de estrago y homicidio simple.

Plantean que *"La consideración de este aspecto no es por sí misma desechable, si no es utilizada como en el fallo para descartar de plano todas las situaciones no contemporáneas temporalmente, pero si coexistentes. Me refiero a las situaciones de peligro pendientes, cuyo riesgo no se aminora luego de haber asumido la posición de garantía"*.

Manifiestan que *"Precisamente esto es lo que ocurre con relación a la encartada, su posición de garante y la situación de peligro del local de República Cromañon, pendiente desde mucho tiempo atrás y formalmente agravada al día siguiente del vencimiento del certificado de bomberos. Descartando que la titular del ejercicio del poder de policía ni siquiera inviste la posición de garante genérico, la construcción conceptual deviene artificial"*.

En síntesis, concluyen que *"...por ello el fallo no ingresa en el análisis de la relevancia que la falta de inspección del local de los hechos, ha tenido en el resultado. Se excluye cualquier incidencia, dogmáticamente"*.

De esa manera, plantean que la *"...posición del Tribunal sobre la reprochabilidad a los funcionarios, ha excluido el análisis de una fuente de garantía especifica, que surge de la ya mencionada obligación de raíz constitucional de ejercer el poder de policía"*.

Añaden que *"...una estructura semejante, de criticidad alta, e involucrada específicamente en el ejercicio integral del poder de policía y también en la coordinación y la supervisión de la porción atribuida a las direcciones subordinadas, se constituyó por si misma en una fuente de peligro"*.

Finalmente, sostienen que a ese tipo de fuentes del deber de evitar el resultado, *"...se añaden otras que resultan de normas vigentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En esta ciudad, los deberes de garante de los funcionarios titulares del ejercicio del poder de policía con una fuente legal de jerarquía, que exhibe alguna singularidad en el ordenamiento jurídico argentino"*.

En efecto, *"...el poder de policía en dicha ciudad está expreso en el texto constitucional y atribuido por él, que además*

no solo regla su titularidad sino también su ejercicio y, además, prohíbe la omisión (artículos 11, 12, 21 y 56 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). La relevancia de las normas constitucionales referidas ha sido desatendida por el Tribunal, que ni siquiera la examinó, a pesar de su entidad y de su impacto sobre cualquier análisis de conductas que puedan ser descriptas como de omisión impropia".

5.a.1. Prohibición de regreso. Posición aislada y minoritaria. Arbitrariedad por falta de fundamentación.

La parte querellante argumenta en contra de los fundamentos de la sentencia para sostener la desvinculación de los funcionarios del delito de incendio sobre la base de "...*la concepción adoptada respecto de la prohibición de regreso*", aislada y minoritaria.

Dicho ello, en este punto, se limita a citar la opinión de Ingeborg Puppe, sobre la base de quien afirma que "... *Además de la resolución criminal existen aún otras causas de producción del resultado que influyen en el curso causal antes, durante o después de la ejecución de la resolución criminal, y cuya causalidad no puede interrumpirse porque se originen en una libre decisión...Si alguien distinto al autor ha puesto estas condiciones, la prohibición de regreso no puede oponerse a su causalidad... La cuestión que lógicamente hay que plantearse primero es si —y bajo que presupuestos- existe un deber de cuidado de no exponer a otro al peligro de un delito doloso. Si la prohibición de regreso rigiese ilimitadamente, nunca existiría un deber de cuidado tal... no existe una vigencia absoluta de la prohibición de regreso, ya que puede que existan precisamente deberes de cuidado para impedir delitos de terceros".*

5.a.2. La no consideración del tipo culposo.

En forma subsidiaria, indican que en la sentencia se omitió considerar la configuración de los elementos del estrago culposo, tal como había sido alegado durante el juicio.

En este aspecto, dicen que *"Como resumen del material acreditativo colectado en el debate esta acusación demostró que el desempeño de Fiszbin se caracterizó por no proceder a una reorganización activa de un área absolutamente desestructurada. Además actuó con una estructura nominal y supuestamente vacía, rodeándose de un grupo de asesores y funcionarios de su misma*

filiación política, reclutados por el conocimiento personal, o por la aludida filiación y/o vínculos familiares y amistosos".

Añaden que la funcionaria *"Concentró las decisiones inspectivas en una reunión en la que participaba y conducía; apoyó parte de su acción en la Cámara de locales de baile, hacia la que delega control, y con la que mantuvo una relación particular y privilegiada. Realizó controles selectivos, no orientados por situaciones de riesgo. Como consecuencia de todo ello organizó una estructura de control destinada a realizar inspecciones selectivas, omitiendo destinarlas a personas y/o lugares con los que existían vinculaciones de diverso".*

Concluyen que *"Ese tratamiento desviado de sus funciones, con conciencia de los focos de corrupción que agravaban la situación de peligro (fue la denunciante de la estructura corrupta de policías, empresarios y funcionarios de la ciudad, que facilitaba la expedición de certificados de bomberos irregulares), constituyó el actuar doloso o, por lo menos, imprudente que se reflejó en el resultado".*

5.a.3. Valoración arbitraria de la prueba. Testimonios de Omar Fernández y Pablo Sánchez. Congreso de C.E.D.E.B.A.

A estas consideraciones respecto de los argumentos relevantes para la figura típica culposa, añaden *"...la valoración sesgada del testimonio de Sánchez, y la fragmentación de la declaración de Omar Fernández"*, y hace particular hincapié en el primero pues *"...acredita el deliberado desvío de las funciones inspectivas cuando tenían por objeto locales de Omar Chabán".*

5.b. Sobre la condena impuesta a Ana María Fernández. Remisión a la situación de Fabiana Fiszbin en torno a la figura culposa.

Señalan que habían acusado *"...a Ana María Fernández por la comisión del delito de estrago culposo seguido de muerte en calidad de autora, solicitando una pena de 5 años de prisión"*, y que en la sentencia se la condenó sólo *"a la pena de dos años de prisión y cuatro años de habilitación especial por la comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público en calidad de autora".*

Así, postulan *"...la casación de este pronunciamiento dando por reproducidas las consideraciones generales formuladas respecto de Fiszbin, en orden a su responsabilidad por el delito*

de estrago culposo..." (sic).

5.c. Sobre la absolución de Gustavo Juan Torres. Argumentación arbitraria.

Respecto de este imputado, la parte querellante indica que el fundamento de la desvinculación del nombrado en relación a los hechos fue, escencialmente, el "*...desconocimiento que este habría tenido de la Actuación 631 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, y de la gravedad que ella patentizaba en orden al estado de los locales de baile clase C...*".

Sostienen que la argumentación expuesta en la sentencia sobre el punto es arbitraria y "*...patentizada incluso en el empleo como excusantes de la conducta de Torres razones que en Fiszbin eran inculpantes...*".

Concretamente, señala que "*...las justificaciones del desconocimiento de la referida Actuación 631 del funcionario que inviste la Dirección con directa competencia en la labor inspectiva de los locales de baile clase C, llega al extremo de justificar la atestación de una firma vagante dentro del mismo expediente de esa actuación...*".

En esas circunstancias, arguye que "*En una estructura administrativa como la de la ciudad, en la que se cuenta con los informes de la Auditoria General y las intervenciones de la Defensoría, asumir una dirección sin consultarlos no es una alegación verosímil. Como era reprochable a Fabiana Fiszbin no procurarse un acceso a Internet para procurarse estos antecedentes, también le es objetable a Torres no leer e interiorizarse de los expedientes que firma, máxime cuando tiene directa intervención en actuación relativa a alarmas*".

Resultando, a su entender, injustificable ese extremo, sostiene que "*...le resultan aplicables al encartado los elementos configurativos de la figura culposa del delito de incendio...*".

6. Formula reserva del caso federal.

F. La defensa de Omar Emir Chabán.

Los **doctores Pedro Antonio D'Attoli y Vicente Domingo D'Attoli, defensores de Omar Emir Chabán,** invocan en su recurso el artículo 456 inciso 1° y 2° del Código Procesal Penal de la Nación —fs. 68383/441-.

1. Nulidades.

Los defensores plantean la nulidad de las acusaciones privadas -por falta de legitimidad-, de las actas de juicio y de la maqueta virtual utilizada durante el debate.

Asimismo, manifiestan que no se ha respetado la *"igualdad de tratamiento de las partes"* ni se ha cumplido *"...con el conjunto de actos enderezados a la adquisición de pruebas desde la oportunidad que marca el art. 186 del C.P.P. y al aseguramiento de los elementos de convicción para el debate"* (sic).

Señalan que ello importó *"...la inobservancia de normas sustanciales y de forma con raigambre constitucional que vician de nulidad lo actuado durante el debate"*.

1.a. Nulidad de las actas de juicio.

Afirman que *"...del contenido de la sentencia recurrida se comprueba que no se aceptó la incorporación de las menciones solicitadas por la defensa de Omar Emir Chabán argumentándose que la incorporación de las grabaciones en DVD los que, además, 'no admiten testado' alguno" (sic)*.

Dicha *"...irregularidad, importa la inobservancia de lo prescripto en el inc. 5, in fine, del art. 394 del C.P.P.N. y, lo que es aún más grave e insalvable, importa una violación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso (art. 18 C.N.)"*.

Explican que *"...el acta debe ser completa y sustancial, conteniendo aquellas cuestiones relevantes que incidan en la resolución del caso ante la necesidad de cotejar los motivos de Casación expuestos por las partes, la motivación de la sentencia y los actos procesales ocurridos en la audiencia. No pudiendo ser ignorada su consideración en cualquier sentido o grado de convicción al dictarse sentencia, de tal manera se posibilita la incorporación que se pretende en forma simple"*.

En razón de ello, consideran que *"...en el presente caso, también resulta afectada en su plenitud la garantía de la doble instancia reconocida por los pactos internacionales (artículos 31 y 75 inciso 22 C.N.)"*.

Entienden que *"...dicha acta debe traducir todas las pruebas que se han recepcionado e incluso observaciones que hubieren formulado las partes, en especial sobre aspectos que influyan en forma notoria y decisiva en el esclarecimiento de la verdad real, anotándose los resúmenes de declaraciones con citas textuales de palabras que incidan en el caso concreto"*.

Con cita de jurisprudencia los impugnantes refieren: *"La omisión de trascripción de estos requisitos mínimos operaría* ***la nulidad del acta de debate y fulminaría la sentencia dictada por el Excmo. Tribunal*** *en razón de quedar afectada la garantía constitucional de la defensa en juicio del imputado. Este Tribunal entiende que las grabaciones del debate y su copiado taquigráfico no pueden constituir, bajo ningún concepto, aportes objetivos de carácter probatorio, pues admitir lo contrario desnaturaliza el principio de la inmediación en la producción de la prueba durante el debate, anula la oralidad del juicio en su proyección hacia el fallo. La filmación, grabación o versión taquigráfica del debate, si bien pueden ser de utilidad para los vocales del Tribunal durante la deliberación (y aun para la redacción y fundamentos del fallo) no corresponde agregarlos al expediente en salvaguarda al principio de oralidad, pues cualquiera sea el grado de oficialización que se les dé, atentaría contra la atención y preocupación que los vocales del Tribunal deben prestar a la actividad... durante el debate".*

Como corolario de ello, expresan que *"...la omisión de trascripción de estos requisitos mínimos no puede ser subsanada dada las particularidades y actual estado del proceso, por lo que solicitamos se decrete la nulidad del debate en razón de quedar afectada la garantía constitucional de la defensa en juicio de nuestro defendido".*

Con relación al perjuicio sufrido indican que *"...no se aceptó la incorporación de las menciones solicitadas"* y que las grabaciones de las audiencias en DVD que no admiten testado privaron a la defensa de *"...solicitar se supriman las expresiones de los testigos y peritos cargadas de valoraciones subjetivas que desnaturalizan el rol específico para el cual fueron llamados al debate".*

Asimismo, aducen que se les impidió *"...cotejar los motivos de Casación expuestos por las partes, la motivación de la sentencia y los actos procesales ocurridos en la audiencia; por lo que resulta afectada en su plenitud la garantía de la doble instancia reconocida por los pactos internacionales".*

1.b. Nulidad de las acusaciones privadas respecto del delito de cohecho.

En punto a esta cuestión, la defensa refiere que por

tratarse de un hecho que afecta a la administración pública sólo el fiscal se halla legitimado para pedir pena, por cuanto los particulares no resultan ofendidos por el delito, ni siquiera de modo indirecto.

En torno a las razones de tal postura, se remite expresamente a lo expuesto en su alegato.

Asimismo, al disentir con los argumentos vertidos en la sentencia recurrida para rechazar su planteo, manifiesta que *"...no es excusa que esté precluida la etapa procesal para impetrarlas porque no son nulidades relativas o que han sido rechazadas porque ello no involucra que sean convalidadas, ya que por el contrario, por su jerarquía constitucional y por ser absolutas pueden ser declaradas en cualquier estado del proceso. Fuera cual fuera la interpretación que haga el Tribunal, pretendiendo avalar la acusación de las querellas con una disquisición doctrinaria de que aquel que la omite o convalida por la teoría de los actos propios se pretende dejar de lado la garantía constitucional de aquellas nulidades que tienen supremacía otorgada por la propia constitución. Es que a veces, con tantas disquisiciones doctrinarias omiten obrar acorde a derecho y permitir una grave acusación afectando el debido proceso adjetivo, como en este grotesco caso que nos ocupa de las querellas particulares acusando por un delito contra la Administración Pública por el cual no están facultados para hacer"*.

1.c. Nulidad de la maqueta virtual.

Respecto a la utilización de la maqueta utilizada durante el debate aclaran que la defensa planteó *"...la nulidad de la maqueta virtual; como '**acto jurídico**' incorporado al proceso, es decir, como '**acto procesal**'; de otra manera no se explica en que carácter se hizo valer la proyección animada de dicha maqueta a 'modo de video' o 'película'"*.

Explican que *"...al ser utilizada en movimiento durante la declaración de los testigos, se incorporaron expresiones inducidas por las imágenes virtuales y por voluntad de los querellantes. En efecto, al exhibírseles la maqueta virtual en movimiento, casi la totalidad de los testigos incorporaron a sus declaraciones elementos que antes de la proyección virtual habían dicho que no conocían o no recordaban"*.

A su vez, los defensores refieren que la proyección de la maqueta durante el debate fue decidida por el Tribunal y anunciada a las partes en la audiencia preliminar, pero no contó con *"...una resolución motivada acerca de los fines perseguidos..."*.

En razón de ello, sostienen que *"...la reiterada invocación por parte el Tribunal de la 'teoría de los actos propios', resulta inadecuada dado que no puede aplicarse 'ex ante' y más aún cuando a poco de iniciado el debate y en reiteradas oportunidades posteriores (entre otras, la audiencia del 17 de octubre de 2008), la defensa de Omar Chabán, impugnó la proyección de la imagen en movimiento y solicitó -por cierto, infructuosamente- que, para audiencias futuras, se corrigieran los vicios invalidantes, bajo reserva de casación"*.

Puntualmente, mencionan que *"...fueron escasas las oportunidades en que el Tribunal accedió a 'mantener las puertas abiertas"*.

Asimismo, indican que la resolución cuestionada contiene *"un reconocimiento expreso de las causales que acarrean la nulidad absoluta de lo actuado dado que se persiguió el propósito de '**ilustrar** el relato de los testigos' que 'tuvieron apoyo en la maqueta virtual' o que '**estuvieran las puertas abiertas o cerradas**, la maqueta constituyó un elemento adicional para lograr **un mayor detalle** en las declaraciones de los testigos'"*.

Afirman que *"en lugar de 'ilustrar' al testigo con la maqueta virtual; el deponente debió ser interrogado acerca si se encontraba en condiciones de efectuar un 'croquis' del lugar. En caso afirmativo, debió colocarse una pizarra a su disposición para que con un marcador realizara un plano a mano alzada de todo aquello que recordara. Sólo en el supuesto de haber fracasado en el intento de lograr un genuino y verídico croquis del lugar; entonces podrá admitirse que se exhiba al testigo aquel 'plano a mano alzada' que habría hecho en instrucción (en los casos que así sucedió) según lo autoriza el art. 391 inciso 2do. in fine del C.P.P.N. Pero nunca indicarle con un elemento ajeno como lo es la maqueta virtual. Ello es inadmisible"*.

Por otra parte, aducen que *"...se omite merituar constancia de la causa, afirmando textualmente que: 'Dice la defensa que faltaron otros elementos que sí podría haber utilizado esa parte. Amén de no saberse de qué elementos se trata'. Lo*

cierto es que la defensa enunció cuales eran los elementos faltantes, entre otros, podemos recordar, los matafuegos, las mangueras e instalaciones contra incendio, los carteles de salida, etc" (sic).

En base a los motivos reseñados y con cita de los fallos "Montenegro", "Rayford" y "Francomano" de la C.S.J.N., la defensa solicita que *"...se decrete la nulidad de la maqueta virtual, de las declaraciones testimoniales en las que se hizo uso de la misma en movimiento, y de todo otro acto concomitante o posterior que resulte vinculado de un modo u otro a dicha proyección de imágenes virtuales"*.

Con relación al perjuicio sufrido, la parte recurrente señala que *"...las preguntas formuladas tanto por el Ministerio Público como los querellantes particulares mostrando a los testigos la maqueta en movimiento, fueron capciosas y sugestivas dado que en su conjunto contenían o inducían a una respuesta en perjuicio de Omar Emir Chabán en violación de los art. 118, 384 del C.P.P.N."* y que *"...llegado el turno de la defensa; el testigo -por lo general parte querellante- quedaba necesariamente descalificado respecto a los hechos acerca de los cuales había sido 'ilustrado' con la maqueta utilizada como 'un elemento adicional para lograr un mayor detalle'"*.

1.d. Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios para desechar los planteos de nulidad efectuados.

En definitiva, tratándose de nulidades absolutas exponen que *"...corresponde invalidar la totalidad de los actos ingresados al debate y la sentencia dictada en su consecuencia dado que son las que se aplican cuando se afecta el orden público o alguna garantía constitucional (conf. Sergio Gabriel Torres, 'Nulidades en el Proceso Penal', 2da. Ed. Ad-Hoc, p. 57 y ss.), como tales, deben ser declaradas de oficio; pueden serlo en cualquier estado del proceso, pueden ser planteadas por cualquiera de las partes, no son convalidables o subsanables" (sic)*.

Agregan que *"...el fallo impugnado confunde nulidad con irregularidad contrahaciendo los fines que se asignan al proceso, quedando relegados los intereses que el proceso penal custodia"* y que *"...dado que las nulidades absolutas pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado del proceso, ninguna duda queda sobre la posibilidad de denunciarlas por cualquiera de las partes y en*

cualquier oportunidad procesal como regla. Esa denuncia no requiere formalidad, bastando con que el vicio sea indicado o advertido mientras el proceso está en trámite para que el Tribunal entre a considerar la cuestión (Claría Olmedo T. II, pag. 297 y sgtes.)" (sic).

1.e. Tratamiento desigualitario de las partes. Actuación de la Oficina de Asistencia a la Víctima.

Los defensores sostienen que *"...la 'posición de prescindencia' fijada por el Tribunal se tradujo en una falta de participación más activa de sus dignos miembros que, como reguladores y moderadores del debate, debieron ejercer fehacientemente la dirección del mismo. Las particularidades del caso conllevaron a una real limitación del pleno ejercicio de derecho de defensa de Omar Emir Chabán, evidenciándose un desigual tratamiento de las partes"*.

Concretamente refieren que *"...no se permitió a la defensa de Chabán la oportunidad de discutir en los momentos más fundamentales del debate esgrimiéndose que, ello, constituía 'materia de alegato'"* y que *"...no ocurrió lo mismo con las querellas que pudieron explayarse ampliamente cargados de expresiones subjetivas; induciendo a los peritos y/o testigos que, encontrándose presentes en ese momento, escuchaban atentamente. Más aún cuando se trataba, en la mayoría de las veces, de peritos propuestos por la querella y testigos querellantes"*.

Precisan que *"...no se otorgó al imputado la garantía de defensa, (art. 18 C.N.) con lo que se le imposibilitó allegar todo elemento de prueba que consideró eficaz para producir la prueba de descargo de que puede valerse y acreditar la verdad: La inocencia, o la menor responsabilidad de Omar Chabán, o las circunstancias que impidan llegar a un fallo condenatorio"*.

En cuanto a las medidas de prueba rechazadas expresan que *"...se denegaron careos, ampliación de la pericia de bomberos acerca del volumen del local, como asimismo la diversidad de los focos ígneos y su incidencia en el tiempo de combustión del material. Se* ***denegó la declaración testimonial*** *de* ***Julio Vittone*** *cuyos datos de identidad y domicilio fueron aportados por Chabán durante la ampliación de indagatoria. Ello, a pesar de que el nombrado reconoció en un artículo periodístico que había arrojado*

candelas pero que no provocó el accidente, por lo cual esta defensa requería que ratifique y amplíe sus dichos para aportar nuevos elementos acerca de lo realmente acontecido y dar con los autores penalmente responsables del siniestro" (sic).

Por otra parte, aseveran que *"...se ha vulnerado el art. 384, párrafo 2do. del C.P.P.N. dado que, según surge de la propia sentencia, la [Oficina de Asistencia a la Víctima] actuó por orden del Tribunal Oral que puso a su cargo la recolección de la prueba testimonial y la contención de quienes debían prestarla en el debate"*.

En tal sentido, explican que *"...antes de prestar declaración en la Sala de Audiencias del Tribunal, los testigos -en su mayoría querellantes- habían permanecido indebidamente agrupados en la 'sala de espera' de la OFAVI, al punto que se conocieron allí y entablando una duradera amistad"* y que *"tales circunstancias surgieron de la declaración prestada durante el debate por el testigo* ***Armango;*** *y no en la audiencia preliminar en la que, por el contrario, se dio a entender que no se propiciaba el contacto entre los testigos" (sic)*.

En cuanto al perjuicio sufrido alegan que *"...se transgredió el principio de inmediatez y espontaneidad de la prueba, dado que los testigos se conocieron luego de ocurrido el hecho, dialogaron sobre el mismo y, como en el caso de Armango, entablaron amistad. Las particularidades reseñadas, fueron una consecuencia involuntaria de medidas ordenadas por el Tribunal que, aunque no forman parte del proceso, tuvieron una grave incidencia sobre el mismo al coartar el derecho de defensa del imputado Chabán encaminado a la búsqueda de la verdad material de lo acontecido"*.

En virtud de lo expuesto, sostienen que *"...el tratamiento desigualitario invalida lo actuado en razón de la inobservancia de las disposiciones concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado, previstas bajo pena de nulidad en el art. 167, inc. 3°, en violación de las garantías constitucionales relativas a la ordenación y desarrollo del proceso incluidas en el `debido proceso´que consagra el art. 18 de la C.N. debiendo ser declarada de oficio en cumplimiento de lo ordenado por el art. 168 del C.P.P.N. (art. 8.2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica) y de igualdad ante la*

ley que lleva implícito el principio de la igualdad jurídica (art. 16 C.N.; art. 75 inc. 22 C.N., art. 7 Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; art. 2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 24 Conv. Am., art. 14.3 del Pacto Int. D. Civ. y Pol.)" (sic).

1.f. Aseguramiento de pruebas.

Los letrados defensores manifiestan que "...*no se cumplió con el conjunto de actos enderezados a la adquisición de pruebas desde la oportunidad que marca el art. 186 del C.P.P. y al aseguramiento de los elementos de convicción para el debate"* (sic).

En esa inteligencia, mencionan que "...*no se realizó una pericia dactiloscópica ni se adoptó ninguna medida"* para averiguar quien era el responsable de haber arrojado la bengala iluminante de uso marítimo incrustada en el techo.

Los impugnantes consideran que "...se *impidió el ejercicio de la defensa, privándose a Chabán de las medidas peticionadas tendientes al aseguramiento de pruebas, frente a la sustracción y desaparición de carteles pasacalles (trapos), carteles indicadores de salida, herramientas, luces, haciéndose saber que incluso se había descubierto y desmantelado un taller clandestino de confección de ropa que funcionaba en el subsuelo del local siniestrado, dejándose aclarado que lo que se perseguía es asegurar el derecho de defensa y no la individualización de los responsables que, en su caso, es tarea que la Justicia debe realizar de oficio"*.

2. Afectación del principio de congruencia. Cohecho. Prueba no exhibida.

La defensa sostiene que la sentencia impugnada vulnera el principio de congruencia. Señalan que "...*el hecho que sustenta la condena, no reconoce coherencia fáctica con el descrito a lo largo del debate, lo que se traduce en una flagrante violación al principio de congruencia, falencia que desmerece la eficacia de la sentencia como acto jurisdiccional respetuoso del debido proceso y la defensa en juicio, y por lo tanto, la sentencia, deviene en arbitraria"*.

Concluye que "...*se han violado los requisitos formales del CPP por cuanto Omar Emir Chabán, al ser indagado en cuatro veces consecutivas, en el Juzgado de Instrucción, NO SE LE*

EXHIBIERON LAS ANOTACIONES EN LAS QUE SE SUSTENTA EL TRIBUNAL AL ENDILGARLE DICHO DELITO POR CARÁCTER TRANSITIVO DE LO QUE SE LE EXHIBE Y RECONOCE ARGAÑARAZ. Ello acarrea la nulidad de carácter absoluto de la imputación de cohecho por haberse afectado el debido proceso adjetivo y la defensa en juicio, entienda el Excmo. Tribunal de Casación, que Omar Emir Chabán no le ha sido exhibido dicha documentación en las indagatorias ni se le ha interrogado por las mismas. Además, como corolario, durante el debate nunca se mencionó ni se exhibieron las anotaciones mencionadas, ni se hizo mención a las mismas, únicamente el Sr. Fiscal General en su alegato final".

3. Inconstitucionalidad de los delitos de comisión por omisión. Razonamiento dogmático que vulnera el derecho de defensa en juicio y el principio de legalidad.

Los defensores manifiestan que en el fallo recurrido se formulan "*...una serie de aclaraciones encaminadas a defender la singular posición del Tribunal acerca de la comisión por omisión; tomando como punto de partida de su esquema teórico de análisis el libro de la autora española Teresa Rodríguez Montañés, 'Delitos de peligro, dolo e imprudencia', concluyéndose que, a los efectos de evaluar el tipo subjetivo de incendio en los supuestos de comisión por omisión, son aplicables las consideraciones doctrinarias respecto a la comisión activa dado que, a su criterio, existe 'identidad valorativa' a nivel del injusto típico e 'igualdad normativa' entre acción y omisión derivada del 'dominio de sobre la causa del resultado', con las salvedades en su caso corresponde efectuar*".

Indican que "*...a partir de estas premisas que se establecen como enunciados categóricos que no admiten discusión alguna, se adelanta la conclusión (tener por acreditado el aspecto subjetivo respecto de Omar Chabán) y se construye un razonamiento dogmático que, a modo de silogismo, arriba necesariamente a la conclusión adelantada*".

Sostienen que dicho proceder obstaculizó el derecho de defensa en juicio "*...dada la ambigüedad que deriva de entremezclar el 'Marco Teórico' con referencias a nuestro defendido como sujeto imputado*".

En tal sentido, refieren que "*...es inconstitucional fundar una sentencia en la aplicación analógica y extensiva de las*

consideraciones de Rodríguez Montañés respecto del delito comisivo en la doctrina española, y su readaptación al ámbito propio de la comisión por omisión".

Señalan que se vulneran las garantías de legalidad y debido proceso "...*cuando se pretende adecuación equiparando 'la representación del objeto' como un elemento normativo 'del tipo legal' del derecho español, con el fin de obtener su adecuación típica 'a la situación particular de delito de incendio' y 'la existencia de dolo de peligro' como conductas antijurídicas reprochadas en el presente juicio*" (sic).

En otro orden de ideas, los recurrentes alegan que la atribución a su defendido de la comisión por omisión del delito previsto en el artículo 186, inciso 5°, del Código Penal, vulnera el principio de legalidad.

Los defensores indican, citando doctrina, que "...*los delitos de omisión impropia han venido a poner en crisis al principio de legalidad en materia penal, ya que la posición de garante del omitente no se encuentra expresamente prevista en la ley penal argentina, por lo que numerosa doctrina, tanto en el plano internacional como en el nacional, han advertido esta crítica situación, pronunciándose decididamente, en el sentido que los delitos de omisión impropia* ***implican una palmaria violación del principio de legalidad en materia penal cuando no están expresamente previstos en la ley penal punitiva...****además pretender interpretar que cuando el Art. 186 del Código Penal describe la conducta típica de reprimir al que 'causare incendio' comprende tanto un comportamiento activo como omisivo, implica desconocer el principio de taxatividad en materia penal, al otorgarle al accionar típico una extensión que no describe el tipo penal; si en el Capítulo del Código Penal argentino que tipifica los 'Incendios y Otros Estragos' no se tipificó la modalidad de comisión por omisión, el Juez no puede crear la figura penal por vía pretoriana, ya que invadiría una competencia exclusiva del Congreso de la Nación como es el diseño de la política criminal, reconocida dicha competencia expresamente en el inc 12 del art. 75 del la Constitución Nacional, cuando faculta al Poder Legislativo a dictar el 'Código Penal'*".

Con relación a la posición de garante, con cita de autor refiere: "...*No obstante, esta 'posición de garante' carece, por*

lo menos, en nuestra legislación penal, de sustento legal, ya que no encontramos en la Parte General del Código Penal argentino, referencia alguna a dicha posición de una persona respecto de un determinado bien jurídico; si bien el fallo reseñado exige no sólo una posición de garante 'genérica' sino una 'específica', tanto una como otra no están contempladas en el digesto punitivo argentino, sino que resulta una creación doctrinaria sin consagración legal... tal extensión queda reservada a la libre interpretación judicial, como sucede en este caso, ya que es el mismo Tribunal el que, dogmáticamente, afirma que el explotador comercial y el manager del grupo musical están en posición de garante específica por organización y por el supuesto 'dominio social del hecho'; pero no tienen ese especial deber jurídico ni los integrantes del conjunto musical ni los funcionarios del gobierno municipal, lo cual plantea el interrogante de cual es el límite para determinar quienes se encuentran o no en esa posición de garante específica...".

Agregan que *"...en una particular interpretación se concluye que los tipos activo[s] son idénticos ya que presentan una 'identidad estructural normativa entre la acción y la verdadera comisión por omisión'; atribuyéndose a Omar Emir Chabán la autoría del delito establecido en el art. 186 inc 5° del C.P., con aparentes fundamentos en la denominada 'garantía del tipo de comisión por omisión'".*

Concluyen que *"...la posición asumida por el Tribunal es inconstitucional por violentar el principio de legalidad ('nullum crimen, nulla poena sine lege' — art. 18 C.N.) dado que no existe en nuestro Código Penal ninguna 'cláusula de equivalencia' que permita afirmar que el tipo comisivo tenga necesariamente como contrapartida al tipo omisivo y que ello autorice a 'readaptar algunos conceptos al ámbito propio de la comisión por omisión'".*

Asimismo, afirman que los magistrados *"...se arrogaron el papel de legisladores, excediendo el límite normativo que el orden jurídico les impone".*

4. Tipo subjetivo del delito de incendio. Desconocimiento de los factores de riesgo. Ausencia de dolo de peligro.

Con relación al tipo subjetivo del delito de incendio, los letrados indican que *"...se encuentra probado que Chabán no conocía 'los factores de riesgo causales' que conformaban lo que,*

a criterio de Tribunal 'a quo' se denomina 'situación típica' o 'de peligro inminente' para el bien jurídico tutelado".

En torno al punto, efectúan distintos planteos, a saber:

4.a. El uso de pirotecnia.

Refieren que *"...ha quedado acabadamente probado por los testimonios de muchísimos testigos, a los que el Tribunal no hace referencia que en esta oportunidad fue la primera vez que se utilizaron las candelas, o por lo menos que no era habitual el uso de las mismas."*, y citan testigos que avalan su postura.

En base a ello, afirma que ***"...resulta inexacto concluir en que Chabán conocía el riesgo que el uso de ese tipo de pirotecnia comportaba".***

Sin perjuicio de lo expuesto, los recurrentes agregan que en lo que atañe al control del evento su defendido *"...tomó los recaudos necesarios para neutralizar el uso de la pirotecnia en general y el peligro que su uso podría acarrear".*

Puntualmente, señalan que tal *"...como lo han hecho saber innumerable cantidad de testigos, hablaba al público a fin de que desistan de su actitud. De igual modo y para contrarrestar el accionar de las bengalas colocó carteles que indicaban la prohibición del uso y se preocupó para que los cacheos fueran más estrictos"*, menciona a testigos cuyos dichos sustentan dicho extremo.

Entienden con ello que *"...Chabán extremó las medidas de seguridad para evitar el peligro antes del hecho".*

4.b. Los materiales inflamables existentes en el techo del local.

En lo atinente al conocimiento de Chabán del carácter inflamable de los materiales existentes en el techo del local, la defensa sostiene que su defendido *"...estaba convencido que el material utilizado como aislante acústico era ignífugo, y que, además estaban en condiciones operativas los elementos a utilizar como prevención de incendios".*

Menciona que dicha circunstancia *"...ha quedado acabadamente probada por la documental agregada en autos"*, aludiendo expresamente a distintos elementos probatorios y al testimonio de Mario Díaz. Destacan también algunas consideraciones realizadas en el peritaje de Arquitectura respecto del tema.

Al referirse a las características de los incendios

previos al hecho, los defensores indican que "***...resulta imposible que Chabán conociera la potencial peligrosidad de los materiales para los asistentes***", es que "*...en esas oportunidades la banda paró de tocar, que el lugar estaba lleno de humo y que algunos de los concurrentes salieron del lugar (otros se quedaron en el interior) pero que luego de ser fácilmente soslayados por el mismo Chabán y/o personal del lugar, los que habían salido reingresaron y el recital se reanudó sin problemas*", cita dichos de testigos que se manifiestan en tal sentido.

Además indican que "*...el humo a que se hace referencia, pudo haber sido el de las mismas bengalas (gran cantidad de testigos, pruebas de video y sonido arrimadas a estos autos dan cuenta de la cantidad y densidad de humo que expide dicho material), y que, lo que no ha sido probado y ni siquiera se ha hecho mención, es que en aquellas oportunidades se haya registrado, siquiera, un principio de asfixia o intoxicación*".

Asimismo, aseveran que el Tribunal incurre en una "***...apreciación equivocada y arbitraria*** *de los hechos, al tomar los testimonios del querellante Clivio y del hostil* ***Albornoz…***" para sostener que Chabán transmitió su propio conocimiento al auditorio al referirle en su arenga que se encontraban en peligro porque "*la acústica del local era altamente inflamable*", pero "*...no toma en cuenta otros varios testimonios que sostienen que Chabán les había comentado acerca de la calidad ignífuga de los paneles de insonorización como así también la prueba documental que ya se ha hecho referencia*".

Manifiestan que de forma pueril se sostiene que su defendido tenía plena libertad para hacer modificaciones en el local, mencionándose las declaraciones de Julio Garola, gerente del hotel "Central Park", y "*del hostil y falaz Albornoz.*", omitiéndose de valorar los dichos de Mario Díaz "*...quien afirmó que 'del hotel pedían a Chabán que acustizara el lugar porque los sonidos molestaban a los pasajeros del hotel, que Chabán quería que el lugar fuera más roquero y hacer algunas modificaciones, pero que no lo autorizaron, no tenía el dominio 100% del lugar'*" y que "*...la gente del hotel tenía acceso al lugar a través de la puerta de la conserjería (que daba al hall de ingreso) y lo ofrecían a otras personas para eventos, entraban una a dos veces por semana*".

Por otra parte, los recurrentes, refiriéndose al material utilizado como aislante acústico, señalan que *"...la sentencia es autocontradictoria"*, por un lado reconoce que no hay legislación al respecto pero sin embargo *"...afirma sin hesitar que **Chabán sabía y conocía los factores de riesgo***".

4.c. El exceso de concurrentes.

En este punto la parte recurrente expone que en el local "República Cromañon" se podían hacer recitales sin requerimiento de autorización previa, citando dichos de funcionarios del GCBA en apoyo de su tesitura.

Con relación a la capacidad del lugar, refieren que *"...más allá de la apreciación que hizo el Tribunal, existen pruebas que nos indican que el lugar era ofrecido como con capacidad para 5000 personas y por sus características y dimensiones, resultaba creíble esa capacidad. Además, tal circunstancia era conocida ampliamente por las autoridades (Dirección General de Orden Urbano y Federal, Circunscripción II de la Policía Federal, División reuniones públicas y seguridad en el deporte) y por el público, representantes de espectáculos e inclusive por los medios de comunicación (Internet, La Nación, La Razón), por lo que se presume era conocido por todos. Nunca jamás ninguna autoridad o particular objetó tal circunstancia..."*.

Asimismo, sostienen que el Tribunal realiza un análisis erróneo de la prueba producida para tener *"...por probada la concurrencia de 4500 personas..."*, cuando en realidad y siguiendo la línea de análisis efectuada por el Tribunal se podía haber arribado a otra conclusión favorable al imputado pero no se tuvo en cuenta, sobrevalorándose en la sentencia el número de invitados que habrían ingresado al evento.

En definitiva *"...lo cierto, lo concreto y lo que surge de la prueba producida y lo que a la luz de la sana crítica debió prevalecer son los informes de SADAIC que dan cuenta de 2611 asistentes con entrada más unos 200 invitados, con lo que arribamos a un total de 2811 asistentes..."*.

En torno al exceso abrumador de concurrentes sostenido por el Tribunal refieren que *"...tampoco en este punto es correctamente ameritada la prueba ya que varios testigos (entre ellos **Orazi, Pailos, Romero, Mata, Hansen, Visconti Antonio,** todos ellos asiduos asistentes a recitales) al relatar su actividad*

dentro del local el día del hecho, informaron que transitaron por el lugar... de dichos testimonios surge que, si bien posteriormente fue percibido por algunos testigos como exceso abrumador de concurrentes, si hubiera sido así los testigos mencionados no hubieran podido desplazarse como lo hicieron".

Concretamente dicen que *"...si bien es cierto que el lugar estaba habilitado —irregularmente- para 1031 personas, también lo es que la totalidad de los testigos que se relacionaron con el lugar por cuestiones de trabajo manifestaron unánimemente que estaban convencidos que el lugar —por las dimensiones y comodidades que tenía y como muchos observaron, de acuerdo a su experiencia y comparándolos con otros lugares- tenía capacidad para 5000 personas".*

4.d. Los medios de salida.

- Las puertas cine.

La defensa menciona que se tuvo por acreditado que la estructura de las puertas vaivén o tipo cine obstaculizó la evacuación del público pero no se valoró el ensayo realizado por el propio Tribunal respecto de las mismas, que demostraba la facilidad para su apertura. Tampoco se tuvieron en cuenta dichos de testigos y prueba pericial que acreditaban tal extremo.

Respecto al peritaje de bomberos, los letrados defensores sostienen que *"...se brindó información errónea cuando se estableció que: 'Estaban abiertas solo dos de las seis puertas', posición que obviamente se presento después de la evacuación debido a la facilidad con que se abrían o cerraban las mismas y no se ajusta a lo que realmente paso durante la evacuación..."* (sic).

Agregan que de acuerdo al cálculo realizado por los peritos arquitectos *"...para el supuesto de las 6 puertas abiertas, 12 hojas el tiempo de evacuación hubiera sido de 6,25 minutos. Tiempo de evacuación que coincide lo que vio el bombero Biscaini al pasar por Plaza Miserere a los cuatro minutos de la llamada, con lo expresado por Clivio, por Enriquez, y por Medina".*

Concluyen que *"...de lo expuesto se deduce que el grueso de la gente salió en un tiempo aproximado de 6,25 minutos, lo que nos indica que, según el cálculo efectuado por los peritos arquitectos las doce puertas vaivén se encontraban abiertas en su totalidad; que los obstáculos que encontraron fueron básicamente la gente que todavía no había ingresado y que, desconociendo lo*

que sucedía en el interior, entorpecieron –sin intención- la evacuación”.

- La salida alternativa.

Los defensores sostienen que el Tribunal aprecia de manera *“...equivocada, tendenciosa y arbitraria”* que Chabán tenía dominio total del local. Citan testigos cuyos dichos prueban que *“...la decisión de que la puerta alternativa permanezca cerrada no fue de Chabán sino del hotel...”.*

Por otra parte, indican que la denominada salida alternativa *“...no está prevista en ninguna parte del Código ni de la Ley, y comunica con otra unidad independiente situación irregular,* ***prohibida expresamente*** *por el Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires...la situación tan irregular de dicha puerta hacía que estuviera cerrada permanentemente (por orden del hotel) y no estuviese disponible cuando fue necesario, para su fin específico”.*

Asimismo, refieren que de acuerdo al art. 4.7.6 del Código de Edificación el ancho de las puertas del local –habilitado para 1031 espectadores- deberían haber sido de 9,21 metros, en tanto que el ancho real de las puertas del local es de 7,56 metros y que por las falencias apuntadas *“**no debería haberse concedido la habilitación**”.*

Señalan que *“...existe por parte del hotel una clara intención de no ceder el uso de la puerta alternativa que vislumbramos en el documento obrante a fs. 21165 y que tiene idéntica condición de aquel que aporta* ***Rafael Levy*** *a su declaración indagatoria como el proyecto de contrato de locación que dijo, firmaría con Chabán. En su Cláusula Primera establece El LOCADOR da en locación al LOCATARIO y éste acepta en tal concepto el inmueble ubicado en la calle Bartolomé Mitre 3060/66/70/72 y 76 (incluye el local que será utilizado como salida de emergencia) COMO VEMOS NADA DICE DE LA SALIDA DE BARTOLOME MITRE 3046 (que es, vale decirlo, el correspondiente a la chapa municipal del garaje del hotel al que conecta la salida alternativa)”* (sic).

La asistencia técnica sostiene que *“Chabán tuvo en cuenta que el lugar había funcionado durante mucho tiempo sin ningún tipo de restricción. El sabía que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires efectuaba controles, por su experiencia en ‘Cemento’.* ***¿Porque habría de desconfiar de las condiciones de la***

habilitación, si el local de Bartolomé Mitre 3060 funcionó con el mismo rubro durante siete años?" (sic).

Por otra parte, cuestiona la trascendencia que el Tribunal otorgó a la puerta alternativa como medio de egreso en caso de un siniestro. Luego de aludir a las declaraciones de distintos testigos concluyó que *"...el público, al no conocer su existencia, mal podría haber recurrido a ella para salir"*.

Con relación al cartel indicador, la defensa adujo *"...ya hemos probado que se encontraba tapado por las banderas, esta circunstancia y si sumamos a ello la gran cantidad de los testimonios referenciados, nos hace llegar acertadamente a la conclusión que en consecuencia, el cartel no se encontraba operativo y por ese motivo la gente —aún la que se encontraba en las inmediaciones del lugar o los que habían concurrido en reiteradas oportunidades al lugar, inclusive cumpliendo funciones de seguridad- no la registraba mentalmente ni visualmente como una salida, de allí se deduce fácilmente que es DESACERTADA la valoración de la 'transcendencia que tenía el portón como egreso indispensable' a que hace referencia el Tribunal"* (sic).

4.e. La representación del peligro.

La defensa indica que su defendido *"...no conocía ni podía conocer las circunstancias o causales de riesgo que constituirían el peligro"* y que *"...en consecuencia no hay dolo de peligro, sin el aspecto cognitivo; no hay representación de lo que no se conoce. No puede haber entonces un juicio y aceptación del peligro común"*.

Asevera que el fallo impugnado *"...prescinde y contradice abiertamente de pruebas decisivas allegadas a la causa para dar por demostrado el aspecto volitivo del dolo de peligro —'según el esquema teórico' —en la acción de Chabán de cortar el sonido. Arbitrariamente, se parcializa la prueba: Se pretende hacer aparecer la 'voluntad evitadora de el **peligro**' como 'voluntad evitadora de la **lesión**'. En otras palabras: En el lugar de 'la acción final' pasa a ser 'la acción inicial' a pesar de que se trata de una misma y única conducta evitadora"* (sic).

Puntualmente refieren los abogados que *"...en los supuestos en que, como en este caso, existe la figura que reprime el hecho cometido por negligencia; la forma ordinaria y correcta de proceder con respecto a los casos en los cuales de una omisión*

deriva un resultado punible, consiste en la imputación de ese resultado a título de culpa, ya que una de las formas típicas de ésta es la negligencia, la cual consiste en no hacer o de no hacer bien lo debido".

Concluye que "*...no se han acredita[do] los extremos que tipifican del dolo eventual, pues debe demostrarse que el autor fue consciente del riesgo, lo asumió y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado*" (sic).

Los recurrentes destacan que "*...en los incidentes de los días 1° y 25 de diciembre de 2004 se trató de 'fuego', sin liberación de gases letales, sin consecuencias para los asistentes*" y que "*...por ello, Chabán nunca podía representarse y reflexionar sobre el peligro concreto de 'incendio', o sea, nunca podía representarse y reflexionar sobre 'la rápida liberación de gases letales'; por lo que de ninguna manera puede sostenerse que 'se conformó' o 'aceptó' el peligro concreto de '**algo que no conocía**'*".

En tal sentido, sostienen que "*...contrariamente a lo decidido, sin lugar a dudas existían razones para confiar en la capacidad de dominar la situación en la no producción del peligro*".

4.f. El aspecto volitivo.

En este punto, los letrados defensores señalan que "*...todas las acciones de Chabán se encaminaron a evitar o disminuir el grado o magnitud de peligro*" y que "*...impuso prohibiciones expresas de acciones peligrosa, mal puede interpretarse entonces que el nombrado se representó el peligro y se conformó por lo que quería*" (sic).

Dicen que "*...colocó material que adquirió como ignífugo, realizó pruebas para confiar que este material era seguro (testigos de que lo probó con el encendedor). Se cambiaron mangueras, se conservaron en funcionamiento matafuegos y luces de emergencia, se asignó un lugar para socorristas, y se confió a Mario Díaz una llave de la puerta alternativa no de emergencia*" (sic).

En base a ello, aseveran que "*...no existió en Chabán, el elemento volitivo característico del dolo, esto es, el momento de decisión a favor del peligro*".

Asimismo, destacan que "*...a las medidas para evitar el*

peligro debe sumarse que Chabán mantenía la confianza de que los asistentes al lugar se comportarían conforme al deber de cuidado, obrando con prudencia y diligencia".

Indican que en el fallo, sin sustento fáctico y jurídico, se dijo: *"Si bien ese comportamiento se reveló como estéril para impedir el incendio, fue sí un intento en pos de evitar la lesión o muerte de los asistentes todas estas circunstancias sirven para sustentar que Chabán no tenía dolo eventual respecto de la muerte de las personas".*

Agregan que *"...Chabán no se conformó con el riesgo, ni mucho menos lo asintió. Por el contrario, ejerció una intervención positiva encaminada a evitar la puesta en peligro, o su progresión: Dicha acción consistió, precisamente, en el corte del sonido y correr hacia la manguera para apagar el 'fuego'".*

Finalmente, expresan que *"...el corte del sonido constituye un acto concluyente a favor de los bienes jurídicos- la seguridad pública- en estos casos falta el dolo eventual de peligro. Y a la misma conclusión arribamos cuando se está en la creencia de que ese peligro no se producirá"* (sic).

5. Prueba denegada. No fueron aclaradas las conclusiones del peritaje del I.N.T.I. que estima equivocadas.

En primer lugar, mencionan que al solicitar que se aclaren los puntos del informe de laboratorio del INTI que estiman equivocados, el *a quo* les denegó la medida.

Afirman que *"...el INTI informa sobre la cantidad de monóxido pero no sobre la cantidad de dióxido de carbono y otros gases tóxicos (p.ej: ácido cianhídrico) producida por el incendio de los materiales, ni a los gases producidos por la combustión los artefactos de pirotecnia"* y que *"...se equivoca al calcular el volumen ocupado por las personas en un quinto del volumen total de la sala con lo que se distorsiona gravemente la concentración del HCN y del monóxido de carbono, lo cual también redunda en perjuicio del esclarecimiento del hecho".*

Por otra parte, sostienen que *"...de acuerdo a testimonios brindados y elementos arrimados en la pericia de bomberos, no habría sido uno sino varios los focos de incendio en la espuma de poliuretano..."* y que *"...en la pericia a fin 'de estimar en condiciones no reales la hipótesis de la rápida propagación de la combustión' suponen un único foco y estiman que el tiempo*

necesario para la combustión total es de 13 minutos”.

Respecto a la incidencia en el resultado de los errores de cálculo aludidos, afirman que “*...estas variables modifican sustancialmente el resultado de los cálculos efectuados por los peritos del INTI y nos dan la pauta certera que los gases en combustión son de una toxicidad sumamente mayor que la que los expertos informaron*”.

Asimismo, refieren que “*...al tener este dato de la elevada toxicidad de los materiales, también podremos concluir que los decesos se produjeron con menor tiempo de exposición, lo que abona la postura sostenida por esta parte de que el lugar fue evacuado en menor tiempo del que estimaron los peritos arquitectos, quienes tomaron como base esta pericia*”.

6. Valoración de la prueba testimonial. Ausencia de credibilidad de los testigos concurrentes al recital.

Cuestionan que el Tribunal haya dado credibilidad a lo declarado por los concurrentes al recital para sostener que el día del hecho Chabán “*...se dirigió al público dándole a entender que podría ocurrir lo que instantes después sucedió*”. Al respecto, sostienen que “*...de ninguna manera puede darse credibilidad a los dichos de tales personas dado que, no solo son en su mayoría, parte querellante —interesadas en el resultado del proceso- sino también en razón de que se encuentran afectados emocionalmente por lo ocurrido y su posterior reprecisión [repercusión] pública... les pidió por favor que no se use pirotecnia (**Vázquez Ricardo**) o, como también se expresó, a través un monólogo que podía ser aburrido, que siempre decía lo mismo, pero es totalmente ilógico que al inicio de una celebración haya hablado de ‘muerte’. Por otra parte ¿por qué iba a utilizar la tercera persona del plural? Él estaba allí adentro*”.

Invocan que la jurisprudencia “*...es unánime en señalar que es requisito para mantener la calidad de testigo la ajenidad que con el juicio debe guardar el deponente. De modo que no corresponde considerar testigo en sentido propio a quienes deponen sobre hechos respecto de los cuales ellos mismos son actores y que pueden traerles aparejados algún perjuicio porque, en realidad, lo que no hay es testigo*” (sic).

También manifiestan que “*...este criterio es extensible al querellante aun cuando se invoque en un sentido contrario la norma*

del art. 86 del C.P.P.N." (sic). En apoyo de esa postura citan jurisprudencia.

7. Quebrantamiento del curso causal. El dolo de quienes arrojaron las candelas. La cuestión inherente a la prohibición de regreso.

En este punto la defensa manifiesta que el Tribunal sostiene erróneamente que los sujetos que accionaron las candelas que iniciaron el foco ígneo *"...desconocían los factores de peligro que fueran individualizados en la situación típica que es objeto de reproche, a excepción del exceso de concurrentes que, como ya dijimos era una cuestión evidente. En efecto, desconocían la situación de las puertas de salida, también la naturaleza y alta combustividad del material con que se recubría el techo".*

Los recurrentes consideran que *"...de los elementos arrimados a la causa, se comprueba que los sujetos que dispararon las candelas no actuaron de manera descuidada, o irreflexiva, sino que se dieron perfectamente cuenta que su actuación podría conducir fácilmente a la producción del siniestro y, precisamente, a pesar de ello no renunciaron a ese plan. Conscientemente apuntaron al techo, incluyeron en su cálculo lo sucedido, y lo '**quisieron**'. Obraron dolosamente. Esa actuación dolosa recae sobre estos tres o más sujetos que violaron las prohibiciones de los carteles puestos en el local, de las prohibiciones del RENAR insertas en las candelas, eludieron el cacheo, desoyeron las advertencias de Chabán y Fontanet" (sic).*

A ello, agregan que *"...inexplicablemente, nada se dice en el fallo acerca del sujeto que arrojó encendida una bengala iluminante de uso marítimo que quedó incrustada en el techo según surge de la pericia de bomberos practicada en autos".*

Expresan que *"...el accionar de los sujetos que arrojaron las candelas, constituye un acontecimiento excepcional e imprevisible que rompió el nexo causal".*

Manifiestan que *"...las relaciones que obraron como concausas cuando el recital tuvo lugar, quedan excluidas de la acción (o autoría) de Chabán".*

Por otra parte, la asistencia técnica de Omar Emir Chabán afirma que *"...la actitud incendiaria de los tres individuos y del cuarto que colgó la bengala náutica, adrede, para provocar el incendio"* fue imprevisible.

8. Omisión de aplicar el principio "in dubio pro reo".

La defensa sostiene que *"...constituye un grave error sostener en el fallo que no tiene importancia conocer la identidad de los que arrojaron las candelas."* (sic). Destaca que *"...aún por aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones el límite esta señalado, por la intervención dolosa de un tercero"* (sic).

Con relación a la cuestión planteada, resalta que Chabán aportó los datos de uno de los asistentes (Julio Vittone) *"...que reconoció en un artículo periodístico que en la noche del 31 [30] de diciembre fue una de las personas que arrojó candelas"* (sic) y el Tribunal rechazó su citación y dispuso remitir los antecedentes al juzgado de instrucción.

Manifestó que tal proceder coartó *"...el derecho de la defensa en razón de que no se buscaba incriminar al testigo, sino que describiera que sucedió: como obtuvo las candelas, si vio la forma en que actuaron los tres sujetos antes referidos, y toda otra circunstancia que fuera surgiendo de su declaración que resultara de interés para la defensa de Omar Chabán" (sic).*

Por último, precisa que *"...un juez al condenar al procesado, debe tener la certeza de que es el responsable del hecho criminal"* y *"si albergara alguna duda sobre su responsabilidad criminal, debe absolverlo".*

9. El dominio social del hecho. La conducta omitida: suspender el recital. Análisis erróneo.

Sobre el punto señala que *"…durante el recital realizado por la banda en el estadio de Obras Sanitarias, según consta en la prueba documental respectiva, la controladora del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, habló con el manager y le sugirió que le transmitiera al cantante que debía hablar en contra del uso de pirotecnia, y éste así lo hizo. Hizo exactamente lo mismo que hacía Chabán como una más de las prevenciones. Entonces, en ese momento, el día del recital de Obras Sanitarias, correspondía hacerlo, estaba bien hacerlo, y no suspender el recital como pretende el Tribunal que debió hacer Chabán".*

Explica que *"...si Chabán no suspendió el recital fue porque resultaba fácticamente imposible y hasta peligroso...".*

10. Error de hecho y de derecho.

Al invocar que Omar Emir Chabán actuó *"...con*

desconocimiento o ignorancia de las circunstancias de hecho" que "excluyen la culpabilidad a título de dolo y culpa", los recurrentes expresaron que aquél *"...creyó que colocaba material ignífugo, compró el material como tal y lo probó, sin embargo, ignoraba su toxicidad"* por lo que *"...no puede negarse la relevancia del error -sea cual fuera su naturaleza-..."*.

En consecuencia, indican que *"Chabán creyó y confió, de buena fe, que actuaba conforme a derecho dado el consentimiento de los Órganos del estado ante los efectos usuales, los mismos efectos que, ordinaria y normalmente, se habían producido en casos iguales. Haya habido o no mala fe en las actuaciones de los Órganos del Estado; lo cierto es que sus acciones u omisiones llevaron a error o engaño al administrado, es decir, a Omar Emir Chabán"* (sic).

Como corolario de lo reseñado, la defensa considera que *"resulta de aplicación el art. 34, inc. 1ro., del C.P."*.

11. Culpa con representación. Análisis necesario.

Los letrados defensores indican que *"...concurre imprudencia consciente cuando el sujeto, en su acción influyente en el resultado, establece simultáneamente factores en contra, con cuya ayuda intenta conducir el suceso de manera 'que no produzca una consecuencia accesoria representada como posible'"* (sic).

Con cita de Claus Roxin sostienen que es la *"**...decisión por la posible lesión de bienes jurídicos,** es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y que justifica su más severa punición"*.

Siguiendo la postura del autor citado, agregan que *"...la diferencia **(con el dolo)** radica sin embargo en que **(el sujeto)**, en tal situación y **pese a su conciencia de riesgo, confía en poder evitar el resultado...** Esta confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido"*.

Invocando nuevamente al jurista alemán, refieren que *"...en la imprudencia el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo..., la imprudencia se caracteriza por una **poena naturales** (en 'Cromañon' estaban presentes el propio Chabán, su hermano, su sobrino, amigos)"* (sic).

12. Cohecho: errónea valoración de la prueba.

En orden al delito mencionado, los asistentes técnicos de

Omar Emir Chabán precisan que el Tribunal realizó una errónea presunción, por cuanto consideran que de acuerdo a lo declarado por Argañaraz las anotaciones que obran en su agenda las realizó ***"...para tener una IDEA DE LOS GASTOS DE LA FECHA, pero de ninguna manera se puede interpretar que esa idea se haya llevado a cabo, porque? Por la sencilla razón de que esa liquidación de futuro y referida, según los dichos de Argañaraz, al patrullero en la puerta y la camioneta en la esquina, los que pudo presumir que eran policía adicional, pero de ninguna manera se puede interpretar que se hayan abonado esos 300$ (que fueron puesto como expectativa de gastos de futuro, a la supuesta policía adicional, que no existió y menos aún realizar una interpretación forzada y subjetiva del Tribunal de la ley penal para achacar a nuestro defendido el delito de cohecho. Desconociendo esta defensa lo manifestado por Argañaráz de que era Raúl que le pagaba $ 300 más o menos a la policía, porque reiteramos esa anotación de expectativa no significa, de ninguna manera, que dicho dinero le fuera entregado a Raúl Villarreal para que le abonara a la policía por la colocación del patrullero en la puerta y la camioneta en la esquina"*** (sic).

Asimismo refieren que *"...el Tribunal omite lo que manifiesta Argañaráz (a continuación) en dicha indagatoria, cuando a preguntas del Sr. Fiscal para que diga si esto era un pago adicional o una 'coima'* ***refiere que no lo sabe****, que sólo puede decir que había presencia policial (aclarando que estaba fuera y no dentro del local)"* (sic).

En base a los agravios reseñados, solicitan *"...se haga lugar a las nulidades impetradas, invalidándose los actos impugnados y todo lo actuado en su consecuencia. Se deje sin efecto por arbitraria la sentencia recurrida en cuanto condena a Omar Emir Chabán a la pena de veinte años de prisión por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de incendio doloso calificado por haber causado la muerte de 193 personas y lesiones a por lo menos 1432, en concurso real con el delito de cohecho activo en calidad de autor. Se absuelva al nombrado de los delitos endilgados".*

Subsidiariamente, requieren que *"...se subsuma su conducta en el tipo culposo que hubiere de corresponder, contemplándose el mínimo de la pena correspondiente a la escala penal de que se*

trate, atendiendo a las características del hecho y la condiciones personales del imputado".

13. Formula reserva del caso federal.

G. La defensa de Diego Marcelo Argañaraz.

A fs. 68697/836 el Dr. Roberto Bois, interpuso recurso de casación contra la sentencia.

1. Introducción a los agravios.

El defensor comienza manifestando que *"Nos encontramos ante normas de derecho de fondo y formas inobservadas y otras erróneamente aplicadas. La sentencia impugnada resulta anulable en Casación por (...)* ***carecer de motivación adecuada y estar desprovista de razonabilidad*** *como condición intrínseca, configurando en su* ***materialidad arbitrariedad.*** *Nos encontramos con errores denominados in procedendo e in iudicando".*

Es que *"Se han omitido de aplicar y/o aplicado en forma errónea, puntualmente, las que establecen pautas de actuación como ser el Principio de Duda a favor del imputado (artículo 1 código formal), interpretación restrictiva de toda norma que limite el ejercicio de un derecho (artículo 3 CPP), la debida motivación de las sentencias y de esta manera se [ha] fabricado una nueva conclusión del proceso intentando justificarla a través de una motivación artificiosa, absurda, parcial y arbitraria que descalifica el principio obligado de la convicción sincera del Tribunal de Mérito...".*

Asimismo expresa que *"Se han violentado los principios legales y constitucionales de legalidad, con especial referencia a las de la participación, autoría y responsabilidad criminal (artículos 34 y 45 Código Penal, artículo 18 Constitución Nacional). Todo ello en el marco de lo que debió ser regla hacia el Debido Proceso Adjetivo, Derecho a Defensa en Juicio, Principio Bilateralidad y Garantías propias de un Estado de Derecho* ***(artículos 18 y 75 inciso 22 Constitución Nacional)".***

También dice que con la anulación de la sentencia (tanto penal como civil) *"...se logrará la adecuación a los ideales de Justicia y Legalidad, expresadas en la normativa vulnerada".*

En lo que respecta a las normas aplicadas manifiesta que *"La violación normativa, se especifica, cualifica y amplia en el caso de autos, en la creación pretoriana en violación a las*

garantías de la ley escrita, estricta -creando tipos delictuales por analogía- y cierta -con creación de cláusulas legales abiertas en ilegal ejercicio de versare in re ilicita-.

Se crea pretoria, ilegal e inconstitucionalmente:

1) una hermenéutica penal que anula el análisis subjetivo como parte del tipo penal, esencial para fijar la responsabilidad del autor.

2) Un método de abordar la teoría del delito y la imputación en base a los resultados del evento fáctico en desmedro de la necesaria acreditación del dolo específico y típico del autor.

3) Tipos penales extratípicos asimilando omisiones a los resultados típicos que la ley penal asigna solo a comisiones del autor.

4) Tipos penales extratípicos excediendo a las descripciones de conductas reprochables que legal y constitucionalmente son fijadas y/o calificadas alternativamente como dolosos o culposos".

Por último, afirma que pretende "*...obtener la nulidad de la sentencia definitiva dictada por tratarse de un acto jurisdiccional que se encuentra configurado por serios vicios descalificantes, en cuanto a su motivación, que afectan en forma directa sus condiciones de validez*", y por ello "*...se concluya en la absolución de mi defendido y el rechazo de la acción civil, también objeto de la causa*".

2. Falta de motivación de la sentencia. Arbitrariedad en la valoración de la prueba. Nulidad. Rechazo de la acción civil.

Entiende el recurrente que "*La normativa adjetiva exige y enfatiza con la expresión 'BAJO SANCIÓN DE NULIDAD' QUE LAS SENTENCIAS DEBERÁN SER MOTIVADAS*" (sic).

Agrega, además, que "*…del minucioso análisis de los fundamentos y motivaciones de la sentencia definitiva (...) los mismos no guardan una estrecha relación con el decisorio final tomado, ya que debieron conjugar con los principios rectores de un Estado Garantista, querido por nuestra Constitución Nacional, como ser la ineludible certeza afirmativa para condenar, principio de duda a favor del imputado, principio de inocencia e interpretación restrictiva de la ley penal*".

2.a. Errónea utilización de un marco interpretativo de los

hechos ex post.

En relación al punto y trayendo a colación citas dogmáticas expresa que *"...se deben juzgar estos hechos, conductas comportamientos y valoraciones con los parámetros previos al 30 de diciembre de 2004. No desde los cómodos sillones del 2009, con la tragedia ya sucedida. Porque mal que le pese a quien le pese, el recital de la noche fatídica, era un recital más en lo que hace al rock de Callejeros o de cualquier banda de rock barrial de la época,* ***y nada le hacía prever a ningún integrante de la banda y por supuesto a Diego Argañaraz como uno más, que un incendio se sucedería, no se percibía, ni nadie lo hacía, el riesgo latente que se desarrolló.*** *Sino, por supuesto, no se hubiera convocado al público a República Cromañón, no se hubiera invitado a sus propios familiares. La banda misma no hubiese ingresado y actuado allí" (sic).*

2.b. Organización del recital. Participación de Diego Argañaraz. Asignación arbitraria de características al rol del manager.

Plantea la parte que se equivoca el Tribunal cuando entiende que *"...el 30 de diciembre de 2004 en el local llamado República Cromañón donde el Sr. Omar Emir Chabán y el Sr. Diego Argañaraz organizaron una serie de recitales de rock brindados por el grupo musical Callejeros. El día de la tragedia en trato había una cantidad excesivamente superior de personas -4500 precisamente-, salidas estropeadas entorpecidas o clausuradas. Allí la utilización por parte de individuos del público al comienzo del recital de un aparato pirotécnico denominado candela hizo comenzar la combustión de los paneles que revisten el local, dando lugar al incendio con el trágico resultado ya enumerado supra en cantidad de fallecidos y heridos. Se atribuye el resultado en el marco de lo que doctrinariamente se da en llamar incendio en comisión por omisión, descripto supuestamente desde una óptica restrictiva. Ello por cuanto no obstante decir no ceñirse meramente a supuestos roles para atribuir responsabilidad penal, atribuye a los mencionados como organizadores una posición de garante no genérico, que los pone en la obligación de dominación de la fuente de peligro, en el dominio de las causas del resultado. Cita a Silva Sánchez como doctrina de apoyo esencialmente"* (sic).

En tal sentido argumenta que *"Diego Marcelo Argañaraz, como parte integrante del Grupo Musical Callejeros, no fue PRODUCTOR u ORGANIZADOR de la serie de recitales dados los días 28, 29 y 30 de diciembre de República de Cromañón, así como de ningún otro, como tampoco lo es ningún grupo musical ni representante artístico, inclusive"*.

En relación a ello, analiza puntualmente el denominado "rol" del manager y sostiene que *"...lo que se vislumbra claramente* ***como errónea y arbitraria visión del Tribunal*** *es atribuir a esta situación de manager una característica de empresario que es muy lejana de ser la general de lo que es el representante de una banda de rock barrial como es Callejeros, y particularmente en el rol en especial análisis, que es el que llevaba adelante en concreto mi ahijado procesal"*.

Critica la sentencia en cuanto tiene por acreditado que *"...Diego Marcelo Argañaraz como manager de Callejeros se encargó de contactarse con distintas, personas para el sonido, la iluminación, la seguridad y demás menesteres que pudieran hacer que el espectáculo se lleve adelante"*.

De esa manera dice que el fallo concluye *"...sin que exista prueba alguna que le de respaldo, que el 30 de diciembre de 2004, Argañaraz estuvo recorriendo el lugar, impartiendo directivas sobre medios de salida y permaneció en el sitio ultimando detalles referentes al espectáculo (...) arbitrariamente, a partir de estas descriptas actividades por el sentenciante surge la obligación de organizar y velar por la seguridad pública"*.

Argumenta que el haberle señalado a Chabán las preferencias de la banda en algunos aspectos, no implica asumir el rol de organizador, si así fuera no hubiera sido necesario solicitar al nombrado cosa alguna sino directamente imponerla.

Y acota que *"Para que se visualice lo prescindible y lo coyuntural de la labor desarrollada por este manager puesto en la picota se podría conjeturar que más podría el grupo musical prescindir de los servicios de un representante pero no al revés, ya que él podría seguir desarrollando su actividad con la ausencia de Argañaraz, generando de este modo dependencia de él sobre la banda para desarrollar su función de representante de la misma, pero no siendo el grupo musical Callejeros dependiente de*

Argañaraz" (sic).

En definitiva, *"No organizó el grupo musical Callejeros ningún recital. No organizaron los recitales de Cromañón. No mandatan a mi defendido que lo haga, y menos aún lo hace como resultado de una decisión autónoma"*.

2.c. Estructura decisional. Errónea valoración.

Sobre el punto, señala que *"En el caso de Callejeros el manager, Diego Argañaraz,* ***era un miembro más de la banda musical****, como quedó probado a lo largo del juicio. Así también se puede visualizar al leer en cada trabajo o en cada actividad donde en la enumeración de todos los integrantes de la banda se leía al mismo nivel que los músicos y el escenógrafo el nombre de Diego Marcelo Argañaraz. Todos los integrantes percibían el mismo sueldo. Él, asimismo, era solo manager de Callejeros, de ninguna otra banda"*.

Hace hincapié en que *"Callejeros era y es un grupo de amigos del barrio en su mayoría, que se conocen de la infancia (...) No son, ni eran, en la instancia en que se produjo la tragedia una organización, son un grupo de amigos que se juntaron para hacer lo que les gusta, la música, después de haber trabajado en otras cosas, hasta que el desarrollo artístico les permitió vivir de la música. Sabían que Diego y otros colaboradores, asistentes, amigos, todos, les buscaría y arreglaría lo mejor posible en la logística y coordinación de recitales con dueños, explotadores o productores y en las vinculaciones y salidas en los medios. Era todo informal y en tratos de confianza mutua"* (sic), y agrega que *"Nunca fueron una empresa. Ninguno del grupo ni fue, ni es, empresario del espectáculo"*.

Aclara que *"Ante las decisiones trascendentes que debía tomar la banda, lo que debía hacer es trasladar la propuesta que llegaba a sus integrantes, se discutía los términos y se comunicaba la decisión a quien correspondía careciendo de mandato especial o general alguno en estas circunstancias que me autorice a celebrar contratos en nombre de la banda"*.

2.d. Violación de la defensa en juicio y del debido proceso. No se valoraron adecuadamente los dichos del acusado.

Sobre el particular el defensor señala que *"Tiene dicho el más alto Tribunal que la declaración del* ***imputado en el proceso es el medio de defensa por excelencia*** *con el que él cuenta en el proceso penal que lo tiene como centralidad, en el plexo de*

garantías constitucionales que están para protegerlo de lo que implica el peso del Estado que significa el juzgamiento, sobre sus hombros. Y valorar adecuadamente sus dichos, rechazando si fuera necesario las cuestiones y factores que introduzca implica el correlato lógico de la aplicación de las ***Garantías de Defensa en Juicio y de Debido Proceso****. En el caso que nos ocupa estás han sido vulneradas al no haberse sopesado debidamente, esto lo puedo afirmar de manera categórica. Tengo la convicción de que no ha sido escuchado. Y esto se fortalece aún más al observar como en la absoluta mayoría de la prueba desarrollada durante el debate le dio la razón en lo que el planteara desde el comienzo del proceso, y en el juicio oral también".*

Sostiene que *"...el juzgador... constituyó con sus dichos una espina dorsal de los fundamentos de acusación, sin otro asidero valedero alguno".*

2.e. Desigualdad entre partes intervinientes en el show. Omisión de valorar.

Sostiene que *"Esa relación —la de cualquier grupo o personas individuales de éstos con el productor o propietario de espacios dedicados al espectáculo- no es una relación de iguales".*

Entonces, la *"Autonomía de voluntad (...) debe ser relativizada y hasta puede llegar a ser meramente ficcional. Pues hay libertad, pero libertad condicionada por el trasvasamiento de afectación de condiciones sociales y económicas de debilidad".*

En ese sentido, concluye que *"No ver las diferencias entre las partes más allá de las diferentes prestaciones no solo es de un excesivo sujetamiento dogmático sino puede expresar una objetiva necedad".*

2.f. Inexistente actuación conjunta de Omar Chabán y Diego Argañaraz.

Sobre el particular sostiene la defensa que *"No hay prueba alguna que nos diga que, de manera o en tiempos previos o durante el desarrollo del propio recital del 30 de diciembre, Argañaraz haya tratado, hablado, concordado o compartido decisiones con Chabán. Identifica el Tribunal sólo 'el discurso' de Chabán. Nada mas. Argañaraz no solo no habló al público, sino que también deberíamos preguntarnos si estaba en condiciones —como facultades de derecho o posibilidades de hecho- de dominio del devenir fáctico, y en ese marco, de hacerlo. La respuesta deviene*

negativa, y con ello se califica como infundado y arbitrario el decisorio en éste orden".

Agrega que *"No sólo no hay posibilidad de identificar lo fáctico, comisivo u omisivo, de Chabán con Argañaraz, sino que desde el correcto análisis objetivo de los hechos asignados a éste último, pretendidamente típico y en lo esencial de su aspecto subjetivo, deviene la solución de que* ***de modo alguno ellos trasuntaban una colocación en ninguna situación de garantía. Y por ende, no podía responder penalmente por la omisión del resultado lesivo, aún en el sentido amplio de la comisión por omisión de*** *la teoría dominante".*

2.g. Presunción de legalidad. Omisión de valorar.

Sobre el punto señala que *"Cuando se los contrata o compromete a una actuación, dan por supuesto que las condiciones de habilitación o permisos están cumplidos legalmente. Juega el principio de presunción de legalidad de una actividad que se tiene como controlada por la administración, que para su debido alcance tuitivo y republicano opera como y/o en favor y beneficio del administrado".*

Sostiene que a ello se debe sumar que Argañaraz *"…nunca conoció, ni fue anoticiado, ni enterado por rumor o dicho alguno del medio, que el Gobierno de la Ciudad o la Policía Federal hubiere intervenido en algo relacionado a la actividad, funcionamiento o realización de recitales en ese local, en Cromañón. Mas precisamente, nada hacia dudar que el lugar era hábil o legalmente habilitado para que se actuara artísticamente".*

2.h. Errónea valoración del dominio de Diego Argañaraz sobre el control y la seguridad del recital.

Sobre la cuestión señala que *"...si no se organizó el recital tampoco se puede ser responsable de la seguridad del local ni del público asistente o del recital en el sentido más amplio. No es antojadizo diferenciar control de seguridad (...) Para el caso seguridad es el concepto abarcador y genérico. Control es lo de especie o parcialidad de aquella categoría. El deber de seguridad tiene como responsable y titular al dueño o legítimo tenedor de la cosa o de la explotación. El objeto del deber se extiende y entiende preliminarmente a los que usan legalmente de la cosa intermediados en y por la concurrencia a la actividad recital. Por contrapartida, se entiende también que la seguridad*

como derecho atribución del dueño se extiende a la integralidad de los bienes y cosas puestas a disposición del público" (sic).

Argumenta que se entiende por "*...control a precisamente el control de la entrada del público. Y ello es una delegación del verdadero concepto de seguridad*".

Por ende, "*...llegando a la realidad y corporización de los roles de los actores en el recital, aparece el llamado 'Control' en la entrada del local. Se ha hablado en extenso sobre el rol de 'Lolo' y no es inoficioso referir que fue sobreseido. Ahora bien, se le asigna a mi defendido un nexo o relación con él. Arbitrariamente se lo extiende con efectos contractuales, obviando lo que se acredita en la causa. En lo principal que ese listado de personas es el que se ofrece al dueño o explotador del local o productor, quienes convocan a ese personal, de manera informal, por experiencia o referencia pueden servir de nexos. En el recital los convocados se ponen a disposición del local por medio de quienes son responsables del mismo. El dueño, explotador, productor y la mas de las veces con el personal dependiente de ellos que asignan a éstas tareas*".

Asimismo sostiene que "*...ese cumplimiento de órdenes* e instrucciones sobre el modo de ejecución del trabajo son dadas por el empleador directa o personalmente o sus representantes, que para el caso son Villarreal o Díaz (artículo 86 de la LCT)".

En ese marco sostiene que "*Quien recomienda a un empleador la contratación de un trabajador no se convierte en modo alguno en responsable de los efectos del contrato, ni principal ni solidariamente*".

Sostiene que "*...al margen de ello, nadie discute, ni los testigos de la acusación han podido desmentir que el control de entrada ha sido exhaustivo, rígido, intenso y aún y pese a los resultados últimos, si se pudiera dar esa relación con el resultado último, eficiente*" (sic).

Además, agrega el Dr. Bois que "*...dentro de la gran* ***inmensa cantidad de prueba producida, ningún testigo declaró que mi defendido diera indicación alguna a quienes desarrollaban tareas para la seguridad del local***".

En ese mismo sentido, menciona lo dicho por el imputado con motivo de lo ocurrido con el "portón violeta" el día del hecho. En esa oportunidad, Argañaraz señaló que antes del inició

del recital pidió al encargado del lugar Mario Diaz que lo abriera, sin resultado.

Dice la defensa que *"Ello es demostrativo de que una simple inquietud debía ser consultado con los dependientes del principal. Al respecto ver como por la testimonial de Díaz, se reivindica el rol de dirección de Chabán y sus delegaciones en Villareal y Díaz, NUNCA en Argañaraz"*. Finalmente, cita testimonios vinculados con la cuestión.

2.i. Arbitraria interpretación de la prueba respecto de las declaraciones testimoniales de César Branzini y Yolanda Mangiarotti. Animosidad.

En primer término, argumenta que son testigos ***"...portadores de una clara animosidad -consititutiva del desvalor de interés en un determinado resultado del pleito-"*** (sic).

En el punto se agravia de que el Tribunal *"...da especial relevancia a algunos aspectos de la declaración de la Sra. Yolanda Mangiarotti, que aparecen (...) aislados del plexo probatorio general"*. Puntualmente menciona que la nombrada dijo haber visualizado *"...un peligro y planteara una solución que los propios funcionarios que hacían contralor sobre el espectáculo no lo hicieran"*.

2.j. Impronta pirotécnica. Inexistencia de prueba. Juan Carlos Blander, testigo mendaz. Aldana Aprea, animosidad.

Comienza diciendo que está de acuerdo con lo sostenido en el fallo respecto a que no se encontraba probado que el grupo musical incentivara *"...el uso de pirotecnia en sus recitales"*.

En lo que hace a la situación puntual de Argañaraz, a quien el Tribunal consideró que pretendía darle una impronta pirotécnica al grupo, sin prueba alguna que lo respalde.

Y continúa: *"Lo de Aprea, al margen de lo patético, es firme en el sentido expuesto: hace la gacetilla de prensa sin consultarles sobre su contenido. Pretende interpretar y se malversa. Se le da una relevancia a la gacetilla y al medio que lo refiere de que no tiene. No incide ni tiene vinculación alguna con el hecho y sus resultados últimos"* (sic).

Sobre el particular añade que *"Se le da relevancia a lo de Aprea como a Blander. Este crea un hecho inexistente en Obras, subestimó al Tribunal y a la Justicia. Inventa a una escribana y un procedimiento, lucubra un secuestro de pirotecnia. Y se*

acreditó que todo es mentira”.

En definitiva, la utilización de pirotecnia en los recitales de rock no fue una cuestión exclusiva del grupo “Callejeros” sino que se trató de una cultura del momento respecto de la cual los artistas no se encontraban en condiciones de “direccionar”, *“Pretender que desde lo individual podía direccionarse en contra de esa tendencia es colocar a un hombre común en las posibilidades de vencer lo imposible*”.

2.k. Contradicción. Impronta pirotécnica-cacheo intenso.

Sobre el punto sostiene que *“No está de más volver a subrayar en este punto, y es una muestra mas de una sentencia pletórica de contradicciones que no se atribuye esta faz pirotécnica a mi asistido, que el la fomentaría en la banda. También una direccionalidad entre los sujetos que llevaban adelante el control o la seguridad (...) uno de los puntos de coincidencia mayores de los concurrentes fue el intenso y hasta molesto cacheo al que eran sometidos, y si se los encontraba portando pirotecnia se les incautaba sin hesitación, por ello procedían a esconderla para ingresarlas de igual manera…”* (sic).

Entonces, *“Cuesta sostener que se arbitrara por un lado una revisación que resulta prácticamente una requisa en pos del secuestro del material pirotécnico y por otro lado se le quiera dar un marco bengalero. Atribuir ambos aspectos, además de que carece de sustento probatorio en los medios de prueba desarrollados en el debate, incurre en una contradicción lógica insubsanable*”.

2.l. Incendios previos. Sobrevaloración en el fallo.

Comienza la parte diciendo que *“**Sólo después del 30 de diciembre se le dio envergadura a los incidentes en los recitales de ‘Jóvenes Pordioseros’ y ‘la 25’ (...)** Nadie le dio una importancia tal como de gravedad (...) No generó ánimo público ni social ni estatal de alarma”*.

Señala que esos episodios no tuvieron amplia difusión y trae a colación lo dicho por su asistido sobre el particular. Al respecto Diego Argañaraz manifestó que estaba al tanto de los sucesos y que al consultar sobre el particular a Omar Chabán este le dijo que se quedara tranquilo *“el techo es ignífugo”*. Lo mismo le dijeron los músicos de “La 25”.

Entonces, al decir de la defensa *“...no estamos ante lo*

que Soler llama un fuego peligroso. El mero fuego que no es peligroso no se reprime a título de delito sino contravención o falta en la mayoría de las legislaciones".

2.m. Puerta alternativa. Desconocimiento específico del acusado.

Sobre la cuestión reseña que *"Obviamente pudo ser vista y conocida en los momentos de prueba de sonido"*, pero no se le prestó atención *"...ni se vió que estuviera cerrada con candados y desconocía su funcionamiento"*, se suponía que *"...se abriría o sería abierta cuando fuere necesario"*.

De todas formas, ello no dependía de Argañaraz, *"Quien las abría, controlaba las entradas y cerraba el local era Mario Díaz, quien guardaba las llaves de un candado de debajo de la 'panchera' como el mismo reconoció, que era el personal dependiente de Omar Chabán"*.

Explica que en las pruebas de luces las mismas se direccionan sobre el escenario y no sobre los laterales, ello sumado a que se realizan con escasa luz de ambiente, dificulta su visión.

Dentro del mismo tema pero en otro orden sostiene que *"...todo concurrente refleja e instintivamente e identifica a las puertas de entradas como también las de salida. Y como nunca por el portón lateral entró público, no tenían porqué pensar que por allí debían o podrían salir. Desatado el siniestro, en la evacuación, ese portón es visto desde afuera del local, desde la entrada al estacionamiento y consta por cantidad de testimoniales la intervención de Argañaraz, en su apertura para la salida"*. Ni siquiera la banda ingresaba por allí.

Asimismo, el letrado citó nuevamente los dichos de su defendido en punto a que los integrantes de la banda estaban instalados en el hotel desde días antes y *"...no vieron que la puerta de emergencia estuviese cerrada"*.

Sostuvo Argañaraz que *"El día 19 de diciembre, después de tocar en Excursionistas, fueron a República Cromañón, en donde se estaba llevando a cabo una fiesta de despedida del año que realizaba la gente del hotel, siendo que ese día constató que la puerta de emergencia había sido abierta ya que pasó por ella varias veces. Que por los comentarios de los chicos que descargaban los equipos, se enteró que en el mes de mayo tampoco*

habían podido ingresar con el camión porque la puerta estaba cerrada. Que al verla abierta el día 19 de diciembre, no se imaginaba que todavía se encontraba cerrada, no imaginaba que podía tener un candado con alambre. La noche del 30 ingresaba al camarín desde el hotel”.

2.n. El local. Su estructura y el material productor del daño. Reconocimiento social al momento del hecho.

Refiere el defensor que junto al Luna Park y al Estadio Obras, República Cromañón era considerado por el público y los artistas como uno de *“...los mejores lugares cerrados para la realización de recitales masivos... no había ni expresión pública o generalizada ni actividad de los organismos de control y de policía estatales, que pusieran en duda ese valor”.*

En concreto, sobre su estructura refiere que era *“...de hormigón armado, paredes de mampostería, puertas de chapa de acero, aún los mostradores de las barras y la estructura del escenario de hormigón armado daban la imagen, la representación ideal, el convencimiento de solidez y seguridad edilicia”.*

En relación con los paneles acústicos, refiere que *“Estaban ubicados como cobertura de la losa o techo. A una altura difícil de acceder por una acción normal de persona que desde el piso pudiera generar un elemento o factor de peligro”.* Destaca la presencia de dicho material en el uso cotidiano.

Sostiene, asimismo, que *“...en referencias a los incidentes previos referidos se extinguen de la manera más artesanal y simple, de ello dieron cuenta las testimoniales dictadas en el juicio y por otro lado, si ese material no era ignífugo, se sabe -sin que se participe en la decisión porque no se tiene esa atribución- que se cambiaba por lo que era ignífugo”.*

Sin perjuicio de ello, se pregunta *“[¿] quien sabía que lo indicado como ignífugo era productor de un gas tóxico y mortal en su intensidad? Nadie. Ni las autoridades encargadas. De las de conocimiento de los materiales o de tecnología industrial, de la edificación y por último los de habilitación de los lugares en que se los usaba”*, entonces, *“[¿] como puede pretenderse que los conozca Argañaraz?”.*

Por lo demás, señala que el acusado *“...no tenía obligación legal de conocer las características técnicas y/o de composición del material y de sus efectos en las eventuales*

derivaciones de su uso, normal o anormal, al que está destinado o en los momentos de su destrucción, por ejemplo, por contacto ígneo".

El defensor culmina su análisis sobre el punto diciendo que *"...el derecho civil reconoce las instituciones de vicios ocultos o redhibitorios, por el que se coloca en calidad de excepcionantes o acreedores a quienes se ven 'burlados' en sus calidades. Los libera de los efectos del contrato y de responsabilidad. En su caso en el espacio penal se estarían ante una causal absolutoria del art. 34 del Código Penal".*

3. Errónea aplicación de la ley sustantiva. "LA IMPUTACIÓN DE INCENDIO DOLOSO SEGUIDO DE MUERTE ES UN GIGANTE CON PIES DE BARRO"(sic).

3.a. Falta de percepción del riesgo.

El recurrente comienza señalando *"la percepción del riesgo"* es la cuestión *"central del análisis del* ***aspecto subjetivo del tipo penal*** *a aplicar en la teoría del delito".*

Apunta su argumento diciendo que *"Hasta el momento en que tuvo suceso la tragedia, también se dijo,* ***nadie había suspendido un recital por el uso de pirotecnia,*** *desde la actividad económica y social del ámbito privado, así tampoco desde el accionar de lo público...".* Señala como ejemplo de su postura que lo ocurrido en el recital que brindó el grupo en el Estadio Obras.

En tal sentido, explica que si Argañaraz *"...o cualquiera de sus integrantes* [de la banda musical] *hubieran visualizado la posibilidad de incendio evidentemente no hubieran llevado a sus familiares y seres queridos a ese lugar".*

En ese orden, explica que *"...incluso cuando desde la banda a través de la voz Patricio Santos Fontanet le planteaba al público que no utilicen las clásicas bengalas, se lo hacía fundamentalmente por las quemaduras que podía generar en el público que se halla en derredor de quien la activa y por el perjuicio para el espectáculo en sí. Nadie ni nunca se percibía la posibilidad del incendio, con los peligrosos efectos que acarrea por sí mismos"* (sic).

3.b. La voluntad y la intención. La previsión y la representación. Cuestiones que no se configuraron.

En el punto señala la defensa que *"No se les puede imputar o culpar a mi defendido de ninguna intención de dañar a nadie. Ni*

por acción ni por omisión. No han obrado con negligencia ni imprudencia. Actuaba, desarrollaba su actividad en marcos y espacios que tuvo y tiene características, modalidades, usos y costumbres sociales (...) Ajenos a su responsabilidad"; y añade *"Ningún acto, ni pensamiento o posición expresada por cualquier medio, ningún gesto o exteriorización alguna dada por Argañaraz puede ser considerado como aspecto subjetivo y objetivo de un delito"*.

Sobre la cuestión, cita lo dicho por Argañaraz en cuanto afirma que respecto a los reiterados comentarios de Omar Chabán sobre *"...incendio y hasta muerte de los concurrentes al recital por el uso de pirotecnia que ellos estaban haciendo (...) creía que Omar estaba asustando a los chicos para que no prendieran bengalas"*.

Por su parte, el recurrente se pregunta si su asistido tenía tendencias suicidas o si era un *"...perverso o psicótico masoquista que buscaba su propio daño y dolor"* (sic). Porque *"...inexplicablemente estaría consintiendo, favoreciendo o generando un marco de objetivo riesgo a su integridad física y a la propia vida..."*.

En tal sentido, *"Aceptar, consentir, presenciar que una persona encienda una bengala, no puede llevar a la conclusión que ello trascienda a lo que de común se entiende que es la finalidad festiva, y menos aún que se la utiliza para lesionar o matar"*.

3.c. Ausencia de controles del Estado. Debe jugar a favor del administrado que la desconocía.

Sobre el particular señala que *"**El mentado poder de policía tan desarrollado en el transcurso del debate es una actividad que desarrolla únicamente el Estado. El evento artístico se dio en lugar que se encontraba habilitado y donde de público y notorio se realizaban recitales con las mismas características**"*.

Dicha circunstancia *"...genera como se manifestó en favor de Diego Marcelo Argañaraz como integrante del grupo Callejeros, y de todos sus compañeros, el principio de duda a favor del administrado"*, argumentando a favor de dicha postura.

3.d. El fallo se dictó condicionado por la cantidad de víctimas fatales sin tener en cuenta "el contenido del dolo del autor".

Dice el recurrente que *"...se construyó una acusación y*

una sentencia kafkiana, inclinada a encontrar 'chivos expiatorios' en función de la cantidad de víctimas fatales y para conformar sectores de la sociedad que plantean que necesariamente con el resultado de la fatídica noche de diciembre de 2004 debería haber penas altas..." (sic).

Sin embargo, considera que "***...no se debe juzgar este irreparable resultado final sino el contenido del dolo del autor,*** *y por ese andarivel el debate hubiere sido correctamente tratado desde discutir si había o no aspectos culposos en el accionar, que directamente* ***construir un dolo de las características que se enfrentan, en el cóctel que difícilmente podemos encontrar en otro fallo, todos mezclados, como es el dolo eventual, la comisión por omisión y claros elementos de imputación objetiva***".

Cita causas penales en donde se aplicó la figura culposa (Kheyvis, LAPA, Delfino) y analiza que "*el principio de confianza juega un destacado papel dentro de la prohibición de regreso*".

3.e. Acerca del estrago culposo. Inexistencia de dolo eventual.

El defensor comienza transcribiendo el artículo que se refiere "*...al* ***estrago culposo*** *en torno al cual debió haber girado el debate, y sin que ello implique per se asignar responsabilidad de ese cuadro típico a lo expuesto en éste proceso, y menos aún a Argañaraz" (sic)*.

Argumento que "*Del análisis de los elementos de la sentencia nadie lógicamente puede sostener que ni Diego Marcelo Argañaraz, ni ninguno de los otros imputados haya despreciado el resultado del injusto en trato, presupuesto básico para tratar la cuestión como dolo eventual*".

3.f. Inconstitucionalidad de la comisión por omisión. "Sanción de actividad extratípica". Afectación al principio de legalidad. Extensión del tipo penal por analogía.

Respecto de la cuestión, luego de citar la legislación de Alemania y España, el Dr. Bois dice que para "*...poder aplicar la figura con un mínimo de respeto a las garantías constitucionales en el proceso penal en las condiciones como las que nos ocupan requieren mínimamente su incorporación legislativa*".

Añade que "*Verdaderamente existen reparos constitucionales insalvables en la omisión impropia que se pretende endilgar. Aplicándolo se violan las garantías de legalidad (art. 18 CN), de*

culpabilidad, pro homine. Hay una prohibición de interpretaciones analógicas que extiendan el tipo penal, que en el fallo lamentablemente encontramos... los países que la quisieron integrar la incorporaron en su sistema legal. El prof. Righi señala también que para poder aplicarla se debe efectuar una incorporación legislativa" (sic).

3.g. La "desvirtuación de la sanción". Esfuerzo del sentenciante para llegar a una condena ejemplificadora.

Sobre la cuestión refiere que *"Del análisis de las probanzas arrimadas a la sentencia nótese el esfuerzo del sentenciante por llegar a poder aplicar una condena que tenga finalidad ejemplarizadora, que sirva de faro para que no se repita. Mas por elementos que se han sopesado precedentemente se aplican irregularmente figuras criticadas para llegar a un castigo de elevada cantidad de años"*, echándose mano al controvertido concepto del dolo eventual que antes desarrolló.

3.h. Arbitrariedad en la consideración del ánimo del máximo posible de lucro como base de la organización del recital.

Dice la parte que *"Se quiere imputar, injuriosamente, que la mecánica del recital fue en relación a la obtención de un máximo posible de lucro"*. Tras ello, cita las actividades benéficas que realizó la banda y una de sus seguidoras.

Sostiene que *"...se debe tener presente que también hubiera podido tener lugar un recital con un tercio de aquel número, para que se acomode a los términos de la habilitación del local de baile clase C, sugiriendo valor de venta en $ 30, y también se hubieran vendido toda, manteniendo como se ve el nivel de ingresos del cual se determinaba la remuneración del grupo"*.

Por otra parte, considera que *"Es realmente un misterio los parámetros que utiliza el Tribunal para la determinación de la cantidad de asistentes a Cromañón, alejándose largamente, de manera arbitraria, de los dichos de los testigos de SADAIC que asistieron a las mediciones de diciembre de 2004. Siempre teniendo en cuenta que lo que priorizan y tienden sus inspectores es a plantear que existen la mayor cantidad de asistentes posibles, pues en base a este mayor número percibe la entidad un canon mayor"*.

3.i. Testigos querellantes. Impugnación.

Sobre la cuestión sostiene que *"De por sí quedó objetada*

la constitucionalidad de que tan inmensa cantidad de testigos posean la calidad de testigo y querellante a la vez, por el interés y la innegable falta de objetividad en los fines del proceso que obviamente se tiene en el proceso a partir de esta circunstancia".

Entonces concluye que *"El haber fundado sentencia en la prueba impugnada -con testigos en rol querellantes- de esta manera, y de la cual se hizo reserva de recurrir en casación constituye un error in procedendo que tiene características de peso en las conclusiones finales del Tribunal recurrido. Con doctrinas judiciales como la que se critica en la sentencia se puede llegar a absurdos que se convertirían en realidad. El injusto endilgado por ser su forma dolosa admite también la tentativa. Habría que investigar a todas las bandas por pirotecnia? Evidentemente no..."* (sic).

4. Cohecho. Condena sin prueba que la sustente. In dubio pro reo.

Respecto al delito de cohecho por el que fue condenado Argañaraz, el recurrente menciona pasajes del auto de procesamiento dictado por el Juez de Instrucción, en el cual se sostiene que no existen testigos que hayan dado cuenta de haber visto a los integrantes de la banda reunidos con policías, ni surge tampoco que alguno de ellos les haya entregado dinero o acompañado a Chabán cuando éste presuntamente lo hacía.

Además, menciona otro párrafo del auto citado, en el cual se concluye que los integrantes de la banda conocían y consentían que una deducción de la recaudación era para pagar a la policía con el fin de que no actúen frente a las contravenciones que ocurrían en "Cromañón", de manera que la defensa, en relación a esto dice que *"...Este marco probatorio difuso o insignificante se mantuvo sin alteraciones en cuanto a la responsabilidad de mi defendido"* (sic).

A su vez dice que la participación necesaria atribuida a Argañaraz, basada sólo en las anotaciones de su agenda sobre las cuales éste entendió que los gastos de la policía eran en concepto de seguridad en general, no es suficiente *"...para desvirtuar el estado de inocencia, estado jurídico de jerarquía constitucional (art. 18 de la Constitución Nacional, de forma implícita, y art. 8 inc. 2 de la CADH)".*

Añade que *"De forma subsidiaria, en este aspecto opera el principio de duda a favor del imputado"*.

Para finalizar su análisis, añade dos circunstancias más en apoyo de su tesitura, por un lado, *"Ana María Sandoval, declaración incorporada por su lectura, al ser preguntada acerca de la eventual responsabilidad de Callejeros en función de una coima, un cohecho, lo desechó por estar convencida de que nunca participaría el grupo en un eventual acuerdo venal semejante"*.

Por otro lado, menciona las palabras de Argañaraz en su declaración indagatoria: *"Al ser preguntado para que diga sobre una de las anotaciones que se encuentran allí insertas y en donde se efectúa una seria de anotaciones relacionadas y que se encabezan como '29-12' refiere que esas anotaciones corresponden a su puño y letra, que eso fue para tener una idea de los gastos de la fecha, los que tenían que ser descontados del total de la recaudación en el último día. Había otros gastos como ser 'SADEM' y 'policía adicional' que después se los comunicaba Omar. A preguntas del Sr. Fiscal para que diga a que se refiere cuando habla de 'policía adicional' dice que hace alusión al patrullero que había en la puerta y, además, había una camioneta de la policía en la esquina de la plaza, en Ecuador y Mitre. Preguntado para que diga si en el interior del local bailable había presencia policial, responde que no. Preguntado para que manifieste si tiene conocimiento de quién se encargaba de pagarle a la policía expresa que era Raúl que le pagaba 300, pesos, mas o menos. Preguntado para que diga si esto era un pago adicional o una 'coima' refiere que no lo sabe, que sólo puede decir que había presencia policial. Preguntado que diga si tuvo trato alguno con policías, manifiesta que no"*.

Entonces, concluye que a Argañaraz *"Se le quiere endilgar su conocimiento en función de ser el monto aparentemente irrisorio por el pago del costo de policía adicional. Mas con el mismo razonamiento podría decirse que por el mentado sentido común parece también una cantidad exigua para ser una coima. Mas aún, se puntualizó en el fallo el valor de un procedimiento de apoyo policial mínimo para complementar con su mera presencia el control privado interior del local de Cromañón? Seguramente tampoco hablamos de un valor importante en dinero. Con lo cual realmente no se comprende a título de que elemento convictivo tan certero se*

le puede atribuír el conocimiento del aporte a un pretendido acuerdo venal a Diego Marcelo Argañaraz".

5. Graduación de pena.

Manifiesta el recurrente al respecto, que "...*no solo se violentan los principios de imputación, sino que, aún si hubiere existido razón para asignar responsabilidad penal cualquiera, se obvian en su concreta aplicación las directrices de los artículos 40 y 41 del Código Penal*".

En ese marco agrega que "...*en el necesario rol institucional y político del poder, tampoco se valoran al momento de descartar la aplicación en el caso de la* ***pena natural****, insensiblemente*" (sic).

También afirma que "...*ha sido soslayado el derecho que tiene todo procesado para que en la fijación en el monto de la pena, sean valoradas debidamente aquellos aspectos que hacen a una atenuación*".

6. Agravios. Conclusiones.

Considera que el Tribunal Oral dio por ciertos hechos no probados, basados en conjeturas subjetivas, como así también que no se explicó por qué se descartaron ciertos elementos probatorios, al respecto se refiere "...*al 'desprecio de motivos ciertos, de pruebas directas de descargo' o bien aquellos elementos de cargo que demostraron lo opuesto a la intención acusadora, alcanzando entonces un decisorio final de condena en base a prueba de inaudita parte. Se dieron por tierra todas las pruebas de descargo*".

Concretamente, "...*lo censurable en casación es haber prescindido, sin exposición de razones (motivación adecuada), la prueba de descargo, es decir es la omisión de elementos para sentenciar hace impugnable el decisorio por el principio pretoriano del absurdo. Por ende se configura un supuesto de sentencia arbitraria, por carecer de verdad y auténtica motivación*" (sic).

Arguye que de lo descripto en la sentencia se desprende la vulneración al principio de razonabilidad, y ello es así toda vez que "...*se advierte que para justificar lo decidido se utilizó un argumento autoritario, circunscripto a una expresión circular de los hechos y en un todo de acuerdo con el Ministerio Público Fiscal, desmereciendo la actuación de esta defensa técnica*" (sic).

Añade que se vulnera el artículo 18 de la Constitución Nacional, en cuanto veda la autoincriminación, según sus palabras: *"Fundamentar la inculpación de Argañaraz tan sólo en presunciones violenta garantías y principios constitucionales. Además de la Defensa en Juicio y Debido proceso señalados, se viola el orden público del derecho penal, el principio de duda a favor del imputado, la veda de interpretación analógica, la no admisibilidad de prueba confesional como fundamento de una sentencia de condena si no está corroborada con prueba de otro tipo, el rigor que se exige en una sentencia que se debe probar acabadamente los extremos de hecho que justifican la imposición de una pena"* (sic).

Concluye diciendo que *"...primó el resultado condenatorio una presunta gravedad e interés social por sobre las garantías constitucionales del imputado"*.

7. Formula reserva del caso federal.

H. La defensa de Carlos Rubén Díaz.

En la presentación de fs. 68442/664, la parte interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 24 de fecha 19 de agosto de 2009.

1. Introducción a los agravios.

Sostiene el recurrente que *"...la resolución adoptada por el Tribunal de Juicio resulta ser arbitraria por errónea aplicación de la ley sustantiva y por arribarse a una conclusión con una lógica no derivada del derecho vigente, al no observarse las normas procesales, además de carecer de fundamentación en clara violación a lo normado por el artículo 123 y 404 inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación"*.

Asimismo, señalan los letrados que *"...el pronunciamiento impugnado contiene un error `in iusdicando´ `in procedendo´ (artículo 456 incisos 1º y 2° del CPPN) con afectación a los principio que reconocen la inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso legal contenido en el articulo 18 de la Constitución Nacional y en el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.- Convirtiendo la decisión recurrida en una sentencia arbitraria"* (sic).

Explican que *"...la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva, es a entender de esta Defensa, que mal puede condenarse a Carlos Rubén Díaz por el delito de cohecho pasivo en*

concurso real con el delito de incendio doloso calificado por haber causado la muerte de 193 personas y por lo menos 1432 lesionados, en calidad de partícipe necesario, por aplicación de una teoría dogmatica de una figura legal inexistente en nuestro Código Penal, como es el tipo de 'comisión por omisión'".

Por su parte, con relación a la inobservancia de las normas procesales exponen que *"...su remisión se anida en la errónea y en la omisión de la tasación de las pruebas recogidas a lo largo del debate. De haberse cumplido con el principio de legalidad, cuanto mucho, el Tribunal debió haber absuelto de culpa y cargo por las reglas del in dubio pro reo, establecido en el artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación".*

2. Errónea aplicación de la ley sustantiva. Inconstitucionalidad de los delitos de comisión por omisión.

Sobre este punto los defensores fundan su agravio en que *"...la aplicación de 'la formula general de equivalencias' no tiene recepción en nuestro Código Penal, sea en su parte General o en su parte Especial"* y que, en consecuencia, *"...viola el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de Nuestra Carta Magna (...) al ignorarse totalmente la máxima 'nullum crimen sine lege, nullum crimen sine culpa' al establecer que '**ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso**'".*

Dicen coincidir con el Tribunal en lo referente a la importancia de la dogmática, siempre sobre la base de la Constitución Nacional, pero refieren que se apartan de las consideraciones cuando *"...se inicia con la construcción dogmática que se realiza con los delitos de 'comisión por omisión'..."* porque viola el principio de legalidad y, en ese marco sostienen que no puede juzgarse a una persona por un tipo legal inexistente.

Nuevamente reiteran que *"...si la ley no ha creado el tipo legal aquí cuestionado, significa que la ley no ha equiparado los delitos de omisión con los delitos de comisión, ni en su parte general y ni en su parte especial".*

Concluyen que *"...la condena de 18 años de prisión a Carlos Rubén Díaz, es una sentencia inexistente, por arbitraria e irrazonable, al ser fundada por un tipo legal que no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento"* y que *"no se encuentra debidamente fundada o motivada, ya que, el Tribunal dicta la*

condena con un marco teórico y con un dogma prohibido por la Constitución Nacional, atacando el principio de legalidad, del debido proceso y de la defensa en juicio".

3. Arbitrariedad de la sentencia.

Con relación a este aspecto la defensa se agravia porque considera que *"La sentencia en crisis, por la cual se arriba a un fallo condenatorio contra nuestro asistido, viola lo dispuesto por el art. 404 inc. 2 de nuestro CPPN.".* Ello es así, puesto que *"...El razonamiento utilizado por V.E. no resulta válido desde el punto de vista de la lógica, por lo que se invalida desde el punto de vista jurídico, transformando a la sentencia en nula por ausencia de motivación".*

También indica que *"...la motivación esgrimida en la sentencia es solo aparente (...) trayendo aparejado el vicio de arbitrariedad...".*

Señala, asimismo, que *"...los fundamentos por los cuales se condena a nuestro asistido, en nada cumplen con lo que expresa la misma sentencia (...) las pruebas producidas durante el juicio, han sido desvirtuadas, se formulan apreciaciones dogmáticas y autocontradictorias, se parcializan testimonios, se argumenta con testigos, cuya mitad de declaración el mismo Tribunal excluye, por mendaz, y se toma por cierto el resto del testimonio...".*

3.a. Arbitrariedad en el análisis de la prueba referida al delito de cohecho.

Los recurrentes sostienen que no se han probado durante el juicio los extremos que condujeron al Tribunal a dictar sentencia condenatoria por el delito de cohecho; es decir, que no se han podido verificar los siguientes extremos que invocan:

"No se encuentra acreditado que se celebrara entre Chabán y nuestro asistido un pacto espurio.

No se encuentra acreditado que dicho pacto consistía en brindar seguridad al local, y permitir la ocurrencia de contravenciones sin que se las hiciera cesar, contando para ello, con la participación de dos agentes de la Comisaría, a los cuales Díaz le habría impartido la orden directa.

No se encuentra acreditado que dicho pacto tuviera lugar en el mes de noviembre de 2004.

No se encuentra acreditado que dicho pacto tuviera su primera expresión con fecha 10 de diciembre de 2004.

No se encuentra acreditado que Villareal, haya entregado al Sub comisario Díaz, seiscientos pesos en dos tandas de trescientos, los días 28 y 29 de diciembre de 2004.

No se encuentra acreditado que nuestro asistido el día 30 de diciembre de 2004 haya brindado seguridad colocando un patrullero con dos subordinados en la puerta del establecimiento con expresa indicación de no actuar ante las flagrantes contravenciones".

Refiere que *"La sentencia trata de acreditar los extremos antes invocados, mediante el análisis contradictorio, arbitrario, sesgado y voluntarista de la escasa prueba incorporada al debate".*

Puntualmente, el recurrente lleva a cabo una serie de consideraciones acerca del valor que el Tribunal *a quo* le otorgó a distintas pruebas.

3.a.1. Folleto Rockmañón.

Así, estiman los abogados que del folleto que fue incorporado a fs. 12310, por el que se promocionaba el evento "Rockmañón", no puede inferirse que su pupilo tuviera un pacto espurio con Chabán, puesto que *"Nada hay (...) en dicho papel (...) que pueda siquiera remotamente ligar a nuestro asistido, con Chabán, o el Rokmañon o un recital determinado, salvo, que se sostenga que 'Poli' resulta ser Carlos Rubén Díaz, sin prueba alguna que lo sustente".*

Sobre ese punto agregan que *"El Tribunal descarta que la mención 'poli' pudiera referirse a persona alguna, y que necesariamente debe referirse a la policía, sinónimo, pareciera de Carlos Rubén Díaz"* y señala que *"...es de alertar que (...) la sentencia habla de la 'policía', en general, sin que pueda advertirse en qué momento esa mención genérica se materializa en Díaz".*

3.a.2. Declaración testimonial de Víctor Ramón Fajardo.

Por otra parte, exponen que no fue tenida en cuenta para evaluar *"la existencia de Poli"* la declaración testimonial de Víctor Ramón Fajardo, quien en el debate sostuvo que *"...había un policía que trabajaba en el grupo de control de CHABÁN".* Ello, a pesar de que *"Lo manifestado por Fajardo agrega otro elemento a tener en cuenta respecto de la individualización del tal Poli. Es decir, que bien podría tratarse de Poli, a este personal policial referido por el Testigo, y no necesariamente a Díaz, tal como*

arbitrariamente lo determina el Tribunal”.

Concluyen que se menciona a Díaz sin que exista prueba directa que lo posicione en la receptación del dinero.

3.a.3. Mecánica del acuerdo espurio.

Otro extremo cuestionado por la asistencia letrada de Díaz es la conclusión del Tribunal de que la base del pacto espurio contemplaba por lo menos la entrega de cien pesos por cada recital, porque considera que es *“...Otra falacia, otro punto de partida falso, sin pruebas que lo sostengan, o cuando menos con pruebas contradictorias, atento que si tomamos el testimonio de Sandoval, sería de pesos cien por cada quinientas personas, lo mismo el testimonio de Cozodoy — dependiendo que parte del testimonio tomemos - , o el de Zempe. Es decir, que al Tribunal se le antojó que la verdad eran cien pesos por cada recital, y que lo de cien cada quinientas personas, no lo toman, por que no le dan los números...”*.

A continuación de ese razonamiento señalan que en la sentencia se tiene por cierto el pago de trescientos pesos en concepto de “policía”, ello con base en las anotaciones hechas en la agenda del manager de la banda “Callejeros”; sin embargo, refieren que *“Hasta aquí, ninguna referencia a Díaz. Solamente se mencionan anotaciones en papeles que no son de nuestro asistido, que no se corresponden con su puño y letra”*.

Además sostienen que *“...no se acreditó en todo el juicio que la calle Bartolomé Mitre se encontrara cortada, muy por el contrario está acreditado que nunca se cortó. Sin embargo, el Tribunal entendió que además de los 100 pesos, había 200 más por el plus del corte calle inexistente y de esa manera “cierra” el razonamiento de las anotaciones de la agenda de Argañaraz. Otro voluntarismo, dirigido a poder conciliar los dichos de Cozodoy, con la agenda de Argañaraz...”*.

Exponen que *“Obvia antojadizamente el Tribunal testimonios rotundos respecto a que la calle Bartolomé Mitre se encontraba libre al tránsito...”* y citan testimonios que dan cuenta de esa circunstancia.

3.a.4. Comienzo de ejecución del pacto.

Entienden los defensores que en la sentencia se advierte una clara arbitrariedad de los jueces del Tribunal *a quo* en el análisis de la prueba referente al comienzo de ejecución del pacto

espurio, puesto que se toma como base la época en la que Ana Sandoval halló el volante incorporado a fs. 12310, "...*cuando en realidad lo que tiene es un papel que no se sabe a qué pertenece, y menos aún a que fecha, menos que menos que del mismo puede extraerse la existencia de un pacto espurio...*".

Asimismo, indican no sólo que en el fallo se da por verificado el comienzo de ejecución del pacto espurio en el mes de noviembre del año dos mil cuatro sino también que la concreción del acto corrupto fue el diez de diciembre de ese año.

Sin embargo, agregan que en esa oportunidad quien dispuso la afectación de los móviles de la Comisaría 7° de la Policía Federal Argentina fue el Comisario Sevald y que la concurrencia de un pelotón de combate la ordenó la Dirección General de Orden Urbano. De ello se desprende que "...*la superioridad de nuestro asistido, poseía amplio conocimiento de la cantidad, masiva de asistentes a los recitales, circunstancia que se da de bruces con la existencia misma del supuesto pacto venal*".

Además, resaltan que "*En la fecha del 10 de diciembre de 2004, este personal estaba a la ordenes de otra persona, no es verdad que la afectación de móviles y el carro de combate estuviera a cargo de nuestro asistido, en tanto el mismo se encontraba de licencia anual, circunstancia plenamente probada en autos, y citada en la misma sentencia '...Informe sobre los servicios prestados por el Subcomisario Díaz (fs. 17.353). Se hace saber cuáles fueron los servicios prestados por el Subcomisario Carlos Rubén Díaz en el transcurso de los meses de septiembre a diciembre del año 2004. Asimismo, se informa que del 6 al 30 de septiembre y del 26 de noviembre al 10 de diciembre de 2004, hizo uso de su licencia anual...'*".

En conclusión, reseña sobre este punto "...*que a pesar de lo probado en la causa el Tribunal dice otra cosa en franca y abierta oposición a ello. DÍAZ no prestó servicios el día 10 de diciembre de 2004, por lo que mal pudo estar a cargo de nada. Asimismo, nunca pudo recibir suma de dinero alguna, por la sencilla razón que no se encontraba en servicio*".

3.a.5. Declaración indagatoria de Diego Marcelo Argañaraz.

Plantea la defensa que en el fallo se tomo como prueba de cargo lo expuesto por Diego Argañaraz en su declaración indagatoria, específicamente el tramo en el que sostiene que entre

los gastos del show se hallaba el correspondiente a la policía y que era Raúl Villarreal quien pagada alrededor de trescientos pesos por ese servicio; no obstante, estima que *"Aquí se vuelve a ratificar el antojadizo razonamiento del Tribunal. En ese sentido, se afirma, sin prueba alguna —o al menos no se menciona- que: esta aseveración de Argañaraz, confirma la prestación de seguridad de parte de Díaz, en el recital de la fecha. Como podemos advertir, de ninguna parte de la declaración el mencionado Argañaraz, dijo: Raúl le pagaba a Díaz. También de manera antojadiza se culmina diciendo que la prueba hallada en poder de Diego Argañaraz acredita el efectivo pago a la Policía Federal de trescientos Pesos. Este análisis es tendencioso. Ya que lo que acredita no es más que una anotación, sin que se verifique el supuesto `efectivo pago´"*.

Expresa que el Tribunal *a quo* para determinar la intervención de Díaz en el injusto sólo se guía por la función de jefe operativo de la Comisaría 7° de la Policía Federal Argentina *"...pero ello no basta para justificar un reproche penal como el tratado en el presente juicio. No se está juzgando omisiones funcionales del tercer jefe, sino un cohecho, el cual debe ser probado, con un grado de certeza que amerite la condena..."*.

3.a.6. Testimonios contradictorios: Viviana Cozodoy y Héctor Damián Albornoz.

Por otra parte, los Dres. Escudero e Iturbide indican que *"La sentencia refiere a la presencia de Díaz en las inmediaciones del local República de Cromagnon, situación probada por dichos de Cozodoy, Albornoz, y Alfredo Mario Díaz. Dicha presencia estaría marcada por el reconocimiento que efectuaron en sede judicial por parte de Albornoz y Alfredo Mario Díaz"*.

Seguidamente, señalan que la testigo Viviana Cozodoy *"...incurrió en contradicciones elementales que invalidan su testimonio por mendaz..."* y que *"...El Tribunal de manera arbitraria ha omitido cualquier consideración al análisis mesurado de dicho testimonio, que fuera atacado, no sólo por esta defensa en el alegato, sino por la defensa de casi todos los imputados, marcando las contradicciones importantes existentes en su relato. Nada de ello fue analizado por el Tribunal, quien solamente entendió verosímil el relato, sin tratar las contradicciones apuntadas por casi todos los defensores"*.

Para avalar su postura recuerdan que *"Cozodoy vio a Díaz, solamente una o dos veces en la calle (Bartolomé Mitre). Luego en rueda de personas no lo reconoció, y no lo hizo por que nunca lo vió y mintió..."* y agregan que la testigo *"...posee una gran capacidad de recordación, en cuanto a lo que ha visto, con quien lo ha visto, fechas exactas (30 de abril, 8 de diciembre, 1 de enero etc), papeles, lo que se encuentra escrito en ellos, etc., pero no recuerda quien le informó la identidad de Díaz, ni el cargo, abrigando esta parte serias dudas respecto de si no se le mencionó las señas particulares, que luego llevaron a describirlo fisonómicamente..."*.

En síntesis, plantean que *"...los motivos por los cuales no lo reconoció, son una muestra más de las mendacidades del único testigo sobre el que se recuesta la autoría y participación de Díaz, en el delito de Cohecho"*.

Otro punto que destacan con relación al testimonio de Viviana Cozodoy, puntualmente en lo que atañe a una liquidación de gastos confeccionada por Raúl Villarreal que ella había observado, es que *"...la mención a haber visto sadaic, sadem, poli mas cien, no resulta para nada creíble. Es correcto decir que en una liquidación de estas características aparezca Sadaic, Sadem, pero no se entiende la construcción gramatical POLI MAS CIEN, y lo peor es que la testigo menciona haber visto en el mismo momento que Villareal escribía en un papel POLI MAS CIEN. Solamente hay una explicación a lo mencionado por la testigo, y es hacer coincidir lo que se dijera en instrucción por parte no solo de Cozodoy, sino por Sandoval, quien refiere a POLI MAS CIEN"*. Agregan que el Tribunal no fundó en la sentencia el motivo por el que descarta el planteo de esa defensa sobre la cuestión.

Se refieren, asimismo, al mérito que se realiza en el fallo de los dichos del testigo Héctor Damián Albornoz.

En tal sentido refieren que *"Era quien HABIA VISTO LA ENTREGA DEL DINERO DE PARTE DE CHABÁN, NO A LA POLICIA EN GENERAL, SINO A NUESTRO DEFENDIDO EN PERSONA. ES DECIR EL UNICO TESTIMONIO QUE PODIA LIGAR A DÍAZ CON LOS SUPUESTOS PAGOS QUE SE HACIAN A LA POLICIA FEDERAL ARGENTINA. ESTE TESTIMONIO DETERMINABA CON CIERTA SEGURIDAD, QUE EFECTIVO POLICIAL ESTABA INVOLUCRADO EN EL COHECHO INVESTIGADO"*.

Pese a ello, explican que el Tribunal *a quo* descarta el

tramo de ese testimonio que hace referencia al episodio que liga a Díaz con los pagos, puesto que de aceptarlo sería contradictorio con lo manifestado por Viviana Cozodoy. Ahora bien, sobre esa situación la parte indica que *"...no se lo descarta del todo, solamente se descartan aquellas apreciaciones que contradicen lo manifestado por Cozodoy, manteniendo el resto de su declaración como prueba de cargo, lo que se dice, un disparate"* (sic).

Señala que *"...el mayor obstáculo para el razonamiento arbitrario del Tribunal, es la mención de Albornoz de haber visto el día 29 a Chabán haber dado dinero a Díaz. De ser ello así, los dichos de Cozodoy resultarían contradictorios, así, como tampoco podrían construir (forzadamente, por cierto) un cierto paralelismo entre la agenda de Argañaraz y el testimonio de Cozodoy..."*.

Desde otra perspectiva, se agravia la parte en que se violó la incomunicación de Viviana Cozodoy durante la audiencia en la que declaró.

En virtud de las manifestaciones vertidas entienden que *"...el análisis de la prueba resulta arbitrario y por ello se ve afectada la sentencia como acto jurisdiccional válido, debiendo ser revocada por V.V.E.E. y decretar la absolución"*.

3.b. Arbitrariedad en el análisis de las normas que establecen la competencia funcional de Carlos Rubén Díaz.

3.b.1. Obligaciones.

Los recurrentes advierten que en la sentencia se señalan las funciones que le competían a quien ocupara el cargo que ostentaba Díaz y que *"...tras cartón sin prueba alguna que lo sustente afirma que Díaz no puede desconocer el procedimiento a seguir en caso de verificar alguna contravención, y que de manera alguna puede sostenerse que no le corresponda intervenir en lo que suceda en el interior de un local"*.

Estiman que *"Estas afirmaciones son antojadizas y arbitrarias. No ha existido prueba alguna que determine la constatación por parte de Díaz de una contravención el día 30 de diciembre de 2004, ni siquiera existen testigos que refieran haberlo visto esa noche, salvo luego de producido el siniestro..."*.

En sostén de su postura indican que *"...para rubricar que Díaz debió intervenir, se trae como prueba las actuaciones contravencionales labradas con motivo de un recital de Callejeros,*

en el Club Excursionistas. Pues bien no tiene nada que ver un caso con el otro. El Oficial que labrara el acta en Excursionistas, estaba en el lugar junto a personal de la Fiscalía contravencional. En nuestro caso, no se ha probado que Díaz estuviera en la misma situación que el policía de Excursionistas".

Exponen que *"No se encuentra en tela de juicio cual es el comportamiento que debe tener un oficial de policía cuando advierte la existencia de un delito o contravención. Nunca Díaz, dijo que no supiera cual era el proceder en esos casos. Lo que importa es probar que el personal policial conocía dichas contravenciones y nada hizo. Del conocimiento del personal policial la sentencia nada dice, solamente lo TIENE POR CIERTO, no resulta abonada por prueba alguna que Díaz tuviera conocimiento de la existencia de contravenciones el día 30 de diciembre de 2004, ni ningún otro día"*, y resaltan que *"...dicho local no había sido siquiera denunciado por nadie... no resultaba particularmente conflictivo"*.

Sostienen que pese a las contravenciones que pudieron advertirse en el local "República Cromañón", no existe omisión funcional alguna por parte de Carlos Rubén Díaz.

Así, indican que en cuanto al ingreso al comercio de aproximadamente cuatro mil quinientas personas la noche del 30 de diciembre de 2004, nada dice el Tribunal respecto del conocimiento directo que tuvo Díaz de esa contravención.

Respecto de la omisión de recaudos de organización y seguridad para llevar a cabo el espectáculo, exponen que en el fallo se afirma que a raíz de la existencia del pacto espurio la contravención era conocida por el personal policial pese a que no existe prueba alguna de esa situación.

En punto a la tenencia de artículos pirotécnicos y su utilización, cuyo conocimiento se estableció debido a la habitualidad con la que concurría al local el policía, explican que *"...No existe prueba que amerite fundar la especialidad en algún conocimiento, demostrando la parcialidad del Tribunal..."*.

Con relación al suministro de bebidas alcohólicas explican que no hay prueba alguna que determine que Díaz hubiera visto esa circunstancia, pese a que un testigo afirma que una noche habría estado "un minuto" en la pista.

Sobre la obstrucción de los medios de salida, se afirma en

la sentencia que el Subcomisario Díaz sabía de la existencia de varios vallados en el hall del establecimiento porque eran visibles desde la puerta en donde estaba apostado su patrullero; no obstante, señala la defensa que, más allá de que la noche del hecho el nombrado prestó servicios, es una falacia que hubiera estado en el acceso del lugar.

Se agravian los defensores respecto de la aseveración de que Díaz pasaba una o dos veces por noche por "República Cromañón", ya que no es una conclusión que se derive de las pruebas colectadas. En esa línea de argumentación sostienen que *"No existe ninguna declaración testimonial que asevere lo que el Tribunal ha colocado en esta parte de la sentencia: QUE DIAZ, PASABA UNA Y A DOS VECES POR NOCHE, AL PRINCIPIO Y AL FINAL DEL RECITAL. Hemos escuchado nuevamente los testimonios dados en el debate y no pudimos obtener ninguna manifestación que estuviera dirigida, tal como el Tribunal lo pone en la sentencia. NO EXISTE..."*.

Desde otra perspectiva, señalan que *"La sentencia también establece que el pacto espurio consistía en brindar seguridad y omitir la verificación de contravenciones en las que incurría el local, las que con su correspondiente trámite deberían haber derivado en la clausura preventiva del establecimiento, por ello le sería entregada una suma de dinero en cada ocasión. Asimismo dice el fallo que se acordó también —a los fines de protección del acuerdo celebrado- que se estipularía la presencia de un móvil policial en las cercanías del local. Por otra parte la existencia de un pelotón de combate con su carro para el control prevencional de la zona, aventaba cualquier sospecha de que la policía no cumplía con las funciones de contralor que le eran debidas"*.

Tal argumento lo consideran caprichoso puesto que *"En verdad, si un funcionario es pagado para no reprimir contravenciones, lo lógico sería que no concurriera móvil policial alguno, y de esa manera se cumpliría el pacto igualmente y sin problemas. Pero como el Tribunal no puede negar la existencia de personal policial en la zona, fuerza el razonamiento y agrega que el pacto consistía en brindar `seguridad´, aunque nunca en todo el fallo, se establezca que tipo se seguridad se brindaba..."*.

Reiteran a esta altura lo que afirmaran previamente respecto de que la presencia del carro de asalto en las

proximidades del lugar no había sido solicitada por Carlos Rubén Díaz.

Entienden que "*...Sin pensar se dice, que el personal del Carro de asalto estaba a las órdenes de Díaz. Eso no es cierto. Díaz, o cualquier otro que estuviera en su lugar de jefe operativo, indicaba el lugar donde se debería apostar el vehículo policial, que como es de público y notorio en estos casos hace las veces de disuasivo de conflictos con los jóvenes. Pero el vehiculo policial no dependía de la comisaría, y para el hipotético caso de resultar necesaria su presencia en otro lugar, era directamente dirigido por la Dirección General de Operaciones hacia el lugar donde se necesitaba*".

Para completar su relato manifiestan que "*...luego del suceso luctuoso, la Dirección Gral. de Operaciones es la responsable de dirigir y suministrar al centro del impacto fatal, todos los móviles, sean patrulleros o carros de asalto o grupos de combate, porque?, porque toma el mando de todas las fuerzas de lo que se conoce como la Policía Metropolitana, más aún esa autoridad policial, dispuso que los vehículos policiales trasladen las víctimas a los centros hospitalarios, en razón de las necesidades por la urgencia que todos y cada uno de los móviles desplazados iba informando la situación de emergencia*".

Destacan también que el personal policial que se encontraba próximo al local tampoco advirtió la ocurrencia de contravenciones. En este punto le dan especial relevancia a que el Cabo 1° Juan Sosa y el Agente Cristian Villegas —los dos subordinados que estuvieron en un móvil en las proximidades del lugar- no percibieron el uso de pirotecnia ni el exceso de concurrentes, pues no estuvieron ininterrumpidamente allí, y a que no ha podido establecerse que hubiera una orden directa de Díaz para que no actuaran como es debido, trayendo a colación lo resuelto por esta sala respecto de los nombrados.

Finalmente, advierten que "*...a diferencia de lo manifestado en la sentencia no existe prueba alguna que abone que nuestro asistido recibió de manos de alguien sumas de dinero. No está probado, no se indica de qué manera se llega a esa conclusión, y solamente la sentencia se limita a decir 'Conforme a la descripción fáctica realizada, hemos dado por probado que el funcionario policial ha recibido y aceptó recibir dinero para*

comprometer un hacer en su función'".

3.b.2. Competencia funcional.

Se agravian porque consideran que *"...también ha sido valorada en forma arbitraria lo referido a la competencia funcional de Díaz..."*. Ello es así, puesto que *"...el fallo liga al cohecho con las supuestas omisiones funcionales del Subcomisario Díaz, detallando las normas que estarían en juego..."*; no obstante, *"...describe las normas sin efectuar ningún tipo de análisis ni razonamiento alguno que las relacione..."*.

En consecuencia, refieren que *"El análisis resulta arbitrario, ya que en momento alguno explica en que normas de las que enuncia, surge la obligación de la Policía Federal en acatar las disposiciones de los artículos 16 y 18 de la ley 12 dictada por la legislatura de la C.A.B.A..."*.

Asimismo, señalan los recurrentes que *"Del texto del Decreto 150/99 no existe ninguna referencia directa, indirecta, explícita o implícita que le ordene a la Policía Federal Argentina que ejerza funciones de auxiliar de la Justicia de autoridades de la C.A.B.A."*.

En el desarrollo de los fundamentos del planteo la parte sostiene que *"...nuestro defendido, no tenía entre sus funciones la de ser auxiliar de las autoridades de la C.A.B.A., y por ello ninguna obligación de reprimir las contravenciones en que se funda su responsabilidad, y en consecuencia no 'Se ha satisfecho entonces, la tipicidad objetiva del delito de cohecho pasivo', como concluye en forma arbitraria la sentencia recurrida"*.

Para concluir con los agravios relativos a la participación de Carlos Rubén Díaz en el delito de cohecho, refieren que *"La sentencia es dogmática y en consecuencia arbitraria. No da razón de sus dichos sólo efectúa respecto de Díaz la reseña de las normas en juego sin ingresar en su análisis. No indica cual es la conducta concreta que realizó Díaz por el cohecho pasivo que le endilgan, ni tampoco indica lo que esperaba que éste hiciera de acuerdo a sus funciones"*.

Por último, agregan que *"...la sentencia está plagada de manifestaciones dogmáticas sin sentido, sin prueba alguna que los sustente, y en muchos casos circunstancias que resultan legales y lícitas son transformadas arbitrariamente en ilícitas e ilegales"*.

3.c. Arbitrariedad en la participación necesaria imputada a Carlos Rubén Díaz en el delito de incendio doloso calificado por el resultado.

Para comenzar la defensa reitera el planteo de inconstitucionalidad de los delitos de comisión por omisión por su colisión con el principio de legalidad consagrado por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Sobre esta cuestión expresan que *"...se llega a la evaluación de la responsabilidad penal de nuestro asistido, partiendo de la base falsa de la autoría y responsabilidad en el delito de cohecho"*.

Explican, en ese sentido, que *"...no ha sido probado en el juicio que Díaz tuviera conocimiento y voluntad de prestar colaboración en la realización de un delito doloso a Chabán y Argañaraz"*.

Plantean que en la sentencia *"...para Díaz, sostienen que no resultan necesarios los mismos conocimientos y voluntades de Chabán y Argañaraz"*.

Por otro lado, señalan que *"Es claro que no existe una igualdad en el razonamiento expuesto por el Tribunal en la sentencia. Es claro que a las mismas preguntas efectuadas para Villareal, en el caso de nuestro defendido las respuestas serían idénticas. Pero como en el caso se fuerza una participación que no requiere — conforme lo manifiesta la sentencia — de una posición de garante específico, se llega a una conclusión desigual e ilegal"*.

Sin perjuicio de ello, refieren que *"...para el hipotético caso que se aceptara la forzada interpretación del Tribunal en la participación de nuestro defendido en el tipo penal del art. 186, no queda para nada clara cual ha sido su participación en el injusto reprochado a Chabán y Argañaraz que en definitiva es la omisión de no haber dado por terminado el recital"*.

Consideran que *"...la sentencia recepta en esta parte del fallo la responsabilidad objetiva, que repugna a nuestro derecho en virtud de las claras normas constitucionales -art. 18 y convenciones incorporadas por el art. 75 inc.22- según las cuáles no existe pena sin culpa"*.

En consecuencia, explican que no *"...surge de la sentencia como se llega a la imputación de la responsabilidad a nuestro*

defendido" y que *"No se ha explicado el nexo causal entre el cohecho y la realización del tipo penal del art. 186"*.

En definitiva, refieren que *"...aún afirmando una falsedad, como es la existencia de cohecho, no existe relación alguna de éste con el exceso de concurrentes al local Cromagnon, siendo claro que dicha problemática se encontraba cuando menos discutida en torno a la calificación como contravención o falta, circunstancia que por el favor rei, debe probar a favor de nuestro asistido"*.

4. Condena Civil.

Sostiene la defensa que en razón de que la responsabilidad civil de su asistido encuentra fundamento en la condena por el delito de cohecho pasivo en concurso real con el delito de incendio doloso seguido de muerte, reproduce los agravios que han sido desarrollados previamente.

5. Formula reserva del caso federal.

I. El Representante del Estado Nacional.

En la presentación de fs. 67754/830 el Dr. Rubén M. García Villador, interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada.

1. Introducción a los agravios.

Interpone el recurso en los términos del artículo 456, incisos 1° y 2°, del Código Procesal Penal de la Nación.

Motiva su presentación *que "...se ha producido una inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva y se ha dictado una sentencia nula conforme lo expresamente previsto por el artículo 404, inc. 2° del C.P.P.N." y afirma que "**...existe en el caso una clara gravedad institucional...**"*. Así, entiende que se ha valorado erróneamente prueba esencial y que la sentencia es arbitraria y defectuosamente motivada. Con relación a la acción civil señala el recurrente que el fallo *"**extiende la responsabilidad del Estado Nacional por supuestas omisiones de `agentes de la Policía Federal Argentina´ que no han sido juzgados ni condenados en esta causa, y que ni siquiera se los llamó como testigos, apartándose claramente de los términos en que se trabó la litis, violándose la accesoriedad que la causa civil tiene respecto a la penal**"* y que de acuerdo al artículo 116 de la Constitución Nacional por haber sido demandado el Estado Nacional

"...debería de habérselo juzgado en el fuero federal...".

Sobre el punto entiende que ***"...se le denegó el fuero federal al Estado Nacional basado en el principio de accesoriedad, y el Tribunal se aparta de dicho principio al dictar sentencia condenando a mi parte por supuestas omisiones de policías que no fueron juzgados en esta causa, lo que amerita declarar la nulidad de la sentencia dictada en autos...".***

2. Cuestiones federales analizadas en la sentencia al tratar la acción civil.

Menciona que existe cuestión federal *"...ya que en esta causa* ***se debe de interpretar la aplicación de los arts. 5°, 17, 18, 28, 31, 121,129 de la Constitución Nacional, y los alcances de la ley 24.588 netamente federal que reglamenta el art. 129 de la Constitución Nacional así como el Estatuto de la Policía Federal Argentina (Decreto Ley 333/58 ratificado por la ley 14.467, texto según ley 23.950), y la ley 21965 para el personal de la policía Federal Argentina".***

3. Agravios.

3.a. Errónea valoración de las pruebas vinculadas a la conducta de Carlos Rubén Díaz (Primer agravio).

3.a.1. Comienzo de ejecución del pacto y concreción del acto corrupto.

Destaca que *"...la conclusión a la que con tanta vehemencia ha arribado el Tribunal respecto del Subcomisario DÍAZ resulta ser por demás contradictoria en sí misma, fruto de un análisis erróneo, lo que torna a la cuestión de insuficiente motivación...".*

Asimismo, asevera que *"Mal pudo el Tribunal haber establecido la 'concreción del acto corrupto' —como lo indican V.E- el 10-12-04, ya que en tal ocasión el efectivo policial DIAZ nunca pudo haber recibido la suma de dinero que se menciona,* ***tampoco pudo brindar a cambio seguridad a República Cromañón comprometiendo la omisión funcional de hacer cesar las contravenciones en las que incurría tal establecimiento, siendo ello absoluta y materialmente imposible por la sencilla razón de no estar en funciones en dicho momento. Ni pudo receptar el dinero, ni pudo brindar contraprestación alguna".***

3.a.2. Mecánica del acuerdo espurio.

En consecuencia, estima que ***"'la única' testigo que***

supuestamente estaba en condiciones de concurrir al juicio a manifestar lo que venimos analizando 'se rectificó' en forma rotunda, no teniendo asidero alguno entonces las afirmaciones que desliza el Tribunal en su valoración en relación a dicho tema". Se refiere a Viviana Cozodoy.

3.a.3. Corte de calle.

La parte entiende que *"...la cuestión del corte de calle debe ser valorada pero en el sentido del beneficio del imputado DÍAZ, **puesto que ha quedado plenamente demostrado durante toda la producción del juicio,** específicamente a través de **absolutamente 'todas' las declaraciones de los sobrevivientes asistentes al debate que la calle Bartolomé Mitre nunca estuvo cortada**, ni los días previos al 30 ni el día del sinistro. Por ende solo se tratan de simples valoraciones del tipo conjetural sin corroboración alguna por ningún medio de prueba del juicio".* El recurrente cita testimonios que avalan su postura.

3.a.4. Presencia de personal policial a cargo de Carlos Rubén Díaz frente al local y ocurrencia de contravenciones.

Desde otra perspectiva, expone que *"El Tribunal tiene por cierto entonces que debido a la promesa aceptada por DIAZ como consecuencia del supuesto pacto espurio celebrado con CHABÁN, el jefe policial hizo colocar un patrullero con dos subordinados en la puerta del local a efectos de no actuar ante las flagrantes contravenciones que se cometían"*, pero sostiene que *"...tales flagrantes contravenciones que se dice se cometían por aquella fecha no resultaron ser tal (o si existió alguna eventual contravención no fue advertida por tales subordinados), ello no surgió a lo largo de las audiencias de debate...".* Cita testimonios que dan cuenta de esa circunstancia y resalta que los dos subordinados que estuvieron en el lugar esa noche, trátese del Cabo 1° Juan Ramón Sosa y del Agente Cristian ángel Villegas, no advirtieron las contravenciones porque no estuvieron en forma permanente en la zona y, además, fueron sobreseídos.

Concluye, entonces, haciendo referencia a que *"la afirmación que realizara el Tribunal de que '... y la ocurrencia del incendio impidió que Díaz concurriese a retirar el dinero acordado...', también es meramente especulativa y arbitraria, carente de sustento fáctico, ya que no existe en la causa ninguna prueba ni directa ni indirecta que sustente semejante afirmación".*

3.a.5. Declaración testimonial de Víctor Ramón Fajardo.

Por otro lado, señala que del fallo se desprende que ***"...'poli' se refería al pago realizado a la policía en la persona de DÍAZ porque no se había contratado en Cromañón policía adicional".***

Menciona que el testigo Fajardo, comerciante aledaño, explicó que en el grupo de control que trabajaba con Chabán había un policía, según éste le narró, aunque era de otra jurisdicción: ***"Tal circunstancia constituye una prueba fundamental que no fue valorada siquiera mínimamente por el Tribunal y que, de haberlo hecho, la conclusión a la que habrían arribado respecto del tal 'poli' hubiese sido distinta, o al menos hubiese formado en el razonamiento de V.E. una gran duda que por supuesto debió ser considerada ampliamente en beneficio del imputado".***

Tal extremo lo considera *"....trascendental porque si el pago no fue dirigido a la Comisaría 7ª mal pudo haberse sospechado sobre la hipotética contraprestación realizada por la policía de no reprimir las teóricas contravenciones que se dice se cometían".*

3.a.6. Declaración testimonial de Viviana Cozodoy. Ausencia de credibilidad y contradicciones.

En cuanto a la testigo Viviana Cozodoy, destaca que el Tribunal ha dado gran valor probatorio a sus dichos; no obstante, ***"...nada se ha analizado acerca de la forma en que la misma arribó a este proceso...".*** Sobre ese punto, señala que no concurrió por *motus* propio, sino que su nombre surgió en una comunicación administrativa del 2 de febrero de 2005, dirigida a la Circunscripción II, firmada por el Comisario Sevald, en la que se hacía saber sobre tres publicaciones de diarios de una mujer vinculada a la Asociación Madres de Plaza de Mayo —sería Viviana Cozodoy- que anunciaba la supuesta existencia de coimas entre Chabán y la policía.

Por otra parte, estima que debe tenerse en cuenta que Viviana Cozody al declarar ***"...dijo que 'escuchó' el comentario de que se le daba dinero a la policía estando en las boleterías' pero llamativamente y ante preguntas durante su testimonio sobre ¿quién le había dicho eso? Expresó que `no sabía quien lo hizo´"*** *(sic)*.

Asimismo, señala que ***"Llama la atención a esta parte que la testigo según su relato dijo haber visto al Subcomisario en la***

calle 1 o 2 veces y que también lo volvió a ver el 1 de Enero en el vallado de la puerta del local, pero sin embargo no lo reconoció en la rueda realizada en Tribunales".

En conclusión, indica que "*Se estuvo frente a la presencia de una testigo que ha causado total ausencia de credibilidad en sus dichos, con contradicciones e incoherencias principalmente en todos los temas que hipotéticamente tenían que ver 'supuesta coima'. La única certeza que arrojaron su deposición es que no probó absolutamente nada, menos aun algo que afectase al Subcomisario DÍAZ, ni en forma directa ni indirecta, con lo cual tal testimonio lejos de ratificar las acusaciones hacia DÍAZ ha arrojado muchísimas dudas que de ningún modo pueden servir como base para una sentencia condenatoria, y en su caso se debe dar el beneficio de la duda a favor del procesado...*" (sic).

3.b. Arbitrariedad en la subsunción de la conducta del Subcomisario Díaz en la figura de cohecho pasivo. Competencia funcional (Segundo agravio).

El recurrente plantea, como en el caso de la defensa de Carlos Rubén Díaz, que en la sentencia no se explica "*...en que normas de las que enuncia, surge la obligación de la Policía Federal en acatar las disposiciones de los artículos 16 y 18 de la ley 12 dictada por la legislatura de la C.A.B.A...*".

Sostiene que "*La sentencia es dogmática y en consecuencia arbitraria. No da razón de sus dichos sólo efectúa respecto de Díaz la reseña de las normas en juego sin ingresar en su análisis.*" y, por consiguiente, "*...viola el derecho de defensa de mí representada, puesto que no surge con claridad los hechos que dan lugar a la condena y, por ende, impide ejercer el derecho de defensa contemplado en el artículo 18 de la C.N.*" (sic).

Así, pues, estima que se condenó a Carlos Rubén Díaz como partícipe necesario del delito de incendio doloso seguido de muerte, mientras que con idénticos fundamentos se responsabilizó a Fiszbin y a Fernández por otro delito y a Torres se lo absolvió, "*...no advirtiéndose la razonabilidad de la sentencia en cuanto a la distinción de las figuras...*" (sic).

Afirma que "***...son los organismo[s] dependientes del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires sobre quien recae el deber de ejercer el control sobre las materias cuya regulación le compete a la Legislatura Local y sobre las que también tiene el***

juzgamiento a través de los juzgados contravencionales y de faltas de la Ciudad. Por eso no se advierte cual era la competencia de Díaz en materia de policía de la Ciudad, cuando como miembro de la PFA tenía solo competencia para ejercer todo lo atinente a la policía de seguridad, que no es materia de juzgamiento, pues se trata de aplicación del Código Contravencional de la Ciudad".

Explica el recurrente que *"Tampoco se puede pretender indemnización alguna sobre la base de considerar que la PFA tenía el deber de conocer los materiales utilizados en el local, pues el incumplimiento de las normas dictadas por la Ciudad respecto de la seguridad edilicia en locales bailables que se vinculan con la habilitación, deben ser controladas por el órgano ad hoc que dependa del Gobierno Local"*.

Como correlato de las consideraciones vertidas, señala que ***"...porque la jurisdicción local no puede dar órdenes o legislar sobre el ámbito Nacional, quiere decir lisa y llanamente que lo dispuesto por el Código Contravencional no es operativo respecto de la PFA, porque no se puede dar órdenes a un órgano que depende y cumple funciones en otra jurisdicción..."***.

A lo que debe sumársele que a criterio del recurrente ***"...no fue probado en autos que se haya celebrado algún convenio en lo que respecta al tema contravencional que obligue a la PFA a cumplir con las normas locales o que pueda ser para que asuma un deber"***. Tras ello y desde dicha óptica, realize un análisis del decreto 150/99.

3.c. Errónea aplicación de la ley sustantiva. Tercer agravio: inexistencia del tipo legal del delito de "comisión por omisión". Postura del Tribunal de Juicio.

El recurrente en este apartado señala que el Tribunal acepta la existencia de los tipos penales de "comisión por omisión" en forma genérica y reproduce las partes pertinentes de la sentencia.

Adelanta que no comparte esa tesitura y, por ende, en el aparatado siguiente desarrollará sus agravios sobre el tema.

3.d. Cuarto agravio: inexistencia del tipo legal del delito de "comisión por omisión". Inconstitucionalidad por violación del principio de legalidad.

Plantea la *"Inconstitucionalidad de la aplicación de la teoría de los delitos de omisión impropia, por su colisión con el*

principio de legalidad consagrado por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional".

Para sostener su postura indica que *"Se prescindió en el fallo de la norma del art. 186 del Código Penal que reprime a quien '**causare incendio...**', delito de resultado y típico de comisión. Y que no existe figura alguna, en relación a ese resultado 'incendio', que tipifique penalmente el supuesto de la omisión propia que lo genere...".*

Expresa, con cita de opiniones doctrinarias, que *"...los llamados delitos de omisión impropia entran en colisión con el principio de legalidad al no encontrarse previstos en la ley penal. Han venido a poner en crisis al principio de legalidad en materia penal, ya que la posición de garante del omitente no se encuentra expresamente prevista en la ley penal argentina...".*

En síntesis, refiere que *"**se ha condenado a 18 años de prisión al Subcomisario Díaz imputándosele un delito que no se encuentra tipificado en nuestro Código Penal, ni aún en su parte general, en una interpretación forzada de la norma que mas que a los considerandos de una sentencia, se asemeja a la opinión de un legislador desarrollada en el ámbito del Congreso de la Nación. Por ello, el Tribunal se arroga de hecho facultades legislativa creando un tipo legal inexistente en nuestra legislación, violándose el principio de legalidad y las disposiciones consagradas en el art. 18 de la Constitución Nacional**, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11, ap.,2), el Pacto de San José de Costa Rica (art. 9º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15), de aplicación obligatoria desde la reforma de 1994 al texto constitucional por vía del art. 75 inc.22, por los tratados internacionales así incorporados".*

También considera que *"...resulta arbitraria — para así poder condenar patrimonialmente al Estado Nacional — pretender que la condena al Subcomisario Díaz hace nacer la responsabilidad patrimonial de mi parte, ya que no se dan los presupuestos establecidos en el art. 1.112 del Código Civil y así aplicar la teoría del órgano desarrolladas en las sentencias de nuestro mas alto Tribunal, infra citadas, porque el Estado Nacional no tenía asignada ninguna función en el evento".*

3.e. Quinto agravio: la inexistencia de nexo causal entre

el presunto cohecho y el delito imputado.

En primer término, establece que *"...tratándose de un delito que se comienza a perfeccionar en el momento del ingreso de asistentes al evento, lo que puede ser objeto de un 'pacto espureo' al decir del Tribunal queda reducido al exceso de concurrentes y al uso de pirotecnia puesto que el sub comisario Díaz por más que conociese el lugar carece de la idoneidad técnica para evaluar los materiales del techo, por ejemplo"* (sic).

Así, explica que *"Las contravenciones tipificadas en los artículos 61; 63 y 70 del Código Contravencional o sea las referidas a pirotecnia; avalanchas y obstrucción de salida el sujeto punible no es el dueño o explotador del local,* ***sino quien intente ingresar pirotecnia por ejemplo.*** *Ante ello debemos preguntarnos quien va [a] entregar dinero indebidamente por algo de lo que no es sujeto pasible de la sanción".*

Por otra parte, indica que *"En lo que respecta a los artículos 57; 57 bis y 68 del Código Contravencional referidos al exceso de concurrentes; la omisión de recaudos de organización y venta de alcohol a menores el sub comisario Díaz no tenía en sus funciones el controlar el ingreso de asistentes, tampoco era organizador y menos fiscalización alguna dentro del local, entonces qué razón tiene el cohecho".*

A lo dicho, agrega el siguiente razonamiento: *"Es más si por la argumentación del Tribunal el delito comienza a consumarse con el ingreso de asistentes al recital y el sub comisario Díaz no estuvo en el lugar* ***- y los policías que estuvieron en la esquina de Jean Jaures y Mitre fueron sobreseídos -****, mal pudo tener participación ni el presunto cohecho guardar nexo causal con el resultado".*

Nuevamente, en lo que atañe a las contravenciones, dice que *"...no existe prueba alguna que haya sido producida a lo largo del debate, ni testimonial ni instrumental que indique que el Subcomisario DÍAZ haya tomado conocimiento directo o indirecto de la cantidad de concurrentes que se presentaron en los días 28, 29 y 30 de diciembre en el local en cuestión...".*

Sin perjuicio de ello aclara que *"...no era de la competencia del nombrado el intervenir ante la eventual circunstancia de exceso de asistentes más allá del permitido por la habilitación del local...".*

3.f. Sexto agravio: el ejercicio del poder de policía en la Ciudad de Buenos Aires en forma exclusiva y excluyente del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Interpretación arbitraria y errónea del Tribunal. Responsabiliza a la Policía Federal y al Estado Nacional por el deber genérico frente a los delitos y contravenciones.

Manifiesta el recurrente que *"...las normas dictadas por la C.A.B.A. no son operativas ni obligatorias para la Policía Federal Argentina, por el solo hecho de dictarse por la legislatura local, sino que deben de hacerse operativas mediante normas complementarias como lo dispone el art. 7° y 8° de la ley 24588"*.

De esta forma, explica que *"...para que la Nación* ***esté obligada*** *a prestar el auxilio y cooperación a la C.A.B.A.,* ***se la tiene que requerir expresamente la C.A.B.A...".***

Agrega que *"...Aún en la hipótesis del Tribunal, en el hipotético supuesto que las normas contravencionales fueran operativas para la PFA y el Subcomisario Díaz, al no darle al mismo y a la Policía Federal Argentina una intervención directa contratándola como Policía Adicional,* ***la responsabilidad de Díaz y del Estado Nacional es una responsabilidad genérica en orden a la prevención de los delitos y contravenciones****, lo que lo exime de responsabilidad conforme lo dispone la reiterada, profusa y conteste doctrina de nuestra Corte...".* Cita la respectiva jurisprudencia.

3.g. Séptimo agravio: influencia de la condena penal al Subcomisario Díaz en la condena civil del Estado Nacional.

Se agravia el recurrente porque entiende que *"Si bien, en líneas generales, resulta cierto lo manifestado por el Tribunal sobre la influencia de la condena penal sobre la causa civil, esto es así contra la parte que fue condenada en la acción penal, pero no es obligatoria respecto al Estado Nacional..."*, puesto que con relación a este último *"...al ser condenado por aplicación de la teoría del órgano, conforme lo dispuesto en el art. 1.112 y la doctrina de los fallos citados en el punto anterior 'in fine', debe de tenerse presente que para aplicar dicha doctrina se debe necesariamente acreditar la existencia de una falta de servicios imputable al órgano, en este caso la Policía Federal Argentina — Ministerio del Interior,* ***en forma independiente de la existencia o***

no de culpa de sus agentes...".

3.h. Octavo agravio: culpa concurrente.

Refiere en este punto que pese a *"...la petición expresa del Estado Nacional que el Tribunal analice la posibilidad de imputar culpa de la víctima, o culpa concurrente en los términos del art. 1.113 del C.C., y que el Tribunal acepte que la victima María Sol Urcullu se encontraba esa noche con un 80% de graduación alcohólica en la sangre, no trata en momento alguno esta prueba ni analiza la posibilidad de imputar culpa de la víctima o culpa concurrente"*.

Concluye que *"Es evidente que cuando el Dr. Médico legista del cuerpo médico forense le informa al Tribunal que la concentración de alcohol en sangre 'Coadyuvó' en el deceso de la víctima, se refería a que no se encontraba en condiciones normales para poder escapar del siniestro tomando las decisiones correctas, y el resultado pudo ser distinto de haber estado la victima en condiciones normales, por lo que solicito a todo evento que se aplique una reducción del monto indemnizatorio en por lo menos un 50% por aplicación del art. 1113 segundo párrafo del Código Civil"*. Cita jurisprudencia sobre el tema.

3.i. Noveno agravio: crítica contra la condena civil por involucrar a funcionarios que no son juzgados en la causa principal.

Manifiesta *que "...se agravia mi parte en virtud que el Tribunal se aparte de los términos de la litis, y condena civilmente a mi parte por supuestas omisiones de policías que no son procesados en la causa principal, apartándose del principio de accesoriedad establecido en la etapa instructoria, tanto el juzgado instructor, por la Sala V y por la Sala III de casación"* (sic). Ello es así, puesto que al tratar la acción civil en la sentencia se hizo una reseña sobre la situación generada por la demora en la entrega del cadáver de María Sol Urcullu a sus progenitores.

3.j. Décimo agravio: aplicación de intereses.

Se agravia porque en la sentencia se aplica la *"tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina"*, mientras que el recurrente pretende la fijación de los intereses a través de la tasa pasiva promedio que publica la entidad bancaria citada.

3.k. Décimo primer agravio: los honorarios regulados al Dr. Alberto Urcullu.

Refiere que los honorarios regulados a Alberto Urcullu, consistentes en el monto de cincuenta y seis mil pesos ($56000), resultan excesivamente altos y violan las pautas establecidas en la ley de aranceles —artículos 6° y 7° de la ley 21839-.

En consecuencia, solicita que sean reducidos a la suma de veinticuatro mil pesos ($24000).

4. Formula reserva del caso federal.

5. Nulidad de lo actuado.

El recurrente introduce un planteo de nulidad *"...de lo actuado desde la notificación del traslado de la acción civil por violarse en el caso toda la normativa señalada precedentemente, y en caso de hacerse lugar al presente recurso de casación, y fijada la competencia se deberá de correr nuevamente el traslado de la demanda conforme lo expuesto, por haberse violado en el caso la garantía de defensa en juicio de mi parte, ya que el Tribunal se aparta de los términos de la litis fijado por la Sala III que tuvo como fundamento para rechazar el planteo de incompetencia en razón de las personas, que en esta causa la acción civil es accesoria a la penal, lo que fue violado por el Tribunal al condenar civilmente el Estado Nacional, por el supuesto accionar de personal policial que no fue procesado en esta causa, por lo que deja sin sustento jurídico el rechazo de la incompetencia dictada en su oportunidad por la Sala III de Casación en esta causa"* (sic).

J. La defensa de Raúl Alcides Villarreal.

El doctor Albino José Stefanolo y la doctora Marisa A. Darwiche, invocan en su recurso el artículo 456, inciso 1° y 2°, del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 68355/82).

1. Artículo 456, inciso 1°, del C.P.P.N.

En primer lugar, cuestionan la calificación legal asignada a la conducta de su defendido, por considerar *"...no se encuentran dadas las pautas básicas para que se lo defina y tipifique su conducta como la de partícipe secundario del delito de cohecho activo"*.

Expresan 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 aquéllas vertidas durante la etapa de instrucción y posteriormente, durante la audiencia de debate".

2. Errónea valoración de la prueba.

2.a. Declaración testimonial de Viviana Cozodoy.

Indican que *"...para condenar a Villarreal por el delito de cohecho se tiene en cuenta casi exclusivamente la declaración de Cozodoy, junto con la agenda de Argañaráz y su declaración indagatoria y el papel de Rockmañón (en parte, solo como apoyo a las otras pruebas)".*

Alegan que en la sentencia se descartó lo dicho por Albornoz por resultar contradictorio con lo declarado por Díaz.

En punto a la presencia de Chabán en la oficina, señalan que *"...se tuvo por veraz el testimonio de Cozodoy, no obstante lo cual, dichas declaraciones se encuentran, para la defensa, también teñidas de contradicciones"*, las que menciona.

Al respecto indican que *"...de la declaración de Cozodoy surge también la contradicción con lo declarado por Díaz, ya que volvemos a reiterar que éste dice que el 29 de diciembre Omar Chabán se encontraba operado y la oficina no se habría abierto, encontrándose Díaz con Chabán en la barra..."* y, pese a ello, se tuvo por veraz la declaración de Cozodoy.

Los defensores se preguntan cómo es que Chabán pudo estar adentro de las oficinas con Raúl y Cozodoy si la oficina estaba cerrada.

Mencionan que las declaraciones de los empleados también son contradictorias en torno al lugar en que fue hallado el papel que refería "poli + 100". Pone de resalto que *"...Ana Sandoval dice que encontró el papel de marras en el piso del hall, Albornoz que en la oficina, Cozodoy en el tacho de basura".*

Luego de transcribir otros pasajes de la declaración de Cozodoy, los asistentes técnicos concluyen que la testigo *"...no vio a Chabán ni a Villarreal entregar dinero a funcionario policial alguno, tampoco vió el papel en el que decía 'Poli + 100', se lo contó Ana Sandoval, entonces pues, cuál es el valor probatorio de la declaración de Cozodoy en contra de nuestro defendido? Creemos que ninguno, puesto que no solo incurre en*

contradicciones con otros empleados que declararon en el juicio, sino que también incurre en contradicciones con sus propias declaraciones anteriores".

2.b. Mecánica del pacto espurio.

Apuntan que *"...ni siquiera el Tribunal ha podido coincidir en su sentencia la cantidad de dinero que haya sido entregado por Raúl Villarreal".*

En dicha inteligencia aclaran que *"...en un principio el Tribunal afirma que Raúl Villarreal pagó al comisario, por las fechas 28 y 29 de diciembre, la suma de $600..."* para luego sostener que *"El acuerdo tuvo por objeto que Díaz omitiera funcionalmente a cambio de una suma de dinero, que afirmamos fue al menos de setecientos pesos ($ 700)..."*.

2.c. Folleto Rockmañon.

Con relación a la anotación obrante en el *"...papel de Rockmañon..."* refieren que en ella no se lee *"POLI + 100"* como se pretende en la sentencia sino *"POLI 100 y una cruz..."*.

En punto al significado de "POLI" expresan que ya han dado las distintas posibilidades que explican dicho término, desvinculadas de la Policía Federal.

2.d. Declaración indagatoria y agenda de Diego Marcelo Argañaraz.

En lo atinente a la declaración de Argañaraz, afirman que *"...la palabra de Argañaraz, quien declara como co procesado, no obligado a decir la verdad, en nada aporta para dar cierre a la versión de Cozodoy"* y que *"ni una, ni otra, generan el estado de certeza necesario para fundar una sentencia condenatoria en contra de nuestro pupilo, ya que existe, sumando ambos, un margen de duda razonable, como para que el resultado sea la absolución de Raúl Villarreal".*

Con relación a la agenda de Argañaraz la defensa señala que *"...el mismo Tribunal da por tierra el valor probatorio de la misma, ya que está poniendo en crisis el valor de aquéllas, por ejemplo, la falta de fechas ciertas en las anotaciones, todas circunstancias que competen a la defensa de Argañaraz, por lo que esta defensa no entrará en ese terreno, sino para señalar la incongruencia, por parte de V.E., de tomar como prueba en contra de nuestro pupilo, anotaciones existentes en la agenda de un co-imputado, sin datar, y las explicaciones que éste da de las mismas*

en su declaración indagatoria, cuando declara sin juramento de decir verdad".

2.e. Actuación policial.

Respecto al corte del tránsito de la calle Bartolomé Mitre, los impugnantes indican que varios testigos refirieron que la arteria mencionada no estaba cortada y que recibían ayuda del personal de seguridad para cruzar la calle, atento que hacían fila en la vereda de enfrente.

A su vez, refieren que el Subinspector Matías Ariel Carmody, a cargo del pelotón 32 del Cuerpo de Policía Montada, se presentó el día del hecho en la seccional 7ma. y que en esa oportunidad Díaz le explicó que debía realizar tareas de prevención en la intersección de la calle Ecuador con Bartolomé Mitre, porque había un recital en un boliche.

En torno a ello, destacan que *"...en ningún momento el Subinspector Carmody aclaró si Díaz le sugirió al menos que ante cualquier eventual contravención en el local de República Cromañon debía omitirlas"*.

En base a ello, sostienen que el pago de *"...un plus por el corte de calle tampoco se encuentra probado, sino todo lo contrario, se probó, durante la audiencia de debate que no se cortó la calle el día 30 de diciembre del 2004"*.

3. Tratamiento desigual entre las partes. Raúl Villarreal y Miguel Ángel Belay.

Por otra parte, los defensores señalan que la sentencia impugnada vulnera las garantías constitucionales de su defendido, previstas en los artículos 16 y 18 de la Constitución Nacional al interpretar la prueba del folleto de "Rockmañon" respecto a la situación del Comisario Belay.

Afirman que *"...existe una real desigualdad ante la ley, en la forma en que la interpretación de un folleto, lo es para Belay y para nuestro pupilo. La falta de fecha cierta, no da 'absoluta certeza' en el caso de Belay, por lo que se lo absuelve. En cambio, en el caso de nuestro defendido, la falta de fecha cierta, tanto en el folleto como en las anotaciones en la agenda de Argañaraz, necesariamente tienen que confluir en una fecha, para que V.E. pueda 'probar' lo improbable, la participación de Villarreal en el cohecho activo, en carácter de partícipe secundario, por el que se lo condena. Se extrapola una fecha, para*

de esta forma fundamentar una acusación, violándose con ello la garantía de legítima defensa en juicio de Raúl Villarreal".

4. No aplicación del principio "in dubio pro reo".

Consideran que no se encuentra claro que se hayan realizado los pagos atribuidos a Chabán ni "...*que Villarreal tuviera participación en los mismos...*" y que en el caso la calificación legal discernida se basa "...*en las declaraciones de Cozodoy y en lo que se encontró escrito en la agenda de Argañaraz, esto es en ninguna prueba directa dirigida a nuestro defendido, ya hemos analizado las declaraciones de Cozodoy, las contradicciones que surgen de las mismas y con las de otros empleados, lo que nos da la pauta de que se ha invertido el principio de In dubio pro Reo, la duda no existe y si existe es en contra del procesado*".

Señala que "...*la participación es un aporte doloso al injusto doloso de otro, con conocimiento y voluntad*" y que "*si una vez considerados los fundamentos de los acusadores y valoradas todas las probanzas vinculadas como lo exige la Corte Suprema (CS, LL, 1999-E-450), aún se duda de la argumentación efectuada, no puede menos que dudarse también de la utilizada por las acusaciones y, frente a ello, nos encontraríamos ante un escollo a esta altura insalvable: la posibilidad de superar la existencia de toda duda razonable*".

Con cita de Cafferata Nores, ('In dubio pro reo' y recurso de casación contra la sentencia condenatoria ¿cambió algo con los artículos 8.2.H de la convención americana sobre derechos humanos, 14.5 del pacto internacional de derechos civiles y políticos y 75 inciso 22 de la constitución nacional?, publicado en LL, 1999-F-544), expone que "...*lo esencial es que el juez que entienda en la causa... condene una vez que haya adquirido la certeza o convicción de responsabilidad penal y que, desde luego, descarte toda duda razonable de inocencia*".

Postula que en el caso, "...*no pudiéndose esquivar dicho obstáculo, el principio rector no puede ser otro que el del 'in dubio pro reo' (de raigambre constitucional por resultar la contracara del principio de inocencia, conforme lo entiende Cafferata Nores en la obra citada) razón por la cual, aunque por otra vía, se arribará a la misma conclusión: el acusado no debe responder tampoco por el cohecho activo en calidad de partícipe secundario*".

5. Sentencia arbitraria. Errónea aplicación de los principios de la sana crítica y la experiencia común.

Explican que *"...el razonar del Juez no debe ser arbitrario ni violar las máximas de la experiencia, y debe tener una congrua relación entre las premisas que establece y la conclusión que arriba. Y debe expresar su pensamiento, consignando por escrito las razones que lo condujeron a la decisión. Esta exigencia es inevitable para que el control de logicidad del fallo sea posible" (sic).*

Concluye que de conformidad a los principios expuestos, es motivo de casación la valoración que el Tribunal hace de la conducta de su pupilo, *"...conforme la valoración de las declaraciones de Viviana Cozodoy, sin tener en cuenta las contradicciones que surgen de dichas declaraciones y las de Díaz, más las de Albornoz, así como también y principalmente de lo declarado por nuestro defendido, y se tienen presente lo escrito en una agenda que no es la de nuestro defendido, y de la que no se puede, como lo hace el Tribunal, pretender 'encajar' lo escrito en la agenda con el presunto accionar de Villarreal, como única razón y no suficiente, -a criterio de esta defensa- para avalar una sentencia condenatoria".*

Resalta que la sentencia se apoya *"...en antecedentes inexactos y alterados, siendo entonces que la interpretación arbitraria de la fuente de convencimiento, conduce a falsa motivación de la sentencia, ya que en el presente caso se extrae un cargo delictuoso de una manifestación testimonial que debe ser estudiada con criterio restrictivo".*

Indican que el fallo recurrido se encuentra *"...alejado de las normas de la lógica y no ha demostrado el nexo racional de cada una de las enunciaciones realizadas, al dejar de lado el análisis de las cuestiones solicitadas por esta defensa, sin motivación lógica alguna, y al no haber contemplado la situación de nuestro pupilo, quien como ya se ha dejado expresado, no es el autor de los hechos que se le enrostran".*

Alegan que *"...el fallo carece de una debida fundamentación, no existe nexo entre las conclusiones arribadas y los elementos de la causa. Se violó el principio de razón suficiente; existió una fundamentación aparente y no se respetaron los principios de inocencia y culpabilidad".*

En base a lo reseñado, solicita que el Tribunal efectúe una nueva valoración de los hechos y de las pruebas, a efectos de garantizar la legítima defensa en juicio de su asistido.

6. Formula reserva del caso federal.

K. La defensa de Fabiana Gabriela Fiszbin.

En la presentación obrante a fs. 67962/68151, la parte interpone recurso de casación contra la sentencia.

1. Introducción a los agravios.

El recurso se intenta tanto por la errónea aplicación de la ley penal sustantiva, como por la arbitrariedad de la sentencia en la valoración de los hechos y las pruebas, es decir, en base a ambos incisos del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

Señalan que *"...al no valorar la totalidad de la prueba de autos, -determinante o no de la responsabilidad endilgada-, el Juzgador se ha pronunciado con ARBITRARIEDAD"*.

Por tanto, alegan que *"...se ha violado lo dispuesto por los artículos 123 y 404, inciso 2o. del Código de Rito, en cuanto exigen, bajo pena de nulidad, que las sentencias sean fundadas y* ***constituyan una derivación razonada del derecho vigente, por lo que el Fallo en cuestión deriva en arbitrario***".

2. Nulidades de los alegatos de los acusadores y de la réplica del Dr. López Santos.

En este punto, comienzan diciendo que *"...esta defensa, en oportunidad de efectuar el Alegato, planteó las nulidades de las acusaciones de los querellantes y la del Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, por* ***falta de PRECISION*** *de los presuntos hechos que se le reprochaban a nuestra defendida, como así también la Nulidad de la Réplica del Dr. López Santos"*.

Expresan que *"...los acusadores, debieron mencionar detalladamente cuál es el hecho o acontecimiento histórico que se le atribuye al imputado, con todas las circunstancias jurídicamente relevantes, y no hacerle conocer tan solo el tipo penal que se presume infringido"*.

En esa dirección, exponen que *"...en la acusación, además de subsumirse un hecho en una figura penal,* ***ESE HECHO presuntamente ATRIBUIDO a UN ACUSADO, DEBE SER CLARO, PRECISO, CIRCUNSTANCIADO, ESPECIFICO, INTEGRAL Y OPORTUNO, debe CIRCUNSCRIBIR CUANDO Y COMO SE REALIZÓ LA HIPOTETICA ACCION U***

***OMISION QUE SE REPROCHA*".**

Y señalan que "**...*ello, no ha sucedido en esta causa, ésta defensa NO ESCUCHÓ A NINGUNO DE LOS ACUSADORES, que hayan efectuado una verdadera DESCRIPCION Y DELIMITACION DEL HIPOTETICO HECHO que se reprochara a nuestra defendida***" (sic).

Asimismo, se agravian porque para el Tribunal *a quo* "**...***la mera calificación legal y la enunciación del monto de la pena es más que suficiente para cumplir con la alegación que dispone el Art. 393 del Código Procesal Penal de la Nación*".

Aluden pues a violaciones al derecho de defensa en juicio y al debido proceso.

3. Arbitrariedad en la valoración de la prueba y de las normas que rigen la actividad administrativa.

3.a. Omisión de valorar prueba de descargo relativa a la actividad de la Licenciada Fiszbin sobre los locales de baile.

En particular, se agravian por la omisión de ponderar el contenido de la declaración indagatoria de Fabiana Fizbin, como, asimismo, de la efectiva tarea que desarrolló.

Refieren, que también el fallo ignoró "**...*los innumerables testimonios que han acreditado las tareas desarrolladas por FABIANA FISZBIN durante su gestión como Subsecretaria de Control Comunal del GCBA, EN RELACION A LOS LOCALES DE BAILE***".

Para fundar el planteo de arbitrariedad en la valoración de la prueba, vinculado concretamente a la actividad desarrollada por su defendida, los recurrentes realizan un extenso análisis de la prueba producida durante el debate.

3.a.1. Las verdaderas funciones de la Subsecretaría de Control Comunal.

Señalan que su defendida "**...***en el marco de la función que desempeñó como Subsecretaria de Control Comunal, tenía **muchísimos objetivos**... asignados por el Jefe de Gobierno, **NO PUDIENDO, NI FABIANA FISZBIN, NI NINGUN FUNCIONARIO, EJERCER OTRAS COMPETENCIAS QUE LAS EXPRESAMENTE ASIGNADAS***".

Alegan, a su vez, que "**...*estaban a cargo de la Subsecretaria de Control Comunal 5 DIRECCIONES,* a varias de las cuales se les estableció Función Crítica Alta*", describiendo las tareas que tenía a cargo.

Por tanto, expresan que "**...***en la Subsecretaría de Control Comunal, **NO SE TRAMITABAN ACTUACIONES, siendo que las actuaciones***

que ingresaban se derivaban a las DIRECCIONES correspondientes según la temática". Exponen que entonces *"...en la Subsecretaría de Control Comunal, si bien podían ingresar* ***denuncias vecinales****, las mismas eran giradas a su correspondiente Dirección"*.

Manifiestan que *"...en consecuencia, la Subsecretaría,* ***NO TENIA INSPECTORES y NINGUN PERSONAL DE allí TENIA PODER DE POLICIA***. *Lo que había era una 'coordinación' ya que en algunos operativos se requería de otros Organismos para organizar operativos"*.

En apoyo a todas sus afirmacioens aluden a los testimonios de Carmen Prusak, Romina Duer, Brizuela y Velazco.

Resaltan que entonces su defendida *"****NO DETENTABA*** *-directamente-* ***EL CONTROL SOBRE LAS INSPECCIONES PRODUCIDAS EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES***", extremo que *"quedó demostrado a través de los testimonios de decenas de empleados y funcionarios de la administración pública de la Ciudad, quienes al ser interrogados respecto de quién o de quiénes recibían las órdenes de trabajo,* ***TODOS, SIN EXCEPCION ALGUNA, respondieron que 'del Coordinador o del Director General'***".

Indican que *"...se ha probado además, que ni los Coordinadores ni los Directores Generales eran designados por la Subsecretaria (sino por el Secretario)"*, como así tampoco los inspectores.

3.a.2. Los operativos en la vía pública.

En otro orden, y en lo inherente a la organización de los operativos en la vía pública, manifiestan que "*...la Subsecretaria FABIANA FISZBIN participaba en las reuniones a fin de* ***coordinar*** *las tareas entre los distintos Organismos*".

Resaltan las manifestaciones del Fiscal General Adjunto Luis Cevasco, como así también los testimonios del Dr. Oscar Lucangioli (ex Director de la Dirección General de Fiscalización y Control) y Miguel Ángel Figueroa (Director de Habilitaciones y Permisos).

Aluden asimismo a la prueba documental obrante a fs. 19532/55 como así también a las declaraciones indagatorias de Loupias y Ucar incorporadas por lectura, siempre en lo inherente a la modalidad de las reuniones de los días lunes.

3.a.3. Los escasos recursos humanos. La cantidad de inspectores.

Al respecto, manifiestan que "***La Unión Polivalente de Inspecciones era la que tenía la menor cantidad de inspectores***".

Tras aclarar que el pase a disponibilidad de una gran cantidad de inspectores no fue idea de Fabiana Fiszbin sino del Jefe de Gobierno, detallan que "...*al 1º de enero del 2004: había un poco más de 30 inspectores, de los cuales, sólo 12 inspectores contaban con credencial que los habilitaban a actuar en los comercios*". Aluden a la prueba documental nro. 47 y aquella obrante a fs. 53711 (esta última en cuanto a la imposibilidad que tenían los inspectores de inspeccionar hasta que se les asignó poder de policía).

Refieren que "...*lo cierto es que había más de 70.000 establecimientos de actividades críticas para controlar, que no sólo eran locales de baile clase 'C'*", y aclara que "...***sin perjuicio de ello, SE HICIERON MUCHAS INSPECCIONES EN LOCALES DE BAILE DURANTE EL PERIODO DEL AÑO 2004***".

Afirman que, a pesar de las cuestiones inherentes a la escasez de personal con el que contaba la UPI y las funciones que desempeñaban, "***TODOS los testigos INSPECTORES, SIN EXCEPCION, HAN MENCIONADO: QUE HACIAN INSPECCIONES A LOCALES DE BAILE, QUE DICHAS INSPECCIONES ERAN INTEGRALES, QUE SE CONTROLABA EL CERTIFICADO DE BOMBEROS, EL SISTEMA DE MATAFUEGOS, ETC.***" (sic).

Aluden a la declaración de Daniel Vázquez acerca de la exigencia del certificado de bomberos a partir de principios del año 2004 por decisión del GCBA; resaltan lo dicho por el imputado absuelto Gustavo Torres, en ocasión de prestar declaración indagatoria.

En esa línea, transcriben parte de las manifestaciones de los testigos que se desempeñaron como inspectores, entre ellos, Carlos Heraldo López, José Alanis, Amelia Lucía de Marco, Mario Mazzilli y Leopoldo Rosn, quienes dieron cuenta de las inspecciones a locales de baile, del control del certificado de bomberos y de las clausuras que se efectuaban.

Sostienen que la directiva de clausurar si el certificado de bomberos no estaba vigente "...***se había dispuesto por exclusiva orden de la Licenciada Fiszbin***".

3.a.4. Los escasos recursos materiales. El presupuesto.

Relacionado con la actividad inspectiva, los recurrentes ponen de relieve el escaso presupuesto con que contaba ésta área

en el año 2004.

Al respecto, señalan que "...*explicó la Licenciada FISZBIN que, el* ***PRESUPUESTO*** *con el que contaba la UPI para el ejercicio 2004 (ASIGNADO EN EL 2003),* ***era de $ 393.000 para todo el año****, de manera que no se tuvo en cuenta a la hora de su aprobación,* ***con qué personal y recursos llegar a los más de 250.000 comercios habilitados*** *y lo que es vía pública, venta ambulante y publicidad que también verificaba esa dirección*".

Agregan que "...*la Licenciada FABIANA FISZBIN* ***solicitó, y RECLAMO ese presupuesto****, lográndose llevar el presupuesto a $2.300.000 durante del 2004 para poder tomar personal, pagar los sueldos, comprar computadoras actualizadas, cámaras digitales, cuenta ganados, etc.*".

Continúan diciendo que la Legislatura "***HACIA CASO OMISO DEL TEMA PRESUPUESTARIO***" y que "...*ya para el año 2005,* ***CASUALMENTE*** *sí se planificó el presupuesto necesario para esa Dirección Gral. Solicitando a la Secretaria de Hacienda, aproximadamente $5.000.000. Es decir,* ***el doble de lo utilizado en el año 2004***" (sic).

3.a.5. Corolario de la relación entre las actividades cumplidas y los recursos del área.

Expresan que "...*el control de los locales de baile en el horario nocturno estaba dentro de la planificación que tenia la UPI desde el comienzo y* ***sé venia efectuando sistemáticamente todos los fines de semana, Y AUN ANTES DE LA SOLICITUD ENVIADA POR EL DEFENSOR ADJUNTO DEL PUEBLO ATILIO ALIMENA A LA LICENCIADA FISZBIN***".

Hacen referencia a las pruebas 15, 37 y 228, y dicen que respecto de locales de baile "...***se contabiliza un total de 230 inspecciones, 666 actas labradas y 79 clausuras***" y en el mes de diciembre de 2004, en realción a todos los demás rubros ***"se contabilizan 145 inspecciones nocturnas, con 32 clausuras y 292 actas labradas***".

Y tras describir tales probanzas documentales, se agravian concretamente pues "...*no entiende esta defensa de dónde surgiría un incumplimiento por parte de la Licenciada Fiszbin*".

3.b. Inexistencia de norma que obligara a concurrir a los locales de baile al vencimiento del certificado de bomberos. Autoridad encargada de otorgar la reválida de dicho instrumento.

Control efectivo de los certificados.

Yendo a la cuestión inherente al certificado de bomberos, los recurrentes se agravian porque no existía ninguna norma que obligara a inspeccionar un local al vencimiento de dicho certificado.

En esta dirección, indican que el testigo Jorge Luis Perez puntualizó respecto del certificado de bomberos que "***LA REVALIDA, LE COMPETE A LA SUPERINTENDENCIA DE BOMBEROS***".

Explican los alcances de la ordenanza 50250 y la modificatoria introducida por la número 50848 que reforma el regimen de penalidades.

Resaltan que en ocasión de deponer en indagatoria, su defendida analizó que "*...conforme surge de las reglamentaciones,* ***el certificado expedido por la Superintendencia de Bomberos, nada tiene que ver con la habilitación del local bailable***".

En ese sentido, manifiestan que "*...la habilitación se otorga y continúa en el tiempo (luego de cumplimentado un arduo trámite administrativo con la intervención de profesionales técnicos),* ***a diferencia del certificado de Bomberos que tiene que ser revalidado por el encargado del negocio (cada un año hasta la época de ocurrido el accidente, siendo que luego se modificó a tres meses)***" (sic).

Indican que "*...también se cuenta en autos con el Dictamen de la Procuradora General del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, dictamen al que hizo referencia la Licenciada Fabiana Fiszbin al momento de prestar declaración indagatoria, y que ha sido incorporado por lectura, en el cual,* ***la misma Procuración ADMITE LA POSIBILIDAD DE NO SANCIONAR, DE NO CLAUSURAR, ante el incumplimiento de la Ord. 50.250***".

En este caso los recurrentes aclaran que se refieren al dictamen 26073/04 obrante a fs. 16527/8 efectuado por la Procuradora Rita Tanuz, que recomendaba formular una intimación.

Agregan que "*...a mayor abundamiento, el vencimiento del Certificado de Bomberos, nunca había sido catalogado normativamente,* ***como alarma*** *que exigiera una inspección por parte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*" (sic).

Refieren que "*...****después de una inspección, el uso y el cumplimiento de las normas quedan bajo la exclusiva responsabilidad de los propietarios o administradores del local***".

3.c. Arbitrariedad en la relevancia jurídica otorgada a la Actuación 631 de la Defensoría del Pueblo.

3.c.1. La actividad cumplida.

Al respecto, comienzan diciendo los recurrentes que "...*a partir de la Actuación Nº 631/04 del Defensor del Pueblo Atilio Alimena, y en cuanto a la falta de cumplimiento de la Ordenanza 50.250 en los locales de baile 'Clase C', explicó nuestra defendida* ***que se enviaron alrededor de ciento sesenta intimaciones a los locales que figuraban en el padrón***".

Señalan que por tanto "...***la falta de personal, hizo que se tomara en cuenta el DICTAMEN Nº 2607/04 DE LA PROCURACION GENERAL DE LA CIUDAD PARA FUNDAR LAS INTIMACIONES QUE LA UPI HICIERA PARA TODOS LOS LOCALES DE BAILE***".

Afirman entonces que "***JAMAS LA LICENCIADA FISZBIN HIZO CASO OMISO DEL TEMA***" (sic).

Sobre el punto, resumen la actuación de su asistida, indicando que: "* ***SE SOLICITARON LOS LISTADOS QUE BOMBEROS LE HABIA ENVIADO AL DEFENSOR DEL PUEBLO PARA TRABAJAR CON ELLOS EN INSPECCIONES E INTIMACIONES***. *SE SOLICITO A TODAS LAS COMISARIAS QUE DENUNCIARAN LOS LOCALES DE SU ZONAS EN LOS QUE SE BAILARA CON EL MISMO OBJETIVO.*SE REALIZO UN RELEVAMIENTO DEL PADRON DE HABILITACIONES PARA CONTAR CON LOS DATOS ACTUALIZADOS DE LOS LOCALES QUE SEGUIAN FUNCIONANDO CON EL RUBRO LOCAL DE BAILE*" (sic).

Por tanto, concluyen que, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal a quo, no existió "***NINGUNA OMISION NI INCUMPLIMIENTO***".

3.c.2. Valoración arbitraria de los testimonios de Carmen Prusak, Antonio Fernández y Atilio Alimena.

Siempre relacionado con la actuación 631, destacan que "...*la testigo* ***DRA. CARMEN PRUSAK****, explicó que en la reunión que mantuvieron con el Defensor Adjunto del Pueblo ALIMENA, se había hablado de los padrones desactualizados. Después de esa conversación, la Licenciada FABIANA FISZBIN solicitó a la Dirección de Habilitaciones que se depurara ese padrón*".

Asimismo, remarcan que "...*hemos escuchado al Defensor Adjunto del Pueblo, decir también que: con la recomendación que hiciera la Defensoría del Pueblo* ***CON ANTERIORIDAD*** *(Resolución 2022),* ***NO SE HIZO NADA AL RESPECTO!!!***" (sic); y aclaran que antes

de la fecha de esa resolución "***Fiszbin no detentaba el cargo de Subsecretaria de Control Comunal***".

Señalan que de todos modos "*el Defensor Adjunto del Pueblo, en su declaración testimonial prestada en el debate,* ***PONDERÓ LA LABOR EFECTUADA POR LA SUBSECRETARIA DE CONTROL COMUNAL AL RESPECTO***".

También vinculado con las labores de su asistida, refieren que "*...****el testigo ANTONIO FERNANDEZ, a la sazón asesor del Arquitecto ALIMENA, explicó en su declaración, que mantuvo varias conversaciones telefónicas con una asesora de FISZBIN, CARMEN PRUSAK, con quien se pusieron en campaña para trabajar sobre el tema***".

Incluso resaltan que este testigo dijo en la audiencia que "*...lo que sí vi es que la estructura de Control Comunal había tenido una reestructuración muy importante...*".

Expresan que "***ELLO FUE 'PASADO POR ALTO' POR LOS SRES. JUECES SENTENCIANTES EN EL FALLO DE ANALISIS***".

A su vez, indican los recurrentes que "*...contemporáneamente a las intimaciones efectuadas por la UPI,* ***se implementó un relevamiento de los locales de baile que figuraban en el padrón histórico de*** *la Dirección General de Habilitaciones y Permisos a fin de determinar qué locales se encontraban actualmente funcionando con dicha habilitación*".

Explican que "*...dicho relevamiento fue encomendado al cuerpo de Emergencia de la Vía Publica (CEVIP), dependiente de la Subsecretaria de Seguridad*".

Destacan que "***HEMOS ESCUCHADO EN ESTE DEBATE AL PROPIO DEFENSOR ADJUNTO Arquitecto ALIMENA DECLARAR QUE 'LA LICENCIADA FISZBIN SE OCUPO DEL TEMA'; 'QUE FUE EL GOBIERNO QUE MÁS RÁPIDO EFECTUÓ LA GESTION' (...); 'Que EL PROCEDIMIENTO DE INTIMACION A LOS LOCALES BAILABLES QUE ORDENO LA SUBSECRETARIA DE CONTROL COMUNAL ESTA DENTRO DE LAS FUNCIONES NORMATIVAS QUE SE DEBEN HACER'***" (sic).

Agregan que Alimena también manifestó textualmente que ***"ESTA BIEN LO QUE HIZO FABIANA FISZBIN..."***; y que ***"SIN DUDA, la Licenciada Fiszbin DEMOSTRO TENER INTERES EN LA PROBLEMÁTICA DE LOS LOCALES DE BAILE"*** (sic).

Asimismo, refieren que si bien "*...el Arquitecto Alimena dijo que, la reacción funcional para él no era del todo*

suficiente, también ***DIJO y RECONOCIO QUE LO QUE ELLOS PEDIAN, EXCEDIA LA CAPACIDAD DE DECISION DE ESA FUNCIONARIA***".

Y añaden los recurrentes que este testigo, incluso reconoció, "*...a preguntas de ésta defensa,* ***que LA LABOR DE FABIANA FISZBIN HABIA SIDO 1.000 POR CIENTO MEJOR****, que la de sus antecesores*".

Asimismo, los recurrentes hacen mención a la nota del Diario Clarín de fecha 27 de julio de 2004 realizada al Defensor Adjunto Atilio Alimena, de la cual surge que el nombrado habría avalado los operativos que se estaban realizando, como así también que habría afirmado que "*...si esta política se mantiene en el tiempo será exitosa*".

Y señalan que "*...en definitiva,* ***la Subsecretaria de Control Comunal HIZO absolutamente todo lo que estaba a su alcance***" (sic).

Apuntan que esta afirmación fue corroborada por la testigo Carmen Prusak, cuando en el juicio declaró que ***"Más allá de la nota, en forma inmediata le requirió FABIANA FISZBIN a la Directora que era ANA MARIA FERNANDEZ, que empezara a trabajar sobre las intimaciones a los locales de baile"***.

Por tanto, se agravian al decir que "*NINGUNA DE LAS TESTIMONIALES ESCUCHADAS EN ESTE DEBATE,* ***NI SIQUIERA LA DEL PROPIO ATILIO ALIMENA****, FUERON TENIDAS EN CUENTA POR LOS SENTENCIANTES, EN CUANTO A LA TAREA DESARROLLADA POR LA LICENCIADA FABIANA FISZBIN DURANTE SU GESTION EN EL GOBIERNO*" (sic).

Agregan que si Fiszbin hubiera clausurado todos los locales hubiera vulnerado la ley.

3.c.3. Naturaleza jurídica de la Actuación 631. La omisión de ponderar las manifestaciones del testigo Tomás Hutchinson.

En otra dirección, aunque siempre relacionado con la Actuación 631, los recurrentes hacen referencia a los dichos del especialista en derecho administrativo Tomas Hutchinson, quien calificó al pedido del Defensor Adjunto como bastante "*vago*".

Cabe destacar que en este punto los recurrentes se agravian concretamente del párrafo de la sentencia que afirma que la Actuación 631/04 de la Defensoría del Pueblo constituyó una categórica denuncia.

En esa dirección, expresan que "*...los Sentenciantes efectúan deducciones que no sabemos de dónde surgen, DE QUÉ*

ELEMENTOS PROBATORIOS APARECEN, ya que, que la Actuación 631 haya 'constituido una categórica denuncia', es 'pura' apreciación de los Magistrados" (sic).

3.c.4. Sobre las intimaciones a los locales de baile.

En otro pasaje del recurso, aunque siempre relacionados con la actuación 631, los recurrentes se alzan contra el considerando del fallo que alude a que luego de cursadas las intimaciones, éstas fueron reservadas en una caja azul para nunca más volver a ser compulsadas.

Indican que tales afirmaciones se tratan de *"meras suposiciones"* pues ***"LA LICENCIADA FISZBIN NO SABIA QUE DICHAS INTIMACIONES QUEDARIAN RESERVADAS EN UNA CAJA AZUL, ROJA, o COLORIDA"*** y porque *"TAL COMO LO EXPLICARA EN SU INDAGATORIA**, no podía clausurar de un día para el otro LA TOTALIDAD DE LOS LOCALES DE BAILE"*** (sic).

Destacan que ***"TODOS LOS TESTIMONIOS HAN COINCIDIDO EN QUE LOS LOCALES DE BAILE SE INSPECCIONABAN Y ERAN PRIORIDAD"*** (sic).

También relacionado con la Actuación 631, los recurrentes resaltan que cursar las intimaciones *"...era el mecanismo más rápido con el fin de acceder y llegar a todos los locales de baile"* y que *"...se estaba trabajando a fin de actualizar el padrón de habilitaciones"*.

Asimismo, analizan los resultados de las intimaciones de varios de los locales mencionados en la sentencia; ello con el objeto de cuestionar el reproche trasladado a Fabiana Fiszbin por *"...haber intimado sólo a 164 en vez de 177 locales que figuran en la lista"*.

Se agravian cuando la sentencia afirma que las respuestas de las intimaciones se guardaban en una caja color azul y alegan que ***"...FABIANA FISZBIN JAMAS GUARDO NADA, NI EN CAJA AZUL O DE OTRO COLOR"*** (sic).

Indican que *"POR EL CONTRARIO, la Subsecretaria de Control Comunal, había dado la orden a fin de que las mismas fuesen tramitadas de la manera correspondiente"* (sic).

Siempre en referencia a la sentencia, agregan que tampoco puede decirse que a partir de la noticia de Alimena se dio a los inspectores ninguna directiva clara respecto a la exigencia del certificado de bomberos vigente puesto *que* ***"TODOS ABSOLUTAMENTE TODOS LOS TESTIGOS HAN SIDO CONTESTES EN MENCIONAR QUE EN TODAS***

LAS INSPECCIONES SE VERIFICABA EL CERTIFICADO DE BOMBEROS Y EN EL CASO QUE ESTUVIERA VENCIDO LA DIRECTIVA ERA DE CLAUSURAR”.

Continuando con el análisis de las arbitrariedades invocadas, se alzan contra el párrafo de la sentencia que sostiene que: *“...la circunstancia de que se haya concretado la inspección de varios de estos comercios, obedeció a circunstancias totalmente fortuitas y no a un plan diseñado para neutralizar los peligros que se anunciaban en la Actuación 631 de la Defensoría del Pueblo”.*

En tal sentido, los recurrentes se preguntan de donde surge esta afirmación y dicen que ello no se sabe porque en realidad “***SE ESTABA TRABAJANDO EN TEMAS DE INSPECCIONES A LOS LOCALES DE BAILE Y DESDE MUCHO ANTES DEL ANUNCIO DE ALIMENA”.***

En la misma línea, continúan criticando la sentencia, al expresar que *“...no se entiende por qué y bajo qué fundamentos refieren: ‘...amén de no responder a ningún criterio de razonabilidad la selección de los objetivos...’”.*

Sobre el punto, destacan los recurrentes que “***...la selección de los objetivos*** [a inspeccionar] ***también se efectuaba (además de seguirse con el listado que enviara el Defensor Adjunto del Pueblo) sobre la base de las constantes denuncias que se recibían en el área de control de locales”.***

También relacionado con la selección de objetivos, exponen que *“...sobre la base de los cuestionamiento realizados por los Sentenciantes respecto de los horarios en que se hicieran las inspecciones a locales de baile, cabe aclarar que, sin perjuicio de que* ***FABIANA FISZBIN NO ERA QUIEN ORGANIZABA LOS HORARIOS****, las mismas se hacían en HORARIOS NOCTURNOS.* ***TAL COMO LO SEÑALARON LOS TESTIGOS INSPECTORES DEL GCBA”*** (sic).

Concluyen indicando *que “...en definitiva, no se entiende entonces cuál sería para los Sres. Magistrados el ‘criterio razonable’ para la selección de los lugares a inspeccionar”.*

3.d. Omisión de valorar otros temas conflictivos del ejido de la Ciudad.

Asimismo, los recurrentes se agravian porque la actuación 631 era un tema a tratar como tantos otros que llegaban a la Subsecretaría.

Expresan que *“...a modo de ejemplo explicó nuestra defendida durante su declaración que, una de las políticas que*

debió afrontar asimismo durante su gestión en el GCBA fue, la medida de ***REDUCIR EL ALCANCE DE ALCOHOL A MENORES DE EDAD****, el evitar el ingreso de menores a los locales de baile*"**.**

A su vez, resaltan que "**...***para el período previo a las fiestas de fin de año, Navidad y Año Nuevo,* ***se organizó un operativo denominado 'pirotecnia'****, en el cual los inspectores debían recorrer 1200 cuadras, ubicadas en las principales avenidas porteñas, para fiscalizar la venta de pirotecnia, tanto en comercios como en venta ambulante, en coordinación con la Guardia de Auxilio y Policía Federal*"**.**

Y se agravian al decir que "**...*****la realidad es que, todo ello constituía importantísimas actividades de prevención de riesgos, aunque los Sentenciantes 'OPINEN LO CONTRARIO'***" (sic)**.**

Afirman que "**...***en consecuencia, de todo lo expuesto y escuchado durante este arduo debate, se desprende claramente que,* ***de ninguna manera FABIANA FISZBIN desde el rol que desempeñaba, podía estar pendiente de UN ESTABLECIMIENTO EN PARTICULAR*****...".**

En otro tramo del escrito de impugnación, aunque también relacionado con los otros ejes de conflictivos de la Ciudad de Buenos Aires, los recurrentes se alzan contra la sentencia cuando ésta afirma que no se podía continuar argumentando que existieran otras prioridades como la venta de alcohol en kioscos o lo relativo a la publicidad en la vía pública en tanto esas actividades no se pueden comparar con la de locales de baile por el riesgo que comporta esta última.

En tal sentido, se agravian al decir que "**...***nuevamente incurren los Sentenciantes en 'meras suposiciones',* ***SIENDO QUE NO SE EXPLICA DE DÓNDE SURGE QUE POCAS ERAN LAS ACTIVIDADES DEL Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires QUE IMPLICABAN ALTOS RIESGOS***" (sic)**.**

3.e. La situación del local "República Cromañon".

3.e.1. El desconocimiento del lugar por Fabiana Fiszbin.

Con relación a este agravio, los recurrentes comienzan diciendo que "**...***el local de baile ´República Cromagnon´,* ***NO ESTABA EN CONOCIMIENTO DE LA LICENCIADA FISZBIN***" (sic)**.**

Aduce que Fiszbin "***TAMPOCO CONOCIA LA REVISTA ´LLEGAS A BUENOS AIRES´****, la cual publicara el espectáculo del día 30 de diciembre*"**.**

Sobre este último, expresan que "**...***hemos escuchado el*

relato del responsable editor de dicha revista, el Sr. PABLO DE BIASE, y ***podemos observar que no era una revista que pertenecía al GCBA****...*" (sic).

A su vez, indican que si bien su asistida leía el diario "Clarín", "*...****no estaba en Buenos Aires a la fecha en que fueron publicitados los avisos del recital de rock en cuestión, ya que, como expuso, FABIANA FISZBIN partió a Brasil el día 23 de diciembre de 2004***".

3.e.2. La actividad inspectiva realizada.

Yendo concretamente a las actividades inspectivas realizadas sobre el local "República Cromañón", los recurrentes resaltan que su defendida oportunamente explicó que "*...en el año 2003 se había verificado la regularidad del local* ***SIN HABERSE HECHO NINGUN TIPO DE OBSERVACIÓN, NI DEL SISTEMA DE PREVENCION DE INCENDIO, NI DEL TEMA DE LA HABILITACIÓN OTORGADA EN EL AÑO 1997***".

En esa dirección detallan las inspecciones apuntadas por Fabiana Fiszbin en su indagatoria.

Señalan los recurrentes que además "*...se había producido una nueva concurrencia al local, a los fines de ser verificado y controlado, en el mes de marzo de 2004,* ***siendo que el local en dicho período se encontraba cerrado***".

Asimismo indican que "*...mientras ejercía su función nuestra asistida FISZBIN, se efectuó (en el mes de mayo de 2004) un control administrativo: esto es, una intimación para que se presentara la documentación en regla, la que fue recibida por el empleado del lugar, Mario Díaz, habiendo sido contestada en fecha 10 de junio de 2004, por el representante del local, Raúl Lorenzo, donde acompaña plancheta de habilitación, certificado de inspección final de Bomberos, carátulas, planos de habilitación de Bomberos, y entrega asimismo, una copia del certificado de bomberos con fecha 24 de noviembre de 2003,* ***VIGENTE A ESA FECHA***" (sic).

De esta manera, expresan que "*...cuando la Superintendencia de Bomberos se apersonó al local el día 20 de noviembre de 2004 a fin de efectuar la reválida de dicho certificado, a quien se le impidió su ingreso,* ***LO CIERTO ES QUE JAMAS NOTIFICO DE ELLO AL GCBA TAL COMO LO EXIGE EN FORMA OBLIGATORIA, EL ART. 4 DEL DECRETO 1936***" (sic).

Tras remarcar que es la Superintendencia de Bomberos a

quien compete la reválida del certificado, destacan que *"REPUBLICA DE CROMAGNON obtuvo en todas las OPORTUNIDADES la correspondiente renovación por parte de la autoridad mencionada"* (sic).

3.e.3. El ocultamiento de la Policía Federal Argentina.

En otro orden, sostienen que "**...*en este debate ha quedado demostrado que en el local bailable República de Cromañon, se cometieron una gran infinidad de CONTRAVENCIONES, y los funcionarios preventores que tenían a su cargo la prevención y seguridad de la zona de Once, nada hicieron al respecto***".

Y se agravian porque "***NADIE, NI LA POLICIA, INFORMO A LA LICENCIADA FISZBIN QUE EL LOCAL REPUBLICA CROMAGNON ERA UN LUGAR DE CONFLICTO***" (sic); ello pese a que "***NO HAY DUDA ALGUNA QUE SABIAN QUE ESE LOCAL ERA UN LUGAR DE CONFLICTO***, *conforme la cuantiosa prueba documental que obra incorporada por lectura en estas actuaciones*" (sic).

La defensa se pregunta, si no existió ocultamiento del local, "***¿porqué se condenaría por el delito de cohecho al Subcomisario DÍAZ?***".

Explican que "*cuando el Comisario de la Jurisdicción 7ma. enviara una solicitud de inspecciones en determinados locales de baile de la zona (entre ellos el local de Bartolomé Mitre 3060),* ***EL Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, EN FORMA INMEDIATA, DIO CUMPLIMIENTO A DICHA SOLICITUD***" (sic).

3.e.4 Inexistencia de denuncias.

Por otra parte, expresan que "**...*jamás hubo queja o denuncia alguna contra el local bailable 'República de Cromagnon'***, extremo que ratificó el Subcomisario Federico. Dicen que en la nota cursada a la UPI de fecha 10 de febrero de 2004 no se menciona a este local.

En el mismo sentido, señalan que "**...*de los funcionarios del GCBA, NADIE, ABSOLUTAMENTE NADIE, CONOCIA REPUBLICA CROMAGNON, ni a CHABÁN, NI a CALLEJEROS***" (sic). Aluden a las declaraciones de Silvina Giudici, Oscar Lucangioli, Mario Mazzilli, Luis Perez y Atilio Alimena. También hacen referencia al desconocimiento del lugar de parte de los inspectores.

Asimismo, hacen mención a las respuestas nro. 5 y 10 otorgadas por el Fiscal General Luis Cevasco, en cuanto a que la atención de los fiscales de la zona de "Once" pasaban por la venta ambulante y en menor medida por el juego clandestino, como así

también acerca del desconocimiento que tenía ese funcionario sobre la preocupación de la Defensoría del Pueblo en lo inherente a los locales de baile en el año 2004.

3.e.5. Sobre la vigencia del certificado de bomberos.

Por otra parte, aunque siempre relacionado con "República Cromañón", los recurrentes se agravian del pasaje de la sentencia que sostiene que resulta incomprensible la afirmación realizada por Fabiana Fiszbin en su indagatoria acerca de que el certificado de bomberos de "República Cromañón" no se encontraba vencido.

Detallan lo apuntado por su asistida para fundar la vigencia del certificado de bomberos a la fecha del hecho, lo que surgiría del listado obrante a fs. 14 de la Actuación 631.

Y se agravian concretamente al decir que *"no se entiende qué argumentos utilizan los Sres. Magistrados para considerar que dicho listado, '**se trata de un error**'"* (sic).

3.e.6. El control realizado en el año 2004. Contradicción.

También los recurrentes aluden a la contradicción en que incurriría la sentencia cuando, por un lado se afirma que "*...el control sobre el cumplimiento de las normas de prevención contra incendios no eran objetivo de los funcionarios*" y, por otro, *que "...durante el año 2004 en dos oportunidades se constituyeron inspectores en la zona de once con el fin de realizar operativos sobre locales de baile*" [entre ellos República Cromañón].

Al respecto, los defensores se agravian al preguntarse: *"¿se efectuaron o no inspecciones en 'República Cromagnon?'"* (sic).

Refieren que *"...las inspecciones FUERON DIRIGIDAS HACIA EL CUESTIONADO LOCAL DE BAILE (aunque no se encontraba abierto, al menos eso informó la Policía, según los testimonios de las personas que se encontraron presentes durante el operativo a los locales de baile de la zona de Once, Y EN HORARIO NOCTURNO)"* (sic).

3.f. La determinación de prioridades no constituye un incumplimiento de deberes.

En este punto, se alzan los recurrentes contra el párrafo de la sentencia que sostiene que "*...como el área de control trabajaba sobre la base de las denuncias recibidas, dejó de lado la básica tarea de analizar los avisos publicados en la sección*

espectáculos de los distintos periódicos que circulan por la ciudad, a efectos de determinar la actividad que realizaban los locales y confrontarlos con la información disponible en la dependencia...".

Al respecto, indican que tales afirmaciones resultan *"conjeturas"* que *"...no son más que un vano capricho del juzgador"*; ello así, porque no se comprende *"...de dónde surge que el área de control del GCBA, hubiera ignorado los avisos publicitarios"*.

Expresan que *"...sin perjuicio de ello (...) creemos (...) que priorizar las denuncias que ingresaban al GCBA, de ningún modo constituye un incumplimiento"* (sic).

Explican que *"...con la situación crítica que atravesaba el GCBA, se debían priorizar determinadas cosas (fueran denuncias u otras urgencias). **Pero de ningún modo significa ello que se hubieran 'dejado de lado' otras cuestiones**"*.

3.q. Imposibilidad de reprocharle a Fabiana Fiszbin el cambio de estructuras dentro del Gobierno de la Ciudad y la modificación operada en el sistema de inspecciones.

Con relación a ello, expresan que en el GCBA, los *"...cambios estructurales originaron la imposibilidad de efectuar inspecciones en cantidad"*; sin embargo, aducen que ello *"**NO FUE IDEA DE LA SUBSECRETARIA DE CONTROL COMUNAL**"*.

Señalan que *"...como se explicó y demostró durante el debate, a partir del año 2003, mediante el Decreto 2616/03, el GCBA introdujo modificaciones en el sistema de inspecciones rutinarias con la finalidad de evitar que los inspectores tuvieran relación con los lugares que debían ser inspeccionados y así eliminar la posibilidad que los agentes solicitaran sumas de dinero a los comerciantes ('Focazo de Corrupción')"*.

Resaltan que *"...**a pesar de este nuevo sistema de control NO IMPLEMENTADO POR FABIANA FISZBIN**, lo cierto es que, **las inspecciones a los locales de baile NUNCA FUERON SUSPENDIDAS A LO LARGO DEL PERIODO DEL AÑO 2004**"*.

También se agravian porque el *a quo consideró* que se debía adoptar una organización inteligente para la planificación de la tarea inspectiva.

Al respecto, refieren que *"...ello estaba permanentemente en ´cabeza´ de nuestra asistida, quien como ha sido demostrado,*

insistentemente solicitaba recursos a fin de poder cumplimentar con las tareas a su cargo y poder llevar una buena organización administrativa".

3.h. Desconocimiento de Fabiana Fiszbin del informe de Auditoría 10.

Los recurrentes se alzan contra el párrafo de la sentencia que sostiene que "*...el informe de auditoría n°10 importó un llamado de atención, atento que dio cuenta de la falta de planificación en las tareas que desarrollaba la UPI...*".

Con relación a ello, se agravian porque "*...dicho informe **JAMAS FUE RECIBIDO POR LA SUBSECRETARIA FISZBIN***" (sic).

Indican que "*ni siquiera el día de hoy, se ha podido implementar un sistema de selección eficaz para la cantidad de locales que detenta la Ciudad de Buenos Aires, tal como lo declararon varios de los testigos, funcionarios en la actualidad del GCBA (como el testigo José Galizia, entre otros)*" (sic).

3.i. Confusión de las funciones desarrolladas por Fabiana Fiszbin.

Asimismo, los recurrentes se agravian al sostener que "*...a poco que se analicen las funciones que estaban a cargo de la Licenciada FABIANA FISZBIN, deviene importante destacar **la confusión en que incurren los Sentenciantes***" (sic). Aclaran que se alzan concretamente contra el capítulo de la sentencia titulado "*El Control de la actividad de los locales de baile*".

Al respecto y contrariamente a lo afirmado por el Tribunal *a quo*, dicen que "*...**la actividad inspectiva DE NINGUN MODO ERA EJERCIDA EN FORMA DIRECTA POR LA SUBSECRETARIA DE CONTROL COMUNAL FABIANA FISZBIN***".

Por lo demás, reiteran los argumentos ensayados en el item 3.1.a de este resumen, donde vuelven a enumerar las que ellos consideran las verdaderas funciones de la Subsecretaría de Control Comunal.

3.j. Aplicación arbitraria de la normativa inherente a recitales en estadios a los locales de baile clase "C".

En este sentido, se alzan contra el pasaje de la sentencia que, con relación a la normativa que rige los locales bailables, afirma que un "*recital como única actividad ofrecida a los concurrentes de un establecimiento, no se encontraba comprendida en las actividades habilitadas para un local de baile clase 'C'*".

Al respecto, expresan los recurrentes que "***¿DE DÓNDE SURGE ESA INTERPRETACION? NO LO SABEMOS (...) Y CREEMOS QUE LOS SRES. JUECES, TAMPOCO LO SABEN…***" (sic).

Continúan agraviándose de la interpretación realizada por el Tribunal *a quo* cuando en la sentencia se alude a la resolución 996/94 y a la disposición 2794 de la Dirección General de Registros y Certificaciones; al respecto los recurrentes alegan que "*...**justamente dichas normativas se refieren a recitales a celebrarse en un estadio Y NO EN LOCALES DE BAILE***".

Expresan que "*...al menos, Y CONFORME A LO EXPLICADO POR LOS TESTIGOS JORGE LUIS PEREZ y MIGUEL ANGEL FIGUEROA, había, si se quiere, un vacío legal. **PERO DE NINGUN MODO PODIA INTERPRETARSE LA PROHIBICION DE RECITALES EN LOCALES DE BAILE***" (sic).

También se agravian del párrafo de la sentencia en el que, en referencia a la normativa inherente a los "Espectáculos en Estadios" (res. 996/94), el Tribunal *a quo* afirma: "*...las exigencias contenidas en dicha norma superaban ampliamente a las requeridas para el funcionamiento de un local de baile clase 'C'*".

Sobre el punto, manifiestan los recurrentes que "*'**INFIEREN**' los Juzgadores entonces, en que en los locales de baile Clase 'C', se debía solicitar autorización para la realización de recitales, **PORQUE NO PUEDE SER MÁS SEGURA UNA NORMATIVA QUE OTRA***".

Señalan que "*...**dicha normativa PARA ESPECTACULOS EN ESTADIOS, NO PUEDE SER JAMAS APLICADA A LOS LOCALES BAILABLES**, como arbitrariamente intentan hacer valer los Sentenciantes. Haya o no, más riesgo*" (sic).

En otro orden, expresan que "*...resulta importante aclarar, que la Resolución 996/94, **jamás fue publicada en el Boletín Oficial del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires***".

De todos modos, destacan que el art. 1 de esa resolución crea el "Área de Contralor Espectáculos" y tras describir el contenido de sus funciones, señala que "***DICHA AREA, NO ESTABA A CARGO DE LA Subsecretaría de Control Comunal***".

Por otra parte, y tras efectuar una trascripción del capítulo 10.2 del Código de Habilitaciones relativo a locales de baile clase "C" (arts. 10.2.20 y 10.2.22), señalan que "*...no se comprende entonces bajo qué análisis normativo, el Tribunal,*

decide que el concepto 'variedades', no este comprendido entre las actividades principales de los locales de baile y asuma que es una actividad complementaria cuando el texto de la norma es lo suficientemente claro para no generar dudas".

En la misma línea, resaltan que *"...existe en el Código otra norma, la Ordenanza N° 24654/ MCBA/ 69 que reglamenta el funcionamiento de locales de música, canto y variedades"*, donde *"...también se puede observar (...) el carácter principal del punto variedades en el ítem `b´ de su definición* [en alusión al artículo 1]".

De esa manera, destacan que *"...en ambos casos el Legislador fue claro a la hora de definir una actividad y establecer los puntos de sus actividades principales y también fue claro a la hora de establecer un punto cuando consideró que la actividad debió ser considerada como complementaria".*

En definitiva, dicen que *"...la categoría 'recitales' no existe en la normativa de la Ciudad de Buenos Aires"*, pero aclara que, sin embargo, desde hace muchos años *"...los teatros y los cines hacen recitales sin necesidad de pedir autorización"* al igual que *"...los locales de baile clase 'C', al menos hasta fin del año 2004..."*.

Agregan que *"...incluso en la Actuación 631, elaborada por el Defensor Adjunto, Alimena,* ***nada dice con relación a variedades, recitales, shows en vivo en los locales de baile, sino que su única preocupación residía en el Certificado contra Incendios expedido por la Superintendencia de Bomberos****".*

Remarcan que *"...no se conoce un antecedente en donde se hubiese clausurado un local bailable Clase 'C' por hacerse recitales sin solicitar previamente un permiso".*

De igual forma destacan que *"****CASUALMENTE,*** *luego de la tragedia ocurrida en 'República Cromañon' se dictó el* ***DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA N° 1/ 05*** *(el 8 de febrero 2005)"* que en su artículo primero dispone expresamente para los locales de baile clase "c", entre otros, que *"...se encuentra prohibida la realización de espectáculos musicales en vivo".*

Señalan que esta prohibición *"anteriormente no estaba contenida en ninguna norma...".*

En la misma dirección, hacen referencia al decreto 2/05 de fecha 22 de febrero del año 2005 que en su artículo primero

establece la necesidad de obtener un permiso especial para poder realizar espectáculos en vivo en los establecimientos mencionados en el decreto 1/05.

Y se agravian porque *"...ello debió ser valorado por los Sres. Sentenciantes a la hora de dictar su Fallo"* y sin embargo ***"nada de ello se dijo"***. Y agregan que de todos modos los permisos para recitales no eran competencia de la Subsecretaría de Control Comunal.

3.k. El control de la sobre ocupación de los locales de baile. El caso de "República Cromañón". Desconocimiento de la acusada. Arbitrariedad.

Se alzan contra el párrafo de la sentencia que afirma que: *"...la sobre ocupación de un local constituía un factor que no podía ser desatendido por los funcionarios" y* se preguntan los recurrentes si ***"¿Acaso algún inspector manifestó que ello era desatendido?"*** (sic).

Exponen que a su defendida ***"NUNCA NADIE LE AVISO RESPECTO DE LA CANTIDAD DE PERSONAS QUE INGRESABAN AL LOCAL DE CROMAÑON"***.

3.l. Informe de Auditoría y errónea valoración del testimonio de Matías Barroetaveña.

Primeramente cuestionan la apreciación realizada por el Tribunal *a quo* al momento de valorar las manifestaciones de Matías Barroetaveña (Presidente de la Auditoría General de la Ciudad), concretamente, cuando en el fallo se sostiene que *"...de esta manera, al pedir los informes, se encontraban con funcionarios nuevos que carecían de la información de las gestiones anteriores"*.

Así, respecto de la declaración de Barroetaveña dicen que *"...por una parte, éste testigo MANIFESTÓ, que los informes que solicitaba al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, no eran contestados por parte del GCBA"* (sic).

Y agregan que ***"SIN EMBARGO, manifestó el mencionado testigo que NUNCA le solicitaron pedidos de Informes a la Subsecretaría de Control Comunal"***(sic).

Resaltan que *"...****los informes de los locales Clase ´C´, estaban programados POR LA AUDITORIA GENERAL DE LA CIUDAD, recién para el año 2005****"* y remarcan que el testigo Barroetaveña desconocía el motivo de por qué no se programaron para años anteriores. Aducen que la Auditoría, pues, se preocupó de los

locales de baile recién después de la tragedia.

3.m. Inexistencia de plazos para inspeccionar. Violación al principio de legalidad.

Indican que *"...sin perjuicio de que, conforme lo ACREDITADO EN EL DEBATE las inspecciones se hacían regularmente, lo cierto es que,* ***NO EXISTE NINGUNA NORMA, DECRETO, ORDENANZA, RESOLUCIÓN, NI LEY QUE DETERMINE LA PERIODICIDAD EN QUE DEBEN EFECTUARSE LAS INSPECCIONES***" (sic).

Destacan que entonces no se advierten "*...los motivos por los cuales se le reprocha a la Licenciada FABIANA FISZBIN el INCUMPLIMIENTO DE LAS LEYES*"; ello así, "***simplemente, porque NO HAY NINGUNA LEY***" (sic).

Asimismo y siempre vinculado a la periodicidad de las inspecciones, los recurrentes critican concretamente el capítulo de la sentencia denominado *"La problemática de la periodicidad de las inspecciones. El decreto nro 2115 y las ordenanzas 51.229 y 24.654"*, y dan la explicación de cómo debían ser interpretadas esas normas al momento del hecho.

Aducen que "...***casual y llamativamente, luego de la tragedia de Cromagnon, se modificaron los plazos de la periodicidad para tramitar la renovación del Certificado de Bomberos, pasando de 1 año para la renovación a tres meses, aunque no se estableció plazo alguno para inspección, por parte de funcionarios del gobierno de la ciudad, para esta actividad***" (sic).

Refieren que entonces "...***antes del 30 de diciembre, no existe obligatoriedad de inspección ante el vencimiento del certificado otorgado por Bomberos, ni plazo de inspección para esta actividad***".

Remarcan que el Tribunal *a quo* reconoce que existe un vacío normativo en lo inherente al plazo para inspeccionar.

Se agravian concretamente al decir que "*si hay ´un vacío normativo´,* ***¿qué normativa se le estaría imputando a nuestra asistida FABIANA FISZBIN como ´INCUMPLIDA´?*** *Evidentemente,* ***FABIANA FISZBIN NO INCUMPLIO NINGUNA LEY***" (sic).

En este último aspecto, los recurrentes se agravian del pasaje del fallo que sostiene que los funcionarios debieron recurrir a la analogía en materia administrativa para disponer los plazos para inspeccionar.

Destacan que "...***la presunta conducta ´INCUMPLIDA´ por FABIANA FISZBIN NO SE PUEDE DESCRIBIR, YA QUE NO HAY NADA QUE HAYA INCUMPLIDO***"; ello así pues "***SI NO HAY UNA LEY QUE INDIQUE LOS PLAZOS PARA EFECTUAR LA INSPECCION, ¿Qué ES LO QUE FABIANA FISZBIN HABRIA INCUMPLIDO?***" (sic).

3.n. Imposibilidad de actualizar un padrón de habilitaciones en forma inmediata. Errónea valoración del relevamiento encomendado al CEVIP.

En este punto los recurrentes se agravian de los pasajes de la sentencia que, relacionados con las observaciones de informes de auditoría, resaltan la inexistencia de un padrón actualizado de locales bailables y la demora en efectuar el relevamiento encomendado al CEVIP.

Al respecto, expresan *que "'sorprende' lo dispuesto por los Sres. Jueces de Instancia"* pues "***FABIANA FISZBIN NO TUVO DE UN DIA PARA EL OTRO LOS LISTADOS DE LOCALES***".

Indican que "*...como muy bien explicó la Licenciada en su indagatoria, en la Ciudad de Buenos Aires* ***figuran más de 250.000 locales habilitados***...".

Resaltan que "...***en ningún caso las inspecciones podían responder únicamente a lo que el padrón de habilitaciones de la ciudad contemplaba sino que para poder llegar a aquellos lugares que ni siquiera habilitación tenían se debieron usar otros datos provenientes de las Comisarías, de invitaciones a bailes que circulaban por Internet a través de cadenas de mails, denuncias de vecinos***" (sic).

Explican que "*...sin perjuicio de ello, lo cierto es que, durante el período del año 2004, la Dirección de Fiscalización y Control y anteriormente U.P.I.,* ***realizó más de dieciséis mil (16.000.-) inspecciones en la Ciudad de Buenos Aires****, verificando entre ellos, más de doscientos locales de baile, y otros locales que no teniendo habilitación como tal, igualmente realizaban la actividad de baile*" (sic).

Destacan que "*...en definitiva, en el período del 2004,* ***se clausuraron muchísimos locales que desarrollaban la actividad de baile***", motivo por el cual "*NO SE ADVIERTE NINGUN INCUMPLIMIENTO* ***Y MUCHO MENOS DELIBERADO***" (sic).

Y se agravian concretamente al decir que en el fallo impugnado "*...los Sres. Magistrados exponen, sin tener en cuenta*

que, resulta difícil y casi imposible que determinadas tareas, ***COMO LA DE LA ACTUALIZACION DEL PADRON****, se efectúen 'de un día para el otro'"* (sic).

3.o. Valoración autocontradictoria del informe de auditoría de Hugo Fernández.

Con relación al informe de auditoría de Hugo Fernández, destacan que *"...fue efectuado el 24 de enero de 2005, es decir, tiempo después de producirse la tragedia del local de baile, y, OBVIAMENTE, por dicho motivo"*.

Trascriben el párrafo de la sentencia que pondera esa actuación y dicen que *"...se intenta dar sustento probatorio a los dichos del testigo, sin perjuicio de considerar 'fallidas' sus conclusiones"* lo cual resulta *"ABSURDO"* (SIC).

3.p. Imposibilidad de reprocharle a Fabiana Fiszbin recomendaciones de la Defensoría del Pueblo anteriores al ejercicio de su cargo.

Se agravian los recurrentes del pasaje de la sentencia que sostiene que la Actuación n° 631/04 no fue la primera denuncia efectuada por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires a los organismos del GCBA y que alude a otras recomendaciones anteriores.

Indican que resulta *"****ILOGICO Y DESACERTADO QUE SE LE REPROCHEN A NUESTRA DEFENDIDA RECOMENDACIONES QUE SE HICIERAN LOS AÑOS ANTERIORES Y QUE NO FUERON DIRIGIDAS A ELLA****"* (sic).

Manifiestan que *"...en consecuencia,* ***se intenta responsabilizar a FABIANA FISZBIN, de temas QUE NO ERAN DE SU INCUMBENCIA, SIN PERJUICIO DE REITERAR, QUE NI SIQUIERA ESTABA NOMBRADA EN SU GESTION****"* (sic).

Puntualmente, hacen referencia a la resolución 2022/03 de la Defensoría del Pueblo y destacan que *"las autoridades a quienes en realidad fue dirigida,* ***NI LA CONOCIAN****"*, aún cuando versaba sobre los mismos temas denunciados por Alimena. Aluden a la respuesta nro. 16 realizada por la actual diputada Silvana Giudice, en cuanto destacara que tomó conocimiento de la actuación 2022/03 recién después de la tragedia.

3.q. La resolución 359 de la Legislatura de la Ciudad. Omisión de valorar íntegramente los dichos de la legisladora Fernanda Ferrero.

Expresan los recurrentes con relación a la resolución 359

de la Legislatura que "***FABIANA FISZBIN INMEDIATAMENTE LE DIO CURSO AL PRESENTE PEDIDO, TAL COMO LO EXPLICÓ EN SU DECLARACION INDAGATORIA, Y A PREGUNTAS QUE LE EFECTUARA EL DR. MARCELO ALVERO***" (sic).

A su vez, destacan que en el juicio *"prestó declaración la ex Legisladora* ***FERRERO****, quien dijo, MUY CLARAMENTE que recién:* ***DESPUES DE LA TRAGEDIA LOS LEGISLADORES SE REUNIERON A FIN DE ANALIZAR ´QUÉ HABIA PASADO´***" (sic).

Añaden que "*...asimismo explicó la ex Legisladora que:* ***en el pedido de informe que la Legislatura enviara al GCBA para que se conteste rápidamente, NO CITARON A LA LICENCIADA FABIANA FISZBIN***" (sic).

Remarcan *que "****La Legislatura se reunió después de la tragedia, NO ANTES***" (sic).

En el mismo sentido, explican que "*...la mencionada testigo, al ser preguntada por esta defensa respecto a sí durante el año 2004 se había efectuado algún proyecto legislativo para modificar el régimen de los locales de baile,* ***RESPONDIO QUE NO***" (sic).

Refiere que además "*...respondiendo al Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal, respecto del Informe efectuado por el Defensor Adjunto del Pueblo, dijo que:* ***NUNCA LO TUVO A LA VISTA, MAS ALLA DE LA NOTA DEL DIARIO CLARIN...***" (sic). Aducen pues que no hubo "alarma" sobre locales de baile de parte de la Legislatura.

Y se agravian porque "*...de dicha declaración prestada por la ex Legisladora en el debate,* ***NADA EXPUSIERON LOS SENTENCIANTES***" (sic).

3.r. La denuncia de Omar Fernández.

Sobre el punto indican que, contrariamente a lo sostenido en el fallo, "*...la Licenciada FABIANA FISZBIN,* ***JAMAS*** *tomó dicha denuncia como una ´advertencia genérica´, sino que* ***SE TRABAJO*** *sobre la base de la misma*" (sic).

Apuntan que "*...ello,* ***FUE RECONOCIDO POR EL PROPIO TESTIGO FERNANDEZ***".

Remarcan que de todos modos "***INMEDIATAMENTE, luego de la denuncia, se procedieron a inspeccionar Y CLAUSURAR los locales de la zona de Constitución***" (sic).

Indican asimismo que "*...relató el nombrado testigo haber*

acudido a la Justicia Contravencional, sin haber obtenido respuesta alguna por parte de las autoridades. Tampoco de la Legislatura, a pesar de los reiterados e insistentes reclamos. También se entrevistaron con varios Comisarios de la Policía Federal los que 'no les dieron bolilla', NI SIQUIERA A BOMBEROS LE INTERESABA" (sic).

Asimismo, apuntan que "***...****ha sido más que EVIDENTE, que este testigo tenía intereses económicos en una o dos de las discotecas de la zona de Constitución -que dijo representar como apoderado-, y por ello denunciaba a su competencia en ese barrio*".

Destacan que "***...el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, LE CLAUSURO ´SUS´ LOCALES DE BAILE ´ZUPAI´ Y ´RITMO BAILANTERO´ de los cuales admitió ser solamente su abogado***" (sic).

3.s. Principio de especialidad en materia administrativa.

Comienzan los recurrentes exponiendo su agravio al decir que "***...****hay un principio liminar en materia administrativa, que es* ***el principio de ESPECIALIDAD****, por el cual* ***los órganos de la Administración tienen competencia para realizar sólo aquellas funciones que las normas expresamente le han asignado***".

Afirman que "***...****la competencia debe surgir de una norma expresa,* ***y las competencias de Fabiana Fiszbin y de los otros funcionarios a cargo de otras Subsecretarías y Direcciones Generales, surgían de normas expresas***". Agregan que no se pueden formular reproches a funcionarios por temas que no son de su competencia.

En la misma dirección, indican que "***...la competencia es improrrogable*** *(...) porque (...) surge de una norma de gobierno y no de la voluntad de los administrados, ni de la de los funcionarios*".

Señalan los recurrentes que "***La subsecretaría de Control Comunal tenía que EJERCER y COORDINAR el poder de POLICIA***".

Por tanto, afirman que "***...si bien hay jerarquía por parte de la Subsecretaria de Control Comunal, hay una jerarquía de coordinación y no de subordinación***".

Precisan que "*era la UPI quien debía dar las órdenes de inspección, disponer clausuras, verificar el cumplimiento, etc, poniendo a la Subsecretaría en poder de controlarlo, lo que se efectúa en reuniones, etc.*".

Alegan que "*...la Dirección General de Fiscalización y Control, justamente, tenía independencia ya que podía por sí sola, resolver, sancionar, multar, clausurar...La Dirección era quien imponía las sanciones de multas y clausuras*" (sic). Apoyan sus afirmaciones en los dichos del testigo Tomas Hutchinson.

Y se agravian concretamente porque "***NADA DE ELLO FUE TENIDO EN CUENTA POR LOS SRES. JUECES DE INSTANCIA***" (sic).

3.t. Violación al principio de inocencia.

En este punto, los recurrentes se agravian del párrafo que en la sentencia afirma que la inspección del 70 por ciento de los locales no desaparece la omisión debido a que la actividad de fiscalización se debía realizar de manera integral.

Al respecto indican que "*...volvemos a preguntarnos Excmo. Tribunal,* ***¿Cuál fue la omisión en la que incurrió la Licenciada FABIANA FISZBIN si conforme a la prueba que surge de este debate, las inspecciones a los locales bailables se hacían en forma integral?***"(sic).

Señalan que "*...para que la construcción de la prueba indiciaria pueda desvirtuar válidamente la presunción de inocencia, la conclusión a la que se arribe debe estructurarse* ***MÁS ALLA DE TODA DUDA RAZONABLE***".

Y se agravian concretamente al decir que "***ELLO ES LO QUE OCURRE EN EL FALLO DE ANALISIS, Y RESPECTO DE FABIANA FISZBIN***" (sic).

4. De la arbitrariedad y errónea aplicación del derecho penal sustantivo en referencia al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público y a la pena impuesta.

4.a. Tipicidad objetiva del delito previsto en el art. 248 del Código Penal.

Los recurrentes con citas de Creus, Donna y Soler sostienen que "*...en la modalidad típica omisiva (el tercer supuesto contemplado por la norma) lo que se pune es 'la conducta omisiva de no ejecutar las '****LEYES***' (...), no cumplir lo que la ley manda* ***expresamente***".

En base a lo expuesto, concluyen que "*...tiene que existir un mandato expreso, preciso y unívoco de la ley que el accionar del funcionario público contraría, enfrenta, excluye aplicar*" y que "***...lo incumplido, lo inobservado debe ser la LEY en lo que ésta concreta y expresamente le manda cumplir al funcionario***".

Advierten *"...que el Art. 248 del Código Penal, tipifica un **delito FORMAL, DE ACTIVIDAD**, y **no de resultado**; se trata de un delito **de PELIGRO ABSTRACTO** en el que la protección legal se anticipa a cualquier lesión material, esto es, el legislador adelanta la punibilidad a los meros incumplimientos"*.

La defensa resalta que *"...razonar como habitualmente se hace en la práctica judicial, (como en el caso de autos), imputándole al funcionario el abuso de autoridad omisivo del Art. 248 del Código Penal, porque no puso la acción (el cumplimiento) que hubiese interrumpido la causalidad que provocó el resultado disvalioso, el que se le endilga no haber evitado, se revela sin sustento normativo desde el punto de vista del tipo objetivo que estamos tratando; porque así se lo trata como si fuere un delito de comisión por omisión, de peligro concreto, de resultado y no lo es, en violación al principio de legalidad"* (sic).

Expresan que *"...no puede ni debe forzarse una subsunción típica en el Art. 248 del Código Penal, por remisión a aquellas leyes que establecen, genéricamente, el ámbito competencial o funcional del funcionario de que se trate, esto es, los 'deberes genéricos positivos' propios de su competencia funcional y que —necesariamente- siempre habrán de abarcar o comprender la concreta conducta omisiva imputada"*.

Como consecuencia de ello exponen que *"...yerra entonces el Tribunal Oral Criminal, al considerar que la norma omitida o incumplida es la ordenanza **2696/2003**, ya que esa norma fija cuales son los deberes de la función propia de la Secretaría de Control Comunal, entre los que está, -a decir verdad- ejecutar el Poder de Policía en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires"*.

Puntualmente refieren que *"...forzar un encuadramiento típico en el Art. 248 del Código Penal, por remisión o mediante reenvío a la ley que, genéricamente, le impone al funcionario sus deberes y atribuciones importaría concebir el tipo del Art. 248, CP, como un '**TIPO PENAL ABIERTO, es decir INDEFINIDO**'"*.

Por otra parte, la defensa se pregunta: ***"¿LA 'LEY' ES LEY EN SENTIDO FORMAL?"***.

Al respecto los impugnantes refieren *"que el codificador **MORENO** (cuya postura resulta dirimente porque expresa la voluntad del legislador) fue tajante al sostener que la expresión **LEY** 'se limita a las Constituciones y leyes, **no comprendiendo** reglamentos,*

decretos *y ordenanzas'"* (Moreno, Rodolfo (h), "El Código Penal y sus antecedentes", Tomo VI, Tomassi, 1923, p. 178). Citan jurisprudencia y doctrina.

4.b. De la tipicidad subjetiva. La ampliación de la punición a través de la figura de abuso de autoridad.

Los asistentes técnicos señalan que *"...un correcto emplazamiento dogmático en este punto nos indica liminarmente, que estamos en presencia de un delito doloso, de dolo directo"*.

A raíz de ello, refieren que *"...las omisiones en que puede incurrirse por negligencia, imprudencia o impericia —esto es, con culpa en sentido estricto- o con dolo eventual, no abastecen las exigencias propias de la tipicidad subjetiva del Art. 248, del Código Penal"* (sic).

Asimismo, agregan que *"...la necesidad de existencia de 'malicia' para completar el juicio de tipicidad subjetivo fue afirmada por Núñez, Soler, Moreno, Malagarriga, Gómez, González Roura"*.

Indican que *"...no admite refutación que el tipo subjetivo del Art. 248, CP, sólo admite para su configuración que el funcionario público obre con* ***dolo directo;*** *siendo así, ese dolo directo comprende tanto el* ***conocimiento*** *de los elementos del tipo objetivo, como la* ***VOLUNTAD*** *de realizarlo, traducida ésta como un 'querer' incumplir o 'no querer' cumplir las leyes cuyo cumplimiento incumbe al funcionario"*.

4.c. Criterio de discrecionalidad y no judiciabilidad de las gestiones políticas de gobierno.

Los asistentes técnicos indican que la sentencia impugnada aborda el tratamiento de las cuestiones referidas a su defendida *"...a partir de la toma de una posición que anuncia claramente un objetivo predeterminado, basado más en una muy fuerte crítica a la gestión de Gobierno que en un análisis serio de la tipicidad de la presunta conducta que se reprocha"*.

Asimismo, sostienen que *"...el Fallo recurrido, tampoco respeta el 'CRITERIO de DISCRECIONALIDAD' que deben tener los Funcionarios Públicos en el ejercicio de su cargo, criterio éste que debe ser ajeno a la revisión Jurisdiccional"* (sic).

Los letrados defensores resaltan que *"...de ningún modo las falencias en materia de gestión o de resultados, ni siquiera falencias puntuales o malas gestiones determinan, así como así, la*

consumación del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público” (sic).

A su vez, recalcan que *“...este Juicio a los funcionarios debió tramitarse por causa separada en el fuero Correccional, absolutamente independiente del trámite procesal destinado a investigar la tragedia ocurrida el 30 de diciembre de 2004 en el local bailable República de Cromañón que dejó el saldo de 193 muertos y cientos de heridos. Digámoslo una vez más, ese resultado no tiene vinculación con el delito de incumplimiento que se le endilga a nuestra defendida”* (sic).

4.d. Violación al principio “in dubio pro reo”.

Luego de invocar diversos pronunciamientos jurisdiccionales y la opinión de distintos autores en torno al principio “in dubio pro reo”, la defensa señala que *“**LA PROBABILIDAD, LAS SUPOSICIONES o LAS INFERENCIAS**, no bastan...”* para condenar a su defendida, *“porque **para imponerse una condena tiene que haber un verdadero estado de certeza**”*.

Afirman que *“...debió absolverse lisa y llanamente a FABIANA FISZBIN, pero a todo evento, ante la duda, debió absolverse a FABIANA FISZBIN por aplicación del Art. 3º del Código Ritual” (sic), “...porque el principio ‘**IN DUBIO PRO REO**’ **exige para la aplicación de una pena la más absoluta CERTEZA de que el hecho punible pueda ser atribuido a un acusado**. Y en el presente, **NO SE HA TENIDO CERTEZA**”*.

4.e. Arbitrariedad en la determinación de la pena y en su modalidad de cumplimiento.

Los letrados defensores indican que *“...sin fundamento jurídicamente válido, se impone a nuestra defendida la pena de dos años de prisión e inhabilitación por el doble tiempo de la condena, conforme al delito de incumplimiento de deberes de funcionario público”*.

Al respecto, afirman que *“...la estimación de la pena no se ha hecho valorando las constancias del legajo en torno al mínimo y al máximo establecido por el legislador, sino sobre la base de un máximo muchísimo mayor que la ley no contempla”*.

En dicho sentido, destacan que “...cuando, el Tribunal ‘a quo’, proclama que el máximo de la pena con la que se conmina el incumplimiento es desde su óptica una pena muy baja, sólo se está irrogando funciones para las que no fueron designados y que son

propias de otro de los poderes del estado, vgr., el poder legislativo".

En cumplimiento de imperativos procesales, aclaran que fundan su actividad recursiva "...*en la errónea aplicación de la ley sustantiva y a mérito de ello…*" y con idéntico alcance señalan que "...*el Tribunal ha interpretado y aplicado erróneamente los arts. 248 y 5, 26 y concordantes del Código Penal*"; como así también por arbitrariedad.

4.e.1. Del monto de la pena.

Los asistentes técnicos de Fabiana Fiszbin afirman que la decisión cuestionada se aparta arbitrariamente de las prescripciones que contemplan los artículos 40 y 41 del Código Penal, tanto en lo que hace a los aspectos objetivos cuanto subjetivos del caso.

En ese orden de ideas, subrayan que "...*el Tribunal ha fundado su decisión en un baremo inexistente y por lo tanto de ningún valor jurisdiccional*".

Agregan que "...*no hace falta ser demasiado perspicaz para entender que los Jueces han aplicado a Fabiana Fiszbin, el máximo de la pena para el tipo penal reclamado por el Ministerio Público Fiscal a modo de sucedáneo de una escala punitiva para ellos escasa sin tener en cuenta, como dijimos, que Fabiana Fiszbin, no puede ser víctima de presuntas orfandades o pobrezas del tipo legislativo que se respaldan en cuestiones de política criminal que son igualmente distantes no sólo de esta sede sino también de la legislativa*" (sic).

Con relación a la inobservancia de las pautas mensurativas del Art. 40 del Código Penal, precisan que "*el Tribunal, como pocas veces o ninguna vez en la historia de la Justicia Argentina no ha encontrado circunstancias atenuantes al proceder a la determinación e individualización de la pena aplicada a Fabiana Fiszbin*".

Como circunstancias atenuantes mencionan que "***FABIANA GABRIELA FISZBIN CARECE de ANTECEDENTES JUDICIALES***", "***NO TIENE NINGUNA CONDENA***" *y "no resulta reincidente*".

Además de lo expuesto, los defensores manifiestan que "...*tampoco se ha ponderado correctamente otros parámetros abrigados en la citada norma, vgr., los informes socio-ambientales impecables de Fabiana Fiszbin, su actitud durante el proceso al*

prestar declaración indagatoria cada vez que fue convocada o invitada a hacerlo, etc”.

Por otra parte, advierten que “*...con igual dosis de INJUSTICIA el Fallo pondera equivocadamente las circunstancias agravantes, contempladas en el Art. 40 del Código Penal”* (sic).

Argumentan que en la sentencia impugnada “...se *alude a aspectos de la Ley de Ética Pública que no pasan de ser un catálogo de obviedades que en ningún caso disipan los nebulosos conceptos del capítulo...”.*

Apuntan que “*...muchísimo más cuestionable resulta, la muy poco feliz alusión que se hace a un proyecto de reforma penal, reformulatorio de la figura atribuida a Fabiana Fiszbin y contenedor de una escala de dosimetría punitiva de mayor alcance”.*

Subrayan que “*...a lo largo de todo el debate quedó indiscutiblemente demostrado que el área donde prestaba servicios nuestra defendida era uno de los de mayor conflictividad en el organigrama de la Ciudad de Buenos Aires, y es precisamente este cúmulo de dificultades que históricamente colorearon esa área, el que debió haber sido tomado como atenuante al momento de graduar la pena, nunca como agravante como parece haberlo hecho el fallo...”.*

También cuestionan “*...el hecho de haber tomado el Tribunal como agravantes, la formación profesional de la Licenciada Fabiana Fiszbin y su amplia experiencia en el desempeño de la función pública”.*

Por otra parte, cuestionan que el Tribunal haya afirmado “*...que la pena tiene que satisfacer necesidades mínimas de afianzamiento y mantenimiento de la conciencia jurídica ya que ‘...no se puede individualizar una pena que genere desconfianza sobre la validez de la norma...’”.*

Refieren que el *a quo* ha pretendido utilizar “*…la cabeza de Fabiana Fiszbin, para satisfacer los reclamos sedientos de justicia de otros sujetos del proceso y de otros protagonistas de la escena política”.*

4.e.2. De la modalidad de cumplimiento de la pena.

Destacan que “*...si bien es cierto que la condicionalidad desde el punto de vista de la hermenéutica normativa es la excepción, no menos cierto ni aventurado resulta consignar que son muy escasos los fallos conocidos en los que modernamente, se haya*

impuesto a sus destinatarios, los justiciables, -en delitos con penas de corta duración-, la obligación de cumplir efectivamente con la sanción de prisión".

En lo atinente a la situación de Fabiana Fiszbin señalan: "*...el hecho delictivo que se le reprocha, ha sido para ella, '**UN HECHO MERAMENTE OCASIONAL**', es decir un hecho que excedía a la vida regular de Fabiana Fiszbin.";* que no tuvo ningún motivo que la impulse a delinquir, porque a criterio de la defensa "*no cometió delito alguno.";* que no hay peligrosidad futura*; que "...su personalidad moral ha sido siempre y es la de una persona dedicada al trabajo y a su familia";* que su actitud posterior al delito "*...ha sido siempre la de colaborar con la Justicia, con el más absoluto respeto*" y, por último, que "'***SU EDAD, SUS CONDICIONES y CIRCUNSTANCIAS PERSONALES, FAMILIARES y SOCIALES, su SITUACIÓN DE PRIMARIA EN LA ESCENA PENAL***', *no han sido tenidas en cuenta por el Tribunal".*

Recalcan que el delito atribuido es de naturaleza correccional y afirman que "*...si alguna excepción a la invertida regla del Art. 26 se conoce, con seguridad es porque acuden en el caso, dos aspectos que en el 'sub-judice', no encontramos ni podrían aparecer: tope máximo superior a dos años de prisión o existencia de antecedentes de algún tipo".*

Los letrados defensores manifiestan que "*...nuestro más alto Tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el reciente fallo in re, 'ACOSTA', ha refrendado y ratificado la necesidad de interpretar pro homine, siempre y cuando ello sea posible, cualquier norma punitiva que ponga en jaque la libertad del ser humano*" (sic).

En base a las consideraciones efectuadas, se agravian "*...de la equivocada interpretación del artículo 26 del Código Penal, según las piezas de convicción acumuladas en este voluminoso expediente".*

4.e.3. Trato desigual. Violación al principio de igualdad. Villarreal-Fiszbin.

Destacan que "*...el criterio selector del Tribunal, no sólo termina con el dictado de un fallo contrario a derecho sino que esa contrariedad afecta el principio de igualdad ante la ley y las garantías de defensa en juicio y de debido proceso...".*

Con relación a ello, señalan que el Tribunal al evaluar la

modalidad de cumplimiento de la pena impuesta a Raúl Alcides Villarreal, quien ha sido condenado a la pena de un año de prisión en suspenso, sostuvo que *"...prevalecen aquí criterios de prevención especial..."*; sin embargo, alegan que *"...en el caso de Fabiana Fiszbin, sin explicar por qué era distinta la situación, se sostuvo que prevalecía un criterio de prevención general"*.

En el mismo orden de ideas, ponen de resalto que en la sentencia *"...también se sostiene con relación a Villareal, que se trata de una primera condena, circunstancia que es exactamente igual a la de Fabiana Fiszbin..."*.

Refieren que *"...de la simple comparación entre el delito de COHECHO atribuido a Villareal y el de INCUMPLIMIENTO de los deberes de funcionario público reprochado a nuestra defendida, surge sin ambages la superior magnitud de aquel, cotejando los topes máximos de una y otra figura"*.

Resaltan que *"...el baremo de gravedad adoptado por los Señores Jueces y que inclina la balanza claramente hacia el cohecho activo, no se modifica ni siquiera con la disminución de la escala punitiva que le cabe a Villareal por aplicación de la escala contemplada en el Art. 46 del Código Penal"*.

En suma, la defensa invoca un trato discriminatorio hacia su defendida, *"...cuyos antecedentes personales, profesionales y familiares, resultan como mínimo no inferiores los de Villareal..."*, por lo que no alcanzan a comprender *"...por qué se supone que resulta merecedora de terminar con sus huesos en una celda y por qué el núcleo familiar que integra, abundantemente ilustrado en su legajo de personalidad, no le serviría para superar las dificultades de su reinserción como en el caso de Villareal"*.

Señalan que la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció la finalidad de la ejecución condicional para evitar la prisión de delincuentes primarios y ocasionales de acuerdo al criterio de prevención especial del art. 18 de la CN (con cita de Fallos: 327:3816).

4.e.4. De las condiciones de la infraestructura carcelaria.

Al respecto, aseguran que el *a quo* no tuvo en cuenta *"siquiera someramente las 'Reglas del Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención y tratamiento del Delincuente',*

entre las cuales todos los Estados Miembros, -entre ellos la República Argentina-, a través de la Resolución Nº 16, se esforzaron en reducir los efectos negativos del encarcelamiento proponiéndose intensificar la búsqueda de sanciones alternativas sin privación de la libertad".

Asimismo, señalan que "*...el Comité del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del Delito y del tratamiento del Delincuente, sancionó las "**REGLAS MÍNIMAS de las NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD**", denominadas "**LAS REGLAS DE TOKIO**", y enderezadas a medidas alternativas y sustitutas de las penas de prisión de corta duración".*

5. De la condena civil por los daños y perjuicios.

Los letrados defensores inician el desarrollo de sus agravios referidos a la condena civil impuesta a su defendida señalando que "*...aún cuando por vía hipotética se considerase que nuestra asistida habría incumplido con sus deberes al no implementar una política inspectiva acorde al peligro que previamente le habría sido advertido, no es factible atribuirle las consecuencias derivadas de la responsabilidad civil en la muerte o lesiones de los damnificados de Cromañón".*

Indican que "*...en un sentido estricto, lo concreto es que el delito presuntamente cometido no guarda relación de causalidad con el resultado dañoso de la muerte de la hija de los actores civiles. En efecto, admitir la postura contraria importaría hacer avanzar la causalidad hasta el infinito".*

Precisan que "*...el ejercicio del poder de policía no alcanza para constituir ni siquiera en concausa la presunta falta".* Dicen que no hay causa eficiente y que la sentencia es arbitraria porque extiende la responsabilidad civil a todos los acusados condenados o absueltos.

Agregan que "*...la incongruencia radica justamente en que de haberse efectuado un análisis sesudo y coherente, se hubiera llegado a determinar diversos grados de responsabilidad. En efecto, si hubo culpas, en todo caso, el factor de atribución de responsabilidad y el reparto de las mismas ni siquiera fue tratado".*

Exponen que "*...el certificado de bomberos, vencido o no, carece de relevancia a los fines del establecimiento de la*

responsabilidad civil”.

Por otra parte, destacan que *“...la sentencia parte de la falacia, consistente en sostener que el artículo 1112 del Código Civil automáticamente extiende la responsabilidad a los funcionarios públicos. Esta peligrosa e incompleta interpretación parece ser el fundamento por el que resuelve condenar civilmente a Fabiana Fiszbin”.*

Con relación al art. 1113 del Código Civil, refieren que *“...esta última norma establece la responsabilidad ‘objetiva’, extensible al ‘dueño o guardián’. Y la responsabilidad por la ‘cosa riesgosa’”;* aducen que resulta *“claro que Fabiana Fiszbin no es dueña o guardián en el sentido de la norma”* (sic).

Explican que *“...el sólo hecho del presunto control promiscuo de los locales bailables no la hacía responsable civilmente por los hechos que pudieran suceder allí”.*

Expresan que *“...en el marco de la causalidad, la cadena sería: una persona tira una bengala y la consecuencia inmediata es el incendio; la consecuencia mediata puede ser el daño causado a las personas; la casual es que un tercero que tenía vínculo con un dañado se ve afectado por su lesión (la persona afectada no puede ir a su trabajo y se perjudica el empleador); y una remota es que a raíz de ello el empleador perdió de hacer un negocio por esa ausencia”.*

A partir de lo reseñado, consideran que *“...esta claro que el hecho imputado a nuestra asistida Fabiana Fiszbin no generó ninguna consecuencia de la que resulte responsabilidad civil y en todo caso resarcimiento. Tampoco obró como concausa”* (sic).

Como consecuencia de ello, señalan que *“...la afirmación dogmática de que el fallecimiento de María Sol Urcullu es consecuencia mediata previsible del accionar de los funcionarios es un axioma incompatible con la lógica y con el derecho, y por lo tanto con la adecuada prestación del servicio de justicia, lo que torna el fallo descalificable por ARBITRARIO en la materia en análisis”.*

Por otra parte, refieren que *“...si el Tribunal considera la conducta de Fabiana Fiszbin como concausal, debió haber determinado en que porcentaje le atribuye la culpa en la responsabilidad civil. El no haberlo hecho revela la liviandad del análisis, y la falta de fundamento lógico-jurídico para arribar al*

resultado de la sentencia".

Además, exponen que *"...la cuestión civil no debió haber sido resuelta, en la medida que existen muchas demandas en trámite como derivación de los hechos originantes del legajo, inclusive en distintos fueros"* y que *"...el dictado de una sentencia individual implica ingresar en el riesgo de escándalo jurídico, pues es evidente la posibilidad del dictado de sentencias contradictorias".*

En este orden de ideas, consideran que *"...todos los procesos civiles deben acumularse, dictándose una sentencia única".*

Por los motivos expuestos, requieren *"...la revocación de la sentencia, en cuanto a la extensión de responsabilidad hacia Fabiana Fiszbin"* y para *"...el hipotético e improbable supuesto en que se confirmara la sentencia respecto de la responsabilidad civil de Fabiana Fiszbin"* impugnan los montos fijados para la reparación.

En torno a dicha cuestión, expresan que *"...conforme surge de las constancias de la causa, ningún importe debería haberse asignado por el rubro 'pérdida de chance'. En efecto, de la prueba colectada surge sin ambages que la malograda hija de los actores hubiera tenido por delante muchos años en los que debía ser asistida económicamente por sus padres. Es lógico pensar que en Argentina, una estudiante de clase media, requiere de la asistencia familiar por varios años hasta que llega mínimamente a autoabastecerse. En esta línea, y siguiendo el criterio que en la sentencia se utiliza de modo incompleto, es fácil determinar que la eventual 'pérdida de chance' debe al menos compensarse con las erogaciones que sin dudas por muchos años los actores hubieran debido afrontar. Lo expuesto, con el mayor de los respetos por la vida humana, adhiriendo los suscriptos al criterio de la falta de valor económico de la misma, en función de tratarse de un derecho que se encuentra fuera del comercio, y por lo tanto, insusceptible de tasar económicamente".*

En lo atinente al *daño moral*, los recurrentes manifiestan que *"...la sentencia tampoco es explícita, en cuanto a que echando mano de la facultad contenida en el artículo 165 del Código Procesal en lo Civil y Comercial, determina un monto de $ 100.000, más los intereses a tasa activa conforme el plenario 'Samudio de*

Martínez’”(sic).

En tal sentido, la defensa puntualiza que *“...la sola mención de la norma y un ‘cliché’ consistente en decir que considera las circunstancias personales de la víctima; no alcanza para fundamentar en debida forma el resultado al que arriba”* (sic).

Por las razones dadas, los asistentes técnicos consideran que *“...la fijación del monto resulta arbitraria, pues impide a las partes conocer los motivos del temperamento opugnado. En este orden de ideas, la determinación de la cantidad parte de una ‘operación secreta’ en la cabeza de los jueces, quienes no indican ni aún someramente que pautas tuvieron en cuenta”*.

6. Formula Reserva del caso federal.

L. La defensa de Ana María Fernández.

En la presentación obrante a fs. 68155/341, el Dr. Oscar Vignale interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24 de la Capital Federal, de fecha 19 de agosto de 2009.

1. Introducción a los agravios

Indica que recurre en virtud de lo estipulado por los incisos 1 y 2 del artículo 456 del CPPN, alegando que en la sentencia ha mediado arbitrariedad. Destaca pues, que se han aplicado erróneamente normas de derecho penal sustantivo, como asimismo que se han inobservado normas prescriptas bajo pena de nulidad, generándose violaciones al debido proceso, defensa en juicio, principio de inocencia, “in dubio pro reo”, logicidad y razón suficiente.

Destaca violaciones al principio de legalidad, de reserva de la ley penal y de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16 de la CN, respectivamente).

Sentado ello, corresponde referenciar cuáles son los agravios que plantea el recurrente.

2. Arbitrariedad de la sentencia en la valoración de los hechos y las pruebas, y en lo inherente a la aplicación de determinadas normas de derecho administrativo.

2.a. Arbitrariedad en la valoración de la variable “recursos humanos” con relación a la actividad desarrollada por la Unidad Polivalente de Inspecciones.

En tal sentido, indica que "*...en mi alegato expliqué que el 10 de noviembre de 2003, el entonces jefe de gobierno Aníbal Ibarra, disolvió el área encargada del control de los locales comerciales e industrias de la Ciudad de Buenos Aires mediante el decreto 2116/03, publicado en el Boletín Oficial, disolvió la Dirección General de Verificaciones y Control (DGVyC) y puso en su lugar a la UPI*". Asimismo, resalta el cuadro comparativo expuesto en el alegato sobre la evolución de recursos de la DGVYC y la UPI.

Continúa relatando que en aquella ocasión dijo que "*...la UPI se vio privada no solo de contar con los recursos humanos y materiales con los que contaba la DGVyC para desarrollar la tarea encomendada, sino que tampoco pudo hacer uso de los recursos informáticos, debiendo conformarse con la posibilidad de utilizar herramientas básicas de la computación que no permitían asegurar el seguimiento de las actuaciones*".

Destaca que a resumidas cuentas "***...con 20 inspectores la UPI debía cumplir la función de verificar que más de 200.000 locales comerciales, industriales y de servicios desarrollaran sus actividades dentro del marco de la normativa***".

Asimismo, hace mención a la resolución 612/03 y al contenido del decreto 354/04 y refiere que a partir de ello, "*...probé que todas las actuaciones que se encontraban en el ámbito de la DGVyC pasaron directamente al ámbito de la UERA, generando de esta manera la mayor ´pérdida de memoria institucional´ que sufriera el Gobierno de la Ciudad en su historia, hecho éste reconocido por el propio Secretario de Justicia y Seguridad Urbana de ese momento, el Dr. Juan Carlos López (**prueba 316**)*".

Sobre estas cuestiones, resalta lo dicho por su defendida Fernández en una de sus indagatorias producidas durante el debate.

Agrega que "*Quedó probado entonces que la UPI **nunca** tuvo acceso a las actuaciones de la ex DGVyC, dichas actuaciones fueron tratadas en un primer momento por la Escribanía General y luego por la UERA*".

Por otra parte, y ya en lo atingente a la escasez de personal reinante en la UPI, indica que "*De igual manera las afirmaciones de mi asistida respecto de lo exiguo que resultaba el personal asignado a la UPI durante los 8 meses de su gestión al frente de dicho organismo, fueron refrendadas por la **totalidad** de*

los testigos que declararon ante el Tribunal. Soportan esta afirmación los testimonios contestes de los siguientes funcionarios a saber: Carlos Heraldo López, Héctor Soler, Paula Trunzo, Mario Mazzilli, Alicia Majlis, Marcela Velazco, Carolina Albela, Walter Entelman, Viviana Busto, Magali Cutiña, Claudia Molina Capdevila, Carmen Roldan, entre otros".

Aduce que durante el juicio se demostró la falsedad del informe obrante a fs. 46107 (prueba 14) emitido por la DGFYC y del informe 197/04 (prueba 51) de la DGFYC, relativos a los recursos humanos y que sirvieron de basamento para distintas resoluciones judiciales en esta causa.

Expresa entonces que "*quedó probado en el transcurso del debate que las afirmaciones de mi asistida tenían sustento en la verdad y que los informes del Gobierno de la Ciudad, entre ellos aquellos firmados por el Dr. Torres resultaban enfrentados con la realidad*".

Acto seguido, el recurrente expone cuál fue la evolución de inspectores que a su criterio quedó probada en el debate: "*Enero 2004: 12 Inspectores con poder de policía. Febrero 2004: 10 Inspectores con poder de policía. Marzo 2004: 41 Inspectores con poder de policía. Junio 2004: 76 Inspectores con poder de policía*".

En lo inherente a la actividad desplegada por su asistida sobre los locales de baile, recuerda lo dicho en su alegato en cuanto a que "*...del listado de bomberos aportado por Alimena, mi asistida* ***intimó*** *a la totalidad (164), adicionalmente* ***inspeccionó*** *83 de ellos, infraccionando a muchos y* ***clausurando*** *25 locales de baile de este listado. Determinó también que en 33 de estas direcciones no se desarrollaba la actividad de baile, eran incorrectas o estaban desactualizados*".

Destaca que en su alegato afirmó que "*...durante la gestión de la Doctora Fernández se relevó más del* ***71%*** *de dicho listado, actividad que hay que recordar que se llevó adelante con el numero más escaso de inspectores con los que contara jamás el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*"; por lo cual "*quedó acreditado que durante la gestión de mi asistida al frente de la UPI,* ***con referencia a la requisitoria del Arquitecto Alimena, se intimó e inspeccionó a los locales de baile***".

Siempre avanzando sobre lo expuesto en su alegato, indica

que "*...dije también que después del 31 de agosto de 2004 la Doctora Fernández fue desplazada de la función de dirección y sus tareas se vieron acotadas a cuestiones administrativas de menor entidad*". Aduce que el listado de bomberos no era el único objetivo a inspeccionar. Menciona los testigos que abonan su afirmación.

Asimismo, y en base a la prueba nro. 324 relaciona la actividad verificada de la UPI con la variable recursos humanos y detalla la cantidad de inspecciones y clausuras concretadas a locales de baile (298 inspecciones y 50 clausuras de aquellos que no tenían habilitación).

Expone que la UPI "*...desarrolló esta tarea con escasísimo personal, y que sin embargo, comparándola con gestiones anteriores —en particular con el año 2003- resulta contundentemente superior*"; en tanto que "*...la UPI -con la tercera parte de los recursos de la ex-DGVyC- concretó* ***CIENTO CATORCE (114)*** *clausuras de locales de baile, en tanto que durante el año 2003 se efectivizaron* ***CINCO (5)***".

Continuando con su exposición y volviendo sobre la cantidad de inspectores del área que anteriormente detallara, manifiesta que "*no solamente la UPI comenzó a desarrollar sus tareas en Enero de 2004 con sólo 12 inspectores sino que en Julio de 2004, cuando había alcanzado el número de 76, sufrió una nueva pérdida de personal*".

En este sentido, expresa que mediante la resolución *27/SSCC/04 "la Subsecretaria de Control Comunal creó el cuerpo de inspectores de la UERA y dispuso que* ***10 inspectores de la UPI fueran transferidos*** *al ámbito de la UERA, a fin de integrar dicho cuerpo*", por lo que su asistida "*en realidad debió trabajar durante los dos últimos meses de su gestión con* ***66 inspectores***".

Cita un pasaje de la sentencia que alude a la cuestión inherente a los recursos humanos, concretamente aquel que sostiene que la UPI realizó inspecciones en más de 7900 comercios y que a raíz de ello es posible concluir que contaba con recursos suficientes.

Se agravia al indicar que "*Lo que VVEE no meritan es que estas 7.900 inspecciones se concretaron en horario diurno*", y en cambio "*las inspecciones a locales bailables y aquellos que sin contar con habilitación desarrollaban la actividad se*

efectivizaban viernes y sábado por la noche”.

Relacionado con esto último también destaca que “*VVEE han renunciado a valorar los testimonios de estos mismos inspectores que afirmaban que la UPI no contaba con inspectores asignados al turno noche…”*. En esa dirección alude a las declaraciones de Carlos Heraldo López, Mario Mazzilli y Rosón.

Indica que el Tribunal *a quo* omitió “*...valorar que el Informe sobre Locales de Baile Clase A (año 2001), en su punto VI.5”* y para el caso de los hoteles el punto VII.5.; ambos ponen de relieve la escacez de recursos.

2.b. Arbitrariedad en el tratamiento de la actividad de la Unidad Polivalente de Inspecciones en relación con la Actuación 631 de la Defensoría del Pueblo.

2.b.1. Inexistencia de norma que obligara a Ana Fernández a inspeccionar el 100 por ciento de los locales de baile antes del 31 de agosto del año 2004.

Refiere que “*...el 71 % del relevamiento de los locales de baile que me he preocupado por describir con detalle en mi alegato, demuestra inequívocamente que la tarea efectivamente se concretó y estuvo direccionada en la misma línea de pensamiento que inspiró a la actuación 631”*.

Agrega que “***...lo que el Tribunal no ha clarificado en su resolución es que la Coordinación General a cargo de la Doctora Fernández tuvo fecha de vencimiento: 31 de agosto de 2004”***.

Y sobre ello, se pregunta “***¿Cómo puede explicarse el reproche fundado en que ‘debió inspeccionarse’ ese 100% mientras resultó ella coordinadora? ¿Con respaldo en qué norma jurídica se sostiene esa afirmación?”***.

En la misma línea, dice que “*...el modo y manera en que VVEE hubieran desarrollado un sistema inspectivo, o el plazo que se impone arbitrariamente para inspeccionar el 100% de los locales antes del 31 de agosto. ¿De que catálogo específico legal o técnico surge esta afirmación dogmática?”*.

Volviendo concretamente sobre la actividad desplegada por su defendida, manifiesta que en la construcción del reproche “*...el Tribunal, más allá de reconocer que la Doctora Fernández practicó 164 intimaciones a los locales de baile enumerados en el listado de bomberos aportados por Alimena, afirma (...) que ello fue solamente un ardid para enmascarar la voluntad de no cumplir*

con el requerimiento del funcionario de la Defensoría del Pueblo".

Refiere que "*VVEE le reprochan a la Doctora Fernández que estas intimaciones fueron realizadas 'sin efectuar ninguna verificación previa en base al padrón de habilitaciones'".*

Indica que la lógica de la sentencia es autocontradictoria, pues "*...por un lado, estructuran un cargo basado en la supuesta omisión de mi asistida por no haber inspeccionado el 100% de los locales de baile en el lapso de 3 meses. Plazo arbitrario, ya que no existe norma que lo establezca.(...) Y por otro lado, viendo VVEE que las intimaciones que reclamaba la Actuación 631 fueron cursadas y notificadas por la UPI en un lapso muy breve* ***(15) QUINCE DIAS*** *desde su ingreso al organismo, le reprochan el no haber verificado la autenticidad de los datos aportados por Alimena antes de remitir dichas intimaciones*" (sic).

Tras hacer alusión a los tiempos burocráticos y de detallar a modo de ejemplo el trámite que llevó la actuación 359 de la Legislatura (de acuerdo a lo que se desprende de fs. 13373 y vta., 13374, 13375, 13389 y 13405), concluye la idea señalando que "*...de haber implementado el criterio que VVEE ex post facto pontifican, el requerimiento de Alimena no hubiese podido ser atendido ni siquiera durante la existencia de la UPI".*

2.b.2. Valoración parcializada de los testimonios de Carolina Albela, Walter Entelman, Carmen Prusak, Carlos López y Ana Taboada.

En este apartado se refiere a lo inherente a la remisión que se hacía a la Subsecretaría de Control Comunal de los informes de inspección confeccionados y del resultado de las intimaciones.

Respecto del testimonio de Carolina Albela, indica el recurrente que "*...VVEE olvidaron mencionar que la testigo afirmó que además de haber remitido en el mes de junio a la Subsecretaria la planilla Excel con el resultado de las intimaciones concretadas en relación a la actuación 631, también remitía a dicho organismo semanalmente un listado con todos los locales bailables que se habían inspeccionado durante el fin de semana, con el número de disposición correspondiente (intimación o clausura)".*

Y en lo referente a la caja donde se archivaban los

resultados de las intimaciones, manifiesta que *"Albela también explicó, ante insistentes preguntas de la defensa del Dr. Torres, que con posterioridad a la mudanza de oficinas de Lavalle a la Av. Patricios ella vio esa misma caja arriba de un armario en el Área Técnico-Legal, en la DGFyC"*.

Sin embargo, destaca que los jueces hacen referencia a "parte" de lo declarado sobre el punto por Walter Entelman *"porque sólo hacen mención al conocimiento que el testigo refirió tener de la caja donde se archivaba esta documentación mientras la UPI se encontraba en la calle Lavalle"*; pero aduce que no se dice nada acerca de que Entelman también observó la caja en las oficinas del edificio de la Av. Patricios, es decir, en la sede de la DGFyC.

Reproduce secuencias de la audiencia donde el Presidente del Tribunal habría reconocido lo declarado por Entelman sobre la caja azul, y concluye que *"...evidentemente VVEE han omitido hacer mención a esta parte del testimonio de Entelman"* y que *"...estas omisiones se encuentran relacionadas con la construcción elaborada por VVEE según la cual esta documentación fue 'resguardada' de tal manera que* ***NADIE*** *(léase Torres y Fiszbin) pudo acceder a la misma para 'enterarse de su existencia y/o realizar el seguimiento correspondiente'"*.

Sobre el punto, manifiesta el recurrente que *"VVEE, mediante un mecanismo arbitrario y tendencioso inducen la conclusión que la Subsecretaria nunca fue informada del resultado de las intimaciones practicadas por la UPI"*.

En la misma línea, señala que el Tribunal *a quo* también omitió ponderar *"la declaración que prestara ante ese Tribunal la Dra. Prusak, Jefa de Asesores de la Subsecretaria de Control Comunal"*. En ese sentido, el recurrente reproduce las manifestaciones de Prusak relativas al reconocimiento de la ardua tarea que se estaba realizando con el listado de bomberos remitido por Alimena y con el padrón de habilitaciones.

Resalta que entonces *"...este conocimiento de la desactualización del padrón fue dado por la planilla elaborada por Albela, quien en el mes de Junio se la remitió a la Subsecretaria, de la mano de la Dra. Varone"*.

Asimismo, manifiesta que *"...estos testimonios, el de Albela y el de Prusak, refrendan las afirmaciones que mi asistida hiciera en oportunidad de declarar ante este Tribunal"*, en cuanto

a que Fiszbin fue informada mediante la planilla sobre la gestión de la UPI en el mes de junio de 2004.

Explica que su defendida acreditó tales extremos leyendo parte de la versión taquigráfica de lo expuesto por el Jefe de Gobierno ante la Legislatura de la Ciudad con fecha 28 de enero de 2005 donde hacía referencia a la mentada planilla. Alude a la prueba 33 Anexo X.

Apunta que "*...en su intento por negar o al menos poner en duda el conocimiento que la Lic. Fiszbin tenía de la tarea que desarrollaba la UPI respecto de los locales de baile, VVEE también omitieron mencionar que Albela, durante su exposición ante el Tribunal, afirmó que la Subsecretaría era informada constantemente*".

Resalta los dichos del testigo Carlos Heraldo López de los cuales se desprende la remisión de los informes de inspecciones a la Subsecretaría de Control Comunal por intermedio de Díaz y Cozzani, como asimismo las manifestaciones de Ana Taboada inherentes al informe especial que se elaboraba respecto de los locales que se habían inspeccionado los fines de semana y también llegaban a conocimiento del área aludida.

Tras destacar que el Tribunal *a quo* omitió insertar estos testimonios en su razonamiento, se agravia al decir que "*...la omisión se torna grave dado que al concluir que la Subsecretaría carecía de información respecto de la actividad desarrollada por la UPI en relación a los locales de baile (intimaciones e inspecciones) dejan al descubierto su absoluta parcialidad y arbitrariedad, pues lo que se pretende en realidad es dejar* ***instalada una sensación:*** *que la Subsecretaria no era debidamente informada de las tareas que desarrollaba la UPI respecto de los locales de baile*".

2.b.3. Violación a las reglas de la lógica. Se reconoce que se inspeccionaron el 70 por ciento de los locales de baile y se establece que con ello no desaparece la omisión penalmente relevante.

Al respecto, sostiene que "*VVEE reconocen que hasta el 31 de agosto de 2004, sin recursos humanos, sin recursos materiales, sin recursos informáticos, sin recursos físicos, la UPI inspeccionó el 70% de los locales del listado de bomberos aportado por Alimena*" y agrega que "*VVEE afirman que no sólo se debía*

inspeccionar el listado de bomberos sino ir más allá e inspeccionar a aquellos locales que desarrollaban la actividad de baile y no se encontraban detallados en ese listado".

Manifiesta que la sentencia no puede dejar de reconocer —porque las evidencias son abrumadoras- que la UPI relevó hasta el 31 de agosto el 70 por ciento de los locales del listado de bomberos, e indica que "*...como de este reconocimiento se deriva la falta de omisión en el cumplimiento del deber por parte de la Doctora Fernández, deber éste que se encontraba enmarcado por el plexo normativo vigente durante el año 2004,* ***en el que no se contaba la Actuación 631****, a la que VVEE, en un acto cuasi legislativo, le han otorgado la entidad de máxima norma a cumplir por la UPI, vuelven sobre sus pasos y exigen la inspección de TODOS los locales de baile de la Ciudad de Buenos Aires".*

Agrega que "*...mi asistida probó que* ***no sólo atendió la Actuación 631*** *—relevando hasta el 31 de agosto el 71% del listado de bomberos-,* ***sino que también su tarea se extendió a aquellos locales que no se encontraban incluidos en el mismo y que desarrollaban la actividad de baile con o sin habilitación para ello****".*

2.b.4. Omisión de valorar las manifestaciones vertidas por Ana Fernández en su declaración indagatoria en cuanto a que tuvo que hacerse cargo de inspecciones en partidos de fútbol y recitales en estadios, como así también de los testigos que abonaron dicha afirmación.

En tal sentido, indica que su asistida dijo que "*la UPI también debió hacerse cargo de controlar áreas que no le correspondían inspeccionar. Puntualmente me estoy refiriendo al control de los espectáculos deportivos (****partidos de fútbol****) y artísticos (****en especial recitales****) que se desarrollaron en la Ciudad de Bs.As. Todo esto hasta el mes de Julio, mes en el que el Área de Contralor de Espectáculos Públicos, asumió estas tareas".*

Continuando con lo dicho por la Dra. Ana Fernández, el recurrente señala que la nombrada depuso en el debate que "*...tengamos en cuenta que estas actividades (****los partidos de futbol y los recitales****) se desarrollaban fundamentalmente durante los fines de semana, hecho éste que incidía directamente sobre la cantidad de inspectores disponibles a efectos de llevar adelante inspecciones nocturnas a locales de baile...".*

De esta manera, se agravia concretamente porque "*VVEE no valoraron las declaraciones de mi asistida, así como tampoco merituaron las declaraciones de aquellos testigos que corroboraron las palabras de la Dra. Fernández*".

En esta última dirección, destaca las declaraciones brindadas en el debate por Mario Esteban Mazzilli y Marcela Velazco, quienes, según su tesitura, abonan las manifestaciones de la imputada.

Y finalmente resalta que "*...esto no es una cuestión menor, ya que ésta actividad* [por el fútbol] *se desarrollaba justamente durante los fines de semana, momento en el cuál también se debían inspeccionar las actividades nocturnas*".

2.b.5. Errónea afirmación del fallo en cuanto atribuye prioridad al tratamiento de la Actuación 631 pese a la inexistencia de norma legal que así lo imponga. Omisión de valorar el contenido de los decretos de necesidad y urgencia nros. 3/2003 y 2724/03 que establecen la obligación de verificar la venta de alcohol en kioscos en cabeza de la UPI.

Tras resaltar que la sentencia le reprocha a su asistida el no haberle otorgado prioridad a la Actuación 631 por sobre otras actividades, se agravia al decir que "*...cabe resaltar que no existe en la actualidad, ni existió durante el año 2004, normativa alguna que impusiese la obligación legal de otorgarle prioridad a las solicitudes que efectuaba la Defensoría del Pueblo al Gobierno de la Ciudad por sobre la de otros organismos estatales*".

Resalta que "*VVEE, debieron valorar que el Decreto de Necesidad y Urgencia Nº 3/2003 (B.O. 1831) establecía una concreta obligación respecto de la verificación de la prohibición de la venta de alcohol en kioscos...*".

De igual modo, afirma que "*VVEE omitieron valorar que el Decreto 2724/03 (B.O.1842) ponía en cabeza de la UPI la función de hacer cumplir esta prohibición*".

De esta manera, se agravia porque el Tribunal *a quo* elabora "*...un argumento cargoso en base a una requisitoria que no detentaba plazos ni obligación legal de atender como prioritaria*", esto último en relación a la Actuación 631.

2.b.6. Valoración arbitraria respecto del cumplimiento de la normativa vinculada a la prevención de incendios. Inexistencia

de norma o reglamento que determine la obligación de crear un sistema de control sobre los vencimientos de los certificados de bomberos.

Con relación a ello, comienza citando la parte de la sentencia que afirma que no se advierte que "...*el cumplimiento de la normativa vinculada a la prevención de incendios haya sido una prioridad*".

Resalta las manifestaciones contrarias sobre el punto vertidas por los testigos Carlos Heraldo López, Paula Trunzo, Mario Mazzilli, Roson y Marcela Velazco.

Se agravia concretamente al señalar que "*VVEE generan una obligación cargosa contra mi asistida (crear un sistema de control de los vencimientos de certificados de bomberos) donde no existe norma o reglamento que así lo determine*".

Indica que a su asistida se la condena "...*aún reconociendo que muchos locales de baile fueron inspeccionados durante su gestión, con el argumento que el cumplimiento de las obligaciones de funcionario público se entiende como un término absoluto*" y destaca que "*VVEE, arbitrariamente, determinan que un cumplimiento parcial resulta finalmente incumplimiento*".

2.b.7. Arbitrariedad en el análisis de la prueba documental vinculada a la actividad de Ana Fernández con relación a los locales de baile.

Particularmente se refiere al tramo del fallo impugnado en el cual se afirma que los locales que presentaban certificados de bomberos vencidos no eran controlados, que aquellos que estaban cerrados no eran vueltos inspeccionar y que no se controlaban los que desvirtuaban el rubro de la habilitación.

Con relación a este agravio, el recurrente comienza señalando que "*VVEE afirman que responder a otras denuncias que no fuera la de Alimena resultan 'circunstancias totalmente fortuitas', restándole relevancia a inspecciones efectuadas por requerimientos de Fiscalias o Juzgados contravencionales*".

Cita como ejemplo el caso del local "New York City" clasurado por la UPI a partir de un requerimiento de la Justicia Contravencional.

En este punto, el recurrente analiza el tratamiento que se le dio en la sentencia a las inspecciones de distintos locales de baile e intenta demostrar, caso por caso, como el Tribunal *a quo*

ha valorado arbitrariamente la prueba documental.

Como ejemplos de locales que en la sentencia se le reprocha una demora en la inspección destaca los supuestos de los comercios sitos en Ayacucho 1891, Av. Córdoba 634 y Saenz 459, y afirma, en base a la prueba documental, que el tribunal ha falseado la realidad.

Asimismo se agravia del párrafo de la sentencia que sostiene que algunos locales que estaban cerrados no eran vueltos a visitar y que pone como ejemplo el caso de los comercios situados en Defensa 550 y Comodoro Rivadavia 1640.

Respecto del primero, dice el recurrente que de la prueba 324 surge que la inspección se realizó el 1 de agosto pero que no hubo tiempo de volver a inspeccionarlo porque la UPI fue disuelta el día 31 de ese mes.

Y con relación al local sito en Comodoro Rivadavia 1640, expresa que conforme la misma prueba documental el 8 de agosto se constató que estaba en condiciones de seguridad e higiene para funcionar.

En la misma línea, resalta otro párrafo de la sentencia que sostiene que el local sito en Scalabrini Ortiz 670 denominado "Marqueé" fue encontrado cerrado sin que se haya regresado en ese año conforme el informe nro. 2887/04; sin embargo, dice que el *a quo* omitió referirse a la prueba 324 de la cual surge que el local estaba en "estado de abandono manifiesto".

Asimismo, el recurrente vuelve contra la sentencia y resalta que "...*siguen VVEE afirmando que la UPI no controlaba adecuadamente aquellos locales que posiblemente desvirtuaran el rubro para el cual estaban habilitados, al inspeccionarlos en horarios en que evidentemente la actividad de baile no se desarrollaba. Y citan varios ejemplos: Montevideo 783, Mariano Acosta 13, Mitre 2737, entre otros*".

Analiza caso por caso y detalla las clausuras en definitiva dispuestas sobre esos locales conforme a la prueba nro. 324.

Así, concluye diciendo que "...*quedan expuestos entonces los arbitrarios y equívocos fundamentos que VVEE han incoado en contra de mi asistida*".

También se agravia del párrafo de la sentencia que sostiene que "...*no se advierte ni por los informes de inspección*

en horario diurno, ni en los casos en que se dictaron disposiciones de clausura, que estas obedezcan a que desvirtuaran el rubro desarrollando la actividad que se predica fiscalizaban" y que brinda como ejemplos a los locales sitos en Federico Lacroze 1646 del 19/4/04; Montevideo 783 del 13/5; Rivadavia 7523 del 8/6/04, entre otros.

Describe toda la actividad desplegada por su asistida respecto de esos locales apoyando sus afirmaciones en las pruebas 324 y 18.

De esta manera, señala que "*...queda evidenciado que VVEE han procedido de manera tendenciosa al construir argumentos de cargo sobre afirmaciones de contenido falso*".

En el mismo sentido se agravia del pasaje del fallo que sostiene que "***...sólo basta observar para afirmar la renuncia a cualquier actividad fiscalizadora****, lo actuado a partir del diligenciamiento de las notificaciones, se las guardaba — en una caja azul cuando había respuestas-, aún cuando muchos de los requeridos presentaban certificados de bomberos vencidos"* y que alude a modo de ejemplo los casos de los locales sitos en Cabrera 3046/48, Córdoba 634, La Plata 731/35, Riobamba 345, Rivadavia 3620, Sáenz 459 y "Cemento".

Con relación a ello, dice que el Tribunal *a quo* vuelve a tomar distancia de la realidad, afirmación que intenta demostrar analizando todos los casos de conformidad con las pruebas 19 y 324.

Refiriéndose puntualmente al caso del local "Cemento" sito en Estados Unidos 1248/50 propiedad de Omar Chabán, señala que "*...al igual que el resto de los locales de baile, fue intimado por la Doctora Fernández a efectos que presentara la documentación habilitante de su actividad*".

Alude a la prueba 19 de esta causa donde obra agregada la Nota 42441/DGVH/99 y a la foja 53 de esa actuación donde obra el informe de inspección de fecha 20/04/03 *y* tras describir la actividad desplegada sobre este establecimiento expresa que "*...la UPI, **en 2 meses**, sin recursos humanos suficientes, sin sistema informático de seguimiento de actuaciones, sin elementos materiales adecuados, reguló la adecuación a la normativa relativa al certificado de bomberos del **Cemento***".

En otro aspecto, se agravia del párrafo de la sentencia

que afirma que existían "*...comercios que no presentaban el citado certificado porque justamente acompañaban habilitaciones para funcionar con otro tipo de actividad, que no estaba incluida en la Ordenanza N° 50.250,* ***pero ello no era objeto de verificación con una inspección***" y que cita los ejemplos como el caso de Libertad 1161 y Rivadavia 2217.

Al igual que para los supuestos anteriores, el recurrente analiza esos ejemplos y dice que el local de Libertad 1161 fue "*...inspeccionado el* ***15 de agosto****. Los inspectores actuantes labraron un acta de infracción. Informe 10.535/04* ***(Prueba 45)***".

Respecto del inmueble sito en Rivadavia 2217, señala que *fue "...inspeccionado el* ***14 de agosto*** *en el marco de un operativo nocturno"* y que "*...los inspectores actuantes informaron que 'pudimos constatar que en el lugar existe un local de las cadenas de farmacias Farmacity'. Informe 10.543 (****Prueba 324****)*".

2.c. Arbitrariedad en la valoración de los informes de auditoría realizados sobre los organismos de control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2.c.1 Valoración parcial del memorando emitido por la Dirección de Asuntos Institucionales y Partidos Políticos de la Auditoría General de la Ciudad del 29 de diciembre de 2004.

Al respecto indica que "*VVEE citan párrafos aparentemente cargosos omitiendo deliberadamente analizar el texto en su conjunto*".

En esa dirección, el recurrente cita el párrafo de la sentencia que alude al memorándum emitido por la Dirección General de Asuntos Institucionales y Partidos Políticos de la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires, del 29 de diciembre de 2004 -sobre n° 263 del índice de prueba-.

Sobre el punto, señala que "*VVEE olvidaron mencionar que el memorando de la Auditoría General explica que desde el año 2001, con la intervención de la DGVH, se dieron de baja las inspecciones rutinarias debido a las reiteradas irregularidades que se habían detectado en cámaras ocultas de medios de comunicación, estableciendo que a partir de ese momento (AÑO 2001) los inspectores concurrían sólo a los locales que les asignaba la superioridad por haber recibido alguna denuncia*".

Resalta que, de todos modos, "*Ana Fernández fue designada coordinadora de la UPI en enero de 2004, de manera tal que dicha*

decisión mal se le puede imputar a mi asistida".

Asimismo, se agravia del párrafo de la sentencia que, también con relación a ese informe, sostiene lo siguiente: "...*el Informe Ejecutivo sobre la situación del Gobierno de la Ciudad en lo referente a la Política de Habilitación y Verificaciones señala que el área aludida carece de una política adecuada en la materia y que así lo evidencian los múltiples cambios de áreas, organismos y responsables, que han tenido por consecuencia que la ciudad no disponga de información cierta sobre los comercios habilitados ni sobre su situación de seguridad*".

Sobre ello, indica el recurrente que "...*si se lee con atención el párrafo del Informe Ejecutivo transcripto, se podrá observar que donde el Tribunal escribió '**el área aludida**' en realidad dice '**el Gobierno de la Ciudad**', modificándose de esta manera sustancialmente el responsable de tales falencias, dado que claramente la Auditoría entiende que la decisión respecto de cambios de áreas, organismos y responsables se encuentra en cabeza de la superioridad y no de instancias inferiores como la representada por la UPI o la DGFyC*" (sic).

Y agrega "...*es más, el informe de la Auditoría General de la Ciudad, en el punto citado por el Tribunal, concluye con una remisión a lo que se denomina '**breve historia**' de estos cambios que comienza en la foja 3 del informe y se extiende hasta la 5, y en las cuales se detallan todos los decretos que fueron modificando el área de inspecciones desde el año 1999 hasta el 2004, un total de 10 Decretos, todos ellos dictados por el Jefe de Gobierno, por supuesto*".

2.c.2. Valoración arbitraria efectuada respecto de una serie de informes de Auditoría General que fueron ponderados en la sentencia y versan sobre otros rubros de actividad.

En tal sentido, destaca que la sentencia en base a informes de Auditoría pone de relieve la falta de planificación de las inspecciones, la inexistencia de padrones actualizados y la excusa brindada por los funcionarios de la UPI y la UERA acerca de la falta de conocimiento de dichos informes.

Al respecto, destaca que "...*cabe señalar que la valoración de la prueba realizada por VVEE resulta arbitraria ya que omitieron especificar que los informes de la Auditoría General citados (Guarderías Infantiles, Geriátricos, Hoteles) fueron*

llevados a cabo durante los años 2001 al 2003. ***Es decir que no hacen referencia a la actividad desplegada por la UPI"*.**

Vinculado con ello, transcribe un pasaje de la sentencia que alude a un informe de "Guarderías Infantiles" confeccionado en el año 2004 y manifiesta que "*...lo que se desprende de estos párrafos es que estas conclusiones se refieren al año 2004, es decir resultarían estimables respecto de la situación procesal de mi asistida hasta el 31 de Agosto de 2004*".

Agrega que "*...sin embargo, si VVEE se hubiesen tomado el trabajo de leer con detenimiento el Informe Final de Auditoría Proyecto Nº 5.03.09 Guarderías Infantiles, podrían haber observado que el mismo se encuentra fechado en* ***Junio de 2004****, pero que sus observaciones y conclusiones corresponden a la Auditoría que se llevó a cabo del 01/08/02 al 31/12/02, sobre la ex DGVyC y* ***que en NINGUNA de sus 24 fojas se menciona a mi asistida****. VVEE omitieron considerar que este informe no analiza la tarea desarrollada durante el año 2004"* (sic).

Relacionado con el mismo punto continúa diciendo que "*VVEE tampoco merituaron el Dictamen Nº 60/04 de fecha* ***14 de Junio de 2004:*** *'Dirección General de Verificaciones y Control. Guarderías Infantiles. Auditoría de Gestión. Período 2002.'* ***fojas 40.781 (prueba 43)****. Dictamen éste que forma parte de las actuaciones relativas al informe que estamos analizando"* (sic).

Cita textualmente los pasajes de ese dictamen que no habrían sido valorados, y que ponen en evidencia las limitaciones que presenta el informe de Auditoría, como asimismo la conclusión a la que arriba respecto a que no existían elementos de juicio que permitan recomendar el inicio de actuaciones en sede administrativa.

Y señala que "*...no solo VVEE han interpretado erróneamente el Informe Final de Auditoría de Guarderías Infantiles, sino que han eludido mencionar y analizar el Dictamen 60/04 inserto en estas actuaciones, en claro detrimento de la situación procesal de mi asistida*".

También vinculado a este punto, se agravia porque "*VVEE han omitido valorar que a* ***fojas 61.599*** *obra agregada Providencia Nº 6111-UPI-2004, mediante la cual mi asistida contestara oportunamente la requisitoria de la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires, en relación a 'Guarderías Infantiles'"* y porque

*"VVEE omitieron analizar el Dictamen Nº 53 de fecha **18 de mayo de 2004** 'Dirección General de Verificaciones y Control. Uso del Espacio Público. Auditoría de Gestión. Período 2003', obrante también a **fojas 40.781 (prueba 43)**".*

En referencia a esto último, señala que "*...este Dictamen, además de reiterar las limitaciones al alcance de la auditoría por la falta de acceso a la documentación de la ex DGVyC dado que todas las actuaciones se encontraban bajo la órbita de la Escribanía General del Gobierno de la Ciudad, no sólo desaconseja recomendar la promoción de acciones de naturaleza administrativa y/o judiciales, sino que va más lejos aún y avala 'la recomendación del equipo auditor sobre la necesidad de realizar una **nueva auditoría**, en un tiempo prudencial y a los mismos efectos, dentro del organismo fuera de nivel denominado Unidad Polivalente'*".

Indica que "*...tal como surge nítidamente de ambos dictámenes la Auditoría General reconocía la imposibilidad de precisar con certeza responsabilidades por parte de los funcionarios, dado los continuos cambios de estructuras y la imposibilidad de acceso a documentación que, a partir de la disolución de la ex DGVyC permanecía en otra órbita del Estado, hecho éste dispuesto por un acto resolutivo de una autoridad superior*".

Manifiesta que además "*...el Dictamen 53 recomienda realizar una nueva auditoría, y para ello específicamente destaca que la misma debería realizarse en un tiempo prudencia*l". Resalta que las fechas de ambos dictámenes, 18 de mayo y 14 de Junio de 2004, respectivamente, datan de mucho tiempo antes de la tragedia.

Agrega que "*VVEE destacan también que durante el año 2004 la Auditoría General realizó el seguimiento de otros informes realizados en años anteriores respecto de geriátricos privados y hoteles contratados por el Gobierno de la Ciudad, ambos informes hacen referencia a Auditorías concretadas durante el año 2001*".

2.c.3. Valoración parcializada del testimonio del licenciado Matías Barroeataveña. Inexistencia de norma que obligue a Ana Ferández a actualizar el padrón de habilitaciones.

En este punto, refiere que "*...en el Dictamen referido a Hoteles contratados por el Gobierno de la Ciudad, firmado por el Presidente de la Auditoría General Dr. Barroetaveña, se afirma que*

la UPI no contestó las notas remitidas al organismo".

Manifiesta que *"VVEE han omitido valorar integralmente el testimonio que brindara ante este Tribunal el Lic. Barroetaveña".*

Explica que *"...efectivamente, en dicha oportunidad el testigo fue interrogado respecto a estos dictámenes, en particular al de fecha 30 de diciembre de 2004, firmado por él, y referido a la auditoría de seguimiento de hoteles".*

Destaca que *"...el testigo no supo contestar el interrogatorio de esta defensa referido a los fundamentos de su afirmación según los cuales la Doctora Fernández no contestaba los requerimientos de la Auditoría General, confrontado con la evidencia de la efectiva respuesta brindada por mi asistida".*

Agrega el recurrente que, por su parte *"...la Auditoría General ratificó que la Doctora Fernández dio respuesta a los requerimientos de dicho organismo, remitiendo las providencias que mi asistida les girara oportunamente".*

En tal sentido, apunta que *"...a fs. 61.603/04 obra agregada la respuesta que la UPI, mediante Providencia 7258-UPI-2004, remitiera a la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires, y que -atento lo informado por dicho organismo- ingresara al mismo con fecha* ***3 de septiembre de 2004****. Mucho antes del* ***30 de Diciembre*** *de 2004".*

Y se agravia concretamente al decir que *"VVEE evidentemente no introducen esta información en el razonamiento y no hacen referencia alguna a la misma en la sentencia que estoy impugnando, en claro detrimento del principio de inocencia que debe primar en todo proceso judicial a favor del imputado. Por el contrario, el Tribunal construye un cargo en contra de mi asistida en base a citas parciales y descontextualizadas de informes confeccionados por la Auditoría General de la Ciudad que no se refieren al funcionamiento y control de los locales de baile clase C".*

En este último aspecto, refiere que *"...es así que VVEE, omitiendo relevar la prueba en su totalidad y con un sesgo marcadamente arbitrario"*, llegan la conclusion de que a partir de los informes se puede afirmar una falencia común a todas las actividades como ser la falta de planificación de inspecciones y la inexistencia de un padrón actualizado.

Indica que *"...en cuanto al primer reproche ya he probado*

acabadamente que no se le puede achacar a mi asistida".

Y resalta que "...*mucho menos pueden VVEE achacarle a la Doctora Fernández '**la inexistencia de un padrón actualizado**', toda vez que no se encontraba dentro del marco de su competencia la actualización del padrón de habilitaciones de la Ciudad de Buenos Aires. Este es un reproche que debió haber sido dirigido al responsable de la Dirección General de Habilitaciones y Permisos*".

Finalmente destaca que no existe norma alguna que impusiera a su asistida la actualización del padrón.

2.c.4. Valoración arbitraria del informe de auditoría 002/DGFCYC/2005 realizado por Hugo Fernández.

Al respeto, señala que "...*para finalizar su construcción cargosa el Tribunal hecha mano del Informe 002/Auditoría/DGFyC/2005, confeccionado el 24 de enero de 2005 (**DOS MESES** después de la tragedia de Cromañón) por Hugo Fernández, quien había sido designado Auditor Interno de la DGFyC por el Dr. Gustavo Torres, esto mediante Disposición 424-DGFyC-04*".

Se agravia al decir que los Sres. Jueces citan "...*un informe (el de Hugo Fernández) al que el mismo Tribunal califica de 'fallido' pero que es utilizado a los efectos de construir su lógica condenatoria*".

2.d. Valoración arbitraria de la prueba relativa al informe de Auditoría 10 efectuado por la contadora Adriana Rudnitzky.

2.d.1. Inhabilidad del informe 10 como prueba de cargo.

En este sentido, el recurrente manifiesta que "...*resulta paradigmático el modo en que el Tribunal le otorga entidad a un informe de auditoria que no solo presenta fallas de orden técnico y formal que lo inhabilitan como prueba de cargo —fallas estas acreditadas por mi asistida durante el debate- sino que además fuera desacreditado tanto por la Auditoria General de la Ciudad de Buenos Aires así como por la Comisión Investigadora de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires*".

En primer término, destaca que "*VVEE han olvidado mencionar que dicha auditoría fue realizada durante los primeros tres meses del año 2004, es decir, inmediatamente después de producido el vaciamiento del área inspectiva*".

En segundo lugar, refiere que "...*la Doctora Ana Fernández realizó ante este Tribunal un minucioso examen de los principales*

puntos del mismo. Así, fue detallando las inexactitudes del Informe 10/04, al probar: que no tenía competencia para dictar la estructura interna del organismo, dado que el único que podía hacerlo era el jefe de gobierno, esto en base a los Decretos 1711/94 y 12/96".

Dice el recurrente que se probó que "*...resultaba imposible que la UPI hubiese elaborado y aprobado su manual de procedimiento en tan solo* ***3 meses de gestión*****".**

Destaca que se acreditó que "*...la Contadora Rudnisky -responsable de la elaboración del informe 10/04- confundió instancias internas de organización con mesas de entradas*"; extremo que se desprende "*...a partir de los testimonios que brindaran ante este Tribunal* ***Ana Taboada y Virginia Lamberta****, administrativas del área operativa durante el año 2004*", y que "*VVEE despreciaron valorar para evitar que el argumento cargoso se resquebraje*".

Señala que asimismo se acreditó que "*...la Contadora Rudnisky desconocía el procedimiento inspectivo de la UPI y las razones que determinaron que los equipos de inspección estuvieran conformados por 2 o 3 profesionales*"; agrega "*que de haber implementado las recomendaciones de Rudnisky por parte de mi asistida, se hubiera lesionado la calidad y transparencia de los actos inspectivos de la UPI*".

Expresa que "*...evidentemente tanto la Contadora Rudnisky como VVEE han evitado analizar la realidad del área al momento de ser auditada*"; razón por la cual se agravia cuando el Tribunal *a quo* resalta el valor probatorio del relevamiento realizado por Rudnistky.

Aduce que los sentenciantes relativizaron normas que regulan el procedimiento administrativo, concretamente "*la RESOLUCIÓN N° 31/SGCABA/2002 (B.O. 1458) Manual de Control Interno de la Sindicatura General de la C.A.B.A. y la Circular Nº 5/SGCBA/2003 (Boletín Oficial 1786) Instructivo para la Confección de los Informes de Auditoría Breves y Extensos - Unidades de Auditoría Interna- procedimiento de fiscalización- redacción de informes*" (sic).

Indica asimismo que "*...en este sentido se probó que el Informe 10/04 desconoció las prescripciones del Manual de Control Interno al no evaluar ni merituar la cuestión relativa a los*

recursos humanos y tecnológicos con los que la UPI debía afrontar la tarea encomendada por el Decreto 2116/03”.

De esta manera, señala que *“...quedó probado que la contadora Rudnisky no cumplió acabadamente con lo que establecía la normativa que regula la confección de los informes de auditoría (Circular Nº 5/SGCBA/03), la que dispone claramente que* ***el informe debe ser autosuficiente*** *para que el lector comprenda acabadamente la realidad del área auditada”.*

Asimismo, destaca la arbitrariedad en que incurre la sentencia cuando hace referencia al plazo otorgado en el informe 10 para que la unidad auditada presente su descargo.

Explica que *“..La propia Rudnisky reconoció ante el Tribunal que el plazo que dispuso para que mi asistida contestara ese informe fue de* ***72 horas****. Dicha nota tenía fecha cierta:* ***10 de mayo de 2004”.***

Resalta que en el debate *“...el contador Figueroa(..) dijo: ‘****Los plazos se fijan en días, no en horas. Generalmente se dan 10 o 15 días para contestar’”.***

Agrega el recurrente que *“...esta afirmación de Figueroa encuentra sustento en la normativa imperante en la materia. El MG1 (DECRETO 2028/79) en su Anexo IV PLAZOS PARA LA TRAMITACION DE ACTUACIONES dispone que (...) el plazo para la actuación se fija en* ***10 días*** *(los días se cuentan hábiles) Ordenanza 33.264 artículo 23 inciso a) B.M. 15.421”* (sic).

Por otro lado, apunta que *“****...entre el 10 de mayo*** *(fecha de remisión de las observaciones del informe 10 a la UPI para su contestación) y el* ***20 de mayo existieron 7 días hábiles”.***

Por lo tanto, expresa que *“...con esta nota la auditora cierra definitivamente la posibilidad de cumplir con los plazos estipulados por la normativa, y obstruye la posibilidad que mi asistida solicitara una prórroga para contestar las observaciones del informe 10/04”.*

2.d.2. Inexistencia de elevación formal del informe 10.

Asimismo, el recurrente se agravia concretamente del análisis efectuado en la sentencia en la cuestión inherente a la elevación formal del informe 10 a la Sindicatura General, al Secretario de Justicia y Seguridad Urbana, y a la Subsecretaría de Control Comunal.

En tal sentido, indica que *“...la Contadora Rudnisky*

afirmó que en los tres casos el informe 10 había sido elevado con un mismo número de nota: ***la nota 134"*****.**

Señala que del *"MG1 Decreto 2028/79 en su artículo 195, se desprende lo irregular de este accionar. Concretamente, me refiero al hecho que* ***a través de un mismo número de nota se notifique a tres organismos diferentes****"* (sic)**.**

Destaca que, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, el *"...hecho de que el Secretario haya conocido los fundamentos de este informe no implica su formal elevación"***.**

Explica el contenido de la medida de prueba realizada durante el debate, es decir, la contestación del GCBA obrante a fs. 65875 (providencia 1/87/DGTALMJYS/09), inherente al sistema único de mesa de entradas (Sume), y dice que a partir de ella *"...quedó acreditado que el Secretario de Justicia y Seguridad Urbana nunca recibió el informe 10 elaborado por la auditoria interna, ya que el sistema (SUME) impide que se dupliquen números de actuaciones"* (sic).

Y concluye el razonamiento, alegando que *"****...esto significa, ni más ni menos, que el informe adolece de otro defecto que lo inhabilita como prueba de cargo"*****.**

Agrega que el Tribunal *a quo "...para lograr cerrar el argumento recurre a ´prueba´ absolutamente lábil y construida sin ortodoxia, como el recibo que obra en la* ***prueba 31*** *del índice, recibo confeccionado manualmente y que ni siquiera tiene un sello que acredite que fue recepcionado por la Secretaria de Justicia y Seguridad Urbana"***.**

En otro aspecto, el recurrente vuelve sobre las críticas realizadas al informe 10 y dice que ésta *"...encuentra un correlato en las conclusiones a las que arribaron los Señores Legisladores en el marco del Juicio Político al Doctor Aníbal Ibarra y a las recomendaciones que emitiera la Auditoria General de la Ciudad"*. Alude a lo que se desprende de la prueba n° 320.

2.d.3. Arbitrariedad en la valoración de testimonios. Se otorgó preeminencia a los dichos de los empleados de la DGFYC en desmedro de aquellos que se desempeñaron en la UPI.

Por otra parte, aunque también relacionado con el informe 10, la defensa se agravia de la valoración que el Tribunal *a quo* efectúa del testimonio brindado por Martín Galante.

En este sentido, indica el recurrente que *"...para*

sostener este informe deficitario VVEE citan en apoyo las declaraciones de ***Martín Galante****",* en cuanto a que habría advertido la existencia de dos mesas de entradas (una de la UPI y una de la UERA) en el mes de octubre de 2004 al presentarse en la sede de la DGFyC sita en el edificio de la Av. Patricios.

De esta manera, expresa que las manifestaciones de este testigo *"...pierden consistencia para ser achacadas a mi asistida, toda vez que la UPI había sido suprimida dos meses antes de la llegada de Galante"*.

Continúa exponiendo que *"...respecto de las afirmaciones vertidas por Galante con relación al registro de los descargos producidos a raíz de los requerimientos cursados por la UPI, VVEE descartaron valorar los alcances del Decreto 2008/03, ampliamente desarrollado por mí asistida en oportunidad de declarar en el debate"*.

Transcribe esa norma que impone la obligación de caratular como registro toda documentación externa al Poder Ejecutivo que ingrese al GCBA y resalta las palabras que su pupila expuso sobre el punto ante el Tribunal relativas a la asignación de una nueva numeración para cada actuación que ingresa por la mesa general de entradas del GBCA en base a la normativa vigente.

En concreto se agravia entonces porque el Tribunal *a quo* omitió valorar *"...las disposiciones legales que rigen el procedimiento administrativo, y otorgaron entidad a la declaración de un testigo que claramente se encontraba inserto en el equipo de coordinadores de áreas que desempeñaban tareas en la DGFyC a la época del suceso principal que se pesquisa en la causa"*.

Además, manifiesta que *"VVEE han omitido valorar que* ***ninguno*** *de los testigos que prestaron declaración ante este Tribunal hicieron referencia a la situación de la mesa de entradas de la DGFYC planteada por Galante, ni siquiera sus compañeras de equipo lo acompañaron, me refiero a Lobo, Berkowski y Kuiyan"*.

Indica que *"...es justamente Kuiyan otro de los testimonios que VVEE utilizan para sostener los dichos de Galante y subsidiariamente los de Rudnisky"*.

Alega que *"Kuiyan* ***nunca*** *desempeñó tareas en la UPI, de manera tal que poco y nada pudo conocer en relación a la forma y manera como la UPI desarrollaba sus tareas"*.

Asimismo, se alza contra la sentencia del Tribunal *a quo*,

cuando se valoran los dichos de la testigo Roldan para certificar que "*...el registro de descargo no coincidía con el número dado a las actuaciones principales*".

Reproduce parte del interrogatorio efectuado a la nombrada en la audiencia, puntualmente, las manifestaciones que hacen referencia a que los números de los descargos tenían vinculación con las actuaciones principales, a que recién en el mes de julio se implementó un sistema informático (antes se trabajaba con una planilla de Excel) y aquellas relativas a que los funcionarios de la DGFYC nunca le solicitaron información sobre los procedimientos de la UPI.

De esta manera destaca que "*...la arbitrariedad de VVEE es manifiesta, pues se pone en boca de los testigos afirmaciones que no han formulado. Todo ello con el objetivo de sustentar la entidad de un informe de auditoría que evidentemente les resulta necesario sanear*".

En otro orden, expone que "*VVEE renunciaron a valorar lo dispuesto por el Decreto 2116/03 al momento de crearse la UPI en Noviembre de 2003. En particular respecto de los recursos informáticos de la DGVyC*". Alude concretamente al artículo 5 de esa norma.

Pero además, se agravia porque "*VVEE también despreciaron valorar los testimonios de aquellos que* ***SI*** *trabajaron efectivamente en la UPI*".

En este aspecto, hace referencia a parte de los testimonios de Héctor Soler, Carlos Heraldo López, Magali Cutiña y Viviana Bustos, particularmente en lo inherente a la inexistencia de un sistema único de seguimiento de actuaciones, a la falta de recursos humanos y materiales del área, como asimismo a las actividades desarrolladas en tales condiciones para cumplir con los plazos.

2.e. Violación al principio de legalidad. Construcción analógica de la obligación de deber cuyo incumplimiento tornaría típica la conducta. Imposición de plazos en materia de inspecciones.

Señala el recurrente que "*...resulta de toda evidencia que con relación a los locales de baile clase C no se verificaba un plazo concreto para su inspección*".

Expresa que "*...para conformar el cargo, nuevamente se*

recurre a la aplicación de la analogía, pero esta vez como una conducta lógica en el plano de la actividad administrativa, que por lo que sugiere la expresión, no debería tener incidencia en el terreno del análisis penal".

Al respecto, manifiesta que "*VVEE reprochan a los funcionarios que de la mano de aquello que no aplicaron, esto es* ***la analogía*** *para disponer de un plazo ´...incumplieron notablemente el deber de control...´*".

Sobre el punto el recurrente destaca que "*NINGUNA de estas 'faltas' puede serle imputada a mi asistida, pues no estaba dentro de su competencia efectuar actos legislativos (fijación de plazos de inspección dentro de la norma de locales de baile) ni dictar reglamentos en materia inspectiva. Su deber se encontraba limitado a cumplir con lo establecido por los decretos 2116/03, 37 y 1563/04*" (sic).

Se agravia concretamente del párrafo del mismo capítulo de la sentencia que sostiene que los funcionarios debieron recurrir a la analogía para fijar plazos para inspeccionar porque ésta no está prohibida en el derecho administrativo.

Con relación a ello, manifiesta que "*...se aprecia sin ambages la construcción del cargo, justificando la aplicación de la analogía en* ***malam parte*** *y en contra del imputado.* ***Se lea como se quiera, el recurso de acudir al instituto vedado es inocultable.*** *No había plazo, aunque se lo quiera crear con las recomendaciones de aquella conducta que debió ser implementada de acuerdo al cerrado prisma de los juzgadores*".

Refiere que "*...el principio de legalidad exige que, sobre todo en materia penal, la norma deba ser precisa. Esta exigencia de precisión se manifiesta, principalmente, a través de la prohibición de analogía, procedimiento por el cuál el intérprete extiende el alcance de una norma penal*".

Y concluye su agravio al decir que "*...haber recurrido a la construcción analógica de la obligación de deber cuyo supuesto incumplimiento tornaría típica la conducta, constituye una violación grave al principio de legalidad, consecuencia de un análisis arbitrario de la norma en cuestión y desmerece la vigencia del reproche de modo irremediable*".

3. Errónea aplicación del derecho penal sustantivo en relación a los principios de la jerarquía y competencia del

derecho administrativo, en tanto conforman el ámbito de la norma que subyace al tipo penal.

3.a. Principio de jerarquía.

Plantea arbitrariedad en el análisis de las reuniones de trabajo para la planificación de inspecciones, como asimismo en la valoración de la actividad desarrollada por su asistida.

Con citas de doctrina administrativista explica la diferencia entre concentración y desconcentración por un lado, y centralización y descentralización, por otro.

Expresa que "...*que dentro del Gobierno de la Ciudad la distribución de competencia encuentra sustento en el principio de desconcentración*".

Indica que "...*la jerarquía administrativa establece en cabeza del superior el ´derecho´ de impulsar, vigilar, controlar y avocarse a la actividad del órgano inferior, quedando éste último en un plano de subordinación respecto del superior*".

Sobre el deber del órgano inferior de cumplir las ordenes del superior, explica que "...*en el régimen actual la tesis más aceptada es la que determina el derecho del subordinado a controlar la validez formal y material de la orden*". Avala esta afirmación con cita de doctrina.

El recurrente se agravia pues cuando la sentencia hace mención a que Ana Fernández habría realizado manifestaciones durante el debate tendientes a demostrar que Fiszbin se habría "avocado" al tratamiento de la Actuación 631.

Con relación a ello, indica que "...*en primer lugar VVEE formulan una afirmación que no encuentra sustento en la realidad. Mi asistida declaró en tres oportunidades ante este Tribunal y en* ***NINGUNA*** *de ellas hizo referencia a una supuesta avocación de la Licenciada Fiszbin*".

Tras reproducir parte de lo declarado por su defendida, puntualmente en lo inherente a la decisión que había tomado la Licenciada Fiszbin de centralizar en la Subsecretaría la coordinación de los operativos nocturnos en la vía pública en el marco de la competencia otorgada por el decreto 2696/03 (anexo 4) y de las reuniones de trabajo que se iban a realizar en el despacho de esa funcionaria, el recurrente refiere que "*claramente la Doctora Fernández hizo referencia a la decisión que la Licenciada Fizsbin tomó a fines de marzo de 2004, dentro del marco*

de las facultades que le asignaba a ésta el Decreto 2696/03 y el principio de jerarquía".

Destaca que "*...la Licenciada Fiszbin, en su calidad de Subsecretaria de Control Comunal -órgano jerárquicamente superior a la UPI- no necesitaba recurrir a la figura de la avocación*".

Señala que "*en este punto se puede observar con claridad la implementación del principio de jerarquía y al mismo tiempo el de coordinación, ya que la Subsecretaria convocaba a esas reuniones de trabajo en el ámbito de su despacho a un representante de la Subsecretaría de Seguridad*".

Refiere que "*el principio de coordinación requiere para su efectivización la concurrencia de dos órganos con competencias materiales diferentes, no encontrándose presente entonces el principio jerárquico. **Se coordina entre iguales***" (sic).

Y concluye diciendo que "*...la convocatoria de la Subsecretaría de Control Comunal a la Subsecretaría de Seguridad es el mejor ejemplo de coordinación entre dos órganos que teniendo competencias materiales diferentes cooperan entre sí para alcanzar los fines previstos por el ordenamiento jurídico*".

Expone las manifestaciones realizadas por su asistida ante el Tribunal, en cuanto a las reuniones de los días lunes y la modalidad de trabajo que allí se efectuaba, concretamente cuando la nombrada explicó que a partir de las denuncias en las reuniones de los días lunes se decidían los locales que se iban a inspeccionar durante el fin de semana y que el listado era remitido desde la Subsecretaría de Control Comunal los días viernes.

Al respecto, indica el recurrente que "*...estas afirmaciones de mi asistida fueron ratificadas por los inspectores que declararon ante el Tribunal*" y resalta en tal sentido los dichos de Carlos Heraldo López, Paula Trunzo, Virginia Brizuela y Héctor Soler. En la misma línea cita las declaraciones indagatorias incorporadas por lectura de Rodrigo Cozzani (fs. 17093/115) y de Afredo Ucar (fs. 17837/vta.).

También cita los testimonios de Carmen Prusak, Ana Taboada, Carolina Albela y lo declarado por el imputado Gustavo Juan Torres en su indagatoria.

De esta manera expresa que "*...resulta claro que, desde fines de **marzo hasta diciembre de 2004**, la planificación de los*

operativos nocturnos se materializó en el ámbito de la Subsecretaría de Control Comunal, siendo la Licenciada Fiszbin, su asesor Ucar, el representante de la Subsecretaría de Seguridad - Loupias - el Coordinador Operativo de la UPI y luego de la DGFyC - Rodrigo Cozzani - los que de manera ***ininterrumpida*** *participaron de dichas reuniones de trabajo".*

Agrega que *"...la Doctora Fernández participó de las mismas hasta la disolución de la UPI, esto es hasta el 31 de agosto. Posteriormente el Dr. Lucangioli participó en su calidad de Director de la DGFyC y, luego de su renuncia, se integró el Dr. Torres a las mismas".*

Refiere que *"...la Licenciada Fiszbin (...) en uso de sus facultades jerárquicas ordenaba, dirigía, vigilaba y controlaba la actuación de la UPI —hasta agosto- y posteriormente la DGFyC hasta diciembre".*

Asimismo, el recurrente resalta cuál fue la evolución de las inspecciones de los locales de baile y de aquellos que sin contar con la habilitación correspondiente desarrollaban esa actividad (sindica la prueba 324) y al respecto manifiesta que *"dentro de los límites que le imponía el principio de subordinación, mi asistida contribuyó de manera importante a los efectos de otorgarle prioridad a la inspección de los locales de baile".*

Indica que *"...lo actuado a partir de septiembre no le puede ser imputado a mi asistida, toda vez que la Doctora Fernández había dejado de detentar la competencia en materia de poder de policía a partir de la disolución de la UPI el 31 de agosto".*

Destaca que *"...al contrario, la Doctora Fernández actuó dentro del marco de su competencia, así como lo hizo su superior jerárquico, y nada le indicaba que las órdenes que estaba recibiendo no revestían los requisitos formales que las hacían obligatorias para ella".*

En definitiva, resalta que *"...**la planificación del tratamiento de la actuación 631 y del resto de los locales de baile se imponía jerárquicamente desde Fiszbin hacia abajo**"* y refiere que *"ello fue reconocido por el propio Secretario de Justicia de Seguridad Urbana, Dr. Juan Carlos López, en ocasión de prestar declaración indagatoria (fs. 30.864/30.901)".*

3.b. Principio de Competencia.

Se agravia de la interpretación realizada por el Tribunal *a quo* respecto del principio de mención aplicado a la situación procesal de su asistida, haciendo referencia a la valoración errónea y parcializada del decreto 1563/04.

Dice que "***la incompetencia es la regla, la competencia es la excepción***".

Destaca que las funciones asignadas por el Decreto 1563/04 a la Dirección General Adjunta, eran "***...asistir al Director General de Fiscalización y Control en los temas de su competencia y reemplazarlo, en caso de ausencia***".

Resalta un pasaje de la sentencia que sostiene que hubo una continuidad de Ana Fernández en el ejercicio del poder de policía y que hace referencia a la ampliación de sus obligaciones mediante la disposición 424.

Al respecto, señala que "*...NUNCA un acto administrativo dictado por un inferior puede modificar el del superior. La disposición 424 no podía 'ampliar' las obligaciones que había fijado el Decreto 1563/04*" (sic).

Vuelve sobre otro párrafo de la sentencia donde se afirma que del análisis comparativo e integrando el decreto 37/04, el 1563 y la disposición N° 424 surge que Ana Fernández no cesó en el ejercicio del poder de policía.

Indica que resulta "*alejado de los principios jurídicos fundamentales de la organización administrativa el resultado del supuesto '**análisis comparativo**' presuntamente '**integrador**' de los decretos 37/04, 1563/04 y, posteriormente, la disposición número 424 al que VVEE arribaran*".

En esa dirección, expresa que "*VVEE han desdibujado el concepto de competencia que tan claramente expresa la doctrina en forma pacífica, o quizás —en el mejor de los casos- no han advertido que al decir de Hutchinson '**la competencia pertenece al órgano, no a la persona física que lo encarna**'*".

Señala que "*...el **31 de agosto de 2004**, la UPI fue suprimida y se creó por **decreto 1563/04** la Dirección General de Fiscalización y Control, DGFyC*".

Manifiesta que "*...el decreto de creación de la DGFyC estableció una dirección general y una dirección adjunta, designando al Doctor Oscar Lucangioli como director general y a la*

Doctora Fernández como adjunta".

Indica que "*...claramente, el decreto pone en cabeza del director general el poder de policía, y a la directora adjunta le asigna una* ***función específica****, cual es la de reemplazar al director general en caso de ausencia y una* ***función indeterminada:*** *asistir al director general".*

En cuanto a la función de reemplazo dice que "*...****el suplente carece por sí mismo de competencia****, la que será adquirida en ocasión de ejercer el reemplazo en el caso establecido por la norma".*

De esta manera, refiere que "*...la Doctora Fernández sólo asumió esas competencias luego de la renuncia del Dr. Lucangioli, por el breve lapso de 10 días que duró su suplencia****. No tenía esa competencia antes, ni la tuvo después. En consecuencia, no tenía aptitud legal de obrar".***

Asimismo, el recurrente hace mención a la otra atribución asignada a la Dirección Adjunta por el decreto 1563/04, esto es, asistir al Director General en los temas de su competencia.

Dice que "*...en este punto, nos encontramos ante un* ***concepto abierto*** *de asignación de funciones, que resulta indeterminado y que requiere de una definición que determine las responsabilidades concretas de la función".*

Destaca que "*...en este sentido, la asistencia únicamente puede ser ejercida en la medida que le sean delegadas funciones en forma expresa, hecho éste que será concretado en el mes de noviembre de 2004 por el Doctor Gustavo Torres, a través del dictado del acto* ***resolutorio 424".***

Con relación a esto último, explica que "*...mediante este acto administrativo el Director General, tal y cual lo expresa en el anexo V de dicho instrumento* ***delega ciertas y determinadas funciones*** *en la dirección general adjunta, las cuales revisten* ***mero carácter administrativo:*** *estructurar un sistema para impedir que se violen las clausuras vigentes, conformar las facturas del personal, supervisar su horario, supervisar que los inspectores concurrieran a las citaciones judiciales".*

Recuerda que el decreto 1563/04 que disuelve la UPI y crea la DGFyC en su artículo 2do establece la supresión del primero de los organismos mencionados y la transferencia de su patrimonio, personal y presupuesto al segundo.

Se agravia entonces porque *"VVEE han omitido referirse a este artículo, y esta omisión cobra importancia dado que resulta otro elemento que sustenta la inadmisibilidad del razonamiento esgrimido por VVEE cuando afirman que la Doctora Fernández detentó continuidad en el 'ejercicio de funciones relevantes que le asignaban responsabilidades primarias en aspectos vinculados al poder de policía'..."*.

Refiere pues que *"...el desempeño de mi asistida, al momento de los hechos del 30 de diciembre de 2004, no se hallaba en absoluto vinculado al ejercicio del poder de policía"*.

Así, el recurrente concluye diciendo que "***Ana Fernández a partir del 31 de Agosto de 2004 carecía de competencia que le permitiera disponer los actos cuya omisión se le endilgan***".

Indica que esta afirmación además encuentra sustento en *"...los firmes e incuestionables testimonios y expresiones de Carlos Heraldo López, Héctor Soler, Hugo Fernández, Claudia Molina Capdevila, Viviana Bustos, Walter Entelman, Carolina Albela, Carmen Roldan, entre otros"*.

Sostiene que el Tribunal *a quo* sorprendentemente omitió considerar esos testimonios *"...tornando de este modo más clara la arbitrariedad con que se juzgó la conducta de Ana Fernández"*.

4. Violación al principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional).

4.a. Tatamiento desigualitario de las situaciones procesales del coimputado absuelto Gustavo Juan Torres y Ana María Fernández.

En este sentido, expresa que *"...en el punto que VVEE desarrollan para considerar la situación procesal del Doctor Gustavo Torres, se pondera, en primer lugar, que el 26 de agosto de 2004 mediante el decreto 1563 se suprimió la UPI y la UERA y se creó la DGFyC, que en su inicio, estuvo a cargo de Oscar Lucangioli y, a partir del 12 de octubre, a cargo de Gustavo Juan Torres"*.

Refiere que *"...aquella mutación no es reconocida de igual manera al referirse a mi defendida a quien le sustrajeron toda competencia para el ejercicio de funciones de poder de policía el 31 de agosto de 2004"*.

Señala que *"...idéntica falta de criterio se advierte frente al tratamiento que VVEE otorgan a la '**falta de***

organización' *que alegaron heredar uno y otro funcionario".*

Al respecto, sostiene que "*...el Tribunal explica, en el punto* ***XXXVII. ´La situación de Gustavo Juan Torres´****, que al momento en que este ex funcionario se hizo cargo de la dirección, ésta '****se hallaba en un completo desorden debido a la mudanza hacia el nuevo edificio'".***

Como contrapartida, el recurrente resalta algunos párrafos del fallo que hacen referencia a la situación de su defendida, y donde se sostiene que las consecuencias de la disolución de la Dirección General de Habilitaciones y Control poco valor tiene a los fines de la imputación.

Se agravia entonces al decir que "*...este es el comienzo de una serie de afirmaciones mediante las cuales VVEE violentan el principio constitucional de igualdad ante la Ley consagrado por el artículo 16 de la CN y el principio de inocencia".*

Resalta que en otro pasaje del resolutorio los magistrados "*...supieron destacar que la instrumentación de un organigrama escrito '****sin lugar a dudas****' deriva en '****el más alto grado de eficacia en el cumplimiento de sus funciones****'".*

Para rebatir esta afirmación, el recurrente realiza una comparación de la actividad desarrollada por su asistida con los recursos que contaba y aquella desplegada por Torres en la DGFYC y dice que "*...el resultado de la compulsa nos muestra que Torres luego de dictar la Disposición 424, estableciendo el organigrama, con 126 inspectores y alrededor de 100 administrativos hizo* ***MENOS DE LA MITAD*** *de lo actuado por la Doctora Fernández durante los últimos dos meses de su gestión ante la UPI".* Menciona la prueba obrante a fs. 16660 y la n° 324 del índice.

Vuelve sobre otro pasaje de la sentencia relativo a la absolución de Torres y refiere que "*...no cabe lugar a dudas que la* ***reiteración*** *de inspecciones a los mismos locales es destacada por VVEE como una virtud de la gestión del Dr. Torres".*

Y se agravia porque "*...en lo que concierne a la Doctora Fernández, la* ***reiteración*** *es enfatizada como un defecto, como un síntoma de la falta de 'racionalización' que se le achaca a mi asistida".*

Continuando con el supuesto trato desigualitario en que habría incurrido el Tribunal en perjuicio de su asistida, indica el recurrente que "*...para explicar la absolución del Doctor*

Torres VVEE se ocuparon de detallar minuciosamente la lista de testigos que avalaron sus dichos acerca de la situación problemática, fruto de la desorganización y la escasez de recursos, que debiera afrontar el funcionario al momento de asumir sus funciones".

Plantea en tal sentido la valoración parcializada de los dichos de Carlos Heraldo López y de Viviana Bustos, en tanto no se aclaró que ellos también pusieron de resalto la escacez de recursos en la UPI. También la omisión de ponderar lo expresado sobre el punto por Carolina Albela.

Refiere que los magistrados sentenciantes *"...prescindieron de atender los dichos de los innumerables testimonios de inspectores (Carlos Heraldo López, Héctor Soler, Mazzilli, Trunzo, Roson) empleados de planta y administrativos (Entelman, Molina Capdevila, Ana Taboada, entre otros) que confirman que la situación operativa en la que debió moverse Ana María Fernández al asumir como Coordinadora General de la UPI resultó* ***peor*** *que la que Torres recibió, al asumir como Director General de la DGFyC"*.

Tras recordar que la cantidad de inspectores que tenía la UPI era menor que la DGFYC, señala que *"...sin embargo VVEE, a pesar de haber reconocido esta circunstancia, le exigen a la UPI lo que no le reclaman a la DGFyC"*. Por ello, refiere que queda evidenciado que *"...el tratamiento que el Tribunal concretara de la tarea de ambos imputados carece de ecuanimidad y equilibrio"*.

Asimismo, el recurrente transcribe un párrafo de la sentencia donde el Tribunal *a quo* valora un cúmulo de disposiciones dictadas por el imputado absuelto Gustavo Juan Torres.

Y sobre ello, se agravia al decir que *"...en su esfuerzo por destacar la actividad de Torres VVEE cometen un nuevo yerro, ya que de las* ***DIESISIETE (17)*** *Disposiciones enumeradas sólo* ***TRECE (13)*** *corresponden a* ***CLAUSURAS*** *concretadas por el Doctor Torres, el resto son* ***LEVANTAMIENTOS DE CLAUSURAS*** *dispuestas por la Doctora Fernández o el Doctor Lucangioli (Disposiciones 246-DGFYC-2004, 247-DGFYC-2004, 260-DGFYC-2004, 286-DGFYC-2004)"*.

Concretamente explica el caso de la disposición 260-DGFYC-2004 de acuerdo a lo que se desprende de la prueba nro. 324 y dice que a partir de ello no puede afirmarse que haya existido un

adecuado control de parte del Dr. Torres.

Por otra parte, se agravia el recurrente del párrafo de la sentencia referido a la situación de Torres que afirma que: "*...tampoco se puede soslayar que de todas las disposiciones suscriptas por Gustavo Juan Torres, al menos treinta de ellas brindan respuesta a tramitaciones y solicitudes que datan de la gestión de Ana María Fernández y que aún no habían sido resueltas*".

Indica que en la sentencia se citan como ejemplo 44 disposiciones dictadas por Torres supuestamente en el sentido indicado y respecto de ello señala que "*...como conclusión general puedo afirmar que de las* ***CUARENTA Y CUATRO (44)*** *Disposiciones citadas por VVEE, en sólo* ***CATORCE (14)*** *de ellas puede verificarse una demora de la UPI en resolver actuaciones*".

Para sostener su posición el recurrente detalla lo ocurrido con alguna de esas disposiciones.

4.b. Desigualdad al tratar el conocimiento de la Actuación 631 por parte de los funcionarios mencionados.

Por otra parte, el recurrente se alza contra el párrafo de la sentencia relativo a la absolución de Torres donde se sostiene que la situación de los locales de baile puesta de manifiesto en la denuncia de Alimena no era un tema incluido en la reuniones de los días lunes.

En esa dirección el agraviado destaca parte de lo declarado a fs. 17837 por Alfredo Ucar en ocasión de prestar declaración indagatoria y lo expresado en el mismo sentido a fs. 17093 por Rodrigo Cozzani; sobre ello que "*...al menos dos de las personas que asistieron a las reuniones de trabajo de los lunes en la Subsecretaría de Control Comunal, afirman que en estas reuniones uno de los principales temas a tratar era el de los locales bailables*".

Indica que el propio Torres en ocasión de prestar declaración indagatoria reconoció que en las reuniones de los días lunes se atendía la situación de los locales de baile.

También relacionado con el trato desigualitario que viene exponiendo, se agravia cuando el Tribunal *a quo* sostiene que Gustavo Torres desconocía todo lo actuado por la UPI en su momento respecto de locales de baile, en particular respecto de las intimaciones cursadas con motivo de la Actuación 631 puesto que

éstas habrían sido "resguardadas" en una caja azul.

Explica que sobre este tema en su alegato dijo que *"...tuvimos la oportunidad de escuchar el testimonio de la Dra. Berkosky, actual directora general de la DGFYC, quien en el mes de enero de 2005 firmó un informe en el cual daba cuenta del hallazgo de lo que ella denominó 'una caja azul'"* (sic).

Expresa que *"...al Ministerio Público le había llamado la atención la fecha de un informe que elaborara Berkowsky en el que daba cuenta del hallazgo de esta caja con fecha 3 de enero de 2005. El informe fue fechado el 27 de enero, 24 días luego de acaecido el suceso"*. Transcribe parte del interrogatorio producido en la audiencia donde el Fiscal General le pregunta a Berkowsky por la fecha del informe (27 de enero de 2005) y la testigo le responde que hizo el informe a pedido de la Dra. Lobo.

Sobre esta cuestión, señala que en realidad *"...este informe de Berkosky fue incorporado por el Dr. Torres entre la documentación que acompañó su primer declaración indagatoria, y constituye junto con el informe de la Dra. Kuiyan los elementos que introducen la versión de la caja azul en esta causa"*.

Continuando con este punto, cuestiona la declaración de María Angélica Lobo, al decir que lo manifestado en el debate fue distinto a lo que declarara en ocasión de prestar testimonio en el marco del juicio político de Aníbal Ibarra.

Explica que en su alegato mostró puntualmente cuáles eran las manifestaciones contradictorias de la Dra. Lobo que había vertido el día 15 de febrero de 2006 en la sala juzgadora de la Legislatura respecto de la caja azul y que se desprenden de la prueba 316, paginas 77 y 78.

De esta manera el recurrente se agravia concretamente porque *"VVEE ni siquiera han hecho mención a estos hechos que fueron expuestos con absoluta transparencia durante mi alegato"*.

Por otra parte y con relación al hallazgo del bibliorato que contenía el resto de las intimaciones a locales de baile, explica que *"...la Dra. Kuiyan, al igual que Berkosky en su momento, también había firmado un informe detallando el suceso del hallazgo"*.

Al respecto, el recurrente resalta que ese informe *"...fue aportado por la defensa del Dr. Torres como documental anexa a su declaración indagatoria"*.

Manifiesta que "*...el informe al que estoy haciendo referencia se encuentra firmado por la Dra. Kuiyan en calidad de sub coordinadora del área de intimaciones de la DGFyC, sin embargo la misma Kuiyan reconoció ante este Tribunal que el 5 de enero de 2005, fecha del informe, ella no ostentaba ningún cargo en la DGFyC. Lo que sí nos explicó es que en el mes de febrero fue designada como subcoordinadora de intimaciones. Ello sugiere que el informe se elaboró en febrero y no en enero como se pretende mostrar*".

Va concluyendo su idea sobre el punto y resalta que "*...en base a estas tres funcionarias y sus informes se construyeron la versión de la caja azul y su misteriosa aparición, tomando palabras que pronunciara la Dra. Lobo en la legislatura*".

Sin embargo, destaca que "*...esta historia quedó desarticulada frente a las declaraciones que prestaran ante este Tribunal la Dra. Claudia Molina Capdevila, el Dr. Walter Entelman y la Srta. Carolina Albela*". Trascribe parte de lo declarado por estos testigos sobre el punto.

Tras ello, el recurrente se agravia concretamente al decir que "*...contra toda la evidencia que acabo de reseñar, VVEE afirman que esta documentación se encontraba: '**al margen del trabajo de la DGFyC**'*".

En la misma línea, se alza contra el párrafo de la sentencia que afirma que no existían pruebas de que Torres tuviera conocimiento de la denuncia de Alimena.

El recurrente alega que ello es falso y hace referencia al Informe 1888-DGFyC-04 que obra agregado a fs. 66 de la carpeta Habilitaciones I (Prueba 18) que había mencionado en su alegato, dirigido a Gustavo Torres y que está caratulado "s/cumplimiento de la ordenanza 50.250 a locales de baile varios". Aduce que este informe fue reconocido por Lobo y Berkowski durante el debate.

En este punto, el recurrente señala que no alcanza a comprender cómo no resultaron relevantes para acreditar el conocimiento de Torres sobre la Actuación 631, cuando el propio imputado firmó un informe cuyo motivo expresa "s/listado de locales de baile clase c inspeccionados durante el año 2004" de fecha 26 de noviembre de ese año y en cuyo cuerpo central se hace referencia a la Actuación nro. 631, como así también al pedido de

informes de la Legislatura sobre medidas de seguridad en locales de baile de fecha 16 de noviembre del mismo año.

En el mismo sentido, destaca las actuaciones firmadas por Torres relativas al local "Cemento" de fecha 25 de noviembre de 2004 que remitiera a la Fiscalía Contravencional 1.

Refiere que, sin embargo, "*...según el criterio del Tribunal todas estas actuaciones no representan prueba alguna del conocimiento de Torres de la situación de los locales de baile. Para el Tribunal quedó probado que la omisión de tratamiento de la 631 por parte de Torres, respondió a que éste no estaba notificado*".

Indica que "***...distinto es el criterio que VVEE adoptaron respecto de mi asistida***".

En tal sentido, brinda el ejemplo de la falta de notificación a su asistida de la resolución 2022/03 y dice que el tribunal expuso en la sentencia que "*esto* ***no destaca ningún comportamiento virtuoso, toda vez que ello deviene de cumplimiento obligatorio para Fernández***" y que "***si la imputada a la postre no conocía lo requerido por la Resolución Nº 2022, fue porque no procuró la fácil y elemental tarea de obtener por vías a su alcance una copia***".

Señala que entonces "*...ante una misma situación: el desconocimiento de ciertas actuaciones, VVEE imponen un* ***doble criterio: 1- En el caso de Fernández la respuesta a actuaciones desconocidas (Res. 2022/03) devenía de cumplimiento obligatorio y debió procurar obtener una copia de la misma por cualquier vía. 2- En el caso de Torres la respuesta a actuaciones argüidas por él como desconocidas (Act. 631) no deviene de cumplimiento obligatorio***".

Asimismo y relacionado con las intimaciones a los locales de baile, el recurrente se alza contra lo sostenido por el Tribunal *a quo* en la sentencia cuando allí se afirma que "*...no parece razonable suponer que Torres*" haya callado o compartido el ocultamiento de esas actuaciones.

Al respecto, resalta que "*...el Tribunal afirma que existió un ocultamiento de información, pero no indica* ***quién*** *lo concretó,* ***cuál*** *fue el móvil del ocultamiento,* ***quién*** *fue el beneficiario de dicho accionar, y* ***cuáles*** *son las probanzas que avalan dicha conclusión*".

Por otra parte, el recurrente señala que el Tribunal ha omitido considerar en su resolutorio "*...la falta de sustento de las expresiones de Torres en cuanto a que cuando asumió como Director de la DGFyC 'todo era un caos'*".

Con relación a ello, el recurrente resalta que "*...todos los testimonios que pretenden poner de relieve el desorden, terminan admitiendo que no se iniciaron actuaciones por escrito para deslindar responsabilidades. Antes bien, se empezó a escribir después del suceso República Cromañón, notas sin peso específico*".

Y concluye su agravio, alegando una violación a la presunción de inocencia de su defendida, al decir que "***...puedo afirmar sin vacilación alguna que VVEE han violentado el principio de inocencia de Ana Fernández, forzando la interpretación de la prueba para fundar un preconcepto incriminador; forzando, en sentidos opuestos, situaciones de hecho que nunca pueden ser interpretadas como prueba de descargo para un imputado y, al mismo tiempo, de cargo para otro***".

5. El delito previsto por el artículo 248 del Código Penal.

5.a. Errónea aplicación de la ley penal sustantiva en el tratamiento de la acción típica del delito.

Refiere que el fallo se vale de argumentos cargosos que responden a la visión exclusiva y subjetiva del juzgador y no tienen en cuenta el uso de los poderes discrecionales en la actividad administrativa.

Manifiesta que "*...no he podido constatar comentarios concretos acerca de los* ***poderes discrecionales*** *de los funcionarios cuya conducta se ha juzgado y se verá de seguido que esa omisión importa la descalificación de todo el razonamiento cargoso*".

5.b. Al momento de encuadrar la conducta en la figura legal la sentencia omite considerar que la continuidad en el ejercicio de las funciones no resulta ser de la persona sino del órgano. El Tribunal se colocó en una posición "legisladora" creando un sistema operativo "ideal".

Refiere que "***...el fundamento de la sentencia se torna aparente cuando no puede explicar, o mejor dicho, omite hacerlo, que la continuidad no resulta ser de la persona sino de instituciones u órganos en el marco de la Administración Pública***".

Agrega que "***Ana María Fernández, en este caso no resulta***

*‘**continuadora**’ **de ninguna gestión***”; ello así, en tanto “*...he probado definitivamente que en su nueva posición operativa se le había sustraído completa y definitivamente, el ejercicio de poder de policía*”.

Asimismo se agravia porque la sentencia “***...tampoco explica cómo ha influido el eventual incumplimiento después del 31 de agosto, si la fecha de vencimiento del certificado de bomberos del local ‘República Cromañón’ operaba en el mes de noviembre***”.

En otro orden, manifiesta que “*...al efectuar la ‘reconstrucción’ de la conducta de Fernández, VVEE se han colocado en una posición ‘legisladora’ con posterioridad al hecho, creando un sistema operativo ‘ideal’*”.

Expresa que “*...mucho ha insistido el Tribunal en cuanto a que la magnitud de la alarma emitida por el Defensor Alimena a través de la actuación 631 era de tal envergadura, que exigía por parte de los funcionarios de turno la inmediata utilización de todos los recursos disponibles para la inspección de todos los locales de clase ‘C’ y la clausura de aquéllos que se comprobara incurrían en algún incumplimiento grave*”.

Sin embargo, aduce que “*...resulta **arbitrario** que VVEE hayan despreciado la decisión de Ana María Fernández de distribuir sus escasos recursos del modo en que lo hizo, cuando al finalizar su gestión controló el 71% de esos locales*”.

5.c. Violación al principio de legalidad (lex certa y precisa) al subsumir la conducta de Ana Fernández en el delito previsto en el artículo 248 del Código Penal.

Refiere que para ello el Tribunal “*rellena*” los alcances de las competencias de su asistida, cerrando el tipo penal “*a su gusto y paladar*”.

En esa dirección, indica el recurrente que “*...lo que concretamente desarrollan VVEE es la discrepancia de criterios respecto de **cómo se debía** comportar en su rol Ana María Fernández*”.

Señala que los sentenciantes “***...han reinterpretado subjetivamente la aplicación de sus poderes discrecionales y ex post del suceso***”.

Resalta que en la sentencia “*...se ha desacreditado su tarea, nunca sus omisiones. Y su tarea jamás se concretó en contra de la ley*”.

Agrega que para evaluar la conducta de su asistida existía *"... una 'zona de incertidumbre', de menor precisión, donde reinaba cierta 'ambigüedad' y donde el principio de jerarquía estableció su preeminencia"* (sic).

Dice que *"...prueba de ello son las reuniones de trabajo de los días lunes, de la que surgía la planificación de los operativos nocturnos"*.

Señala que *"Ana Fernández daba cuenta de todo ello a su superior inmediato, y como quedó demostrado la Subsecretaría de Control Comunal jamás cuestionó o innovó en los procedimientos desplegados en la UPI"*.

Sostiene que *"**...dentro de esta última categoría, se inscribe el tratamiento que Ana María Fernández dio a la actuación 631**"* y aduce que *"...debe existir una presunción a favor del juicio de mi asistida dentro de ese halo de incertidumbre"*.

Alega que *"...sin embargo, el Tribunal se ha mostrado renuente a hacerlo, pasando por alto la circunstancia de que **nunca** las decisiones que tomó Ana María Fernández transgredieron la prohibición de arbitrariedad o irrazonabilidad"*.

Y expresa concretamente el motivo de su agravio al indicar que *"...lo que se critica es el criterio escogido por VVEE para ´rellenar´ e interpretar los alcances de las competencias de mi asistida, por cuanto sobre ese pilar se ha erigido la subsunción de su conducta al tipo penal previsto por el artículo 248 Código Penal"*.

De esta manera afirma que *"...con ello, alteraron palmariamente —en clara violación al principio de lex certa y lex precisa- la conducta nuclear sancionada: la omisión de cumplimiento del deber. El tipo penal del art. 248 del Código Penal, Señores Jueces, no sanciona el criterio empleado en el ejercicio de la función pública, en tanto esta función se cumpla de acuerdo a las normas que la rigen"* (sic).

5.d. Tratamiento del aspecto subjetivo del delito reprimido en el art. 248 del Código Penal. Falta de dolo directo. El fallo omite considerar el momento consumativo de la figura aludida.

Dice que *"...se ha sostenido que este delito requiere ser cometido maliciosamente, es decir a sabiendas de la contrariedad del acto o la omisión con la Constitución o la Ley (Nuñez, Ricardo*

C., Tratado de Derecho Penal, Tº V, Volumen II, Marcos Lerner, Editora Córdoba, Córdoba, 1992, pág. 76, Molinario Alfredo J. y Aguirre Obarrio Eduardo, 'Los Delitos' Tº III, TEA, Buenos Aires, 1999, pág. 344)".

En esa dirección, señala que *"...el dolo que reclama esta figura exige que el funcionario prescinda de la ley, como si ella no existiera. Son supuestos en los que no se hace ni se ejecuta o cumple lo que la ley manda expresamente hacer al funcionario dentro de su órbita funcional. Y se exige además que lo haga a sabiendas de esa prescindencia sin el menor resquicio de duda".*

Afirma que *"...lo que aquí se sanciona es claramente una omisión deliberada y conocida".*

Expresa que *"...siguiendo a D'Alessio, sumo dos argumentos más: quedan excluidos de esta figura los supuestos de incumplimientos de órdenes y definitivamente, como en todo tipo omisivo, es preciso que el funcionario haya tenido la posibilidad de ejecutar la ley cuya omisión se le imputa (poder efectivo de actuación)".* Agrega que este autor exige malicia en el aspecto subjetivo.

Sentado ese marco teórico, indica que *"Ana María Fernández ha dado aviso de las limitaciones a las que se enfrentaba"* pues *"...informó y detalló en su comunicación del día 1 de Abril de 2004, la situación que la UPI afrontaba, Fs. 17.820/24".* Alega que no puede predicarse la existencia del tipo subjetivo si su defendida relevó el 71 por ciento de los locales con el deficit de recursos del área y hasta el 31 de agosto de 2004.

En otro orden, expresa que *"...está bien claro que el aspecto omisivo se consuma cuando la ley no es ejecutada en el momento correspondiente (Creus, Carlos ´Delitos contra la administración pública´ Editorial Astrea, Buenos Aires 1981, págs. 197/198)".*

Y se agravia al decir que ***"...curiosamente este momento consumativo no ha sido puntualizado con claridad por parte de VVEE".***

Asimismo, se agravia concretamente cuando aduce que *"VVEE admitieron que, a partir de la actuación 631, Ana María Fernández inició su tratamiento de los locales de baile clase "C" con una serie de intimaciones"* pero luego desconocen *"la obvia relación de causalidad que existió entre dichas intimaciones y el posterior*

relevamiento de locales, si bien, sorprendentemente, también reconocen que mi asistida relevó el 71% de los locales en cuestión" (sic).

5.e. No se verificó la "voluntad de oponerse a su deber" de parte de Ana Fernández.

Refiere que los magistrados *"...terminan reconociendo el exhaustivo relevamiento efectuado por mi asistida, pero así y todo se recela 'que no fue suficiente'"*.

De esta manera destaca que *"...existe una indudable contradicción con ese reconocimiento que VVEE materializan respecto del 71% de las inspecciones y relevamiento realizado por Ana María Fernández y su posterior condena, por cuanto el tipo penal exige claramente que el sujeto activo tenga una* ***voluntad de oponerse a su deber, de desconocerlo y de no hacer nada para ejecutoriarlo"***.

En tal sentido, explica que *"...si esa hubiera sido su conducta, recalcitrante y dolosa, no hubiera elevado a la Subsecretaría de Control Comunal - su superior - el Informe fechado en Abril de 2004, explicando que con la desmantelada estructura de la UPI se encontraba impedida de cumplir acabadamente con sus obligaciones"*.

Por tanto, afirma que *"...**puede aseverarse con absoluta solidez que sólo hubiese existido el dolo que exige la configuración del delito, si Ana María Fernández no hubiese controlado ni un solo local de baile clase 'C'. Esto es, si notificada de la actuación 631, la hubiera ignorado por completo**"*.

5.f. Error en los alcances otorgados a la omisión de "no ejecutar la ley".

En esa dirección, indica el recurrente que *"...para que la acción sea típica el artículo 248 en su modalidad omisiva reclama ´no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere´"*.

Manifiesta que la cuestión a dilucidar *"...relativa a determinar el sentido de la expresión 'Ley' en el artículo 248 del Código Penal ya ha sido debatida y resuelta por esta Sala in re: French Horacio Alfredo s/ recurso de casación, causa nº 3517, reg. 4615, rta. el 26 de noviembre de 2001"*.

Transcribe parte del voto del Dr. Fégoli en este último precedente, donde, según el recurrente, se le otorgó al concepto debatido el alcance de *"ley en sentido formal"*.

De esta manera, el recurrente expresa que *"...la conducta enrostrada a Ana María Fernández no encuentra adecuación típica puesto que no ha omitido cumplir con la ley y en todo caso cumplió con las órdenes impartidas por la responsable de la Subsecretaría de Control Comunal*.

Dice que *"...interpretó el Tribunal, con particular relevancia, que la magnitud de la ´alarma´ que había significado la Actuación Número 631 de la Defensoría del Pueblo del Gobierno de la Ciudad, ameritaba que Fernández destinara absolutamente todos sus recursos a los fines de inspeccionar todo ese grupo de locales con carácter exclusivo"*.

Sin embargo, en este punto el recurrente se pregunta *"¿cuál es la naturaleza jurídica de la Actuación Número 631?"*, a lo que responde *"no hay que indagar demasiado para concluir que se trata de una denuncia. En ese sentido, el propio Tribunal así la ha catalogado"*.

Por lo tanto, se agravia concretamente al sostener que *"...no haber concluido la tarea al 100% no importa incumplimiento alguno, desde lo fáctico hay cumplimiento y desde el plano normativo no existe posibilidad de sostener que se ha omitido cumplir 'la ley'"* (sic).

5.g. Violación del principio "in dubio pro reo".

Resalta que *"...si el juez no tiene certeza absoluta de que alguien conoció algo, por aplicación del principio in dubio pro reo, no podría afirmar nunca la realización delictiva consciente del autor"*.

Se agravia concretamente al decir que *"VVEE quisieron convencerse de la existencia de dolo y buscaron, a los fines de justificar dicha convicción, enmarañados caminos, pisoteando las garantías piramidales previstas en el diseño constitucional de nuestro proceso penal"*.

6. Graduación de la pena y su efectivo cumplimiento (arts. 40, 41 y 26 del CP, respectivamente). Abitrariedad de la sentencia por falta de fundamentación.

6.a. Condiciones generales sobre los fines de la pena. Cita de doctrina contradictoria.

El recurrente se agravia, en primer término, al indicar la existencia de *"...evidentes contradicciones en la argumentación de VVEE, toda vez que, luego de citar a Magariños (...) afirman que*

'es el criterio de prevención general positiva, el único válido para decidir el carácter efectivo o suspensivo de la sanción'".

Resalta que "***...la medida de la sanción deberá siempre guardar estricta relación con la gravedad del injusto y con la mayor o menor culpabilidad***" y que "*...ambos extremos deben siempre prevalecer cuando, al aplicarlos, se enfrenten con los fines preventivos que pudiesen invocarse*".

Señala que "*...una de las mayores críticas a las teorías utilitarias de la pena es que no logran fijar límites a los medios a utilizar para lograr la finalidad que se imponen*".

Y al respecto se agravia porque "***...evidentemente el fallo exhibe un mosaico de diferentes opiniones doctrinarias que no armonizan ni comulgan entre sí***" y se pregunta si en definitiva en el resolutorio atacado "***¿se tiene en cuenta la magnitud del injusto y la culpabilidad o se intenta demostrarle a la sociedad que el ordenamiento jurídico esta vigente?***".

6.b. Violación de las pautas de mensuración de la pena contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Destaca que "*...el* ***hecho*** *por el cual se responsabiliza a mi mandante se relaciona con haber omitido la ejecución de los deberes a su cargo y no con el resultado* ***incendio/muertes*** *provocado en República Cromañón*". Desde esta perspectiva, el recurrente alega desconocer cuál es entonces la gravedad del hecho.

En otro sentido, se agravia porque en la sentencia el Tribunal *a quo*, al ponderar la situación de su asistida, ha tomado "*...como agravante* ***la dilatada pertenencia al ámbito de la administración pública*** *y el hecho de haber sido '****el funcionario público con el deber inmediato de ejercer el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos y en lo atinente a la seguridad, salubridad e higiene de los locales de baile en el ejido de la Ciudad de Buenos Aires'****"*.

En cuanto al primer fundamento, expresa el recurrente que *"Ana Fernández ingresó al ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en noviembre de 2003 y en enero del año 2004 ejerció funciones en la UPI hasta el 31 de agosto de ese año*".

Señala que si bien su defendida "***...ingresó en el año 1990***" a la administración, lo cierto es que "***cumplió funciones que en nada se vinculan a las que supo ejercitar en el Gobierno de la***

***Ciudad de Buenos Aires*".**

Y concluye aduciendo que "*...resulta inválido aunar estas funciones con las desempeñadas en el año 2004 (hasta agosto de ese año), con el fin de pretender achacar una 'dilatada pertenencia' y así justificar una infundada agravación de su status quo*".

Con relación a la segunda agravante destacada por el Tribunal, expresa el recurrente que el Tribunal *a quo* no "*...consigna un dato que definitivamente cambia la cuestión*", concretamente que "***Ana Fernández ejerció el poder de policía hasta agosto del año 2004***".

En esa línea, resalta además que "***...se agrava doblemente su ya revisada 'calidad de funcionaria'***".

Se agravia, asimismo, porque "*...existen atenuantes a tener en cuenta*" pero "*nada se dijo de ellas*".

Desde esa óptica se pregunta "*¿qué ha pasado con los recursos escasos, la considerable ausencia de inspectores habilitados para controlar 200.000 locales, el desmantelamiento de la planta inspectiva, la creación de órganos sin memoria institucional, y el resto de las cuestiones probadas que impedían un adecuado ejercicio de la tarea?*".

Destaca que "*...los artículos 40 y 41 del código penal formulan pautas generales de individualización o determinación de la pena a fin de delimitar el arbitrio del magistrado*".

Manifiesta que "*...estas reglas orientadoras implican un deber de fundamentación que haga posible ejercer debidamente el derecho de defensa, también en el proceso de individualización de la pena*" y se agravia porque "*...en el fallo impugnado nada se dice al respecto*".

6.c. Imposición arbitraria de una pena de efectivo cumplimiento (art. 26 del Código Penal).

Se agravia porque en el fallo "*...se pretende justificar el cumplimiento efectivo de la condena en base al criterio de prevención general pero aclarando, que 'los criterios de prevención especial no neutralizan un ápice esta decisión'*".

Y resalta que "*...en esta inteligencia se enmarca el Tribunal al afirmar que el único criterio válido para decidir el carácter efectivo o suspensivo de la sanción es el criterio de* ***prevención general positiva***".

Explica pues que "***...para esta teoría una persona sería***

criminalizada a fin de aquietar la opinión pública y de sostener la confianza en el sistema"; y agrega que "***...sin dudas se prioriza el sistema a la persona***" y que "***se 'cosifica' a la persona***".

Asimismo, expresa que "*...si bien el artículo 26 del Código Penal exige a los jueces una decisión fundada cuando ejercen su facultad de disponer que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena, también podemos afirmar, a la luz de los fallos jurisprudenciales y la doctrina imperante que, no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo*" pues "*de otro modo se vulneraría el derecho de una adecuada defensa por parte del condenado*".

Al respecto, indica que "***...el instituto de la condenación condicional tiene por finalidad evitar la imposición de sanciones de efectivo cumplimiento en casos de condenados primarios a penas de hasta tres años de prisión***".

Y alega que este es el caso de su asistida, pues "*...carece de antecedentes, social y profesionalmente exhibe una foja impecable, se encuentra ampliamente contenida en el plano familiar, ha proveído permanentemente a su defensa, es primaria y se ha sometido inveteradamente a la jurisdicción*".

En apoyo a su postura, cita el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Squilario, Adrián, Vázquez Ernesto Marcelo s/ Defraudación especial"(S. 579. XXXIX.).

Concretamente critica la decisión del Tribunal pues "*...la ausencia de razones negativas agravantes, que puedan obstaculizar una condena de ejecución condicional, aunada a las circunstancias personales de mi defendida, construyen la arbitrariedad de la imposición del cumplimiento efectivo de la sanción privativa de libertad impuesta*".

En tal sentido, destaca que "*...la evidencia de ese afán resulta la comunicación al Congreso de la Nación para modificar la pena impuesta a la figura y ello demuestra que la simple aplicación de la ley los ha dejado insatisfechos*".

Señala que "*...VVEE se valieron del resultado del delito impetrado por otros condenados para sobredimensionar los alcances de la conducta (o inconducta) de mi defendida*" y que por ello "*...la condenaron* ***a una pena de 2 años de prisión de cumplimiento***

efectivo”, es decir, porque “***...****influyó ese resultado* ***ajeno*** *a la conducta de Fernández”****.***

De esta manera concluye alegando que los magistrados “*...optaron por utilizarla como una herramienta para satisfacer un reclamo social de justicia*” y que “***...da la impresión que se debía condenar a un funcionario, sin importar la justicia del pronunciamiento”.***

7. Acción civil. Arbitrariedad en la estimación de la prueba producida.

Comienza el recurrente exponiendo que “*...a fojas 67/79 de esta causa se presentaron como actores civiles Susana Elvira Carbone y Alberto Urcullu reclamando la suma de $ 121.600.- (pesos ciento veintiún mil seiscientos) o lo que en más o en menos resulte de la prueba a aportarse más los intereses devengados y las costas del juicio”****.***

Manifiesta que “*...ello en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su hija María Sol Urcullu, ocurrida el 30 de diciembre de 2004 en el local ubicado en la calle Bartolomé Mitre 3060 de esta ciudad, denominado República Cromañón”****.***

Explica que los demandantes “*...adujeron en sustento de su pretensión que el resultado dañoso se produjo el día señalado como consecuencia de factores de riesgo que los inculpados conocían o debían conocer, siendo la conducta de cada uno de ellos relevante para que ocurriera lo que en definitiva aconteció”****.***

Adentrándose en lo resuelto en la sentencia, indica que “*...partiendo de la base de considerar culpables a Fabiana Fiszbin y Ana Fernández del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público*” el Tribunal analiza “*si existió o no una función de garantía específica frente al bien jurídico protegido, y si puede afirmarse o no la existencia de un nexo causal entre el daño ocasionado y la conducta antijurídica de Ana María Fernández”****.***

Al respecto, expresa el recurrente que “*...como primera cuestión, debo dejar señalado todas las consideraciones ya efectuadas al tratar la responsabilidad endilgada a Ana Fernández en orden al delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público*” y, en tal virtud, alega que “*...la arbitrariedad en la estimación de la prueba que he puesto de manifiesto en este*

recurso, al momento de evaluar en el fallo la responsabilidad penal de mi asistida, se traslada ineludiblemente a la acción civil que aquí tratamos".

Asimismo, afirma que *"...no se encuentra configurada en el plano civil una función de garantía específica frente a la lesión del bien jurídico protegido pues Ana Fernández carecía del dominio social específico sobre la causa final del resultado"*.

Resalta que *"...los supuestos factores de riesgo señalados por los actores en sustento de su reclamo, le resultaban ajenos" en tanto "...no estaban a cargo de la aquí demandada ninguna de las cuestiones atinentes a la organización del recital, ya sea cantidad de gente, uso de pirotecnia, controles en la entrada, accesos y salida del público el día del recital, entre otras"*.

En otro sentido, expresa que *"...también resulta deficitario el análisis efectuado en el fallo respecto a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos por los hechos y las omisiones en el ejercicio de sus funciones"*.

Alega que *"...no se analizan correctamente los requisitos básicos señalados en la sentencia - conforme doctrina de Sagarna - necesarios para atribuir responsabilidad civil al funcionario"*.

En esa dirección indica que *"...el **primero** de los requisitos se refiere al cumplimiento irregular de las funciones asignadas"* y aduce que *"...no se enmarcaban dentro del ejercicio regular de las funciones o del cumplimiento de tareas a su cargo las señaladas como determinantes del resultado acaecido"*.

Ello así, *"...porque no tenía a la fecha del hecho la asignación del poder de policía. Sus funciones dentro del Gobierno de la Ciudad - tal cual ya se señaló en este recurso - habían variado sustancialmente"*. Refiere que *"...al no ser funciones asignadas puntualmente a Fernández las que podrían relacionarse con el resultado acaecido, mal puede hablarse de un cumplimiento irregular"*.

Señala *"...también que quedó debidamente acreditado en la causa el cumplimiento regular y eficiente de las tareas asignadas a la funcionaria, tanto en el período anterior como en el posterior al 31 de agosto"*.

Explicita que ello "...fue pasado por alto por el Tribunal *a quo* al revisar la responsabilidad de mi mandante".

Asimismo expone que en cuanto al *"...**segundo** requisito*

señalado - causación del daño en el ejercicio de las funciones - tampoco se encuentra configurado" pues ello *"...guarda íntima relación con lo manifestado anteriormente"*, concretamente, en tanto *"...Ana Fernández no estaba al 30 de diciembre de 2004 en ejercicio de funciones que puedan relacionarse con el hecho"*.

Manifiesta que el **tercer** requisito *"...se refiere al factor de atribución de responsabilidad"*.

Con relación a ello, afirma que *"...no existe factor de atribución de responsabilidad civil. No se ha probado el accionar doloso ni culposo de la nombrada. Por ende, cae de este modo el factor de atribución de responsabilidad endilgado a mi mandante"*.

Agrega que en el fallo *"...se atribuye responsabilidad a Ana Fernández a título de dolo, sin embargo resulta evidente que ese comportamiento se encuentra ausente en su conducta al 30 de diciembre"*.

Tras resaltar que la UPI fue disuelta con fecha 31 de agosto de 2004 y que ello resulta determinante para afirmar que su defendida no tenía poder de policía desde ese momento, indica que *"...no puede afirmarse que exista nexo causal entre el supuesto incumplimiento que se le endilga y el resultado final del hecho investigado" pues "el incendio se produjo por causas ajenas a mi mandante y, siguiendo los lineamientos de la sentencia, por la conducta DOLOSA de otros, circunstancia que quiebra todo nexo de causalidad posible"* (sic).

De esta manera, manifiesta que *"...no hay adecuación causal entre las funciones que desempeñaba la demandada a la fecha del hecho en el Gobierno de la Ciudad y el perjuicio cuya reparación aquí se intenta"*.

Puntualiza entonces que *"...el fallecimiento de María Sol Urcullu no es una consecuencia — inmediata, mediata o remota — de la conducta de Ana Fernández"*.

8. Costas. Omisión de fijar la parte proporcional (art. 29, inciso 3°, del Código Penal).

Indica que *"...cuando se ha tenido razón plausible para litigar, la imposición de costas deviene improcedente"* y que en tal sentido el Tribunal *a quo* omitió *"...considerar una cuestión no menor, cual es la de que ninguna de las calificaciones propuestas por las cuatro querellas que formaron parte de este proceso, recibió acogimiento alguno en la condena de mi*

defendida".

Por tanto, afirma que *"...la actitud de las querellas de pretender comprometer la situación procesal de quienes resultaron absolutamente ajenos al resultado del siniestro comportándose de manera contraria a sus propios actos, determina que las costas de la presente investigación le sean impuestas".*

Se agravia concretamente porque *"VVEE ignoraron que, por principio, las exenciones deben interpretarse de modo restrictivo".* Cita doctrina en apoyo a esta aseveración.

En otro orden, destaca que esa defensa oportunamente *"...peticionó que se efectuara un juicio separado para juzgar a los funcionarios públicos, por cuanto ello aparecía como razonable y procedente",* es decir, que *"...se emprendieran dos procesos diferentes: uno para definir la situación de los imputados por el delito de estrago y otro para juzgar a los imputados por el delito de incumplimiento de deberes de funcionario público".*

Por tanto se agravia ya que *"VVEE hacen caer sobre mi defendida las costas de un proceso mucho más oneroso que el que le hubiera correspondido afrontar".*

Dice que *"...tampoco fue considerado por VVEE el disímil desgaste jurisdiccional provocado por cada imputado condenado en particular, a través de sus distintos planteos procesales".*

Refiere que *"...en consecuencia, entiendo que en virtud de la interpretación ofrecida de lo normado por el artículo 531 Código Procesal Penal de la Nación, corresponde se condene al pago de las costas por el orden causado".*

Finalmente, agrega que *"...de conformidad con lo normado por el artículo 535 Código Procesal Penal de la Nación, solicito se proceda a fijar la parte proporcional que corresponda a cada condenado, ello sin perjuicio de la solidaridad establecida por la ley civil, tomando en consideración el desgaste jurisdiccional provocado en forma particular por cada uno, cuestión ésta que fue omitida por el Tribunal".*

9. Formula reserva del caso federal.

M. La defensa de Maximiliano Djerfy.

A fs. 67660/73 la parte interpone recurso de casación contra el punto XXXV de la sentencia de fecha 19 de agosto de 2009, en cuanto dispuso la condena civil de su asistido.

Fundamenta el presente recurso en la errónea aplicación e inobservancia de la ley sustantiva que efectúa la sentencia al atribuirle al recurrente responsabilidad civil por la muerte de María Sol Urcullu.

1. Disposiciones legales erróneamente aplicadas. Se recurre forzadamente a la responsabilidad de las personas jurídicas. Arbitraria caracterización del grupo musical como sociedad civil.

En efecto, refiere que el fallo aplica erróneamente los artículos 43 (t.o. ley 17711) 1648, 1649, 1652 y 1662 del Código Civil.

Considera que el Tribunal efectúa una aplicación forzada del art. 43 del Código Civil -en cuanto dispone la responsabilidad de las personas jurídicas por daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o con ocasión de sus funciones- y que la misma resulta *"…una mirada tuerta de la realidad, donde se soslaya normativa especial establecida por el legislador para regular la actividad laboral del ejecutante musical"*.

Califica de aventurada la caracterización efectuada en la sentencia del grupo musical "Callejeros" como sociedad civil, por cuanto el plexo probatorio no permite aplicar el artículo 1648 del Código Civil, atento a que nunca existió patrimonio social y no hubo participación en las pérdidas.

Acredita la inexistencia del patrimonio social señalando que *"...la contraprestación que recibía cada uno de los integrantes del grupo consistía en dinero efectivo (salario) que pasaba inmediatamente a formar parte del patrimonio personal de los músicos, no existiendo en forma previa 'manejo social' alguno de dichos fondos. Por lo demás cada uno era dueño de su respectivo instrumento, y la marca de fantasía 'Callejeros' -clase 41 toda la clase- de modo alguno fue registrada por el 'grupo Callejeros' sino por una persona física particular; de modo que resultan bienes que no forman parte del pretendido patrimonio societario"*.

En relación al segundo requisito expresa que *"Nunca hubo participación en las pérdidas (que no es lo mismo que 'no ganancias') porque ello era sencillamente un hecho imposible, dado que eran los empresarios (vgr. Chabán en República de Cromañon) quienes tomaban a su cargo a los trabajadores incorporados para*

colaborar con el grupo (sonidista, iluminador etc.) quienes no participaban del salario común; ocurriendo lo mismo con los pagos y aportes a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC) y al Sindicato Argentino de Músicos (SADEM)".

Concluye que "*La falta de estos dos elementos esenciales, uno de los cuales (la participación en las pérdidas) es sancionado con la nulidad del contrato conforme la norma del art. 1652 del Código Civil demuestran que no existió contrato de sociedad en los términos del art. 1648 del Código Civil entre los integrantes del conjunto musical 'Callejeros' y su tipificación por el Tribunal Oral aparece claramente forzada para responsabilizar a los músicos de todos modos*".

Por el contrario expresa que "*...la actividad laboral desempeñada por los músicos encuentra cabida dentro de una relación de trabajo especial que entraña una singularidad estructural, material, y también desde el punto de vista sociológico que la torna insumisa a la regulación concebida para el común de los vínculos laborales...*".

Sostiene que "*El error del Tribunal Oral puede encontrar sus motivos en el hecho de que el contrato de trabajo asume muchas veces modalidades muy variadas, que a veces le quitan tipicidad y hacen más difícil la tarea de deslindar su concepto en relación a otros contratos afines. Las situaciones dudosas frente a la sociedad han podido presentarse en algunos contratos de trabajo en los que se estipula una participación en los beneficios o una habilitación. Sin embargo, aún en esas hipótesis la configuración del contrato de trabajo es clara. El obrero o el habilitado participan de las ganancias pero no de las pérdidas, lo cual -como ya adelantáramos- es esencial para caracterizar la sociedad; además están subordinados a un empleador...*".

En virtud de las consideraciones expuestas, concluye que "*...no existió sociedad entre los integrantes de 'Callejeros' y no existió sociedad -aún accidental- entre 'Callejeros' -como pretendida sociedad- y Omar Emir Chabán como empresario organizador. Porque entenderlo así, significaría forzar la normativa en forma reiterada e innecesaria, cuando el legislador ha previsto normativa especial para atender a la actividad laboral de los músicos o ejecutantes musicales*".

2. Disposiciones legales inobservadas. Ley de contrato de

trabajo y régimen legal de trabajo del ejecutante musical.

Párrafo aparte plantea que *"En el fallo recurrido se han inobservado los arts. 47, 101, 104, 110 y 111 de la Ley 20.744 (LCT) y de la Ley 14.597 (Régimen Legal de Trabajo del Ejecutante Musical)"* y reafirma que *"…las noches de los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004 me encontraba trabajando, prestando tareas en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo Nº 20.744 (LCT)".*

Expresa que *"...se presentan todas las notas típicas del contrato de trabajo, dado que existían un sinnúmero de cuestiones en las cuales el suscripto no tenía injerencia, lo que me diferencia significativamente de la calidad integrante de una sociedad civil que erróneamente se me endilga en el fallo recurrido".*

Sostiene que se verifica lo previsto por el art. 101 del referido cuerpo legal por cuanto *"...el suscripto integraba el grupo de trabajo conocido como "Callejeros" y claramente no era socio de sus pares ni del empresario organizador del evento. La nota distintiva de la relación laboral apuntada, en los términos del art. 101 LCT, es la circunstancia de que el pago de la remuneración al personal de seguridad y otros colaboradores (iluminador, sonidista, etc.) estaba en cabeza del empresario (Chabán), tal como surge del último párrafo del artículo referido. Ello porque, la actividad especifica del músico, si bien tiene una clara dependencia laboral, mantiene a su vez una gran independencia técnica, atribución que el grupo utilizaba encargándose directamente de determinados aspectos de la actuación, eligiendo, el arte de las entradas, la coreografía, el sonido y la iluminación solicitando al empresario la contratación de determinadas personas que considerábamos idóneas para llevar a cabo esas tareas".*

Pero aclara que *"...esa falta de sometimiento técnico a aquél para quien el músico presta servicios no implica en modo alguno que deba descartarse la existencia de una relación laboral, ya que precisamente esa capacidad del trabajador de desenvolverse con independencia dentro del marco del área específica determinada por su especialidad o conocimientos, es uno de los extremos tenidos en cuenta por el empresario empleador a la hora de incorporar a su plantel a este tipo de profesionales".*

Aplicando las afirmaciones expuestas precedentemente al

caso concreto expresa que *"El ejemplo típico de éste tipo de contrato es el conjunto musical, donde el representante (Argañaráz) que puede o no ser músico, actúa como mandatario de los trabajadores (músicos - entre otros el suscripto), sin participación en el riesgo ni en el lucro del empresario (Chabán) (conf. Fernandez Campón, Op cít.), ello porque si la remuneración se pactó colectivamente, los integrantes del grupo tienen derecho a una participación según el resultado obtenido que no supone lucro sino una forma de determinar y obtener su salario (arts. 104 y 110 de la LCT.)"*.

Sostiene que *"...lo que muchos denominan erróneamente 'distribución de utilidades' no es ni más ni menos que el pago de la remuneración para los integrantes del grupo de trabajo (...) la remuneración que percibía el grupo de trabajo `Callejeros´ se encuentra enmarcada dentro de la calificación de remuneración por resultado o rendimiento (art. 104 LCT). En el caso de autos se trataba de una remuneración que se caracterizaba por ser esencialmente aleatoria ya que dependía de las utilidades obtenidas por el empresario para lo cual necesariamente el grupo de trabajo ejercía el correspondiente derecho de verificación a través de su representante (art. 111 LCT)"*.

Continúa con la argumentación expresando que *"Demostrada la relación de trabajo y que el pago de la remuneración consistía en un porcentaje de las ganancias es de aplicación también lo dispuesto en el art. 110 de la Ley de Contrato de Trabajo que establece que cuando se hubiera pactado una participación en las utilidades y otras formas similares de retribución, la liquidación deberá realizarse sobre las utilidades netas y no sobre los ingresos brutos, vale decir que, sobre éstos últimos, se deberán deducir los gastos necesarios para obtener las ganancias, tarea de verificación que -como adelantara- realizaba el manager Diego Argañaraz conforme el derecho de inspección ya referido (art. 111 de la LCT), y que ha quedado debidamente probada a criterio del tribunal a quo con las anotaciones de la agenda de éste último a quien atribuyen haberse ocupado de cuestiones inherentes a los aspectos organizativos de los espectáculos (ver considerando XVIII de la sentencia)"*.

Refiere errónea *"...la afirmación del Tribunal Oral de que los pagos los realizaba Argañaráz, dado que ello no quedó probado,*

ello porque el dinero necesario para dichos pagos se obtenía del ingreso bruto del empresario y los diversos testimonios brindados en la causa son contestes en tal sentido y refieren que Chabán era el responsable de los pagos (en sentido cancelatorio del art. 725 del Código Civil), es decir era quien recibía las diferentes recaudaciones (entrada y anticipadas en 'Locuras'), confeccionaba el 'borderaux' y deducía los diversos gastos (vrg. publicidad, seguridad, iluminación, sonido, SADAIC, SADEM etc.), para recién ahí abonar la remuneración del grupo musical. (Ver declaración de los testigos Lomba [último parrafo]; Hasmat, Lucas; Cozodoy; Sempé; Villalba y Botti)".

Sostiene que *"...la determinación del carácter laboral que reviste la relación deriva de la real naturaleza de los servicios prestados por los músicos, el escenógrafo y el representante, y no de la denominación que le asignen las partes, o de la atribución de responsabilidad penal a Argañaráz que realizara el Tribunal Oral, porque la primera se suple con aplicación del proloquio iura novit curia y lo resuelto en la faz represiva tiene origen en la posición de garante asumida por el agente y no por la modalidad de desempeño de su trabajo imbricada dentro del grupo musical".*

Resalta *"Si en estos actuados seguimos con la lógica desplegada por el actor civil, esa noche, el empresario Chabán, tuvo ocho socios con los cuales debió consensuar la organización del recital; si atendemos a la hipótesis del Tribunal Oral, tuvo como socia a una sociedad de hecho civil. Ambos se equivocan".*

Expresa que *"...fuimos siempre un grupo de trabajo compuesto por músicos, escenógrafo y representante que laboramos tanto el día de la tragedia como en anteriores ocasiones, es decir, el grupo de trabajo identificado con el nombre artístico 'Callejeros' prestó su fuerza de trabajo la noche del 30 de diciembre, tal como lo habíamos hecho en otros lugares y para otros empresarios/empleadores".*

Señala que *"...la supuesta adopción de decisiones en modo 'horizontal' no es más que la consagración del equipo de trabajo frente al empresario. De aquí la existencia del manager o representante Diego Argañaraz quien actúo como delegado organizador del equipo en los términos del artículo 101 de la LCT".*

No obstante lo expuesto, expresa que *"...las formas*

adoptadas por el empresario Chabán en fraude a la ley laboral crearon serias confusiones, determinando que solo se juzgue la naturaleza jurídica de la relación contractual por su apariencia exterior y no por lo que intrínsicamente subyace en ella y marca la ley".

Ahora bien, continúa exponiendo que "*...la relación laboral que se indica comienza cuando el equipo de trabajo (conjunto musical) es contratado por el empresario por intermedio de su delegado y concurre al lugar de trabajo en el marco de una relación laboral a realizar su prestación -ejecutar su arte musical- que no solo está amparada por el régimen común de la LCT sino que goza de la protección y regulación de la Ley 14.597 'Régimen Legal de Trabajo del Ejecutante Musical' dadas las especiales características de la prestación en consideración*".

Considera que "*Los referidos pagos efectuados a SADEM. además de los realizados a SADAIC ratifican el carácter laboral del vínculo, pues admite que el grupo de trabajo 'Callejeros' ponía su fuerza de trabajo en beneficio de la parte empresaria/ empleadora, que lo hacía cuando era contratado y en horarios establecidos de antemano y por lo que percibía salarios*".

Refiere que "*La prestación del grupo de trabajo 'Callejeros' estuvo enmarcada en la ley de contrato de trabajo. La circunstancia de que el grupo de trabajo sea el responsable técnico del show que se ejecutaba en el local (sugiriendo el sonido, la iluminación, el arte de las entradas) no resulta suficiente para desvirtuar la presunción legal mencionada (art. 23 LCT), pues es lógico que se ejecutase el show facilitándose al grupo de trabajo las condiciones para lograr un buen nivel en el desempeño de sus tareas, más aún cuando ellas están íntimamente ligadas con su arte".*

Expresa que "*...una de las notas distintivas de cualquier relación laboral es el uso de la facultad de dirección y del poder disciplinario por parte del empleador (arts. 65 y 67 de la LCT)".* Luego de citar la declaración testimonial de Mauricio Lezcano, concluye que "*...dichos poderes estaban en cabeza de Chabán. Es claro, quien ordena, quien apercibe, es quien tiene la facultad para ello, el empleador, el empresario".*

Por otra parte, señala que le es ajeno el modo informal de contratación laboral elegido por parte del empresario/empleador

Omar Emir Chabán, y sostiene que *"El suscripto -como trabajador- al recibir salarios clandestinos no era partícipe en la antijuridicidad sino que por el contrario fué el perjudicado"*.

Reseña diversos testimonios coincidentes en cuanto a que el nombrado mantenía diferente tipo de personal en relación de dependencia laboral, ello sin perjuicio de la clandestinidad con que lo hacía.

3. Aplicación que se pretende.

Sostiene que en virtud de la errónea aplicación de la ley y de la inobservancia de las normas apuntadas precedentemente el Tribunal responsabiliza civilmente al recurrente *"...por considerarlo socio de [de] Diego Argañaráz cuando en rigor siempre se trató de un equipo de trabajo amparado por la LCT..."*; no obstante ello, *"Pretendo que sea aplicado correctamente el contenido en las leyes vigentes en sus manifestaciones ya enumeradas en los artículos 47, 101, 104, 110 y 111 de la Ley 20.744 (Ley de Contato de Trabajo LCT) cuerpo normativo principal y básico de nuestro derecho individual del trabajo, así como la Ley 14.597 (Régimen Legal de Trabajo del Ejecutante Musical), de conformidad con lo estatuido en tal sentido en el art. 1° incs. a) y b) de la LCT"*.

Expresa que *"...siempre me consideré un trabajador a las ordenes del empresario de turno y no estaba obligado a objetar la forma en que se desempeñaba el representante del grupo musical que integraba"*.

En virtud de las razones expuestas, concluye que corresponde *"...revocar la tipificación del grupo musical 'Callejeros' como sociedad civil realizada por el Tribunal Oral N° 24 con erróneo fundamento en los arts. 43 (t.o. ley 17.711), 1648, 1649, 1652, 1662 del Código Civil, lo que supuso la inobservancia de las normas especiales vigentes ya referidas"*.

Afirma que *"La inexistencia de sociedad impide transferir la responsabilidad de Argañaráz a los restantes integrantes del grupo musical por cuanto de este modo la atribuida a él mismo solo puede tener base en la condena penal recibida y no como integrante de una entidad coorganizadora del espectáculo como vimos inexistente"*.

Además, *"...la aplicación de la no[r]ma sustantiva del derecho laboral postulada coloca al suscripto en posición de*

dependiente y por ende también liberado de toda responsabilidad civil por los delitos o cuasidelitos cometidos o atribuibles a su empleador, en el caso Omar Chabán".

Concluye que "*Tal diferente fundamentación, es decir con la responsabilidad restringida al ámbito extracontractual, por no haber prosperado el reproche penal respecto del suscripto, deja al descubierto la inexiste[n]cia de nexo causal entre la conducta y participación del suscripto en los hechos y los daños reclamados en la demanda, la que por ello deberá ser rechazada*".

Por las razones expuestas, solicita que se haga lugar al recurso de casación y en consecuencia se revoque, en lo que ha sido motivo de agravio, el punto XXXV) de la parte dispositiva de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24, y que por consiguiente, se rechace la acción civil instaurada en contra de Maximiliano Djerfy por Susana Elvira Carbone y Alberto Urcullu por indemnización de los daños y perjuicios que le fueran ocasionados por la muerte de su hija María Sol Urcullu.

Formula expresa reserva del caso federal (art. 14 de la ley 48) a fin de resguardar el principio protectorio del trabajo, los derechos sociales, el derecho de propiedad, el principio de reserva y el principio de razonabilidad de las leyes (arts. 14, 14 bis, 17, 19 y 28 de la Constitución Argentina).

N. La defensa de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Elio Delgado, Cristián Eleazar Torrejón, Juan Alberto Carbone, Daniel Horacio Cardell y Eduardo Arturo Vazquez.

A fs. 67831/42 el Dr. Manuel Martín Gutiérrez interpone recurso de casación contra el punto XXXV) de la sentencia de fecha 19 de agosto de 2009, en virtud de la cual el Tribunal resuelvió condenar civilmente a sus asistidos.

El recurrente solicita una correcta aplicación del derecho y que en consecuencia se rechace la demanda entablada por el actor civil.

1. Tratamiento desigual. Los integrantes del grupo musical y Raúl Villarreal.

En primer término, motiva la petición apuntada señalando "*El más destacado grado de incongruencia y autocontradicción del fallo en crisis se contiene en la misma decisión del tribunal respecto a otros comprometidos en el proceso*".

En efecto, "*...respecto a Villarreal —en coherencia con el desarrollo expositivo fáctico y de derecho- concluye que '**teniendo en cuenta que el pronunciamiento penal hace cosa juzgada en lo civil cuando declara que el hecho no existió y que el imputado no fue su autor (artículo 1103 del Código Civil) corresponde rechazar la demanda entablada...**".*

Explica que "*La solución correcta es esa, y no es sino un obrar jurisdiccional arbitrario e ilegal concluir en la 'solución' contraria respecto a mis defendidos, de quienes se sostuvo correctamente en el decisorio principal que no obraron ni omitieron en modo alguno de manera típica o reprochable penalmente*".

Refiere que "*Mal puede culminarse en presencia de esa libre y total absolución, so riesgo y concreción de un verdadero escándalo jurídico, asignar responsabilidad civil*".

2. Sociedad Civil. Construcción arbitraria.

En segundo término, sostiene una arbitraria interpretación de la ley civil por cuanto el fallo "… '*construye' una sociedad del derecho civil —de hecho- donde no la hay. Una mera conjunción de algunas actividades comunes, -las artísticas- son forzada y arbitrariamente devenidas en asociación o sociedad. Se fuerza una afecttatio que solo tendría en mira esa actividad artística o estética, y hasta recreativa y lúdica en sus comienzos, con una inexistente, no acreditada ni objeto mismo del proceso, de una finalidad común de lucro o ganancia*" —sic-.

3. Afectación al principio de congruencia. Se excedieron los límites de la demanda.

En tercer lugar plantea que la resolución afecta el principio de congruencia y coloca a sus asistidos en un estado de indefensión pues "*...se ha prescindido de lo dispuesto, entre otras normas, por los artículos 34 inciso 4° y 163, inciso 6° del Código Procesal Civil y Comercial, toda vez que la sentencia condena a mis defendidos con argumentos jurídicos que no fueron los expuestos en la demanda civil por la parte actora*".

Sostiene que, "*...se ha traído a juicio a mis mandantes exclusivamente por **revestir la calidad de organizadores***." y "*...la sentencia en el abordaje de lo principal penal, absuelve a mis defendidos. Esto es descarta lo que era causal de responsabilidad en la imputación o requerimiento del acto civil*".

Expone que *"...el extremo fáctico propuesto por el accionante es lo que se debió analizar en la cuestión. Y solo debió decidirse a su favor si se acreditaba esa situación o condición de participación, autoría y responsabilidad penal. Pero* ***bajo ningún punto de vista el tribunal a quo puede apartarse en su decisorio de los límites impuestos por los términos de la demanda y la contestación, de lo contrario, se violaría sin mayor hesitación alguna el principio de congruencia, como expresión particularizada desde lo formal procesal del principio de legalidad*****".**

Párrafo aparte agrega que *"La sentencia concede en el caso en examen, algo fuera de lo pedido en relación a los sujetos, causa u objeto de la pretensión, lesionando garantías constitucionales, de defensa en juicio en el debido proceso y por extensión, a tenor de la condena, al derecho de propiedad vía una efectiva confiscación de bienes"*.

Cita jurisprudencia y doctrina vinculada con la "delimitación del thema decidendum", los principios dispositivos y "iuria novit curia".

Afirma que *"...integra ilegalmente el Tribunal elementos hacia una fundamentación de responsabilidad contractual cuando, cabe destacar, la parte actora no se refirió a dicho supuesto* ***en su demanda*** *y ni siquiera al invocar su derecho hizo al menos una mención elíptica a dichas normas, toda vez que se limitó a sustentar su reclamo en los términos ya enunciados y fundando derecho en los artículos 1067, 1073, 1074, 1109, 1112*, **1113, 1077** *y 1078 del Código Civil, esto es por la* ***responsabilidad extracontractual y/o en causa de la comisión de un delito****, no invocando ni explícita ni entendiéndose implicitado la aplicación de los artículos 1648, 1649 y concordantes del mismo cuerpo legal —como lo hace ilegalmente el Tribunal-en materia de sociedad civil"*.

Concluye que, *"Con el decisorio recurrido se hace tabla rasa del instituto del actor civil en el proceso penal. El articulo 87 del código formal es clarísimo al respecto de la cuestión referida en el apartado anterior: la acción civil (es) emergente del delito."* y expresa que *"...si mis defendidos, aunque por obvio es necesario reafirmar, han sido absueltos de la comisión, autoría, participación y responsabilidad de los delitos*

objetos de la causa, mal pueden ser -no sólo legitimados pasivos para ser demandados en lo civil- sino en el extremo mas ilegal y arbitrario, sentenciados como responsables —a la luz de la ley civil- al pago de reparaciones indenmizatorias que, se insiste, deberían tener como fuente causal obligacional y legal la responsabilidad por la autoría y responsabilidad de un delito penal".

4. Arbitrariedad. Falta de fundamentación y errónea apreciación de las pruebas producidas.

Supletoriamente, sostiene la arbitrariedad de la sentencia por considerar que la misma carece de fundamentos necesarios y porque efectúa una errónea apreciación de las pruebas producidas.

Respecto a la primera causal señalada, expresa que *"No ha sido de objeto procesal ni materia probatoria el carácter asociativo de alcance normativo civil del grupo Callejeros. Por lo tanto no hay elemento de convicción devenido del conocimiento y discusión en el debate que pueda llegar —legalmente fundamentado- a la conclusión a que llega el Tribunal".*

En segundo término, fundamenta la errónea apreciación de la prueba, por cuanto —a su entender- la sentencia efectúa *"…un desconocimiento o descarte valorativo y de interpretación de la prueba -sin suministrar razones plausibles para el desechamiento- consistente en todo aquello que acredita el carácter de trabajadores músicos de mis defendidos (depósitos a favor del Sindicato Argentino de Músicos -SADEM - y a la Obra Social de Músicos, por ejemplo, el cúmulo de prueba testimonial a ese respecto), que por derecho hace desechar el carácter asociativo, corporativo y empresarial que se pretende aseverar en el decisorio en crisis".*

Indica además, que *"...se obvia todo el plexo legal y convencional laboral, que ubica la actividad musical de mis defendidos como trabajadores enmarcados en la tipificación, alcances y beneficios del artículo 14 bis de la Constitución Nacional y del Sistema de Derechos Económicos y Sociales, y no como regresivamente se los pretende en el mareo del derecho privado y de un plexo de individualismo metodológico".*

Por ello, y *"Consecuentemente, de valorarse correctamente ésta prueba no puede concluirse, so pena de violar principios lógicos y congruentes, que mis defendidos constituyeran una*

sociedad civil irregular, puesto que en una misma relación jurídica no puede asumirse el rol de empleado y empresario, como arbitrariamente sostienen los judicantes".

Asimismo, considera arbitraria la sentencia por cuanto utiliza expresiones tales como "*...'ha quedado suficientemente demostrado...' sin describir cuales fueron las pruebas producidas en el debate, no implica de modo alguno que se haya apreciado el plexo probatorio con un criterio lógico-jurídico, tasándolas de conformidad con las reglas de la sana critica y las máximas de la experiencia como para arribar a una convicción*".

5. Violación al principio de atribución personal de la responsabilidad.

Afirma, que "***...asistimos a un barbarismo técnico jurídico de la especialidad penal.*** *Se* ***corporativiza una autoría, participación y responsabilidad penal personal*** *—la eventual de Diego Argañaraz como parte o vinculado a un grupo o colectivo informal sin que implique ello asociación de alcance normativo civil y menos aún comercial-* ***hacia todos los integrantes por el solo hecho de pertenecer al mismo***" *(sic)*.

Como última cuestión, señala que "***En la argumentación del Tribunal, que basa la condena civil en la conducta -presuntamente reprochable- de un tercero se violenta el ineludible principio penal de atribución personal e individual de responsabilidad***".

En este sentido, refiere que "*No hay pena sin culpa, y la determinación de culpabilidad como vinculo entre el presunto injusto y la pena es objeto del proceso material, previo, necesario, ineludible e imprescindible si pretendemos respetar el principio de legalidad contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional*".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene como principio que la culpabilidad es el presupuesto de la pena...".

Por último efectúa reserva del caso federal (artículos 14 y 15 de la Ley 48).

O. El representante del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A fs. 67708/22, el Dr. Carlos Miguel Thompson con el patrocinio letrado de la Dra. Silvia Susana Lagalla interpone recurso de casación contra el apartado XXXV) de la sentencia de

fecha 19 de agosto de 2009.

Señala que no comparte lo resuelto por el Tribunal en cuanto: "1) *Hace lugar a la demanda entablada por la Sra. Elvira Carbone y el Sr. Alberto Urcullu y condena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la acción civil deducida en las presentes actuaciones. 2) Asigna carácter solidario a dicha condena. 3) Establece que las sumas fijadas en concepto de valor vida y daño moral, lleven intereses desde la mora hasta su efectivo pago, conforme la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina*".

Sostiene que dicho decisorio se encuentra viciado en atención a la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

1. Errónea aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

En primer término cuestiona la interpretación dada por el Tribunal "...*respecto a que el GCBA declinó el ejercicio del poder de policía (...), que de haber sido cumplido en forma eficiente 'podría haberse disminuido el riesgo a lo aceptable'*". Sostiene que de esta manera el Tribunal adopta la teoría de la "equivalencia de condiciones" y confunde condición con causa, "...*cargando en el demandado, cualquiera haya sido su intervención, todas las consecuencias (aún las más remotas y distantes) sin admitirse interrupción alguna del nexo causal*".

Expresa que nuestro sistema legal en el artículo 901 del Código Civil adopta la teoría de la causa adecuada, resaltando que "...*la conducta de los organismos de control no configura una relación causal adecuada como para imputársele el resultado de la tragedia (el incendio y sus consecuencias), que fue producido, en realidad, por circunstancias ajenas a dicha imputada omisión estatal*".

En relación a dicha cuestión manifiesta "...*sobre una importante cantidad de factores de riesgo que estuvieron directamente vinculados a la producción del resultado de muerte y lesiones, los inspectores no tuvieron ninguna posibilidad de incidir, lo que torna sumamente dificultoso el juicio de probabilidad de evitación del resultado en caso de haberse contado con una conducta conforme a derecho*".

Reafirma que "*...resulta manifiesto que el curso normal y ordinario de un deficiente ejercicio de control de locales bailables, no puede ser el incendio del establecimiento con la consecuencia de 193 fallecidos y miles de lesionados*".

Invoca los artículos 901, 905 y 906 del Código Civil y sostiene que "*...no es posible afirmar que si se suprime mentalmente la omisión, el resultado no se hubiera producido. Y si ya en términos de causalidad natural es imposible afirmar la imputación del resultado a la omisión, mucho más lo es en el marco de la teoría de la imputación objetiva, que para llegar a imputar el resultado a la omisión, debería sostener que fue ésta la que creó un riesgo jurídicamente desaprobado que luego se realizó en el resultado, lo cual ya presenta serios problemas de cara a la intervención dolosa de terceros, a lo cuál ya nos referiremos*".

2. Desconocimiento de la situación del local. Ocultamiento policial.

Plantea como segunda cuestión, que el Tribunal considera que "'*...el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la práctica declinó el ejercicio del poder de policía a cuyo ejercicio se encuentra obligado', explicando que 'la sobreocupación, la utilización de pirotecnia en el interior, la obstrucción de las salidas, la existencia de material inflamable en el techo, no se vislumbraron sólo el día 30...'*".

Se pregunta el recurrente "*¿Cómo podía conocer nuestro representado aquellas irregularidades si existían funcionarios -no dependientes del Gobierno de la Ciudad- que dolosamente no las informaban?. En los hechos era la institución policial la que debía dar aviso a la Justicia Contravencional del Gobierno de la Ciudad del operativo de seguridad referido*", concluyendo que "*Si al personal policial se le pagó para que no constatase violación a la normativa vigente, resulta evidente que mi mandante no tuvo oportunidad alguna de conocer aquellas infracciones, y por lo tanto no resulta lógico ni congruente que se nos condene en idéntica medida que al Estado Nacional*".

Afirma que "*...los factores de riesgo que se concretaron en el resultado fueron muchos más que las condiciones de infraestructuras del lugar las circunstancias que solamente se podían controlar en el momento de los hechos, tales como la cantidad de gente cuyo ingreso se permitió, la existencia de*

pirotecnia y su uso durante el recital, el tipo de actividad desarrollada la noche del hecho que excedía el objeto de la habilitación".

3. Ejercicio de poder de policía. Errónea valoración.

Como otra cuestión describe que "*También reprocha la sentencia que el GCBA no ejerció debidamente el poder de 'policía de espectáculo' por la falta de control de la vigencia del certificado de incendio; porque durante el año 2004 no se realizaron inspecciones al local 'República de Cromañón'; y porque los constantes cambios en la normativa vigente y en las estructuras de las distintas áreas del gobierno, lejos de contribuir a un mejoramiento de los controles sobre los locales de baile, motivó una prestación más irregular del servicio*".

No obstante lo expuesto, entiende que "*a)…el vencimiento del certificado en sí mismo no implica un aumento de peligro que despierte una alerta para desconfiar sobre el cumplimiento de los requisitos de seguridad; y b) En lo que hace a la falta de inspecciones durante el año 2004 debe tenerse en cuenta que 'República Cromañón' no tenía ninguna denuncia que la diferenciara de otros locales de baile o que generara la atención de los funcionarios por algún motivo especial, y tampoco fue objeto del informe efectuado por la Defensoría del Pueblo, lo que podría haber generado un motivo especial para inspeccionarla*".

Considera "*...errónea la decisión del aquo de condenar a nuestro mandante por una hipotética pérdida de chance, y no merituar que las causales en la producción del daño no podían ser previstas por mi mandante, ya que dolosamente le eran ocultadas*".

Concluye que "*...el Tribunal condena a una reparación civil, haciendo expresa salvedad de la inexistencia de certeza respecto de la relación de causalidad y en función de una probable disminución del riesgo de ocurrencia del daño* (…) *Hablar de probabilidad no constituye más que un recurso para cubrir la imposibilidad de establecer un efectivo nexo de causalidad entre el acto que se imputa al GCBA y el perjuicio*".

Cita las partes pertinentes de la resolución de fecha 21/12/05 dictada en autos por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, concluyendo que "*...no resultan imputables a mi mandante los resultados de los hechos*

acaecidos el 30 de diciembre de 2004 en el local de baile República de Cromañón, sino que deben ser atribuidos a las conductas asumidas por el gerenciador, Omar Chabán, los integrantes del grupo Callejeros y la Policía Federal Argentina".

Advierte que "*...no puede desconocerse que la ciudad de Buenos Aires carecía a la época de los hechos (...) de fuerzas de seguridad propias con poder de policía que exceda el mero poder administrativo sancionador o fiscalizador (que aún conserva) para progresar en un poder de seguridad real de personas y lugares públicos, con facultades de prevención de delitos o contravenciones que, en tanto ilícitos, merezcan rápida intervención de autoridades competentes. Esto genera una dependencia de facto respecto de los miembros de la fuerza policial federal que son los que toman contacto real con situaciones de riesgo con la consecuente capacidad interruptiva que su autoridad e investidura de fuerza pública le confieren".*

Considera que la circunstancia apuntada "*...mengua la capacidad evitadora en tanto se deposita en los hechos el conocimiento de la situación riesgosa en manos y bajo órbitas de actuación de funcionarios ajenos a la autoridad de mi mandante, lo que despoja a los funcionarios actuantes del real dominio sobre el curso causal lesivo con capacidad de interrupción eficaz que le pueda ser exigida".*

Resume su planteo del siguiente modo "*...si el ya cuestionable cuadro de riesgos propios del Gobierno de la ciudad en términos de adecuación causal es seguido y superado por el cohecho cometido por un funcionario del estado nacional y dos particulares que se benefician con ello, se aprecia una interrupción en todo dominio pensable decurso de los acontecimientos a partir de la apropiación del mismo que implica el dolo de un tercero con las especiales características resaltadas del delito del que se trata".*

Entonces, "*...aún en el peor escenario posible en lo atinente al estado de cosas en que se disponía el recital o evento, la voluntad determinante para que ello acontezca a 'pesar de' no es otra que el dolo del único funcionario condenado por ello a la par de los particulares a los que se les ha atribuido (con penas equiparables) la representación del estrago doloso seguido del resultado muerte".*

Y concluye que *"En definitiva, resulta indominable e imprevisible para mi mandante el comportamiento doloso bajo la figura de cohecho de un funcionario que le es institucionalmente ajeno, que supone la viabilidad de que todos los riesgos se realicen en el desgraciado desenlace por el que ahora deberán responder sus naturalmente responsables"*.

4. Porcentaje de participación en la producción del daño. Omisión de tratamiento.

Luego de citar doctrina y jurisprudencia a fin de distinguir las obligaciones solidarias y de las concurrentes afirma que la sentencia *"…omite proveer adecuadamente lo solicitado por esta parte en el apartado XLII '**Del tratamiento de las peticiones**' para el supuesto caso que se hiciera lugar a la demanda, esto es que se fijara el porcentaje de participación en la producción del daño de cada parte, aspecto que afecta el derecho de propiedad de mi parte, porque se le está dando un tratamiento igualitario que no se condice con los resultados de la condena penal"*.

5. Tasa de interés. Errónea aplicación.

Por último, cuestiona la aplicación al caso del fallo plenario *"…'Samudio de Martinez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/daños y perjuicios' que establece la aplicación de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde el inicio de la mora hasta el cumplimiento de la sentencia…"* por cuanto *"La aplicabilidad del referido plenario se encuentra limitado a las obligaciones de dinero, cuya especial característica es que son insensibles a las oscilaciones del poder adquisitivo de la moneda, debiendo satisfacerse con la misma cantidad de dinero"*.

En tal sentido refiere que *"Por el contrario las indemnizaciones de daños causados por los hechos ilícitos (incapacidad sobrevivientes, valor vida, daño moral, etc.) constituyen, supuestos de deudas de valor"* y en relación a la aplicación de la tasa activa refiere que *"… resulta violatoria del derecho de propiedad de nuestra representada, solicitando se establezca la aplicación de la tasa de interés pura del 6% anual que es la que corresponde aplicar a las deudas de valor como es el supuesto de la indemnización de daños y perjuicios generados en*

hechos ilícitos".

Finaliza su exposición efectuando reserva del caso federal (art. 14 de la ley 48).

P. La traductora pública Karina Alejandra D'Emilio.

A fs. 67674/8 la nombrada interpone recurso de reposición y para el caso de resultar vencida su petición subsidiariamente interpone recurso de apelación por considerar baja la regulación correspondiente a sus honorarios profesionales.

En primer término, fundamenta su planteo en la falta de reconocimiento de la cantidad de horas dedicadas a la tarea profesional, de forma exclusiva en base a la especialización y calidad de trabajo de la perito. En relación a esta cuestión refiere que "Se *agravia porque la regulación de honorarios practicada a favor de la suscripta por cuanto ésta no guarda relación con la labor desarrollada por la perito traductora designada de oficio en autos*". Asimismo, señala también que "...*se agravia por el menoscabo y por desconocimiento de la labor profesional y de la idoneidad"*.

En segundo lugar cuestiona la "...*falta de fundamento para seleccionar un criterio para la regulación*". Respecto de esta cuestión expresa que "*El Colegio de Traductores Públicos ha asignado un valor horario por intervención. Se calculan en él la formación previa para hacer una labor altamente especializada, el abandono de toda otra tarea, la especialización y la alta categorización de la tarea realizada*". Adjunta a tal fin una fotocopia de dichos aranceles, los cuales si bien no son vinculantes "...*son una herramienta valorada por los jueces para acercar el honorario del perito a la realidad y a una retribución digna*...".

Como tercera cuestión, "*Se agravia porque los honorarios periciales tienen carácter alimentario, y una vez laborados, son una acreencia protegida por el art. 17 de la C.N. Los honorarios periciales no son un ingreso fijo, por lo que deben compensar la disponibilidad para el servicio al Tribunal y además tributan ganancias, reduciéndose el monto o suma en mano que percibe el perito. Súmese a esto el alza inflacionaria que deprecia el honorario hasta el momento de su efectivo cobro*".

En cuarto lugar argumenta que "*El monto regulado no supera*

el monto mínimo que se regula cuando no se realiza la pericia y por la sola aceptación del cargo".

Luego de efectuar diversas citas jurisprudenciales concluye solicitando que se tenga por presentado en tiempo y forma el recurso de reposición y apelación en subsidio, que se revea la sentencia del 12/08/09 recaída en el incidente de regulación de honorarios, que se apliquen los aranceles sugeridos por el Colegio de Traductores Públicos en la Ciudad de Buenos Aires conforme ley 20305 y se eleve el monto de los honorarios regulados (pesos trescientos, $300) a la suma de pesos mil cuatrocientos cuarenta ($1440) como mínimo.

Efectúa reserva del caso federal.

Q. David Fiszer, perito ingeniero de parte.

A fs. 67683, interpone recurso de casación contra la regulación de honorarios efectuada por considerarla baja.

Expresa que la misma no tiene relación alguna con la importancia de la causa, ni con el tiempo que le demandó el estudio del expediente y de los planos, las inspecciones realizadas en el lugar del siniestro, las reuniones llevadas a cabo entre los peritos, la elaboración del extenso informe final y la presencia en la audiencia.

Asimismo, expresa que en el juicio respondió satisfactoriamente a los interrogantes efectuados.

Resalta que no faltó a ninguna inspección o reunión llevada a cabo entre los profesionales.

Sostiene que "...*no puede el Tribunal diferenciar de semejante manera, al regular los honorarios, los trabajos llevados a cabo por los peritos oficiales y el suscripto, dado que éste profesional ha participado de manera intensiva en la confección del extenso y completo informe pericial presentado, así como en las inspecciones y reuniones entre peritos que se llevaron a cabo*".

R. Eduardo José Lucio Frigerio y Carlos Alberto Junco, Licenciados en Criminalística.

En virtud de haber intervenido como peritos de parte de la querella encabezada por el doctor Castro, con el patrocinio letrado del doctor Guillermo Jorge Serra, interponen "…*Recurso de*

Apelación en los términos de los artículos 520 del CPCCN y 244 del CPCCN contra la Resolución de fecha 19 de agosto de 2009 en la que fueron regulados PESOS CINCO MIL ($5.000) a cada uno de los nombrados en concepto de honorarios profesionales por considerarlos reducidos y por entender que dicha resolución nos causa gravamen irreparable".

Sostienen que el monto "*...regulado en concepto de honorarios profesionales no se justifica con la labor desarrollada en autos".*

Fundamentan tal afirmación, en primer término, en la cantidad de horas que les insumió la tarea realizada en la presente causa señalando que trabajaron un total de dos mil trescientas horas (2300 hs.). En virtud de lo expuesto y teniendo en cuenta el monto de la regulación efectuada, concluyen que les corresponderá dos pesos con diecisiete centavos ($2,17) por hora trabajada, "*...importe a todas luces bajo, si se trata de un honorario profesional, en la que se entiende se ha realizado un adecuado control de la prueba, tanto en etapa de instrucción como de debate oral, toda vez que existió sentencia condenatoria".*

A continuación detallan las intervenciones en las que tuvieron lugar.

Asimismo expresan que "*Se entiende que mi tarea debe merituarse como un adecuado control de la prueba en beneficio de mi asistido toda vez que existió sentencia condenatoria.".*

Sostienen que "*Del análisis de la Resolución en la que me fueron regulados los honorarios que aquí se recurren cabe interpretar que no se tomaron en cuenta las pautas fijadas en el artículo 6 de la ley 21.839, la cual es de aplicación analógica en lo que respecta a los suscriptos, a saber: La naturaleza y complejidad del asunto o proceso, el resultado obtenido, la relación entre la gestión profesional y el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo".*

Concluyen expresando que "*el importe referente a honorarios profesionales resulta ser NOTORIAMENTE REDUCIDO POR LO QUE <u>INDUBITABLEMENTE MERECEN SER RECURRIDOS</u>"*, solicitando que se incrementen.

<u>S. Juan María Cardoni, Hernán Santiago Nottoli, Walter</u>

Gómez Diz, Jorge Ciccarello, Cayetano Gabriel Profeta, Inés Natalia Bodio y Horacio Gallo Calderón, peritos de oficio.

A fs. 67943/61, y con el patrocinio letrado de los doctores Andrea Verónica Plazibat y Mauro Raúl Blanco, interponen recurso de casación contra la sentencia dictada en autos por considerar excesivamente bajos los honorarios profesionales regulados.

En tal sentido, señalan que consideran violadas las siguientes disposiciones legales: *"1) El principio de afianzar la justicia que establece el Preámbulo de nuestra C.N.. 2) Las garantías establecidas en los artículos 14 y 14 bis de nuestra C.N. en cuanto garantizan el derecho 'de trabajar y ejercer toda industria lícita…y que 'el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes... retribución justa... igual remuneración por igual tarea...'.3) En la garantía de debido proceso que establece el art. 18 de nuestra CN. 4) También el fallo recurrido en cuanto a la regulación de honorarios no tiene en cuenta la garantía genérica del art. 33 de nuestra CN, ya que no existe razón alguna para no aplicar las normas sustanciales indicadas y haber realizado la regulación que corresponde en derecho teniendo en cuenta lo actuado en la causa. 5) La sentencia recurrida, en cuanto a la regulación de honorarios no tuvo en cuenta lo establecido por el Dto. Ley 7887/55 Ley 14.467 Ley de Aranceles de Honorarios Profesionales la cual se encuentra plenamente vigente, tal como lo detallaremos seguidamente, ni tiene en cuenta las disposiciones de la ley 21.839 correspondiente al arancel de procuradores y abogados. 6) Por ultimo, la sentencia resulta arbitraria, ya que si bien menciona l[a]e norma, no la respeta en su aplicación, ni se funda en constancia de hecho para haber realizado las regulaciones que efectuó"*.

Expresan que *"La sentencia recurrida resulta arbitraria al fundarse únicamente en su arbitrio y voluntad..."*.

Fundamentan tal afirmación señalando que la sentencia efectúa una mera mención de la norma vigente en materia de aranceles, *"Dto. Ley 7887/55 Ley 14.467"*, inobservando por completo los parámetros establecidos por la ley, pues la regulación de honorarios efectuada en nada se condice con las pautas previstas en los artículos 38, 86 y 88 del referido cuerpo normativo.

Asimismo, sustentan la arbitrariedad de la sentencia en la falta de enumeración de las presentaciones efectuadas y en la falta de vinculación de esas tareas con el mérito y resultado de la labor profesional.

Señalan que el decisorio cuestionado "...*no ha cumplido con la manda establecida en el Dto. 7887/55, ni tampoco lo establecido en el art. 47 de la Ley 21.839, que si bien regula el arancel de honorarios para abogados y procuradores, la misma dispone que 'el juez deberá fundar el auto regulatorio'*" y citan jurisprudencia, en tal sentido, de éste cuerpo colegiado.

Continúan la argumentación cuestionando las omisiones en las que incurre la sentencia. En tal sentido, expresan que "…*el informe presentado por los profesionales no solo ha sido importante para la resolución de la presente causa, sino que siquiera ha recibido una sola impugnación de las partes (...) lo cual avala la profesionalidad y excelencia con la cual se han desenvueltos los mencionados profesionales, sino que también el excelente informe que han presentado*" en efecto "*El amplio y claro informe presentado por los peritos, contó con la aceptación unánime de los peritos de parte..., quienes ante esporádicas preguntas procedieron a realizar informes ampliatorios*".

Destacan que "...e*l Tribunal no sólo utilizó el informe para la resolución de la presente causa, sino que el informe pericial y sus conclusiones fueron mencionadas expresamente en el Fallo del Tribunal Oral nro. 24...*".

Afirman, luego de calcular los montos totales reclamados en concepto de indemnizaciones, que corresponde tener en consideración que "...*la sentencia dictada en autos como así también el informe pericial producido, resulta de fundamental importancia en los juicios civiles (...) ello conforme lo que dispone el art. 1101 del CC y que los demandados en las mismas resultaron parte en la presente causa*" que, a diferencia de la presente etapa, son de apreciación pecuniaria.

Refieren que "*Tampoco se ha considerado la naturaleza y complejidad del asunto o proceso*" destacando que "...*tal vez sea la más importante o de mayor impacto en la sociedad argentina, ya sea por la cantidad de victimas, como por la forma en que se desarrollaron los hechos y la generación de conciencia que ha creado en nuestra sociedad...*" y señalando la trascendencia de la

misma.

Reclaman que no se tuvo en consideración que *"…la Fiscalía, el Tribunal y las partes han tomado y han hecho suyo lo informado por los suscriptos..."*.

Señalan que tampoco se contempló *"...que estos profesionales debieron afrontar las condiciones físicas en que se encontraba el lugar de los hechos, debiendo realizar inspecciones 'in situ' para su relevamiento y estudio (…) siendo inevitable lo dramático que han resultado las mismas con el impacto emocional y la afección psíquica y moral que en cada uno de ellos pudo repercutir..."*.

Por último, manifiestan que se omitió tener en cuenta *"...la derivación que tuvo la presente causa, como el trabajo realizado por los peritos, que fuera tomado como parámetro para realizar cambios en las normas de seguridad existentes, como los controles que de ahora en más debería realizar el órgano de gobierno que se encargue de realizar los controles pertinentes"*.

Luego de enumerar exhaustivamente las tareas realizadas, efectúan consideraciones y operaciones matemáticas que, a su entender, comprueban la inobservancia de los parámetros de la Ley de Aranceles Profesionales.

A continuación efectúa cálculos en relación a los honorarios según lo previsto por el Dto. Ley 7887/55 y la Ley 14467, arribando a los siguientes valores: pesos tres millones quinientos noventa y siete mil trescientos sesenta y cuatro ($3597364) y pesos dos millones ciento treinta y cuatro mil setecientos nueve con diez centavos ($2134709,10) según distintas modalidades de calculo que expusieron.

Concluyeron que *"...los valores del Arancel Profesional si bien no son iguales, son importes similares entre ellos en relación a la regulación de autos y muy superior a ella, según la metodología que se aplique, pero muy diferentes a la regulación realizada en la sentencia que se recurre, resultando la misma, arbitraria en razón de apartarse de la norma en cuestión"*. Por otra parte, sostienen la vigencia de dicha normativa citando jurisprudencia del Alto Tribunal. Afirman que *"...la sentencia recurrida constituye un típico caso de sentencia arbitraria..."* y citan doctrina en torno a esta cuestión.

Asimismo, sostienen que la decisión provoca *"...un*

menoscabo de los derechos y garantías que consagran el preámbulo y los arts. 14, 14 bis, 17, 18 y 33 de la Constitución Nacional..." y que *"…al prescindir del derecho aplicable, menoscaba la garantía del debido proceso (art. 18 de la Constitución Nacional)"*. En consecuencia, consideran que *"...se encuentra tipificada la cuestión federal que prevé la ley 48, pues se ha desconocido la vigencia del debido proceso legal (art. 18 de la CN), se ha violado el principio de afianzar la justicia (Preámbulo de la CN) y además no aplica correctamente leyes nacionales como son las leyes de aranceles de abogados y de ingenieros, arquitectos, etc"*.

Finalizan su exposición reseñando jurisprudencia que consideran aplicable al caso, y que hace referencia a los parámetros que deben guardar las regulaciones de honorarios para ser consideradas justas, como así también, cuando se verifica la existencia de arbitrariedad de dichas resoluciones.

TERCERO:

El Tribunal de mérito concedió los remedios impetrados a fs. 68837/45.

Los abogados a cargo de las defensas de Maximiliano Djerfy; de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell; de Ana María Fernández; de Raúl Alcides Villarreal; de Omar Emir Chabán; de Carlos Rubén Díaz y de Diego Marcelo Argañaraz, mantuvieron sus recursos de casación a fs. 68983, 68979, 68969, 68973, 68975, 68982 y 69978, respectivamente.

También lo hicieron el apoderado del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 67770 y el representante del Estado Nacional-Ministerio del Interior a fs. 68977.

Por su parte, la querella encabezada por los Dres. Susana Rico y Patricio Poplavsky mantuvo el recurso a fs. 68968.

El grupo de acusadores privados integrado por los Dres. Mauricio Lionel Castro, Patricia Núñez Morano y María Marta Marcos mantuvo el remedio procesal a fs. 68976.

La querella integrada por los Dres. Beatriz Campos y José Antonio Iglesias mantuvo el recurso de casación a fs. 68980/1.

El Fiscal General mantuvo el remedio impetrado a fs. 68972.

Los peritos oficiales mantuvieron el recurso a fs. 68998, e igualmente lo hicieron los profesionales designados por una de las partes, Licenciados Eduardo Frigerio y Carlos Junco, a fs. 68970.

A fs. 69005/6 se presentó la defensa de Fabiana Fiszbin, a sostener el recurso.

La querella representada por los Dres. María del Carmen Verdú, Marcelo Parrilli, Rubén López Santos y Verónica Mariana Prince, no mantuvo el remedio procesal impetrado oportunamente.

Los peritos Karina Alejandra D´Emilio y David Fiszer tampoco mantuvieron sus recursos en esta instancia.

Durante el término de oficina previsto en los artículos 465 primera parte y 466 del código adjetivo, se presentó **el Fiscal General** solicitando se haga lugar al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, se case parcialmente la sentencia y se resuelva según sus postulados (ver fs. 69121/69).

En el desarrollo de los fundamentos que sustentaron su presentación reiteró lo expresado por el Fiscal de Juicio respecto a la situación de los integrantes del grupo “Callejeros” que fueron absueltos y de Raúl Villarreal. En cuanto a la situación de este último recalca que tuvo un rol protagónico en la generación y control de las condiciones que produjeron la situación típica.

Entiende que tenía capacidad de acción de dominio de la causa del resultado y pese a poseer el deber de contención del potencial lesivo determinante del resultado nada hizo para impedir que se concretara.

Hace la expresa salvedad que estima que Villarreal debe ser considerado como coautor; no obstante, teniendo en cuenta que el representante del Ministerio Público Fiscal de la instancia anterior consideró que debía responder como partícipe necesario se atendrá a esa calificación para evitar cuestionamientos referidos al ejercicio del derecho de defensa.

Asimismo, sostiene que el auxilio en la ejecución del cohecho constituyó una prestación necesaria sin la cual no podría haberse cometido.

Refiere que los planteos de nulidad reeditados por la asistencia letrada de Omar Emir Chabán deben ser rechazados por los argumentos que obran en el apartado correspondiente de la sentencia. En cuanto a la incorrecta aplicación de la ley

sustantiva alegada por esa defensa, señala que la parte no ha ensayado una crítica sólida y fundada.

Finaliza indicando que el recurso intentado por la defensa de Diego Marcelo Argañaraz debe ser rechazado puesto que las cuestiones introducidas tuvieron suficiente respuesta por parte del Tribunal *a quo* y el error en la aplicación de la ley sustantiva no puede apoyarse sólo en una inteligencia distinta a la efectuada en el fallo.

A fs. 69422/35 **la defensa de Omar Chabán,** reiteró su postura respecto de diversos temas planteados en su recurso e introdujo el planteo de nulidad absoluta *"de las acusaciones y, en consecuencia del debate y de la sentencia"*.

Sobre este último punto consideró que *"Los alegatos evidenciaron contradicciones entre la descripción de los hechos y su valoración jurídica, provocando una absoluta confusión acerca de cuál fue su acusación"*. Consideró la parte que se describieron conductas activas pero luego se subsumieron en figuras de comisión por omisión, importando ello un importante error dogmático.

Entiende también la parte que *"Chabán no tenía el dominio sobre las hipotéticas 'situación de peligro' o 'la causa fundamental del resultado'"* dado que no asumió concretamente el control del recital, y que *"La incapacidad psíquica para autodeterminarse conforme a la comprensión de la antijuridicidad elimina la culpabilidad porque estrecha el ámbito de autodeterminación, constituyendo el presente caso uno de los supuestos de inimputabilidad previstos por el art. 34 inciso 1ro. C.P.: 'imposibilidad de dirigir sus acciones'"*.

Por lo demás, entendió que la incorporación por lectura del testimonio de Ana Sandoval no debió ser admitida, dado que éste había sido prestado con la sola presencia del Fiscal de Instrucción. En ese contexto añade también que la declaración de *"Héctor Damian Albornoz, está teñida de subjetividad y falacias, se advierte una clarísima hostilidad del testigo"* hacia Omar Chabán.

Finalmente, solicitó la reducción de la pena impuesta *"al mínimo de la escala penal prevista para los delitos reprochados; considerándose como atenuantes para mensurar la pena sus circunstancias personales genéricas, el buen comportamiento del mismo y su voluntad de colaborar con la justicia demostrado*

durante el transcurso del proceso".

A su turno **el doctor Roberto Bois** realizó su presentación en los términos que venimos tratando, reiterando la postura sostenida en su recurso (ver fs. 69372/8).

Los letrados defensores de Carlos Rubén Díaz también ampliaron los fundamentos expuestos en el recurso de casación interpuesto en autos (ver fs. 69436/47).

Reiteran el cuestionamiento de la constitucionalidad de la construcción dogmática del delito de "*comisión por omisión*" u "*omisión impropia*" a partir de la violación al principio de legalidad. Expresan que "*...ante dos dogmas distintos en materia penal se debe estar al más benigno...*", en virtud de lo previsto por el artículo 2 del Código Penal.

Sostienen que se pueden tipificar en la parte especial del código de fondo figuras de tipos penales de "*comisión por omisión*" pero deben establecerse en forma taxativa, siguiendo los mandatos del principio de legalidad. Citando a Stratenwerth refieren que debe "*limitarse a aquellos casos en los que la equivalencia de la omisión con la acción positiva surja como incuestionable*", y así respetar el principio referido que impera en nuestro derecho penal.

Alegan que *"no puede aplicarse la equivalencia que el Subcomisario Díaz no haya evitado las muertes y lesiones, pudiendo evitarlo… no puede demostrarse fehacientemente una omisión funcional del funcionario público, que causara el luctuoso suceso. Díaz, desde el comienzo y durante el recital, no estaba presente en el lugar, por otro lado, aún estando presente su posición de garante era evitar el desorden público, en todo caso debía comunicar, en caso de advertir alguna contravención, a la autoridad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, tanto al poder administrador como a la justicia local*".

Sostienen que *"...de no existir el delito de cohecho, el incendio o estrago, sería culposo, mucho más cuando muchos de los imputados se encontraban en el interior del local"* (...) *"De aplicarse la norma imperativa, como debía, en el respeto al principio de legalidad, las penas no hubieran perforado los 5 años de prisión*".

Cuestionan la sentencia, expresando que "*...al analizar la conducta de nuestro asistido, no habiendo prueba alguna que lo*

ubique en la escena de los hechos el día 30 de diciembre, fuerzan la estructura dogmática sobre la que se asienta el fallo, para imputar una conducta en calidad de partícipe necesario, e imponerle la misma pena que al autor".

Sostienen la problemática de responder si es posible la participación en delitos de comisión por omisión y refieren citando a Claus Roxin que "*...para los delitos de infracción del deber (como él llama a los delitos omisivos) concibe solamente el concepto de autor.*" (...) "*que por no existir una dirección del curso causal, -pues en la omisión, naturalísimamente no se tiene dominio de nada- no se puede abordar la problemática de la participación, a partir del aporte que cada autor da al suceso, pues, en estos simplemente se deja que siga el curso causal. 'La dirección con dominio, del acontecer presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en una conducta rectora activa, lo que justamente falta en aquel que se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso'*".

Lo expuesto lleva a concluir "*...que no se pueda distinguir entre autor y partícipe, ya que responde por la violación de un deber y no por la configuración o dominio del hecho*".

Cuestionan que "*...no se exige a nuestro asistido una posición de garante específico, requisito previo y necesario, todo ello a pesar de que la sentencia manifiesta la existencia de dicho elemento.*"

Resaltan que "*La conducta omisiva de los sindicados como autores fue 'no disponer la suspensión definitiva del espectáculo'. Ninguna mención o fundamento se hace respecto de Díaz, de qué manera ha participado en dicha acción de no disponer la suspensión definitiva del espectáculo por parte de quienes se encontraban en el lugar, qué tipo de participación en dicha acción ha tenido, que permita arribar a una condena de la misma gravedad de aquellos que tenían el dominio del hecho.*"

Se agravian por la "*inequidad en el tratamiento de las distintas conductas*" ello, vinculado al marco dogmático de la complicidad analizado en relación al grupo "Callejeros" y respecto de su asistido.

Asimismo, expresan que "*existe una inequidad en el tratamiento de la supuesta posición de garante, especialmente*

requerida por los mismos autores mencionados en la sentencia, para arribar a la imputación de responsabilidad penal" concluyendo que *"...no existe posición de garante ni del grupo Callejeros, y menos aún respecto de Carlos Rubén Díaz"*.

Concluyen con la cita de doctrina referente a que *"el criterio del dominio de hecho se convierte en inútil, cuando el hecho principal constituye un delito de omisión: <la cuestión de quién dirige el suceso, pierde aquí todo sentido desde que nadie interviene en el desarrollo del suceso>"*.

A fs. 69288/378, **la querella encabezada por los doctores Iglesias y Campos**, ampliaron los fundamentos del recurso de casación oportunamente interpuesto y realizaron algunas consideraciones que deben ser destacadas.

En este sentido, los recurrentes aducen que en el fallo *"no existieron conductas comisivas o, de existir, habrían resultado irrelevantes para el resultado"*. Expresan que *"esa parte, en su acusación, identificó conductas comisivas y conductas omisivas y acusó con sustento en ambas"*.

Tras recordar cuáles fueron esas conductas activas, indican que *"el adecuado y completo juzgamiento de los hechos acreditados en el debate y la valoración de las pretensiones acusatorias, imponía examinar si las conductas comisivas reprochadas existieron, si ellas suponían la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y si el resultado probado era la concreción del aludido riesgo"*. Apoyan sus afirmaciones con citas de doctrina.

En la misma línea resaltan que *"el amplio ámbito del rol de garante, ingresando también en el sector de la comisión activa, es probable que haya sido desatendido por el Tribunal, habituado a tratar el rol de garante con los delitos omisivos"*.

Asimismo, efectúan una extensa descripción de las condiciones en que se encontraba el local "República Cromañon", tanto en lo referente a la organización del recital como en lo inherente a las irregularidades estructurales que presentaba. En esa dirección resaltan que *"el conocimiento de estas situaciones no escapaba al explotador y, como veremos, en cuanto a alguna de ellas y también relevantes en el resultado, a la banda de rock y, particularmente a uno de sus integrantes"*.

Alegan que *"todas tuvieron incidencia directa en el*

resultado muerte y lesiones, en tanto provocaron una exposición letal de los concurrentes a la acción de los gases producidos por la combustión incompleta de las placas, la guata y la media sombra". Y agregan las razones por las cuales consideran que tanto el explotador como los miembros de la banda tenían dominio del hecho.

Con relación al agravio vinculado a la posición adoptada por el tribunal de juicio respecto de la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión, agregan que la declaración de inconstitucionalidad en la doctrina de la Corte Suprema es un acto de suma gravedad que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico.

Aducen que "*tanto para condenar un artículo, cuando para consagrar una nueva versión interpretativa mas estrecha* [en alusión a la postura de la sentencia sobre la comisión por omisión], *con fundamento en su mayor coherencia con la Carta Magna, los jueces deben desplegar su juicio no sólo con igual prudencia, sino también mayor severidad*".

Critican la tesis del dominio sobre el fundamento del resultado adoptada por el *a quo* en el fallo, para lo cual se sustentan en distintas citas de doctrina y se agravian porque entienden que resulta reprochable "*trasladar una posición polémica, todavía improbada, que nació cuestionada, a una sentencia y rendir a esa posición todos los aspectos del pronunciamiento, incluso el acceso a los hechos*".

Por otra parte, hicieron referencia a los argumentos por los cuales se verificaba respecto de Omar Chabán y Diego Argañaraz el dolo de sus comportamientos, ello en atención al cuestionamiento que las defensas de los nombrados habían realizado en sus escritos recursivos.

Respecto de las absoluciones de los miembros del grupo musical "Callejeros", agregan como novedoso para criticar la sentencia que "*la liviana consideración de su condición de meros músicos es quizás el único fundamento de la exclusión de los integrantes de la banda, de sus responsabilidades penales*".

Aducen que "*todos ellos se beneficiaban del resultado de la venta de entradas, que era la contraprestación onerosa del público por el recital que brindaban*" y que "*desde ese lugar asumían el deber de custodiar a su público*"; alegan con citas de

doctrina y jurisprudencia que ello puede ser considerado tanto coautoría como complicidad en la omisión y destacan las conductas que los músicos podían haber realizado en pos de evitar el resultado.

Con relación a la responsabilidad de los funcionarios públicos, explican que en la sentencia no *"mereció la consideración que debía la omisión de inspeccionar como riesgo jurídicamente desaprobado que se concretó en el resultado"*; en tanto *"tiene tanta entidad el haber abierto el local República Cromañon el 30 de diciembre de 2004, que era un comportamiento comisivo relevante para Gimbernat Ordeig en su análisis de ´Alcala´, como el no haberlo cerrado entre el 24 de noviembre y el 30 de diciembre de 2004"*.

Indican que tampoco mereció consideración a la hora de evaluar la responsabilidad de los funcionarios, sus obligaciones en razón de la zona de la ciudad donde se emplazaba el local, puesto que *"ellos debían controlar la zona, porque era de alto riesgo, y actuar sobre ella previniendo la ocurrencia de algún hecho en algún local allí ubicado"*; agregan que *"esa previsión zonal es suficiente para el vínculo de responsabilidad penal"*, en tanto *"el poder de policía se ejercita de esa manera, sobre locales, rubros y zonas de riesgo, no sobre direcciones individuales"*.

Asimismo, contestan el planteo de nulidad reeditado por la defensa de Fabiana Fiszbin en cuanto a la falta de precisión de las acusaciones, postulando su rechazo en tanto que la nombrada *"había sido llamada a juicio por no haber dispuesto la inspección del local República Cromañon al vencimiento del certificado de bomberos, permitiendo de esa manera que el mismo permaneciera abierto al noche del 30 de diciembre"*, extremos que estaban absolutamente claros.

Por otra parte, explican los argumentos por los cuales entienden que los funcionarios imputados resultaban garantes genéricos y específicos de la evitación del resultado, basando sus consideraciones en que el poder de policía comporta *"un estado de alerta permanente, es decir de disposición funcional para procesar cualquier advertencia sobre situaciones de riesgo que puedan desembocar en peligros concretos"* y además porque sus notas de prevención y anticipación de peligros *"constituyen el contenido*

sustancial y específico del garante de la dogmática a quien se le atribuye ese rol (a través de las diversas fuentes de la posición)". Determinados riesgos *"sólo pueden ser amparados por aquellos a quienes la organización social atribuye el rol policial"* y no por el resto de los ciudadanos.

Indican que *"frente a estas especificaciones normativas, que conozcan o no el local República Cromañon, es intrascendente, incluso para reprocharles el resultado frente al delito de estrago"* pues *"la reprochabilidad del funcionario que ejercita el poder de policía se especifica por concreciones de esa naturaleza y no por el particular conocimiento de cada local"*. En el caso de Fiszbin precisan que de todos modos tenía conocimiento de ese local de acuerdo al expediente 67065/03 de la Dirección de Protección del Trabajo.

Tras aludir a la situación del área de control del GCBA y a la normativa aplicable, y luego de caracterizar dicha área como una estructura incapacitada para cumplir con sus funciones, señalan que *"Fiszbin y sus consortes debían modificar esa realidad estructural inoperante, denunciarla sino podían cambiarla o renunciar"*.

Hacen mención al tema presupuestario alegado por las defensas de los funcionarios y explican las razones por las que consideran que los imputados contaron con *"una serie de posibilidades que le*[s] *hubiera*[n] *permitido ampliar los recursos materiales y humanos dedicados al área de control"*; agregan que *"ninguna de esas posibilidades fue aprovechada por decisión de los propios funcionarios involucrados"*.

Destacan la posibilidad de llevar adelante las tareas aún con la situación verificada y alegan que nunca existió un seguimiento de las actuaciones que se llevaban a cabo, ni de las inspecciones ni de las clausuras.

Señalan la perdida de "memoria institucional" que comportó la creación de la UERA, apuntando lo que al respecto destacara el informe de auditoría interna realizado sobre ese organismo.

Asimismo, detallan cómo debía ser el sistema inspectivo en el marco del ejercicio del poder de policía y remarcan las deficiencias que presentaba el que se llevó a la práctica en el año 2004 durante la gestión de esos funcionarios.

Dan cuenta de las situaciones por las cuales el déficit

del área de control se profundizó durante el período de desempeño de los acusados y manifiestan que *"en esas condiciones, una estructura semejante, de criticidad alta, e involucrada específicamente en el ejercicio integral del poder de policía y también en la coordinación y supervisión de la porción atribuida a las direcciones subordinadas, se constituyó en sí misma en una fuente de peligro"*; extremos que no fueron tenidos en cuenta en la sentencia.

Agregan que en la ciudad de Buenos Aires, el ejercicio del poder de policía prohíbe la omisión (arts. 11, 12, 21 y 56 de la CN de la ciudad).

Por lo demás, reiteran los argumentos expuestos en el escrito de interposición del recurso de casación.

A fs. 69448/62 y 69466/79, **el Defensor Oficial ante esta Cámara, doctor Juan Carlos Sambuceti (h), encargado de la asistencia a Maximiliano Djerfy**, solicita el rechazo de los recursos de casación interpuestos por los acusadores particulares Iglesias y Poplavsky, y por el Fiscal General López Lecube.

Puntualmente la defensa expresa que la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación y la arbitrariedad solicitada por los acusadores debe ser rechazada toda vez que aquella *"...cuenta con fundamentos suficientes que obstan a su descalificación como acto judicial válido, ajustándose a las prescripciones contenidas en los artículos 123 y 404 inciso 2° del ordenamiento ritual"*.

A continuación y en esa misma línea agrega que *"...no se advierten fisuras en el razonamiento de los jueces en el desarrollo de la sentencia atacada, quienes, en uso de sus propias facultades escogieron, valoraron e hicieron convicción sobre las pruebas e indicios serios, precisos y concordantes que citaron y analizaron en su decisorio, brindando a juicio de este Ministerio Público, argumentos suficientes para fundamentar su conclusión"*.

Por otro lado, en referencia a la horizontalidad en la toma de decisiones entre los integrantes del grupo "Callejeros" propugnada por los acusadores, a la que el Tribunal Oral calificó como *"estrategia de defensa"*, expuso que *"...los recurrentes se agravian* (...) *por entender que a esta división de las defensas de los imputados no es posible darle el significado que le dio el Tribunal, extremo que, en opinión de este Ministerio Público,*

evidencia una mera discrepancia en cuanto a la eficacia probatoria de los elementos de convicción producidos en el debate y las conclusiones arribadas en ese contexto, más no alcanzan a demostrar existencia de arbitrariedad o absurdo notorio".

Con posterioridad y vinculado con las opiniones contradictorias respecto a si el grupo musical fomentaba o no la utilización de pirotecnia, trajo a colación lo establecido por la Corte Suprema *in re* "Casal" en relación con la inmediación y el límite de lo no revisable al decir que "...*el temperamento adoptado por los jueces en lo atingente a los testimonios recabados en la audiencia oral, no puede, a juicio de esta defensa, ser ahora exitosamente controvertido por los recurrentes, ya que sólo ellos han tenido inmediatez con la prueba, y han sopesado actitudes, palabras, procederes, que no se reflejan en el acta de debate y por lo tanto no pueden ser apreciados en su real dimensión por ese máximo Tribunal Penal, que sólo accede a la prueba de modo mediato*".

En último lugar, concluye la defensa oficial que "...*del análisis de todas las circunstancias apuntadas por el Tribunal Oral, no se advierte fisura lógica alguna, sino que surge de la sentencia impugnada que los sentenciantes realizaron una selección y valoración de la prueba ajustada a las reglas de la sana crítica racional, por ello exentas de vicios o defectos en sus fundamentos que, no han sido demostrados en los recursos*".

En lo que respecta a la condena civil recaída respecto de su asistido, además de reiterar algunos de los fundamentos que ya fueran vertidos por la anterior defensa particular del imputado al interponer el recurso de casación, tacha a la sentencia de arbitraria.

A tal fin, sustenta su crítica en cuatro puntos que identifica como "*incongruencia por excesos en el pronunciamiento*", "*contradicción*", "*falta de fundamentación suficiente*" y "*defectos de fundamentación normativa*".

El primero de ellos, referido a los excesos en el pronunciamiento se refiere a que el Tribunal Oral aplicó la relación societaria no a la relación entre Chabán y la banda como lo exigía el actor civil, sino que la aplicó a la relación jurídica que unía a los miembros de la banda entre sí. Por lo cual, toda vez que esta cuestión "...*no fue traída a examen por*

ninguna de las partes que conforman la litis...”, resulta ajena a su jurisdicción.

La hipótesis de la contradicción se refiere a la influencia del pronunciamiento penal sobre la acción civil, lo que en sus palabras significa que *“...no puede considerarse una razón suficiente para justificar el trato desigual, la existencia de una sociedad de hecho entre el grupo Callejero que tal como se marcó en forma reiterada (...), ni siquiera fue alegada por la parte interesada”*.

El tercer argumento se vincula con la falta de motivación de la sentencia y con defectos en la fundamentación normativa, en tal sentido manifiestan que la sentencia *“...carece de motivación suficiente por no sustentarse en un razonamiento válido sino en la unión de meros elementos que, en modo alguno, pueden ser el soporte necesario, mínimo e imprescindible para fundar una sentencia condenatoria...”* como así también que el Tribunal Oral *“...alude indistintamente a la responsabilidad contractual, extracontractual y responsabilidad indirecta por los actos de terceros sin lograr especificar cual es en realidad la verdadera responsabilidad en juego, que no es otra que la responsabilidad que asumen quienes organizan espectáculos públicos y el poder de policía que pesa sobre el estado para regular y controlar estas actividades”*.

En último término esgrimieron sus fundamentos sobre la naturaleza de la relación jurídica diciendo, entre otras cosas que en el caso *“...no se encontraba debatida la naturaleza jurídica de la relación jurídica que existía entre los integrantes del grupo musical ´Callejeros´ entre sí, pues ello era totalmente ajeno a la contienda.”* Para concluir que Callejeros *“...no es por cierto una sociedad de hecho como lo esgrimió el actor civil, sino una relación laboral en el marco del art. 101 de la LCT y del estatuto que regula la actividad del ejecutante musical...”*.

A fs 69170/223, **los doctores Marcelo H. Fainberg y Patricia De Reatti**, letrados defensores de la imputada Fabiana Gabriela Fiszbin, formularon ampliación de fundamentos de conformidad con lo normado por el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación, donde amén de reiterar parte de los argumentos expuestos en el escrito de interposición del recurso, realizaron algunas precisiones que merecen ser apuntadas.

En tal sentido, y relacionado con la actividad desplegada por su asistida destacan que *"en el fallo que hiciera el Sr. Juez de Instrucción Alberto Julio Baños al investigar supuestas conductas delictivas de enriquecimiento ilícito y asociación ilícita reprochadas a nuestra defendida Fabiana Fiszbin, fallo de fecha 25 de marzo de 2010, que se encuentra a la fecha firme, y en donde se dispuso sobreseer a Fabiana Fiszbin por los hechos endilgados (causa que corre por cuerda con la presente), se enaltece en un todo la gestión que hiciera la Subsecretaria de Control Comunal* [...] *relacionada con los locales bailables"*.

Tras resaltar un pasaje de la resolución dictada por el Juez de Instrucción que a criterio de los recurrentes se contradice con la sentencia aquí cuestionada, expresan que *"seguimos sin comprender a esta altura de las circunstancias* […] *con qué medidas de prueba reunidas en el debate, los Sres. Jueces de Cámara arribaron a la conclusión de que la Subsecretaria de Control Comunal Fabiana Fiszbin, relegaba la prioridad a la actividad relacionada con los locales de baile"*; agregan sobre el punto que ello se aleja de la realidad *"según lo afirmado por el juez de instrucción, y por la totalidad de los testigos que declararon en esta causa"*.

Por tanto, indican que de esta manera *"se llega al dictado del fallo, el cual, sin duda, encierra un análisis aéreo que lo hace devenir injusto y que por ello, a nuestro entender, se encuentra viciado de arbitrariedad"*.

También vinculado con las tareas desarrolladas por su pupila, agregan que *"los Sres. Jueces sentenciantes tergiversaron la prueba de autos, al manifestar que algunos locales no fueron inspeccionados, cuando en realidad sí lo fueron"*, apuntando como ejemplos el caso del establecimiento denominado "Marqueé" como asimismo aquel ubicado en "Cabrera 3046/8".

Vinculado al planteo formulado en torno a la inexistencia de plazos para inspeccionar, los recurrentes agregan que *"no era función de Fabiana Fiszbin dentro de su competencia, la de fijar plazos de inspección dentro de la norma de locales de baile ni dictar reglamentos en materia inspectiva"*.

Aducen que pese a ello, *"se advierte en el fallo impugnado la construcción de la responsabilidad de nuestra defendida Fiszbin, mediante la aplicación de la analogía"* en tanto *"resulta*

absurdo e incoherente que los sentenciantes construyan argumentos de cargo a partir de, lo que debe hacerse en el terreno administrativo, cuando ello resulta repugnante en el ámbito del derecho penal".

Por estas razones, concluyen diciendo que *"al haberse recurrido a la construcción analógica de la obligación de deber cuyo supuesto incumplimiento tornaría típica la conducta, constituye una violación grave al principio de legalidad"*.

En lo inherente a la tipicidad subjetiva del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, los defensores aducen en apoyo a su postura lo resuelto por esta Sala en el fallo "Gotelli, Aníbal s/recurso de casación" (c. 10769 rta. 23/9/09), donde se habría sostenido que *"todo criterio subjetivo de imputación tiene que respetar la existencia de conocimiento y voluntad en el autor respecto de la realización de la acción con sus modalidades y la producción del resultado"*; extremo que *"no es posible reemplazarlo por presunciones"*. Aducen que esto último ocurre en el fallo criticado.

Con relación a esto último, los recurrentes alegan asimismo que la sentencia no se ha pronunciado sobre *"el móvil que habría tenido nuestra defendida para omitir con las obligaciones a su cargo"*. Alegan que *"no hay ningún ensayo de explicación, ni de prueba acerca de un móvil o de un interés del supuesto designio doloso de Fabiana Fiszbin para omitir cumplir con sus deberes funcionales"*.

Por otra parte, indican que *"el tribunal oral ni siquiera se animó a mencionar las conductas de algunas víctimas"*, es decir, *"a la llamada autopuesta en peligro"*. Ello así pues, según los recurrentes, las víctimas *"ocuparon un papel destacado en el suceso ocurrido en Cromagnon"*(sic).

En esa dirección expresan que *"la conducta de la víctima puede no sólo disminuir la responsabilidad penal del autor, sino también excluirla por completo (Shuneman, Donna, Mir Puig, Corcoy Bidasolo, Jacobs, y otros"* (sic).

Finalmente y ya en lo atingente a la modalidad de cumplimiento de la pena, los recurrentes aludieron al fallo "García, José M." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelto con fecha 4 de mayo de este año, donde se habría reafirmado la doctrina del precedente "Squilario" del mismo

tribunal, sobre la necesidad de disponer la suspensión de las penas de corta duración por razones de prevención especial.

A fs. 69233/78 **el doctor Vignale**, hizo una presentación en los términos del artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación en la cual además de reiterar los fundamentos vertidos en ocasión de interponer el recurso de casación, formuló algunas consideraciones que deben ser apuntadas.

En primer lugar, vuelve a cuestionar la subsunción de la conducta típica de su asistida en el artículo 248 del Código Penal realizada en la sentencia.

Sobre este punto, y tras realizar un análisis de las citas de doctrina que contiene el fallo, expresa que *"verificamos que las fuentes doctrinales que sustentan las afirmaciones del tribunal se encuentran referidas al art. 249 del CP, no al art. 248"* de ese mismo cuerpo legal.

Concretamente, aduce que la categorización realizada por el *a quo* de la conducta típica como *inercia* dolosa, no es mencionada por los autores citados en el fallo (Creus, Donna, Maggiore) en relación al artículo 248 del Código Penal por el que se condenara a Ana Fernández, sino en referencia al artículo 249.

Tras explicar lo que algunos autores entienden sobre el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, indica que *"es pacífica la doctrina al admitir que el tipo omisivo del art. 248 CP se encuentra delimitado por la negación de la ley"* pero *"el concepto de ley no incluye a las ordenes de autoridad"*.

Asimismo, expone la visión del profesor Laje Anaya sobre el delito previsto en el art. 248 del CP (cuyas citas fueron empleadas por el tribunal de juicio) y destaca al respecto que *"el a quo confunde los tipos mencionados por el art. 248, citando definiciones de respetados profesores que se refieren a los tipos comisivos del 248 cuando lo que aquí se trata es la supuesta omisión de mi asistida"*.

Y alega, tras profundizar la posición de Laje Anaya, que *"es el propio autor citado por el a quo quien termina aportando nuevos elementos para sustentar la posición que vengo defendiendo: la omisión abusiva enunciada en el 248 CP requiere y reclama la total negación de la ley y no se la puede definir como un uso abusivo de la misma"*.

Agrega que *"el a-quo hizo caso omiso a la doctrina sentada*

por la Corte Suprema de la Nación respecto de la diferenciación entre acciones y omisiones” y cita en apoyo a su postura el dictamen del Procurador General en la causa “Parisi de Frezzini, Francisca c/Laboratorios Huilén y otros s/daños y perjuicios”. S.C. P.681. XLIII. del 20/10/09).

Por otra parte, el recurrente insiste en cuestionar la aplicación de la ley penal sustantiva realizada por el *a quo* en cuanto al contenido del tipo subjetivo de la figura prevista en el artículo 248, indicando que el tribunal de juicio *“peca de reduccionista al omitir referirse al elemento conativo del dolo, ya que para que exista dolo directo no alcanza con que el autor conozca sino que además se debe verificar que actuó con la intención de provocar el resultado”*.

Resalta varias posiciones de doctrina y de jurisprudencia que hacen al contenido del dolo en esta figura e invoca el precedente “Galmarini Martín s/recurso de casación” (c. 11012 rta. 11/06/2010) de esta Sala, donde a su criterio se entendió integrado el contenido del aspecto subjetivo *“tanto por el conocimiento como por la voluntad del imputado”*.

Explica que esa voluntad no puede existir si su asistida cursó intimaciones (las que quedaron a disposición del Dr. Torres), informó a sus superiores de la situación solicitando mayores recursos e incluso realizó y elevó el informe de cierre de la UPI en ocasión de ser disuelta. Alude a las pruebas 18 (informe 1888-DGFYC-04), 5 y 48 del índice, respectivamente, extremos que no habrían sido ponderados en la sentencia.

También vinculado al alcance otorgado al artículo 248 del Código Penal, el recurrente señala que *“el reclamo de Alimena no conforma fuente de obligación penal para los funcionarios en los términos del art. 248 del CP”*.

En esa dirección, tras reiterar que esa figura penal tiene como fuente de obligación a la ley, explica que *“yerra el a quo al asimilar la denuncia de un funcionario (Alimena) a la entidad de la ley, más aún cuando la propia legislación vigente (ley 3) le otorga carácter no vinculante a los requerimientos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hecho este reconocido por el a quo en otra parte de la sentencia”*.

Hace referencia a la actividad desplegada por su asistida e indica que *“la figura omisiva del art. 248 implica violación de*

la ley mediante su desconocimiento. La violación no es cuantificable: se viola o no se lo hace. De manera tal que para imputar la omisión del art. 248 debe quedar claro que el funcionario no ejecutó las leyes, las derogó de hecho, y que esto lo hizo de manera intencionada".

Tras apoyar su tesitura en distintos autores de doctrina y en jurisprudencia de esta Cámara Nacional de Casación Penal sobre el punto, refiere que *"la doctrina establecida en plurales y coincidentes fallos de las Salas del Tribunal de Casación, debe ser asimilada en términos materiales a los de un fallo de carácter plenario, con la consiguiente obligatoriedad vinculante por parte de los órganos jurisdiccionales"*. Cita en este último sentido, los precedentes "Torres, Emilio Héctor s/recurso de casación" (registro 100.4.3 del 11/3/04) y "Andrada, Nancy Argentina s/recurso de casación" (registro 220.99.3 del 18/05/99).

Asimismo el recurrente destaca una serie de fallos de esta Cámara los cuales se desprende que *"el concepto de ley enunciado en el art. 248 debe entenderse como ley formal, por lo que no entran en esta etapa en esta categoría las ordenanzas municipales ni decretos dictados por el Jefe de Gobierno, razón por la cual mi asistida debe ser absuelta de todos los cargos imputados ya que carecen de fundamento legal"*.

Incluso, cita un precedente de esta Sala ("Lello, Daniel y otro s/recurso de casación", reg. 973/2006, 11/09/2006), donde se dispuso el sobreseimiento de varios funcionarios públicos en orden al delito previsto en el artículo 248 del Código Penal y resalta la similitud que existiría entre ese caso y el aquí examinado.

Aduce pues que esta Sala *"ha dejado sentada doctrina respecto del alcance del art. 248 del CP y fundamentalmente de la definición de dolo directo aplicado a este caso, razón por la cual la derivación lógica y su aplicación importaría la absolución de la Dra. Ana Fernández"*.

Expresa que de no ser así *"estarían consagrando la violación de principios constitucionales como el de legalidad (art. 19) y el de igualdad ante la ley (art. 16), hecho este que generaría una cuestión federal"*.

Por otra parte, y en lo inherente a la arbitrariedad en la valoración de la prueba, el recurrente hace referencia a parte de lo declarado por la contadora Rudnitsky durante el debate,

concretamente en lo que hace a la falta de recursos y de la actividad desplegada por la UPI, y alega que *"la declaración de esta testigo resulta determinante a la hora de fundar la posición que mi asistida... Ana Fernández cumplió con las obligaciones a su cargo en la medida de sus posibilidades"*.

Y se agravia porque *"el tribunal a quo, sin embargo, omitió deliberadamente valorar integralmente este testimonio"*.

Con relación al denominado informe 10 realizado por la nombrada Rudnitsky y que el recurrente había atacado por adolecer de ciertas deficiencias formales en su recurso de casación, agrega *que "lo cierto es que del texto del mismo se desprenden críticas formales a la actividad desarrollada por la UPI pero no existen elementos que permitan colegir que la Auditoría haya sugerido un accionar doloso por parte de mi asistida"* y que *"en sus conclusiones hace referencia a la necesidad de dotar al área de mayor cantidad de inspectores para poder mejorar la respuesta a la demanda de inspecciones."* Hizo mención asimismo a la prueba que demuestra la falta de recursos.

En otro orden, aunque referido a la valoración de la prueba, efectuó un cuadro comparativo de la cantidad de inspectores y del número de inspecciones y clausuras entre el año 2003 y durante la gestión realizada por su asistida en el año 2004.

Sobre ello, destacó que *"Ana Fernández con la cuarta parte de los recursos humanos con los que contaba su antecesora incrementó en un 140% las inspecciones a locales de baile"* y que *"hay un dato objetivo que se repite en cada cuadro y gráfico: durante el año 2004 el incremento en la gestión fue constante hasta el mes de agosto, con posterioridad los niveles disminuyen notablemente; con excepción de los recursos humanos que es el único indicador que no decreció"*; alegó pues que *"el a quo no hizo mención alguna de este hecho en su sentencia"*.

Realizó una comparación similar entre la actividad desarrollada entre el año 2004 y el año 2005, aunque aclaró que respecto de este último año el incremento no fue de inspecciones de locales de baile, sino de relevamientos de acuerdo al decreto 1/2005.

Finalmente, amplía los fundamentos expuestos en su recurso de casación en cuanto alegara una errónea aplicación de la ley

penal sustantiva en la sentencia, concretamente, en lo inherente al carácter efectivo de la pena impuesta a su defendida.

En esa dirección, indica que la condena de ejecución condicional debe concebirse como un derecho del condenado y para denegarla *"deberán enunciarse de modo concreto y fundado las razones que demuestren la conveniencia del cumplimiento efectivo de la pena y ello debe darse a través de la verificación en el caso de las circunstancias impedientes de la condena condicional"*. Agrega que en estas cuestiones rige *"el principio por el cual en un cumplimiento efectivo de la pena de prisión igual o inferior a tres años no es de esperar que se alcance el fin de prevención especial positiva de la pena"*.

En apoyo a su tesitura realiza extensas citas de doctrina y jurisprudencia, entre las que se destacan el caso "Squilario" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación" y los precedentes de esta Sala "Salinas, José" del 08/08/2001; y "Rodríguez, Néstor Fabián s/recurso de casación", causa 3713 reg. 318.02.3.

Asimismo aduce que para interpretar la cuestión debe tenerse presente el principio por el cual se caracteriza *"al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal"*. En este último sentido, invoca el fallo "Acosta" del Alto Tribunal.

También se presentó **el actor civil** solicitando la confirmación de la condena civil solidaria dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24 —ver fs. 69225/32-.

Con relación al agravio de la defensa de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Eduardo Arturo Vázquez, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell, vinculado a que el Tribunal de Juicio se apartó del principio de congruencia porque introdujo una cuestión que no había sido planteada por los accionantes, esto es, la existencia de una sociedad civil irregular en los términos de los artículos 1648 y 1649 del Código Civil, refiere que antes de producirse la prueba no resultaba posible establecer cuáles eran las relaciones que unían a cada uno de los integrantes de la banda entre sí y a Omar Emir Chabán por lo que fueron demandados cada uno de ellos.

Señala que al momento de dictarse la sentencia y tras la

cuantiosa prueba recogida durante el debate quedaron en evidencia las relaciones negociales y menciona las circunstancias que le permiten llevar a cabo esa afirmación. Agrega que desde el inicio se identificó al grupo musical como co-organizador del evento, de modo que no existe el alegado apartamiento de los términos de la litis.

En punto a la responsabilidad contractual y extracontractual que sustenta la condena civil de los miembros de la banda, indica que el deber genérico de seguridad se extiende a todos los que participan del aprovechamiento económico que persigue el evento.

Respecto del recurso de Maximiliano Djerfy explica los motivos por los que considera que no puede predicarse, como lo hace la defensa, que eran un grupo de trabajo pues no reúnen los requisitos de los artículos 101 y 102 de la Ley de Contrato de Trabajo para tal forma jurídica.

Considera que los argumentos esbozados contradicen el principio de primacía de la realidad que rige en el derecho laboral.

Indica que ninguno de los integrantes del grupo de rock realizó alguna actividad probatoria tendiente a acreditar que eran sólo un grupo de trabajo y el principio general establece que quien alega un hecho debe demostrarlo.

Por otra parte, estima que el representante del Estado Nacional no logra descalificar los razonamientos elementales que contiene la sentencia en punto a la responsabilidad que recae sobre la policía federal, y que los argumentos que expone denotan que sólo discrepa con los fundamentos del fallo.

Afirma que no se condena al Estado Nacional por el obrar de agentes de la Policía Federal Argentina que no fueron juzgados sino que la mención a las faltas de servicio en que incurrieron fue a los efectos de considerar cómo se agravaron los padecimientos ocasionados por la muerte de su hija. En consecuencia el Tribunal *a quo* no se apartó de la litis.

Manifiesta que la ingesta de alcohol por parte de su hija no puede ser considerada una concausa, pues no se relaciona con la producción del hecho dañoso.

Refiere que es válida la aplicación de la tasa activa para el cálculo de los intereses puesto que no altera el contenido

económico de la sentencia ya que no se advierten otras actualizaciones a los valores.

En cuanto a la regulación de honorarios sostiene que resulta infundada la limitación pretendida por el recurrente.

Sobre los recursos interpuestos por el representante del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la defensa de Fabiana Fiszbin y la asistencia letrada de Ana Fernández, considera que no puede sostenerse como argumento válido que de haberse inspeccionado el local en la fecha en que vencía el certificado de bomberos aún era posible que el hecho sucediera.

Indica que los recurrentes coinciden en la inexistencia de nexo de causalidad entre las conductas de sus defendidos y el resultado, no obstante, refiere que ese razonamiento es erróneo pues era previsible la probabilidad de que ante al ausencia de control de los locales bailables sus concurrentes resultaran dañados.

Sostiene que tampoco puede afirmarse que otras causas hubieran interrumpido el nexo causal, porque ellas se encuentran desligadas de las ya existentes.

Expresa que debe aplicarse el artículo 902 del Código Civil a la situación de Fabiana Fiszbin y Ana María Fernández.

Por su parte, a fs. 69279/85 se presentó **el doctor Gutiérrez** quien expone que en la sentencia se llevó a cabo una errada interpretación legal de los alcances de la obligación resarcitoria civil respecto de sus defendidos que fueron absueltos, puesto que el actor civil supeditó ese tipo de la responsabilidad a la de índole penal.

Agrega que si la ley hubiera pretendido consagrar la procedencia de obligar al absuelto penalmente a una indemnización de fundamento civil o como parte de la sanción penal lo hubiera expresado. Al no hacerlo debe entenderse que la obligación de indemnizar sólo se vincula a la condena.

Asimismo, indica que la fundamentación legal para la responsabilidad del tercero se basa en el derecho referido a la capacidad de las personas expuestas al proceso y contempladas en la tutela, curatela, o en causas de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos. Esas son las únicas posibilidades de sostener responsabilidad civil en el proceso penal y en este supuesto no se dan esas circunstancias.

Respecto de la sociedad de hecho a la que hace alusión el fallo manifiesta que aunque hubiera existido no puede ser utilizada para responsabilizar a sus defendidos frente a terceros porque no hay un instrumento fehaciente de su constitución y designación de autoridades, además de no poseer personería jurídica.

Concluye reseñando que advierte una arbitraria valoración de la prueba por cuanto la conclusión de que Diego Argañaraz organizó el evento no es una derivación razonada de los elementos obtenidos durante el juicio. Ello, por cuanto quien ejerce esa función tiene un derecho de propiedad, uso y dominio de la cosa del que carecía el nombrado.

A fs. 69493 se presentaron **los peritos de oficio** y estuvieron a los argumentos que oportunamente vertieron. Otro tanto hizo **el representante del Estado Nacional** a fs. 69379/421.

Por otra parte, fue celebrada la audiencia prevista por el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación (ver fs. 69709/10 y 69767).

En esa ocasión expusieron oralmente el Fiscal General y los acusadores privados, reiterando las posturas sostenidas en sus recursos.

El **representante del Ministerio Público** considera que la sentencia contradice la lógica y no está motivado, dado que se habían omitido valorar algunos testimonios.

Considera que todos los integrantes del grupo “Callejeros” estaban al tanto del uso de pirotécnia y no solo Diego Argañaraz. Tenían un conocimiento actualizado del riesgo a partir del conocer los cuatro factores de riesgo.

En lo que respecta a Raúl Villarreal, considera que no era una persona “fungible” como sostuvo la sentencia sino que manejó todos los factores causales hasta que llegó Chabán.

Se debe mencionar que el querellante particular, **Dr. José Antonio Iglesias** hace referencia, en primer término, a una objeción de índole procesal que realizaron las defensas de Omar Chabán y Fabiana Fiszbin respecto de las acusaciones y, luego de ello, efectuó algunas consideraciones acerca de los hechos de la causa, la conducta de los acusados y su subsunción legal.

En su exposición descarta la perturbación psíquica y el temor que habría tenido Omar Chabán ante la respuesta del público

a sus manifestaciones en los momentos previos al comienzo del recital como habría postulado la defensa, descartando por ende esa causal de inculpabilidad.

También dedica parte de sus manifiestos a responder a la pretensión de la defensa técnica de Chabán relativa a que la conducta del imputado sólo admite la subsunción culposa, concluyendo, por el contrario, que en el caso se dan todos los extremos que exige la figura dolosa.

En la oportunidad procesal que hemos señalado expresaron sus agravios **los asistentes letrados de Omar Chabán**, quienes también presentaron breves notas (fs. 69630/41) y sostienen que las nulidades oportunamente opuestas fueron rechazadas por el Tribunal de Juicio con fundamento en que las objeciones debieron ser planteadas en la audiencia preliminar del 30 de junio de 2008.

Indican que *"las nulidades fueron impetradas durante el debate en el acto de conocerse, reiteradas en el alegato, y no ahora como erróneamente se afirma"*.

Asimismo, destacan que la audiencia preliminar es "inexistente" porque *"no está prevista en el Código Procesal Penal"* y tampoco *"fue incorporada por lectura al debate"*.

Concluyen que en base a dichas razones no puede utilizarse a la audiencia mencionada como argumento para rechazar sus planteos de nulidad y que ella constituye un vicio que torna absolutamente nulo todo lo actuado.

En esa oportunidad se manifestó también la defensa de Diego Argañaraz, encabezada por **el doctor Roberto Bois**, quien recalcó una vez más que no había pruebas que permitieran sostener que su asistido actuó como co-organizador del show del grupo "Callejeros" ni de que hubiera dado alguna directriz relacionada con el desarrollo del recital. Argañaraz únicamente era el representante de un grupo de amigos y, en todo caso, su responsabilidad debía evaluarse a título culposo.

A su turno **el doctor Gutierrez**, a cargo de la defensa de Patricio Santos Fontanet, Cristián Torrejon, Eduardo Vazquez, Juan Carbone, Daniel Cardell y Elio Delgado, señaló que no había pruebas de que los integrantes del grupo "Callejeros" conocieran los cuatro factores de riesgo. No hay nexo de causalidad entre la conducta de los acusados que se vincule al resultado. La dogmática extranjera no es concordante con nuestro sistema legal.

Entiende que si no hay intención de dañar se está frente a una conducta culposa. En el caso, las acusaciones fijaron los roles amplicamente para construir un tipo a partir de la "teoría de los roles". La ley establece que el tipo de estrago solo puede configurarse a partir de una conducta comitiva, no se prevé la comisión por omisión y no pueden equipararse ambas situaciones.

En lo que se refiere a la posibilidad de evitación del resultado, sostiene el defensor que a los pocos segundos del inicio del show se detuvo el recital porque el baterista dejó de tocar.

El delito debe ser analizado a partir de la figura culposa porque de lo contrario se vulnera el principio de culpabilidad.

En definitiva, sus representados no conocían las circunstancias de riesgo y no participaron en la creación del mismo.

A su turno, **la doctora Laura Pollastri** expresó los agravios vinculados a su asistido, Maximiliano Djerfy.

En ese marco entendió que los recursos contra la absolución debían ser rechazados porque se plantearon únicamente temas de valoración de prueba y ello no es cuestión revisable en esta instancia, en virtud de lo cual los recursos son improcedentes desde lo formal.

En esa oportunidad, también se expresaron los defensores de Carlos Rubén Díaz, **doctores Escudero e Iturbide**, quienes hacen referencia a la controvertida prueba utilizada en contra de su asistido. Además, sostienen que no se había específicado en la sentencia cuál era concretamente la participación primaria del acusado en el hecho.

Finalmente, consideran que la sentencia únicamente valoró el conocimiento de dos factores de riesgo por parte del procesado.

Por su parte, en el escrito aportado como breves notas (fs. 69711/52) y al expresar agravios ante esta Cámara, **los asistentes técnicos de Fabiana Fiszbin** expusieron que se han visto privados de interrogar al testigo Adrián Eusebio Rivero, quien ha prestado declaración en la etapa instructoria, cuando su defendida aún no había sido llamada a prestar declaración indagatoria. En base a ello, expresaron que "*se incorporó por lectura dicha declaración, en contra de lo resuelto por la CSJN en el Fallo Benitez*".

También indicaron que en el debate, en oportunidad de declarar Horacio Santinelli, lo denunciaron por los delitos de usurpación de títulos, falso testimonio y defraudación a la administración pública.

Hicieron saber como hecho nuevo que el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n°12, a cargo del Dr. Sergio Torres, lo procesó en orden a los delitos de usurpación de títulos y defraudación a la administración. Aportaron copia certificada de la resolución dictada el 2 de diciembre de 2010 en la causa n° 6588/09, caratulada "Santinelli Horacio Mario s/delito de acción pública", del registro del mentado juzgado, de la que surge que se decretó el procesamiento de Horacio Mario Santinelli, por considerarlo autor del delito de defraudación a la administración pública en concurso ideal con el delito de usurpación de título y honores.

Por las razones reseñadas, la defensa tacha los testimonios de Rivero y Santinelli.

El doctor Oscar Vignale expuso sus críticas a la sentencia y acompañó un escrito (fs. 69753/8) en el que reitera los fundamentos puestos de manifiesto en su recurso.

Destacó que su asistida cumplió con los deberes a su cargo hasta que cesó en el mismo a fines de agosto de 2004, en tanto que mediante la resolución 424 fue desplazada a cumplir tareas administrativas, careciendo a raíz de ello de poder de policía.

En esa oportunidad, también **la defensa del imputado Gustavo Juan Torres** presentó breves notas y expuso sus agravios ante esta Cámara (fs. 69642/56).

Señala, en primer término, que las críticas formuladas por los acusadores contra la sentencia que absuelve a su asistido radican esencialmente en la valoración que el Tribunal *a quo* ha realizado de la prueba documental y de los testimonios recabados durante el debate, aspectos que a su criterio no pueden ser revisados pues son materia de la inmediación.

Más allá de esa circunstancia refiere que los hechos que invocan como presupuesto de pena no han sido probados y menos aún pueden ser subsumidos en los tipos penales previstos por los artículos 79 y 189 in fine del Código Penal.

Luego de recordar la posición que el tribunal *a quo* afirmó sobre los delitos de comisión por omisión reitera, tal como lo

hubiera señalado durante su alegato, que esa construcción teórica —que pretenden utilizar las querellas para adecuar la conducta de Torres a los tipos penales- implica una violación al principio de legalidad, pues *"no se puede pretender punir por omisión, delitos que fueron descriptos de manera comisiva"*.

Destaca que su asistido, desde la perspectiva sentada por los magistrados de la instancia anterior, carecía del dominio social específico sobre la causa final del resultado, de modo que no poseía una posición de garantía específica frente a la lesión del bien jurídico protegido.

A lo expuesto, agrega que resulta aplicable la prohibición de regreso frente a las acusaciones de las querellas.

Resalta los elementos objetivos que entiende dan razón a la decisión acogida por el Tribunal de Juicio.

En primer lugar menciona que Gustavo Juan Torres recién comenzó a desarrollar la función el día 25 del mes de octubre del año 2004, debiendo ejercer el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos de un universo de 200.000 locales.

Luego refiere que la Dirección se encontraba en un completo desorden debido a falencias estructurales y a la mudanza hacia el nuevo edificio. Como problemas nucleares menciona la desorganización administrativa, la carencia de recursos económicos y humanos, la falta de infraestructura y equipamiento, y la ausencia de un organigrama de tareas y circuito administrativo interno.

Consigna la actuación de su asistido conforme la resumiera el Tribunal *a quo* en la sentencia y señala como relevantes una serie de acciones impulsadas por Torres con el fin de mejorar el área a su cargo.

Sostiene que los acusadores han afirmado que su asistido estaba al tanto de la problemática de los locales de baile en razón de la existencia de la Actuación 631 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad y de otras denuncias que constituían verdaderas alarmas.

Sin embargo, entiende que esa conclusión no tiene sustento probatorio puesto que respecto a la Actuación 631 *"[n]o ha existido un solo elemento de prueba que permita argumentar que Gustavo Juan Torres pudo, directa o indirectamente, tomar conocimiento de la existencia de esa denuncia marginada al acceso*

y tratamiento del personal del sector".

Asimismo, en cuanto a las demás actuaciones —causa 30386/4 de la Fiscalía de Primera Instancia en lo Crontavencional n° 1 vinculada al local "Cemento"; denuncias de Omar Néstor Fernández; Resolución n° 359 de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires; respuesta a un pedido del Director General de Áreas Temáticas de la Defensoría del Pueblo Julio O. Spina- indica que ninguna de ellas tuvo la entidad suficiente para generar el deber de actuación y su tratamiento urgente. Al respecto reedita los argumentos expresados por el *a quo* sobre el punto.

En definitiva, concluye que Gustavo Torres no tenía conocimiento sobre cuestiones relacionadas con el local "República Cromañón" pues no había informes de auditoría ni denuncias en el ámbito de la Dirección o de la Justicia Contravencional, de modo que no podía representarse el peligro.

De manera subsidiaria, para el caso de que la sentencia absolutoria sea casada, refiere que atento al tipo escogido por la acusación pública —artículo 248 del Código Penal- la acción penal se encuentra extinguida por prescripción.

Hace reserva de promover recurso extraordinario.

Los representantes del Estado Nacional y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires informaron ante esta Cámara y efectuaron presentaciones que fueron agregadas a fs. 69657/62 y 69759/65.

Los peritos oficiales presentaron breves notas a fs. 69663/7 al igual que **los Licenciados Frigerio y Junco** a fs. 69766, reiterando los argumentos vertidos en sus recursos.

Por último, efectuó una presentación **la traductora Karina D´Emilio** a fs. 69668 ratificando los fundamentos expuestos en su recurso de casación y agregando que se tenga en cuenta que *"los honorarios por interpretación en juicios orales que sugiere el Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires son de $1207 por hora"*; en consecuencia, solicita que se revea la sentencia y se apliquen los aranceles sugeridos elevándose el monto a $2414.

CUARTO:

1. Nulidades señaladas en sus impugnaciones por las partes.

1.a. Aseguramiento de pruebas.

En este apartado daremos tratamiento a los planteos

realizados por la defensa de Chabán, relativos a que el Tribunal Oral no llevó a cabo la pericia dactiloscópica sobre la bengala "iluminante incrustada en el techo", que no se tomaron medidas en relación a una bandera que según el recurrente tapaba el cartel de salida de lo que denominó "puerta alternativa", que el Tribunal *a quo* no adoptó diligencia alguna respecto a la desaparición de las herramientas del sonidista Leggio y, por último, que nada se hizo acerca del descubrimiento de un taller clandestino de ropa que funcionaba en el subsuelo del local Cromañón.

Serán evaluadas en conjunto dichas cuestiones introducidas, toda vez que el agravio concreto radica en que no se aseguraron ciertos elementos probatorios que luego esa parte no pudo utilizar en la audiencia de debate para ejercer su defensa.

Sobre el particular, apreciamos en concordancia con lo que señaláramos en otras coyunturas justiciables análogas, que en el caso "*...no se advierte que se hubiera violado norma procesal alguna que establezca una específica modalidad para el resguardo de las evidencias que posteriormente deban ser peritadas, ni tampoco que como consecuencia del modo en que se lo hizo en la presente causa, los resultados a los que se arribara hubieran sufrido cambios o modificaciones de alguna naturaleza. Siendo ello así, la pretensión nulificante de la defensa aparece como desprovista de fundamentos que en concreto la avalen, cuando simplemente se sustenta en enunciados que resultan vacíos de contenido al tiempo que se los confronta con las comprobadas circunstancias de la causa*." (Sala III, causa n° 6644 "San Martín, Jaime Alejandro s/recurso de casación", reg. 553/2006, rta. el 31/05/06.).

En relación al impedimento del ejercicio de la defensa, tanto esta Sala como la Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen establecido que "*...la garantía de defensa en juicio que se dice vulnerada tiene carácter sustancial, y por ello exige de parte de quien la invoca la acreditación del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo de no haber existido ese vicio*" (conf. Sala III, causa n° 639 "Barrita, José s/rec. de casación", reg. 465/95, rta. el 28/11/95; y Fallos 298:279 y 498 de la Corte Suprema), extremo que, en definitiva, no se vislumbra en el caso de autos.

En la hipótesis bajo análisis, la defensa no indica un perjuicio real y concreto, y no puede vislumbrarse siquiera como podría afectar algún derecho de la parte la existencia de un taller de ropa dentro del predio pero fuera del local y sin relación con el mismo; o en qué podría perjudicarla la supuesta falta de algún elemento del sonidista o del iluminador cuando, inclusive, no puede descartarse que ese faltante se deba al propio caos que se generó con motivo del incendio y no a una supuesta falta de "aseguramiento de prueba" como plantea.

En lo que respecta al caso de la bengala "iluminante", la cuestión fue parte de la pericia realizada oportunamente por el cuerpo de bomberos y en ese marco encontró su valor procesal, siendo por lo demás, una cuestión a considerar por los Jueces que encabezaron la investigación.

Finalmente y en lo que respecta a la bandera que tapaba el cartel de salida, estuviera o no en esa situación al momento en que los bomberos realizaron la filmación señalada no implica que hubiera estado emplazada de igual manera mientras se desarrollaba el show que es, en todo caso, lo importante.

En definitiva, si bien la defensa planteó cuatro puntos de agravio relativos a lo que llama "aseguramiento de pruebas", en ninguno de esos casos acreditó el perjuicio específico que le ocasionara la no producción de esas medidas de "aseguramiento".

En ese contexto y como hemos dicho, no vislumbramos que las cuestiones planteadas hubieran afectado o conculcado el ejercicio de los derechos del acusado.

Esta situación, sumada a lo expresado en los precedentes citados nos definen a que impulsemos el rechazo del presente agravio esbozado por la defensa técnica de Chabán.

1.b. Prueba denegada.

En cuanto al agravio vinculado al rechazo de aclaración de algunos puntos del informe pericial elaborado por los expertos del INTI, que la defensa de Omar Emir Chabán estima equivocados, la parte recurrente destaca que de las conclusiones efectuadas por los profesionales no surge la cantidad de dióxido de carbono y otros gases tóxicos producidos por el incendio y la combustión de los materiales de pirotecnia, afirma que existieron errores en el cálculo del volumen ocupado por las personas que asistieron al lugar y asevera que el tiempo para la combustión total fue

obtenido tomando como base un solo foco ígneo pese a que la prueba indica que fueron varios.

Ahora bien, no se advierte en qué medida las aclaraciones que pretende la defensa hubieran influido decisivamente en la solución final del caso, puesto que, incluso, los propios expertos al declarar durante el juicio expresaron que se trataban de cálculos realizados con las variables más beneficiosas.

Así, esta Sala tiene dicho sobre el particular que *"...para que la omisión de valorar determinada prueba ocasione la nulidad de la sentencia, la misma debe aparecer como eficaz y decisiva, con posibilidades de influir efectivamente en el fallo, de manera que contrastándola con el resto del material probatorio, el pronunciamiento quede sin un sustento adecuado"* (Conf. causa n° 220 "Robledo, Ariel s/ rec. de casación", reg. 107 bis/94, rta. el 7/9/94; causa n° 407 "Seguin, Elizabeth Mirtha s/ rec. de queja", reg. 67/95, rta. el 5/5/95, entre otras)" (Conf. causas n° 3582 "Bressant, Orlando Damián s/ recurso de casación", reg. 136/02, rta. el 9/4/02; n° 6644 "San Martín, Jaime Alejandro s/ recurso de casación", reg. 553, rta. el 31/5/06; n° 7950 "Loupias, Juan Carlos y otros s/ recurso de casación", reg. 136, rta. el 26/2/08; n° 7892 "Peralta, Diego Martín y otros s/ recurso de casación", reg. 311, rta. el 26/3/08; y n° 8398 "Carrera, Fernando Ariel s/ recurso de casación", reg. 501, rta. el 29/4/08, todas del registro de esta Sala III).

Las explicaciones esbozadas por la defensa en orden a la relevancia que pueden haber tenido los cálculos y las correcciones al informe pericial que pretendía que se realizaran no resultan suficientes, puesto que no sólo tales valores no fueron un dato central en la decisión de los magistrados sino que las peticiones de la parte tuvieron aceptación parcial.

La diligencia que fue expresamente rechazada por el Tribunal *a quo* consiste en el nuevo cálculo del volumen ocupado por las personas que asistieron al lugar. El motivo de esa decisión radica en que el planteo se llevó a cabo de manera confusa sin haberse explicado sobre qué base la parte tomaba el número de concurrentes necesario para realizar nuevamente el guarismo -Conf. acta de debate de la audiencia celebrada el día 3 del mes de noviembre del año 2008-.

En cuanto a las aclaraciones vinculadas al tiempo de la

combustión total y a la cantidad de ciertos gases tóxicos, el Tribunal Oral ordenó que se llevara a cabo un nuevo cálculo y con ese resultado se dictaminara respecto de todos aquellos puntos periciales que pudieran verse modificados.

Entonces, hasta aquí contamos con un informe inicial elaborado por los expertos del INTI y una posterior ampliación ordenada para evacuar las diferentes dudas que surgieron. Ambas pruebas tuvieron el debido contralor de las partes, que pudieron designar a sus peritos e interrogar a todos los profesionales que intervinieron en la elaboración de las conclusiones durante el debate, de modo que no se advierte perjuicio alguno para los recurrentes.

Nótese que los peritos designados por el imputado Omar Emir Chabán pudieron haber presentado un informe por separado o manifestar los desacuerdos que tuvieran con los restantes expertos; sin embargo, se limitaron a decir que compartían las conclusiones elaboradas por los profesionales del INTI.

Se desprende, entonces, que no resulta razonable que la parte ahora cuestione el resultado de la diligencia.

Es un criterio rector que ante la denegatoria de alguna diligencia de prueba que se estime pertinente la parte debe cuestionar de alguna manera el temperamento adoptado o formular reserva de recurrir a los tribunales superiores para remediar el eventual agravio que pudiera ocasionarle lo resuelto (Conf. causa n° 5119 "Arevalo, José del Valle s/ recurso de casación", rta. el 14/04/05).

A todo lo dicho debemos agregarle que la medida rechazada no tuvo acogida favorable debido a las falencias en la elaboración del pedido y, asimismo, que la decisión fue adoptada luego de escuchar las explicaciones de los peritos en el juicio, oportunidad en la que la defensa podría haber formulado las preguntas pertinentes para despejar las dudas que tenía sobre la cuestión.

En definitiva, no apreciamos que las aclaraciones sobre ciertos puntos del informe elaborado por el INTI que la asistencia técnica del imputado Omar Emir Chabán reputa equivocados hubieran tenido incidencia en la resolución del caso y, por consiguiente, la existencia de un concreto perjuicio que pudiera afectar la garantía de defensa en juicio.

Al respecto, hemos dicho que *"Para que la declaración de invalidez de un acto procesal resulte procedente es indispensable que se verifique un perjuicio real y concreto, esto es, que se haya producido una efectiva limitación de un derecho"* (Conf. causa n° 7857 "Alincastro, Mario E. y otros s/rec. de casación", reg. n° 1178, rta. el 24/08/07).

En el mismo sentido, la Sala ha referido que *"En virtud del principio de trascendencia se requiere que quien invoque la nulidad alegue y demuestre (carga específica) que el vicio le ocasionó un perjuicio cierto e irreparable que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción"* (Conf. causa n° 4586 "Muñoz, Jorge Lucas s/ rec. de casación", reg. n° 762, rta. el 15/12/03).

Como corolario de las consideraciones puestas de manifiesto, corresponde rechazar esta impugnación articulada por la defensa.

1.c. Nulidad de la maqueta virtual.

El presente agravio va dirigido a cuestionar lo que se denominó "maqueta virtual"; referido en realidad a los testimonios prestados con apoyo en dicha maqueta, y al "recorrido virtual" consistente en una presentación en soporte informático con la que se logra simular un desplazamiento dentro del local siniestrado.

Según los dichos del recurrente al ser utilizado el recorrido en movimiento se incorporaron expresiones inducidas por la voluntad de los querellantes y que ese soporte tecnológico tiene simbología sugestiva que insinúa una respuesta al testigo por lo que éste quedaba "descalificado".

Pidió, entonces, la nulidad de la maqueta virtual, de las declaraciones en las que se hizo uso del recorrido en movimiento, y de todo acto concomitante o posterior vinculado a la proyección de imágenes virtuales.

Debemos comenzar por señalar que la defensa manifiesta el agravio genérico pero en su relato no hizo referencia a un caso concreto donde un testigo que haya declarado mediante el empleo de cualquiera de los dos gráficos, hubiera variado su testimonio respecto del brindado en el estadio anterior del proceso.

No se trata de un déficit menor porque es a partir del caso concreto en que el mismo cobra algún tipo de relevancia y amerita -y puede- ser evaluado por esta judicatura. Es que a esta

altura del proceso y en las presentaciones en general no basta mencionar un agravio genéricamente, como si fuera una idea aplicable a cualquier situación; estamos frente a un caso específico y la parte tiene la obligación de sustentar su postura en hipótesis verificables en el legajo, extremo que aquí la defensa omitió formular.

Dentro de los cientos de testigos que depusieron en el debate oral, no situó un sólo caso en que se hubiera verificado el agravio. Entonces, es imposible que la Sala revise una cuestión que carece de un planteo concreto que demuestre el perjuicio sufrido.

Sin embargo y a mayor abundamiento, se debe añadir que el Tribunal *a quo* notificó a todas las partes que tenían a su disposición la maqueta y el recorrido virtual (fs. 62714), para que en caso de que lo creyesen necesario efectúen las consideraciones que estimen pertinentes. El impugnante, a pesar de tenerlas a su disposición y estar debidamente notificado (fs. 62790/1), no realizó ninguna manifestación al respecto.

Por otro lado, y en relación con sus expresiones vinculadas a las puertas de acceso al local, sólo cabe decir aquí que las pocas partes movibles del recorrido en movimiento eran justamente las puertas en general (incluidas las de acceso) por lo que el testigo tenía libertad de indicar su estado y así consignarlo de acuerdo a sus recuerdos.

El hecho de que el Tribunal Oral haya exhibido a los testigos una maqueta del lugar, sea ésta estática o con movimiento, en nada se relaciona con que ésta en sí sea "sugestiva" o sirva para descalificar el testimonio que bajo juramento efectuaron quienes declararon en el debate.

Sumado a todo lo que venimos diciendo, resulta conveniente recordar que la finalidad del proceso penal se orienta a la reconstrucción histórica de los sucesos presuntamente delictivos, y que constituyen su objeto procesal. Esta finalidad, a diferencia de lo que ocurre con otras ramas del derecho -v.gr., el proceso civil-, presupone que la verdad a la que se pretende arribar sea la que refleje del modo más preciso posible los acontecimientos investigados (conf. Sala III causa n° 4285 "Godenzi, Hugo R. y otros s/recurso de casación" reg. 217/03, rta. el 6/5/03).

En efecto, si bien tanto el proceso civil como el penal

tienden a la averiguación de la verdad de los hechos, mientras el juez civil se limita a verificar las proposiciones de las partes, y se conforma con la verdad aparente, formal o convencional que surja de esas manifestaciones; el juez penal tiene el deber "... de investigar la verdad real, objetiva, sustancial de los hechos sometidos a enjuiciamiento, para dar base cierta a la justicia, no obstante la confesión del imputado" (conf. Sala III causa n° 1391 "Pazos, Juan Carlos y otros s/rec. de casación, reg. 596/98, rta. el 28/12/98").

Para arribar a esa finalidad, el juez dispone de un amplio catálogo de medios de prueba que, en lo esencial, serán los que le permitan reconstruir intelectualmente acontecimientos del pasado, esto es, la existencia o no del hecho que se investiga, y en su caso, la participación del imputado en él. Prueba es, entonces, todo elemento o dato objetivo que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva; es la fuente legítima de conocimiento de la verdad real o efectiva (en oposición a la verdad formal o aparente) que el proceso penal aspira a descubrir (finalidad inmediata) para dar base a la actuación justa de la ley sustantiva, que es la finalidad mediata del proceso (conf. VELEZ MARICONDE, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", 2da. Edición, Tomo I, Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 341 -citado en causa n° 4285 "Godenzi" nombrada *ut supra*-).

Cabe además mencionar que la exigencia de que la prueba esté constituida por "elementos objetivos", deriva de la necesidad que la misma provenga del mundo externo; ello así pues las decisiones del órgano jurisdiccional -principal destinatario de la prueba- no pueden basarse válidamente en un conocimiento privado de los elementos probatorios, ni en meras conjeturas o impresiones que surjan de su imaginación, o en opiniones carentes de base externa. El vicio de una resolución de estas características, afectaría al mismo tiempo los principios fundamentales sobre la verdad real y la inviolabilidad de la defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional). La prueba en que se funda la decisión del tribunal, debe ser la misma que tuvieron a disposición las partes. "La evaluación de la prueba no es obra exclusiva del juzgador. Ella importa un examen crítico que el

Ministerio Público y las partes deben estar en condiciones de efectuar. Los destinatarios de la prueba son todos los sujetos de la relación procesal, aunque el principal sea, desde luego, el juez. Todos deben tener la posibilidad de valorarlos, aunque la discusión no sea perfecta o exhaustiva. Por eso se habla del ánimo de todos, aludiéndose así a un aspecto de la comunidad de la prueba" (VELEZ MARICONDE, ob. cit., p. 344 -conf. "Godenzi" ya citado-).

También apuntamos que "para el desarrollo de la actividad probatoria en el proceso penal, rigen principios singulares: todos los órganos del estado tienen el deber de inspirarse en un criterio puramente objetivo de justicia, procurando que ingrese al proceso toda la prueba jurídicamente relevante, sea contraria o favorable al imputado. Las partes carecen de todo poder dispositivo, de tal modo que su voluntad no tiene eficacia para limitar el objeto o los medios de prueba; ello así pues no se trata tan sólo de probar los hechos controvertidos, sino de descubrir la verdad. Rige por tanto el principio general sobre la libertad del objeto y de los medios de prueba. 'Todas éstas son consecuencias del **principio fundamental de la verdad real o histórica...**' (conf. Vélez Mariconde, ob. cit., p. 346, nota 14)" -conf. Sala III, causa n° 10417 "Chávez, Luis Ricardo s/rec. de casación", reg. 1156/09, rta. el 24/08/09-.

Por ello, y por no existir un perjuicio concreto explicitado por la parte, este agravio debe ser rechazado.

1.d. Tratamiento desigualitario y actuación de la OFAVI.

En cuanto al agravio relacionado con el tratamiento desigualitario de las partes y la actuación de la Oficina de Asistencia a la Víctima que alegara la defensa de Omar Emir Chabán, si bien el planteo fue realizado en forma conjunta, habremos de disgregar las cuestiones puesto que merecen ser respondidas por separado.

Así, en lo referente al tratamiento diferencial entre los intervinientes en el debate, esta Sala tiene dicho que una de las principales características del debido proceso es justamente la igualdad, lo que significa que las partes deben estar en equilibrio para presentar y exponer su defensa y su acusación, con el objeto de que el juicio sea ecuánime y equitativo para los que participan en él (Conf. causa n° 2919 "Almada, Angélica y otro s/

rec. De casación", rta. el 04/05/01).

En esa misma dirección, hemos sostenido que por los principios que rigen el plenario debe ser respetado, con énfasis, el derecho de defensa y la bilateralidad en cuanto a la intervención en el proceso de las partes.

Entonces, fijado el contenido de la garantía que se reputa vulnerada, debemos analizar si en el caso se produjo una limitación a la igualdad procesal que se tradujera en una afectación al pleno ejercicio del derecho de defensa de Omar Emir Chabán.

En ese sentido, la parte recurrente señala que, a diferencia de las querellas que tuvieron la posibilidad de explayarse ampliamente, no tuvo libertad para interrogar a los testigos durante los momentos fundamentales del debate.

Asimismo, manifiesta que se le denegó la producción de medidas de prueba tales como careos, ampliaciones de pericias y declaraciones testimoniales.

El Tribunal de juicio contestó este cuestionamiento en la sentencia, toda vez que fue articulado por los recurrentes al momento de alegar. En esa ocasión afirmó que "...*el orden de los interrogatorios había sido comunicado a las partes en la audiencia preliminar del 30 de junio de 2008, sin que haya formulado objeción alguna. La extensión de los interrogatorios tuvo vinculación directa con el orden de los mismos: obviamente que a medida que avanzaban, las preguntas se iban agotando y la declaración iba llegando a su fin. Por lo demás, la parte tuvo amplia libertad para preguntar y si no lo hizo no fue porque el Tribunal se lo impidió, sino porque se abstuvo de hacerlo*".

Ahora bien, más allá que la asistencia letrada del imputado Chabán al recurrir sólo ha reeditado el planteo sin introducir críticas novedosas, lo cierto es que en punto a la imposibilidad de efectuar las preguntas que estimaba convenientes durante el juicio, no señaló concretamente los casos en los que fue coartada la defensa y cuáles fueron las consecuencias que ello acarreó en la decisión final.

No podemos soslayar que, tal como indicamos, ha sostenido reiteradamente esta Cámara —y también la Corte Suprema de Justicia de la Nación- que "*La garantía de la defensa en juicio tiene desde antiguo carácter sustancial y por ello exige de parte de quien la*

invoca, la demostración del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo si no hubiera existido ese defecto" (Conf. Sala III, causa n° 5015 "Palacios, Oscar Enrique s/ rec. de casación", reg. n° 322, rta. el 22/06/04. También de esta Sala causas n° 639 "Barrita, José s/ rec. de casación", reg. 465/95. rta. el 28/11/95 y n° 5119 "Arevalo, José del Valle s/ rec. de casación", rta. el 14/04/2005, entre otras, y C.S.J.N. Fallos 298:279 y 498).

En el supuesto invocado por los recurrentes no se advierte la existencia de un perjuicio puesto que, justamente, tal como lo hemos adelantado, no han sido establecidos con precisión aquellos actos en los que durante el debate se le habría privado de ejercer sus facultades en favor del imputado Omar Emir Chabán.

La parte que se siente agraviada ha realizado una mención genérica relativa a la imposibilidad de interrogar a los testigos con libertad; no obstante, tal invocación es insuficiente para tener por demostrado que se ha vulnerado el estándar de proceso equitativo y, en consecuencia, el derecho a la defensa. Por el contrario, reiteramos, deviene imperioso que quienes se consideran afectados establezcan con exactitud cuáles fueron las preguntas concretas que se vieron privados de efectuar y, aún más, qué incidencia tiene tal circunstancia en la resolución final del caso, particularidad que en este supuesto no se ha cumplido.

La defensa no especificó qué agravios en concreto hubiera podido articular. Ni tampoco alegó el perjuicio puntual que justifique dar acogida favorable a su impugnación.

Por otro lado, en el desarrollo de su planteo, la asistencia letrada de Omar Emir Chabán hizo alusión a que, dentro del marco de tratamiento desigualitario al que hiciera referencia, el *a quo* rechazó la producción de ciertas medidas probatorias que eran de su interés.

Así, pues, del fallo se desprende que los integrantes del Tribunal de Juicio dieron respuesta a esta alegación sosteniendo que *"Mencionó también la defensa que se le negaron careos, testigos y ampliación de pericias y que, por ello, el trato era desigual. Sin embargo, esto en nada se vincula con la igualdad de las partes. En efecto, si el Tribunal no hizo lugar a alguna medida probatoria fue porque estimó que la misma no era*

pertinente. Pero no sólo se han rechazado peticiones de las defensas, sino también de las partes [querellantes] o del Fiscal”.

Conceptuamos que aceptar o negar la realización de una diligencia durante el debate es, en principio, y mientras la decisión no resulte manifiestamente arbitraria, una facultad discrecional del Tribunal de Juicio.

A ello debe sumársele que para determinar si fue respetado el estándar de proceso equitativo es incorrecto aplicar en la evaluación un criterio cuantitativo, es decir, revisar qué cantidad de medidas se le aceptaron o rechazaron a las distintas partes.

Sin perjuicio de ello, en miras a dar una respuesta al agravio, analizaremos los casos en que se denegó la producción de las pruebas que fueron señaladas por la defensa, con el objeto de establecer si el *a quo* aplicó un criterio de privilegio en favor de los acusadores que afectara la igualdad procesal.

La parte recurrente indicó que se denegaron careos que había solicitado y, puntualmente, hizo alusión a que le fueron rechazadas la ampliación de la pericia de bomberos respecto del cálculo del volumen del local, de la diversidad de focos ígneos y su incidencia en el tiempo de combustión del material, y la citación como testigo de Julio Vittone.

Entonces, veamos a continuación si el Tribunal de Juicio efectivamente no accedió a efectuar aquellas diligencias peticionadas por la parte recurrente y luego, en idénticas circunstancias, les hizo lugar por haber sido requeridas por los acusadores, en clara violación al principio de bilateralidad.

Así, pues, se desprende del acta de debate correspondiente a la audiencia celebrada el día 9 del mes de febrero del año 2009, que la defensa de Omar Emir Chabán requirió un careo entre los testigos Julio Garola y Mario Díaz. Posteriormente, en la jornada del día 13 de ese mismo mes y año, el Tribunal de Juicio contestó que no advertía la utilidad de llevar adelante la diligencia pues entre los testigos surgían contradicciones reiteradas que se mantenían en el tiempo sin que hubiera signos de que pudieran ser superadas y, en consecuencia, rechazó la solicitud de la parte.

Recordemos que frente a esa decisión los recurrentes no expresaron su objeción pese a que, como ya lo hemos dicho, es un criterio rector que ante la denegatoria de alguna diligencia de

prueba que se estime pertinente la parte debe cuestionar de alguna manera el temperamento adoptado o formular reserva de recurrir a los tribunales superiores para remediar el eventual agravio que pudiera ocasionarle lo resuelto (Conf. causa n° 5119 "Arevalo, José del Valle s/ recurso de casación", rta. el 14/04/05).

Entonces, debido a la omisión de la defensa de efectuar algún cuestionamiento, la decisión que denegara el careo adquirió firmeza.

Además, no advertimos arbitrariedad en la resolución de los magistrados que llevaron adelante el debate, quienes expresaron los fundamentos por los que no hacían lugar a la petición.

Tampoco se deriva que ello implique un tratamiento desigualitario con relación a aquel brindado a los acusadores, pues no podemos soslayar que en esa misma ocasión -y con idénticos argumentos- se denegó la realización de un careo entre los testigos Fernando Zerpa y Claudio Curcuy, medida que había sido requerida por el Fiscal General. En consecuencia, no se ha evidenciado que los juzgadores brindaran algún privilegio al representante del Ministerio Público Fiscal.

Otro claro ejemplo de la inexistencia de la desigualdad en la toma de decisiones respecto de las pruebas a producir por parte de los juzgadores es que, con fundamentos similares a aquellos utilizados para denegar el careo requerido por la defensa de Omar Emir Chabán, no se hizo lugar a realizar un careo entre Delia Mangiarotti y Lucas Hasmat peticionado por la querella encabezada por José Antonio Iglesias -Conf. acta de debate correspondiente a la audiencia celebrada el día 20 del mes de marzo del año 2009-.

En definitiva, no se constata que los integrantes del Tribunal Oral al resolver sobre los pedidos de producción de diligencias probatorias hubieran aplicado un criterio distintivo entre las partes que vulnerara la igualdad procesal en detrimento del imputado Omar Emir Chabán.

Continuemos, entonces, con el análisis de las siguientes situaciones invocadas por la parte.

Con relación al testimonio de Julio Vittone, tengamos presente que durante la declaración indagatoria brindada por Omar Emir Chabán el día 3 del mes de noviembre del año 2008 fue aportado un ejemplar de la revista "Gente", cuyo contenido incluía

una entrevista en la que el testigo reconoció haber utilizado pirotecnia el día del hecho -Conf. se desprende del acta de debate-.

Como consecuencia de la aparición de ese dato el *a quo* libró un oficio al Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nro. 1 -en donde aún permanecen en trámite actuaciones con el objeto de identificar a quienes el día del hecho accionaron el material pirotécnico- para que se adoptaran las medidas que correspondieran.

Nuevamente, la decisión no fue cuestionada de modo alguno por quienes ahora recurren.

En este supuesto, entonces, tampoco media afectación alguna de un derecho sustancial, puesto que ante el aporte de una prueba el Tribunal Oral llevó a cabo las diligencias que estimó pertinentes, sin que ellas resulten carentes de motivación.

A lo expuesto debemos sumarle que, al igual que al imputado, también a los acusadores les fueron denegadas peticiones de recabar testimonios que no se consideraron de utilidad para dilucidar el caso.

A modo de ejemplo, habremos de mencionar que con fecha 20 de febrero de 2009 el Fiscal General pidió que se convocara a Juan Carlos Gravenkort -encargado de la impresión de las entradas para los recitales- y tal diligencia fue rechazada por el Tribunal de Juicio -Conf. acta de debate correspondiente a la audiencia celebrada el día 20 de marzo del año 2009-.

De esta forma, resulta evidente que no existe el alegado tratamiento desigualitario, pues no hay indicios que nos permitan concluir que los magistrados que participaron del debate le hubieran otorgado posibilidades diferenciadas de ejercer la actividad procesal a los acusadores en perjuicio de los imputados.

En lo que atañe al rechazo de la ampliación del informe pericial de bomberos, habremos de hacer referencia a que, en realidad, la petición de la parte versaba sobre las conclusiones efectuadas por los expertos del INTI —Conf. surge de las actas de juicio correspondientes a las audiencias de los días 12, 19 y 22 del mes de septiembre del año 2008- y sobre esa cuestión ya nos explayamos en un acápite por separado.

De esta manera, y para concluir la respuesta al agravio, no olvidemos que el principio de igualdad en el proceso busca

asegurar que en el debate se de la necesaria contradicción y bilateralidad para que las partes tengan idénticas posibilidades de probar y alegar en apoyo de sus pretensiones, pero ello no implica que, siempre que encuentre debida fundamentación, no puedan ser rechazadas ciertas medidas de prueba que el Tribunal de Juicio estime inconducentes.

En definitiva, en el supuesto estudiado se desprende que a través de su asistencia letrada el imputado ha tenido oportunidad de interrogar a los testigos y contradecir la prueba de cargo durante el juicio de modo que no es posible concluir que se ha vulnerado el derecho de defensa debido a un desigual tratamiento durante el proceso.

En ese sentido, tal como lo señalamos anteriormente, tenemos dicho que *"...una de las exigencias fundamentales para que proceda la declaración de nulidad de un acto procesal es la existencia de un perjuicio concreto, o sea la limitación de un derecho del justiciable vinculado en forma inmediata al buen orden del proceso y en forma mediata, a las garantías que son su causa..."* (Conf. causa n° 4859 "Alais, Julio Alberto y otros s/ rec. de casación", reg. n° 199, rta. el 23/04/04).

Finalizada la respuesta a ese punto y desde otra perspectiva, habremos de referirnos al planteo vinculado a la actuación de la Oficina de Asistencia a la Víctima del Delito que ha sido cuestionada por los recurrentes.

La defensa de Omar Emir Chabán aseveró —invocando la información que surgió del testimonio de Armango- que debido a que el Tribunal Oral puso a cargo de la recolección de la prueba testimonial a la OFAVI, los testigos, previo a prestar declaración, permanecieron indebidamente agrupados en la sede de la oficina de ese organismo, a punto tal que entre ellos entablaron amistad. En consecuencia, se agravió porque fue vulnerada la incomunicación prevista por el artículo 384, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación.

El segundo párrafo del artículo 384 del ordenamiento procesal de la nación establece que: *"Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, ni oír o ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencias"*.

En ese sentido, entendemos que *"El aislamiento de estos*

órganos de prueba durante la audiencia -párr. 2°- procura garantizar la autenticidad de sus aseveraciones y evitar toda forma de colusión" (Conf. D´ALBORA, Francisco, "Código Procesal Penal de la Nación", 8va. Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 690).

En definitiva, a través de esta norma que establece que *"Los testigos quedarán en la antesala, sin poder comunicarse entre sí o con otras personas, privados de enterarse del desarrollo de la audiencia, hasta que sean llamados a declarar (…) se ha buscado preservar la autenticidad de sus dichos, impidiendo que puedan ser aleccionados o que, a través del conocimiento de lo declarado por los demás, puedan conformar sus declaraciones"* (Conf. NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl "Código Procesal Penal de la Nación", Hammurabi, 2da. Edición, Buenos Aires, 2006, p. 1104).

Por el cumplimiento de este recaudo el órgano jurisdiccional debe velar al momento de llevarse adelante el acto procesal. Esto significa que el aislamiento de los testigos se refiere exclusivamente al marco de su declaración durante el juicio; mas no abarca aquellas circunstancias de la vida privada en las que posiblemente hayan tenido contacto con otras personas que sobrevivieron a la tragedia que constituye materia de esta causa.

Por otra parte, tampoco advertimos que la actividad desarrollada por la Oficina de Asistencia a la Víctima del Delito hubiera perjudicado la espontaneidad de los testimonios de quienes asistieron al fatídico recital.

Según surge de la audiencia celebrada con fecha 30 de junio de 2008, el Director General de ese organismo explicó claramente que tenían entrevistas con los testigos con el objeto de evaluar su estado anímico y brindarles la contención necesaria para que pudieran afrontar el acto procesal, dejando expresamente asentado que no constituían declaraciones testimoniales.

Asimismo, ante una pregunta concreta de quien ahora recurre, la Subdirectora especificó que las reuniones eran individuales y, en principio, no versaban sobre el hecho, a excepción de que la persona lo mencionara espontáneamente.

Así, pues, no se desprende vulneración alguna a la regla dispuesta por el artículo 384, segundo párrafo, del Código

Procesal Penal de la Nación.

Además, hasta aquí la parte recurrente no ha demostrado que sufriera algún perjuicio a causa de la situación que apunta. En ese sentido, en caso de considerar que un testigo no fue veraz por haber sido influido por otros en su declaración, debió plantearlo en el momento oportuno para que se adoptaran las medidas pertinentes, mas no pretender el dictado de la nulidad de un acto cumplido y precluído a esta altura del proceso.

En consecuencia, corresponde rechazar la impugnación introducida por la defensa de Omar Emir Chabán.

1.e. Testigos querellantes. Impugnación.

El defensor de Argañaraz cuestiona la validez de las declaraciones testimoniales prestadas por quienes tienen el carácter de querellante en la causa. En tal sentido, expresa que haber fundado la sentencia con prueba impugnada, como es el caso de los testigos que ostentan el rol de querellante, constituye un error *in procedendo*, como así también que los mismos tienen interés en la causa, lo que los lleva a carecer de objetividad.

En ese marco, el doctor Bois objetó la constitucionalidad de dicha situación, esto es, que varios testigos ocupen al mismo tiempo el rol de querellantes.

Al respecto podemos mencionar en primer lugar que el impugnante no desarrolla ni explica mínimamente en que radica y cuales serían las negativas consecuencias de esa "falta de objetividad" a la que se refiere, en un caso concreto; únicamente realiza un planteo general y abstracto.

Ahora bien, dentro de las generalidades de su planteo tampoco explica de qué manera la norma que impone el deber de declarar como testigos a los querellantes (articulo 86 Código Procesal Penal de la Nación) colisiona con norma constitucional alguna, ya que el recurrente omite mencionar siquiera el precepto de la Carta Magna que considera vulnerado; tampoco refiere, en el caso concreto, cuál es el perjuicio sufrido por esa situación.

En ese marco, es dable destacar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado

por la Constitución Nacional (conf. Fallos CSJN: 256:602; 258:255; 302:166: 316:188, 1717 y 2624; 319:3184; 321:441 y 1888; 322:842 y 919; 324:920; 325:1922 y 330:855 y 5345 entre muchos otros).

En definitiva, nos encontramos ante un planteo en el que no se alude a testimonios concretos o al modo en que éstos influyeron en la decisión del pleito que es, en definitiva, lo que posibilitaría una revisión de la cuestión puntual; sino que se trata, en todo caso, de una crítica formulada de manera general y abstracta.

En esa línea, y más allá de poner de manifiesto su disconformidad general con que el *a quo* tuviera como prueba válida a esos dichos, el impugnante no señaló ni demostró un concreto perjuicio, motivo por el cual este agravio debe ser rechazado.

Es que, en definitiva y como lo establece el articulo 241 del Código de forma *"Toda persona será capaz de atestiguar, sin perjuicio de la facultad del juez para valorar el testimonio de acuerdo con las reglas de la sana crítica"*, valoración que en el caso concreto no se ha atacado sino que se ha intentado debilitar mediante una declaración general y abstracta sobre la cuestión, sin la más mínima fundamentación.

Por su parte, guarda estrecha vinculación con este planteo el introducido por la defensa de Chabán en tanto cuestiona la valoración efectuada por el Tribunal Oral de los testimonios de los concurrentes al recital, cuya credibilidad relativiza.

Como podemos observar, en definitiva el fondo del agravio de la defensa de Chabán es análogo al efectuado por la de Argañaraz: la valoración concreta de distintos testimonios por la vinculación con el hecho de quienes los brindaron. En ambos supuestos, la respuesta no puede ser distinta ni diferenciarse de la ya efectuada, los testimonios no pueden atacarse en forma genérica y grupal sino que debieron mencionarse casos puntuales en donde se observara alguna cuestión específica y no únicamente oponerse y de modo genérico y sin sustento en particular por el rol que ostenta el testigo.

Por todo lo dicho, consideramos que el presente planteo debe ser rechazado.

1.f. Afectación al principio de congruencia.

En este apartado habremos de ingresar en el análisis de la impugnación efectuada por la defensa del imputado Omar Emir

Chabán, relacionada con la vulneración del principio de congruencia.

El nudo del planteo radica en que, tanto en las oportunidades en las que declaró en la etapa de instrucción del sumario como durante el transcurso del debate, no se le mencionaron ni le fueron exhibidas las anotaciones contenidas en la agenda secuestrada en el domicilio del acusado Diego Marcelo Argañaraz, así como tampoco se lo interrogó sobre el punto. Como consecuencia de tal omisión entiende que "el hecho que sustenta la condena, no reconoce coherencia fáctica con el descrito a lo largo del debate", circunstancia que ha vulnerado el derecho a la defensa en juicio.

Para dar respuesta al agravio conviene recordar que al votar en la causa n° 8283 "García, Hugo Amadeo s/ recurso de casación", rta. el 4/10/07) hemos expresado que *"...entre las consecuencias que dimanan del principio constitucional de defensa en juicio consagrado en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, se destaca el derecho de toda persona de intervenir en el proceso incoado en su contra, a fin de conocer los actos procesales y los hechos que se le atribuyen, las pruebas de cargo y las razones que lo afectan; declarando libremente con relación al hecho que se imputa, ofreciendo las pruebas pertinentes y exponiendo las razones que hacen a su defensa. Así, como corolario de esta garantía constitucional se encuentra la necesidad de que `entre la acusación intimada (originaria o ampliada), y la sentencia debe mediar una correlación esencial sobre el hecho, la que impide condenar al acusado por uno diverso del que fuera objeto de la imputación formulada (ne est iudex ultra petita partium)´. (Vélez Mariconde, Alfredo "Derecho Procesal Penal", Tomo II, págs. 205 y 233)"*. También de esta Sala, deben tenerse en cuenta las causas n° 25 "Zelickson, Silvia E. s/rec. de casación", reg. 67 del 15/12/93; n° 1684 "Fohet Bestani, Horacio s/rec. de casación", reg. 199/99 del 14/5/99; n° 1800 "Castillo Quezada, Sergio Antonio s/rec. de casación", reg. 221/99; n° 2111 "Ramírez Fonseca, Rubén Óscar y otros s/rec. de casación", Reg. 271/00 del 24/5/00; n° 3561 "Alincastro, Jorge R. s/rec. de casación", reg. 137/02 del 9/4/02, entre muchas otras.

En esa misma oportunidad, explicamos que Ricardo Núñez enseña que *"...el hecho procesal constituye la materia de la*

acusación formulada en contra del procesado, en la requisitoria fiscal o en el auto de remisión a juicio. Lo que interesa a los fines de la garantía de la inviolabilidad de la defensa, no son sólo los hechos penalmente relevantes contenidos en la acusación, sino también todas las circunstancias enunciadas en ella, capaces de influir perjudicialmente en la defensa del procesado, respecto a la prueba de la existencia de aquéllos y de su atribución a él como reo" (`La materia del juicio criminal. El hecho procesal y su identidad en la acusación y en la sentencia´, nota a fallo en La Ley tomo 19, pág. 756). Así agrega el profesor cordobés que `el hecho enunciado en la acusación es ***diverso*** *del resultante del debate, cuando este último le proporciona al acusado posibilidades fácticas o jurídicas de valerse de defensas no advertibles frente al hecho imputado en la acusación´ (`El hecho diverso y otras cuestiones´ nota a fallo en Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina, Tomo XLIV, pág. J.-167)".*

También hemos sostenido en reiterados pronunciamientos que no existe afectación del principio de congruencia si los sucesos descriptos en la sentencia se correlacionan con el que fuera delimitado durante el proceso: indagatorias, procesamiento, elevación a juicio, debate y alegatos (Causa n° 10152 "Rocca Clement, Marcelo y otro s/ recurso de casación", reg. 970, rta. el 03/07/09).

La esencia del principio de congruencia implica, pues, la identidad entre la plataforma fáctica enunciada a lo largo del proceso, que tiene como corolario la acusación, y aquella descripta en la sentencia.

Ese presupuesto, lo hemos expresado al expedir nuestro voto en la causa n° 8634 "Sicorsky, Jaime y otra s/rec. de casación" reg. 544/08, rta. el 5/5/08, oportunidad en la que -con cita de lo resuelto en las causas de esta sala, nros. 2532 y 4326 caratuladas "Peralta, Hilario Marcelo s/rec. de casación", reg. 398/00, rta. el 13/7/00 y "Ferrari, Hugo A. s/rec. de casación" reg. 463/03, rta. el 19/8/03 respectivamente- sostuvimos que "*...la violación a esta regla (principio de congruencia) se manifiesta ante la falta de identidad fáctica entre el hecho por el que resultara condenado el encausado y el enunciado en la acusación intimada -ne est iudex ultra petita partium-... En efecto, de la correlación que debe verificarse entre los términos*

en que quedó sustanciada la acusación y el contenido de la sentencia, surge la formulación del principio de congruencia. Queda excluido de dicha exigencia el aspecto jurídico, toda vez que la congruencia no alcanza al título o calificación legal del hecho imputado, pues el tribunal de mérito tiene plena libertad para ´elegir la norma´ que considera aplicable al caso, y ello así en virtud del principio 'iura novit curia'... En esta inteligencia, el Código Procesal Penal de la Nación, en su art. 401, dispone que: '...en la sentencia el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad...´...En definitiva, lo único realmente valioso para la actividad defensista es que la sentencia condenatoria recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente, ya que si no ocurriese de este modo se vulneraría la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), privándosele al procesado del derecho de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye...".

Asimismo, y ampliando lo dicho precedentemente, resulta de interés traer a colación lo que dijéramos en las causas n° 7363 "Rivarola, Daniel Alfredo s/rec. casación", reg. 118/07, rta. el 15/2/07; n° 7319 "Sande, Ricardo Víctor s/rec. casación", reg. 195/07, rta. el 9/3/07; n° 7562 "López, Juan Alberto s/rec. de casación", reg. 352/07, rta. el 17/4/07; y n° 7873 "García de la Mata, Ángel María s/rec. casación", reg. 1052/07, rta. el 7/8/07, entre otras, en las que con respecto a dicho principio se afirmó que *"...Se trata, como puede apreciarse, de identidad de hechos y de posible diversidad de encuadramiento legal de esos hechos, siempre que la mutación, por lo sorpresiva, o porque imponía la consideración de aspectos o circunstancias particulares del delito, del autor o de la pena muy dispares, no afecte el ejercicio útil o eficaz de la defensa en juicio del acusado...".*

Entonces, fijada nuestra postura sobre el contenido de la garantía que se reputa afectada, advertimos que en el caso traído a nuestro conocimiento ha habido correlación entre los hechos atribuidos en todos lo actos procesales que así lo requerían y aquellos que finalmente quedaran establecidos en el fallo.

Ahora bien, tal como adelantáramos, el meollo del conflicto no guarda vinculación con la alteración de la plataforma fáctica sino, antes bien, con la ausencia de exhibición de un medio de prueba sobre el que el Tribunal *a quo* sustentó la condena de Omar Emir Chabán por el delito de cohecho activo. Es decir, que la impugnación apunta directamente a la imposibilidad de ejercer debidamente el derecho a su defensa efectiva.

Del cotejo de las actuaciones se desprende que en oportunidad de ampliarle la declaración -véanse las fs. 14190/8, correspondientes al acta de fecha 28 de marzo de 2005-, surge la expresa mención de que entre las pruebas de cargo se hallaban aquellos objetos secuestrados en el allanamiento realizado en el domicilio de Diego Marcelo Argañaraz -entre ellos la agenda- y que le fueron exhibidos en ese acto. Por supuesto, resultaba facultativo que se lo interrogara sobre el punto.

Con fecha 4 de abril de 2008 los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24 establecieron cuáles eran las pruebas incorporadas al debate y entre ellas se encuentra mencionada la agenda de Diego Marcelo Argañaraz -v. fs. 62088-. Tal decisión fue notificada a la defensa de Omar Emir Chabán, conforme surge de la cédula agregada a fs. 62186.

Asimismo, a fs. 63876/81 obra agregada el acta de una audiencia celebrada con las partes en forma previa al inicio del debate, en la que se les hizo entrega, entre otras cosas, de un listado con las probanzas de la causa que incluía la agenda.

Entonces, advertimos que la existencia de tal elemento probatorio no era desconocido por quien ahora se agravia, de modo que no resulta correcto sostener que se viera afectada la posibilidad del inculpado de defenderse.

Así, pues, desde la génesis del proceso se le hicieron saber los hechos que constituían el objeto de la investigación y las pruebas de cargo obrantes en la causa. Tanto durante la etapa de instrucción como a lo largo del debate oral y público Omar Emir Chabán tuvo oportunidad de ejercer su defensa frente a las imputaciones formuladas por los acusadores, plenamente conocidas por él, que tenían sustento en los elementos probatorios aunados a las actuaciones, que le fueron expresamente detallados en todos los actos cumplidos durante el proceso que así lo requerían.

En definitiva, al imputado se le hizo saber la totalidad

del cúmulo probatorio recolectado, tuvo ocasión de conocerlo y controlarlo.

Es así que, ante la falta de afectación del derecho de defensa invocado por la parte recurrente, corresponde rechazar la impugnación introducida.

1.g. Nulidad de las acusaciones privadas respecto del delito de cohecho.

El motivo de la impugnación referenciada radica, según la defensa, en que al tratarse de un hecho que afecta a la administración pública sólo se halla legitimado para perseguirlo el representante del Ministerio Público, pues los particulares no resultan ofendidos por el delito.

Recordemos que la parte recurrente realizó esta crítica durante su alegato y fue rechazada por el *a quo* con dos fundamentos centrales: que habían caducado todas las oportunidades procesales para introducirla válidamente y que la legitimación para querellar no coincide necesariamente con la titularidad del bien jurídico tutelado por la norma.

Sobre la cuestión el Tribunal de Juicio aseveró que *"El motivo de la preclusión para oponer la nulidad lo hallamos en la circunstancia de que la legitimidad de los querellantes había quedado definida bastante tiempo antes de la fijación del debate, sin que la parte efectuara impugnación alguna al respecto. En ese sentido, parece necesario reiterar que esa asistencia técnica tomó inicial contacto con el contenido de las acusaciones al momento de conferírsele el traslado previsto por el artículo 349 del Código Procesal Penal de la Nación, y, más tarde, lo hizo en el procedimiento preliminar de esta instancia"* y, asimismo, que *"...quien peticiona la nulidad no sólo no cuestionó la legitimidad de los querellantes al contestar el traslado previsto por el artículo 349 de la legislación procesal nacional, ni lo llevó a cabo antes de la fijación de la audiencia de juicio (artículo 358 del Código Procesal Penal de la Nación), sino que tampoco la opuso como cuestión preliminar inmediatamente luego de abierto el debate (artículo 376 del citado cuerpo legal)"* (ver fs. 67078 vta.).

También, manifestó que *"...la asistencia letrada del imputado Chabán, además de haber omitido oponer la impugnación en la etapa procesal prevista por el ordenamiento jurídico de forma, nada dijo sobre la cuestión cuando el tribunal la resolvió por*

haber sido instada por los letrados que defienden a Miguel Ángel Belay. No hay dudas de que esa actitud debe interpretarse como el consentimiento de la situación jurídica” (fs. 67078/9).

Sin perjuicio de lo expuesto, agregó que *“El delito de cohecho tiene como bien jurídico protegido a la Administración Pública; no obstante, es incuestionable que si el presunto acto corruptor tiene por finalidad una acción u omisión de la autoridad que repercute indirectamente sobre otros bienes jurídicos, el reconocimiento como parte de quienes habrían resultado afectados por ese efecto secundario es lo que garantiza una mejor armonía con la lucha contra la impunidad que persigue la Convención Interamericana contra la Corrupción (Ley 24.759), que en su artículo 3, apartado 11, dentro de las medidas preventivas, impone a los estados la implementación de mecanismos destinados a estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción”* (fs. 67079 vta.).

De lo expuesto se desprende que la tacha de nulidad invocada ya ha sido aducida y tuvo respuesta, de modo que aquí estamos frente a una mera reedición del planteo sin que observemos que se haya efectuado alguna crítica novedosa o relevante de los fundamentos utilizados por el *a quo*.

Ahora bien, pese a ello, a fin de dar adecuado tratamiento a los argumentos puestos de manifiesto por los recurrentes, pasemos a estudiar en concreto la situación reseñada.

En primer lugar, la legitimación que se cuestiona no es otra cosa que la aptitud para asumir el carácter de acusador en un proceso, la que en el supuesto traído a estudio se refiere sólo al delito de cohecho.

Entonces, habremos de destacar que, tal como se afirma en el fallo, rige el principio de preclusión, puesto que quien ahora se agravia dejó que se agotaran todas las instancias oportunas para efectuar el cuestionamiento.

Al respecto, cabe que tengamos presente que, como bien fue señalado, la legitimidad de los querellantes había quedado definida en la etapa de instrucción de la causa, cuando fueron deducidas las acusaciones. En esa oportunidad, ninguna de las defensas las cuestionó.

Luego, el planteo fue introducido por la asistencia

letrada de otro de los imputados como una cuestión preliminar. Sin embargo, el *a quo* lo rechazó. En esa ocasión la defensa de Omar Emir Chabán tampoco efectuó objeción alguna contra la decisión.

Entonces, frente a esa actitud, es aplicable la postura que tenemos respecto a que ante la denegatoria de un planteo que estime pertinente, la parte debe cuestionar de alguna manera el temperamento adoptado o formular reserva de recurrir a los tribunales superiores para remediar el eventual agravio que pudiera ocasionarle lo resuelto (Conf. Causa n° 5119 "Arevalo, José del Valle s/ rec. de casación", rta. el 14/04/05, con la salvedad de que pese a aplicarse idéntico criterio en el caso se trataba de la denegatoria de una medida de prueba).

Justamente, los recurrentes escogieron la conducta contraria. Dejaron que transcurriera la totalidad del debate e incluso articularon defensas en orden a la imputación relativa al cohecho. En consecuencia, resulta irrazonable que ahora cuestionen la legitimación de los acusadores.

Pero aún hay más, no podemos soslayar que en el caso de autos no se deriva perjuicio alguno del reconocimiento de legitimación a las querellas para acusar por el delito de cohecho, puesto que el representante del Ministerio Público también impulsó el proceso en orden a esa figura penal, de forma tal que de todos modos la jurisdicción se hallaba habilitada para que el Tribunal de Juicio se expidiera.

Sin perjuicio de que los argumentos que han sido desarrollados son suficientes para rechazar sin más la impugnación, no olvidemos que como bien lo explicamos al votar en la causa n° 3751 caratulada "Etchecolatz, Miguel O. s/ recurso de casación", con fecha 25 de septiembre de 2002, nuestro sistema jurídico penal se asienta sobre la noción de bien jurídico, concepto que podría definirse como aquellos intereses generales de la sociedad que por su importancia y significación resultan merecedores de la máxima tutela que el ordenamiento normativo prevé: la sanción penal. Este concepto, asimismo, presupone que toda lesión a un bien jurídico no lo es tan sólo contra una persona o grupo de personas, sino contra la sociedad toda; y ello así por cuanto la titularidad de los bienes jurídicos corresponde a todo el cuerpo social. Dicho en otros términos, los bienes individuales de los que son titulares las distintas personas que

componen la sociedad son asumidos por el ordenamiento jurídico como bienes generales, y en tal carácter son merecedores de la protección del Estado en su condición de único legitimado para el ejercicio de la violencia. Así, sostiene Vélez Mariconde que "nadie puede negar que el delito es un atentado al orden jurídico social, un ataque al Estado, de modo que éste es realmente el ofendido y el titular de la pretensión represiva emergente del delito" (Conf. "Derecho Procesal Penal", Ed. Lerner, tomo I, pág. 292, Buenos Aires, 1969).

También dijimos en esa ocasión que no obstante todo ello, resulta a nuestro juicio por demás evidente que la noción de bien jurídico en el sentido expuesto no excluye considerar la situación de las personas contra las que se dirige el ataque, quienes en virtud del instituto de la querella asumen la legitimación activa para intervenir en el proceso penal. En tal sentido, Obarrio expresa que *"No es posible desconocer en la persona damnificada el derecho de velar por el castigo del culpable"*, en tanto que en opinión de Carrara el delito hiere el derecho que al ofendido le da la naturaleza y no la sociedad, de tal suerte que ésta, aunque se organice jurídicamente, no puede privarle a aquél de la *"facultad ilimitada de provocar la defensa pública y lograr la protección del Estado"*. Esta posición -que sin desconocer que el delito ofende a todo el cuerpo social contempla la posibilidad de que la víctima, en su condición de especialmente afectada por el delito, se erija en acusador particular- además de contar con el apoyo de la doctrina mayoritaria, es la que finalmente fue receptada por el legislador.

Empero, repárese que la fórmula elegida por el legislador establece los requisitos o exigencias legales para obtener la legitimación activa, que en lo que aquí concierne se refieren a que la solicitud de investirse de tal carácter provenga de la persona *"particularmente ofendida por un delito de acción pública"*. Es necesario precisar, entonces, cuál es la significación que corresponde otorgar al concepto de "particularmente ofendida", para poder así determinar si en el caso quienes querellan por el hecho principal también están habilitados en los términos de la ley para intervenir como acusadores en relación al delito de cohecho.

Al respecto, esta Cámara Nacional de Casación Penal ha

señalado que *"...comúnmente se ha hecho una distinción entre los conceptos de 'ofendido' y de 'damnificado'. Al primero siempre se le ha reconocido legitimación para constituirse en parte querellante, por cuanto es el titular del bien jurídico tutelado que el hecho delictuoso lesiona, y por ende, se erige como persona que ha sufrido las consecuencias del delito de un modo directo e individual, resultando ser el sujeto pasivo del delito. El 'damnificado', en cambio, si bien no es el titular del bien jurídico afectado por el ilícito, es quien ha recibido un perjuicio real y concreto que lo habilita para accionar. De este modo, no se protege solamente el bien jurídico tutelado por la norma penal y que aparece violado por la conducta que constituye el contenido de la imputación, sino que no quedan excluidos aquellos bienes garantizados secundaria o subsidiariamente..."* (conf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa n° 1379 caratulada "Gómez, Jorge Ernesto s/recurso de casación", reg. 1946/99, rta. el 15/7/99).

La doctrina que fluye del pronunciamiento precedentemente citado coincide con lo que al respecto señala D'Albora, en cuanto a que *"...la invocación del bien jurídico protegido para determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitoria, puesto que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantidos, siempre que derive un perjuicio directo y real, quien lo sufre se encuentra legitimado para ejercer el rol de querellante..."* ("Código Procesal Penal", 4° edición, Edit. Abeledo Perrot, 1999, pág. 177).

También ha sido este el criterio sostenido por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, en el sentido de que *"...la apelación al bien jurídico protegido a los fines de determinar la legitimación procesal activa no resulta una pauta definitoria, puesto que no se ha de excluir la protección subsidiaria de otros bienes garantidos"* (Conf. causa n° 7931 caratulada San Vicente S.A. s/ falta de acción", reg. 8717, rta. el 20/4/92; en igual sentido, causa n° 23729, "Negri, Carlos María ser tenido por parte querellante", reg. 494, rta. el 11/8/92, y causa n° 19763 caratulada "Taiana, Jorge y otros s/ denuncia", reg. n° 461, rta. el 24/10/86).

Fijados los criterios rectores, en el caso de autos, entre

otros hechos, se le imputa a Omar Emir Chabán la comisión del delito de cohecho activo, previsto por el artículo 256 del Código Penal de la Nación. La figura legal se encuentra comprendida en el Título XI, dedicado a los delitos contra la Administración Pública y, en consecuencia, protege el normal desenvolvimiento de la actividad de aquella.

No obstante el carácter colectivo que se advierte en el bien jurídico tutelado -en el sentido de que no recae sobre un individuo en particular-, no queda excluida la posibilidad de que la comisión del delito de cohecho pueda afectar particularmente a una persona determinada.

Ello es así, pues no podemos soslayar que en nuestro caso se le imputa a Omar Emir Chabán el haber celebrado un acuerdo espurio con el Subcomisario Carlos Rubén Díaz con el objeto de que el funcionario omitiera hacer cesar las numerosas contravenciones en las que incurría el establecimiento, circunstancia que propició el ámbito necesario para que en la noche del 30 de diciembre de 2004 se produjera el fatal incendio que provocó numerosas víctimas.

Es decir, que el acto corruptor que caracteriza a la figura penal tuvo por finalidad una acción u omisión de la autoridad que en forma mediata o indirecta repercute sobre otros bienes jurídicos vinculados a víctimas determinadas, en circunstancias que tal situación puede dar lugar a que aquellas resulten “particularmente ofendidas”, pues se ven afectadas por el efecto subsidiario.

En conclusión, corresponde rechazar el planteo de nulidad introducido por la defensa de Omar Emir Chabán.

1.h. Nulidad de las actas de juicio.

Recordamos sobre el punto que, al plantear la cuestión, la defensa consideró que las actas de debate no cumplían con los requisitos establecidos por el inc. 5 del articulo 394 del Código Procesal Penal de la Nación dado que no se había aceptado la incorporación de diversas cuestiones, argumentándose que formaban parte de las mismas los DVD’s con las grabaciones de la audiencia. De esa manera, considera que las mismas son nulas y que su forma de redacción viola el derecho de defensa en juicio.

Aquí, en relación a los argumentos que emplea el recurrente para solicitar la nulidad de las actas de juicio cabe

recordar lo dicho sobre el tema en la causa de esta Sala n° 7521 "Coronel, Delia Catalina s/recurso de casación" resuelta el 9/4/07, en cuanto a que según *"...las prescripciones establecidas por el ordenamiento ritual -art. 394- no es necesario que el acta incluya, de forma exhaustiva, el íntegro desarrollo del debate; excepcionalmente y por tratarse de prueba compleja, el tribunal puede disponer el resumen al final de cada declaración, ordenarse la grabación o la versión taquigráfica, total o parcial, del debate (art. 395 del C.P.P.N.) (cfr. causa n° 1358 'Cáceres Romero, Freddy Jorge s/recurso de queja' Reg. 587/97 del 30/12/97; causa n° 6234 'Naccaratti, Marcelo Alejandro y otro s/recurso de casación' Reg. 156/06 del 13/3/06)"*.

Asimismo, en la causa n° 4193 "Palacios, Gustavo Gabriel s/rec. de casación" (reg. 265/03 del 20/5/03) -voto del doctor Hornos al que adherimos- se sostuvo que *"...En el sistema de juicio oral el acta de debate cumple la función de documentar los actos cumplidos en el transcurso de las audiencias, constituyéndose en constancia principal de la prueba producida y que será utilizada en el momento de dictar sentencia. Ello no significa que debe reproducir todo lo ocurrido en el debate sino que debe contener las menciones impuestas por ley, las que hubiere ordenado el presidente del Tribunal Oral y las expresamente solicitadas por las partes..."*.

En el mismo sentido, sostiene D´Albora que el documento público en cuestión *"...Permite verificar la prueba producida y utilizada para la sentencia, confrontándola con el documento que debe reflejarla (art. 400). Este cotejo resultará el tránsito obligado para verificar los motivos de casación formal (art. 456, inc. 2°), no sólo inherente a la motivación de la sentencia en los actos de debate (ST Córdoba, Sala Penal, J.A., 1988-I, pág. 141) sino en cuanto a la inobservancia de los presupuestos procesales: indagatoria (art. 294), procesamiento (art. 306), requerimiento (art. 347) o auto de elevación (art. 351)..."*. Asimismo, expresa el mencionado autor que *"...El acta del debate deviene nula si no documenta lo que ha ocurrido durante su desarrollo; sobre todo las inserciones solicitadas por las partes. Pero ello no impone que contenga todo lo que ocurre en la audiencia sino lo que exige la ley: las que el presidente ordene y las que soliciten las partes; la omisión o deficiencia al formularse por secretaría las*

menciones no hace a la nulidad del acta; tampoco si la defensa no hace uso, a lo largo de la audiencia, del derecho acordado por este inciso [6° del art. 394 del C.P.P.N.]" (D'ALBORA, Francisco, op. cit., ps. 715 y 717).

Es dentro de ese marco jurisprudencial y doctrinario en el que habremos de resolver la cuestión. En el caso que convoca la atención de esta Sala, de la lectura de la audiencia preliminar de fecha 30 de junio de 2008 surge expresamente que la Jueza del Tribunal Oral en lo Criminal N° 24, Dra. María Cecilia Maiza explicó a todas las partes presentes (incluido el recurrente) que las audiencias serían filmadas con la consiguiente entrega periódica de DVD's a las partes y como consecuencia de ello es que las actas de juicio serían labradas de manera sintética, solicitando, además, a todas las defensas que si tenían algún tipo de reserva en cuanto a la captación de imagen de alguno de los imputados lo hagan saber expresamente, ante lo cual ninguno de ellos objetó esa decisión.

Debemos señalar a esta altura que, al expresar sus agravios ante esta Cámara en la oportunidad prevista por el art. 465 quinto párrafo y al referirse a las nulidades oportunamente planteadas, la defensa de Omar Chabán se refirió puntualmente a la audiencia preliminar recién mencionada.

Concretamente señaló que la misma era "inexistente" porque no estaba prevista por la normativa vigente y, además, no fue incorporada de manera alguna al debate. Concluyó que en virtud ello no podía utilizarse como argumento para rechazar sus planteos de nulidad y, asimismo, era un vicio que tornaba absolutamente nulo todo lo actuado.

En primer término se debe destacar que el planteo concreto referido a la audiencia preliminar fue introducido como cuestión novedosa. Hemos dicho en varias ocasiones que el debate establecido por el art. 465 del Código ritual no prevé la inclusión de nuevas cuestiones por lo que ello bastaría para dar por respondido el planteo tardío. Es que en la sistemática de nuestro Código Procesal Penal, el Tribunal debe limitarse -como principio- exclusivamente al estudio de los motivos propuestos *ab initio* al interponerse el recurso (conf. causas n° 9 "Sokolovicz, Mario Rubén s/rec. de casación", reg. 13 del 29/7/93, n° 6799 "Fernández, Luis Miguel o Catrilaf, Ricardo s/rec. de casación",

reg. 727 del 3/7/06, n° 4632 "Nogales, victor A. y otra s/rec. de casación", reg. 421 del 3/4/07 y n° 7516 "Pour Pour, Juan Domingo s/rec. de casación", reg. 171 del 1/3/07, entre muchos otros de esta Sala III).

Sin perjuicio de ello, podemos afirmar para mejor respuesta a la defensa que, además de extemporáneo, el planteo resulta carente de fundamentos. Es que la parte no ha señalado mínimamente cual es el agravio que la realización de dicha audiencia preliminar le produjo y, como dijimos más arriba, esa demostración del perjuicio es un requisito indispensable para dar acogida favorable a un cuestionamiento como el recién introducido.

A poco que se analiza parece más bien todo lo contrario. En un debate de la índole como el que se desarrolló, con la importante cantidad de partes intervinientes, de testigos a deponer, de público interesado en concurrir y frente a la extensión que demandaría el juicio oral debido a tales circunstancias, parece una medida por demás acertada, más allá de que no esté expresamente prevista.

Es que al haberse realizado meses antes del inicio del plenario, permitió a las partes conocer claramente cuales serían las reglas mínimas que permitirían que el juicio se lleve adelante.

La realización de ese encuentro preliminar permitió que los actores del proceso no se vieran sorprendidos frente a las pautas de desarrollo del debate que el Tribunal de Juicio se veía obligado a establecer —como dijimos- frente a la magnitud del mismo.

Así, surge claramente que el derecho de defensa no sólo no fue vulnerado sino que encontró una mayor posibilidad de ejercicio efectivo. Es que, en definitiva, se logró que las partes anoticiadas de distintas circunstancias que hacían a temas operativos y a otros propios del debate, tuvieran suficiente tiempo para plantear aquellas cuestiones con las que no estuvieran de acuerdo.

Luego, si aquellas optaron por guardar silencio —como lo hizo la propia defensa de Chabán-, fue justamente porque así lo consideraron oportuno. Ello solo autoriza a sostener que contaron con una oportunidad más (aunque no prevista expresamente por el código pero que establecieron para el caso los jueces en favor de

las partes), para formular sus peticiones y/u oposiciones a las cuestiones que les eran planteadas.

Por otro lado y volviendo al tema de tratamiento, se advierte que en la audiencia del día 12 de septiembre de 2008 quedó asentado que los DVD´s forman parte integrante de las actas de juicio, y que todo lo ocurrido en ellas estará totalmente registrado en los DVD´s.

Sin perjuicio de ello, advertimos que el recurrente estuvo anoticiado desde antes de comenzar el debate que las actas serían sintéticas y que se volcaría en ellas, únicamente aquellas cuestiones de mayor trascendencia, mientras que como complemento de las mismas se encontraban las filmaciones en DVD.

Por último, debemos mencionar también que no se advierte de qué manera la alegada inobservancia del inc. 5 del articulo 394 del Código Procesal Penal de la Nación propugnada por el defensor de Chabán, afecta la garantía de defensa en juicio y de debido proceso, cuando la parte no lo fundamentó.

La defensa no explicó mínimamente cómo esa circunstancia que apunta influyó en la decisión adoptada respecto de su pupilo, por lo que se puede concluir que pretende una declaración de nulidad por la nulidad misma, situación rechazada jurisprudencial y dogmáticamente, como más adelante desarrollaremos.

En definitiva, como quedó citado *ut supra* el acta de debate no debe reflejar absolutamente todo lo que ocurra en la audiencia, sino más bien queda satisfecha conteniendo cada uno de los requisitos establecidos por la ley; en consecuencia lo expresado precedentemente acerca de este cuestionamiento, resulta suficiente para rechazar el respectivo planteo de nulidad de la defensa.

1.i. Inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios para desechar los planteos de nulidad efectuados.

Finalmente diremos que, con relación a la inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios que invoca la defensa de Omar Emir Chabán, entendemos que las manifestaciones realizadas solo comportan una reproducción y ampliación de los mismos argumentos cuyas pertinentes respuestas obran en la valoración efectuada en relación a cada uno de los motivos de agravio respectivos.

1.j. Nulidades de las acusaciones y de los alegatos de los acusadores, como así también de la réplica del Doctor López

Santos.

Es momento de decidir sobre las nulidades postuladas por la defensa de los imputados Fabiana Fiszbin y Omar Chabán.

Las partes impugnantes entienden, básicamente, que al formular las acusaciones las querellas y el representante del Ministerio Público no precisaron detalladamente, con todas las circunstancias jurídicas relevantes, los hechos que le reprochaban a Fabiana Fiszbin y a Omar Chabán. En el caso de este último, la defensa entendió también que el encuadre jurídico otorgado al hecho por los acusadores era contradictorio con su descripción

En lo que hace al planteo de la defensa de Fabiana Fiszbin, el Tribunal *a quo* lo rechazó y, en consecuencia, los recurrentes se agravian porque entienden que esa decisión implica reconocer que es suficiente enunciar la calificación legal y el monto de la pena para cumplir con la alegación prevista por el artículo 393 del Código Procesal Penal de la Nación.

En definitiva, sostienen que para realizar una defensa adecuada debían contar con la información detallada de los hechos.

Luego de estudiar la nulidad invocada por la defensa de Fabiana Fiszbin, observamos que ya ha sido aducida al momento de pronunciar su alegato en la audiencia de debate —Conf. acta del día 24 del mes de junio del año 2009-.

En la sentencia el Tribunal de Juicio dio respuesta y solución a la impugnación, por lo que consideramos que estamos ante la presencia de una mera reedición de aquélla sin advertir la realización de críticas novedosas ni relevantes contra los fundamentos del *a quo*.

En el caso del planteo de los doctores D'attoli, debemos destacar que lo formularon por primera vez en la oportunidad prevista por el articulo 466 del Código Procesal Penal de la Nación. Hasta ese momento nada dijo esa parte, inclusive al momento de realizar su alegato luego de escuchar, obviamente, el de los acusadores, no planteó la cuestión por lo que no parece haberlos afectado a la hora de ejercer su ministerio.

No obstante lo expuesto, a fin de brindar un tratamiento exhaustivo a las consideraciones puestas de manifiesto por las partes mencionadas, nos adentraremos en su análisis en forma conjunta, dado que se encuentran estrechamente relacionadas.

La acusación es el acto procesal a través del cual se

concreta la pretensión penal. Se deduce en el requerimiento de apertura del juicio que proporciona la plataforma fáctica sobre la que habrá de discurrirse en el debate (D´ALBORA, Francisco, op. cit., p. 618).

El artículo 347 del Código Procesal Penal de la Nación, que establece la forma en la que habrá de deducirse tal acusación, exige *"una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal y una exposición sucinta de los motivos en que se funda"*. Ello, puesto que *"El juicio penal tiene su base y su límite en el requerimiento (...) de elevación a juicio y la hipótesis del hecho contenida en la acusación circunscribe la actividad de todos los sujetos del proceso..."* (D´ALBORA, Francisco, op. cit., p. 619).

Al votar en la causa n° 9625 caratulada "Arias, Gonzalo Alejandro y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", de fecha 12 de diciembre de 2008, hemos afirmado que *"...la solicitud fiscal de elevación a juicio debe contener una relación precisa y circunstanciada de los hechos y su calificación legal; de este modo queda constituida sólida y claramente la imputación en cabeza del encausado. El núcleo de esa imputación está conformado por hechos"*.

En esa misma ocasión sostuvimos que *"El cumplimiento de tales requisitos, se vincula con la garantía de defensa en juicio, cuestión sobre la que llevamos dicho que `...lo único realmente valioso para la actividad defensista es que la sentencia condenatoria recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente, ya que si no ocurriese de este modo se vulneraría la garantía de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), privándosele al procesado del derecho de probar, contradecir y alegar sobre el hecho que se le atribuye...´ (...) `...tiene dicho el Superior Tribunal de Córdoba que `el proceso penal tiende al esclarecimiento de una actividad delictuosa concreta, es decir, de una acción humana a la cual la pretensión punitiva exteriorizada en la requisitoria de elevación a juicio considera como una típica actividad punible. El contenido de la acusación dice de la competencia del tribunal y constituye la hipótesis fáctica que suministra las bases del juicio, en cuyo ámbito tiene que desenvolverse la actividad de los sujetos*

procesales, de suerte que el debate debe circunscribirse a los hechos en ella incriminados, sobre los cuales, únicamente, es lícito fundamentar la sentencia´ (B.J.C., T. II, pág. 371, abril 29-957, cit. Por Barberá de Riso, M. C., `Proceso Oral´, T. I, ed. Lerner, Córdoba, 1193, p. 305/7)..." (conf. causa n° 2532 "Peralta, Hilario Marcelo s/rec. de casación", reg. n° 398/2000 rta. el 13/7/2000; y causas n° 3114 "Bracco, Sergio y Herrera, José A. s/ rec. de casación", reg. n° 784/01 rta. el 20/12/2001; n° 3835 "Cabrera, Ramón s/ rec. de casación", reg. 471/02 rta. el 4/9/2002; y n° 4326 "Ferrari, Hugo s/ rec. de casación", reg. n° 463/03 del 19/8/2003; todos de esta Sala III).

Entonces, se desprende de lo expuesto que el objeto de los requisitos impuestos por el legislador es garantizar que durante el juicio el imputado pueda defenderse.

De las constancias de la causa surge que en oportunidad de requerirse la elevación a juicio los acusadores cumplieron con la forma procesal exigida, por lo que no caben más aclaraciones al respecto.

A mayor abundamiento, tras la lectura de esas piezas y formalmente abierto el debate, ninguna de las defensas cuestionó su validez en oportunidad de plantear las cuestiones preliminares.

Una vez transcurrido el debate, el artículo 393 del Código Procesal Penal de la Nación prevé la discusión final entre las partes, es decir, la oportunidad en la que cada una debe llevar a cabo su alegato, que *"Constituye el momento culminante de la contradicción plena y procura el análisis tanto de la prueba como de los corolarios de contenido jurídico"* (D´ALBORA, Francisco, op. cit., p. 699).

Sobre el punto, habremos de tener presente que el artículo 393 del ordenamiento procesal nacional no establece para la formulación del alegato los requisitos que se desprenden de los artículos 347 -referido al requerimiento de elevación a juicio- y 399 -vinculado a la sentencia-, ni prevé la sanción de nulidad para el caso de que no los observe.

En ese sentido, no podemos exigirle a las partes el cumplimiento de pautas de validez que no se hallan expresamente requeridas por la ley.

Esta Cámara tiene dicho que el artículo 166 del Código Procesal Penal de la Nación *"...define un sistema de nulidades*

taxativo que impide declarar inválidos los actos procesales que exhiben defectos formales -excepción hecha de violaciones a garantías constitucionales- si su descalificación no ha sido expresamente prevista, o si no media incumplimiento de las disposiciones relativas a la capacidad del tribunal, a la participación del Ministerio Público o a la intervención, asistencia y representación del imputado (art. 167 ibidem)" (conf. Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa n° 27 "Freire, Roberto A. s/ley 23737", reg. 27, rta. el 11/08/93).

Así, pues, en este supuesto ya hemos dicho que la ley no sólo no establece sanción alguna sino que, aún más, ni siquiera estipula requisitos para alegar. En consecuencia, sólo cabe que analicemos si efectivamente, y como invoca la parte, debido a la ausencia de una descripción detallada de los hechos en los alegatos de los acusadores o por la existencia de una contradicción entre esa descripción y la subsunción legal postulada, se vio vulnerada la defensa en juicio de los imputados.

Vinculado a ello, recordemos nuevamente que *"Lo importante de la información acerca del hecho que se atribuye pasa por la circunstancia de que pueda ser comprendida cabalmente por el imputado y éste tenga la posibilidad de oponer los medios que hacen a su defensa, en tiempo oportuno"* (causa n° 2939 "Rivero, Jorge H. y otros s/ recurso de casación", reg. 89/04, rta. el 05/03/04).

En nuestro caso, resulta innegable la capacidad real de defensa de los imputados, que es fácil de verificar gracias a la conducta adoptada a lo largo del juicio.

Durante el debate participaron en la producción de prueba de su interés. Asimismo, brindaron todas aquellas explicaciones que estimaron pertinentes al momento de sus declaraciones indagatorias. Por último, transcurrido el juicio, en la discusión final, efectuaron extensas y pormenorizadas apreciaciones vinculadas al plexo probatorio e intentaron refutar las acusaciones.

Ya hemos sostenido que pretender —como lo hace la defensa de Fiszbin- una descripción tan exhaustiva de las circunstancias exactas de lugar, fecha, hora y ocasión de la conducta, sobre todo teniendo en cuenta que se desarrolló en el marco de una gestión que abarcó varios meses, resulta una demasía (Conf. causa n° 9230

"Perucca, Luis Alberto; Fuertes, Rubén; Esmok, Marcelo Fabián; Corbellini, Alberto Conrado y Nodar, Marcelo Enrique s/ recurso de casación", rta. el 22/09/08).

En definitiva, no vislumbramos que como consecuencia del defecto invocado por las partes se haya visto cercenado el ejercicio del derecho a la defensa.

En el caso de Omar Chabán, podemos agregar que la imputación concreta tiene que ver con su intervención en la co-organización de un show musical generando una situación riesgosa para los espectadores. Resulta intrascendente si esa coorganización riesgosa se llevó a cabo mediante actos comisivos u omisivos, la omisión que se imputa al nombrado tiene que ver con permitir que el espectáculo se desarrolle en esas condiciones.

No podemos soslayar que "*...la 'nulidad' (como instituto) se vincula muy estrechamente con el derecho de defensa, y si el vicio invocado no priva a la parte de su ejercicio -es decir que no afecta la garantía en cuestión-, el pedido de nulidad debe ser rechazado por no existir ni perjuicio ni interés. '... Nosotros participamos de aquella opinión que ve en los requisitos de los actos procesales, un modo de salvaguardar el ejercicio del derecho de defensa. Si el acto irregular, pese a la irregularidad, no afecta dicho derecho, no hay interés en la nulidad...' (conf. Raúl Washington Ábalos en 'Código Procesal Penal de la Nación' 2a. edición, EJC., Santiago de Chile, 1994, pág. 375)*..." (Conf. Sala III, causa n° 5015 "Palacios, Oscar enrique s/rec. de casación", reg. n° 322, rta. el 22/06/04).

El agravio de los recurrentes lejos está de cumplir con tal requisito ya que de la argumentación de los recursos se desprende que la nulidad solicitada no deja de ser una mera exigencia formal (una nulidad por la nulidad misma) sin consecuencia axiológica o material alguna en el ámbito de los derechos fundamentales de los sujetos sometidos a proceso penal.

En el caso, quienes se consideran agraviados no han cumplido con el requisito indispensable para que proceda la vía intentada, que es manifestar cuáles fueron las herramientas de defensa de las que se vieron privados de utilizar con motivo del vicio, en otras palabras alegar el agravio, de modo que no se halla acreditada la existencia de perjuicio alguno que afectara la posibilidad de los incusos de contrarrestar las acusaciones

formuladas respecto de ellos.

Por los motivos señalados, concluimos que el planteo de invalidez de las acusaciones resulta inconsistente puesto que no se ha demostrado la afectación al derecho de defensa al que aludieran los agraviados; y en consecuencia, corresponde rechazar la impugnación.

Por otra parte, en punto a la nulidad de la réplica efectuada por el doctor Arturo López Santos, letrado que representa a uno de los grupos de querellantes, entendemos que los fundamentos antes expuestos, esto es, que los defectos que pueda presentar el acto procesal no se encuentran conminados con pena de nulidad y que no se ha determinado la afectación de un derecho sustancial que ocasione un perjuicio, son aplicables a este supuesto. Por esa razón, esta crítica correrá idéntica suerte que la anterior, es decir, que será rechazada.

2. Conclusión.

Para finalizar este acápite, tras haber dado respuesta a cada uno de los planteos introducidos por las partes, cabe recordar que, como en alguna oportunidad ha dicho esta Sala, el instituto de las nulidades procesales tiene por objeto resguardar el debido proceso y la defensa en juicio. Por ello, sólo cuando la actividad procesal perjudique la función de tutela de los intereses comprometidos en el proceso, por haberse configurado una irregularidad que afecte el ejercicio de la defensa, un presupuesto procesal o el equilibrio entre las partes resultante del principio de igualdad y del contradictorio, debe ser invalidada, privándosela de eficacia (Conf. causa n° 7210 “Reina, Carlos Roberto; Duarte, María Cristina s/ recurso de casación”, rta. el 14/02/07).

En ese precedente se ha dicho también que según señala Maier *“la nulidad, comprendida como ultima ratio de la reacción procesal frente al defecto, es, tan sólo, una excepción, algo así como una decisión rara en el procedimiento, para cuando no haya forma de reparar el daño causado con el incumplimiento formal”* (“El incumplimiento de las formas procesales” en NDP, 2000-B, del Puerto, Buenos Aires, p. 813).

Es por ello que, tal como lo pusimos de manifiesto en el desarrollo del tratamiento de las impugnaciones en particular, en reiteradas ocasiones dijimos que *“Las nulidades procesales son de*

interpretación restrictiva, siendo condición esencial para que puedan declararse que la ley prevea expresamente esa sanción, que quien la pida tenga interés jurídico en la nulidad y además que no la haya consentido expresa o tácitamente. De esta forma resulta indiferente para una eventual declaración de nulidad la naturaleza de ésta, expresa, genérica, virtual o desde otro análisis absoluta o relativa, ya que los principios de conservación y trascendencia, plasmado este último en la antigua máxima `pas de nullité sans grief´, impiden la aplicación de dicha sanción si el acto atacado logró su finalidad, y si no se verifica un perjuicio que deba ser reparado" (Cfr. Doctrina jurisprudencial, C.N.C.P., Sala III, causa n° 8107, "Serafini, Ricardo Augusto s/ recurso de casación", reg. 1289/07, rta. el 2/8/07; y en el mismo sentido ver las causas n° 2242 "Themba, Cecil Oupa s/ rec. de casación", reg. 209/2000, rta. el 26/4/00; n° 2471 "Antolín, Miguel Ángel s/ rec. de casación" reg. 765/00, rta. el 30/11/00; n° 3561 "Alincastro, Jorge R. s/ rec. de casación" reg. 137/02, rta. el 9/4/02; n° 3743 "Encinas Encinas, Edwin s/ rec. de casación", reg. 314/04, rta. el 11/6/02; n° 4586 "Muñoz, Jorge L. s/ rec. de casación", reg. 762/03 rta. el 15/12/03; n° 9320 "Burgos, Miguel Oscar y otros s/ rec. de casación", reg. 1120/08 rta. el 3/9/08).

Asimismo, aseveramos que *"Para declarar la nulidad de un acto procesal es necesario cumplir con ciertas exigencias, entre las que hay que subrayar la demostración -por parte de quien la alega- del perjuicio real y concreto que le produce el acto viciado (limitación de un derecho vinculado al buen orden del proceso), y del interés o provecho que le acarrearía tal declaración. Generalmente se analizan indistintamente estos dos aspectos bajo el rótulo del `principio de interés´. Ahora bien, estas exigencias o requisitos adquieren especial importancia en dos casos: con relación a las nulidades absolutas y respecto de las nulidades enunciadas taxativamente por la ley; y en este sentido debemos memorar que son numerosos los precedentes de esta Cámara de los cuales se desprende que las nulidades, aún aquellas declarables de oficio, no pueden invocarse en el sólo beneficio de la ley, sin consideración a sus efectos en la causa. No basta con verificar la existencia de una nulidad, aunque esté especialmente prevista por la ley, pues si no existe perjuicio concreto se decretaría la nulidad de un acto por una cuestión*

absolutamente formal. Advertimos que dicha posición ha sido mantenida por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos a través de la doctrina del `harmless error´, aplicable cuando se produce una irregularidad esencial en el proceso pero que, en definitiva, no causa perjuicio alguno. Y —reiteramos- todo ello es así porque la `nulidad´ (como instituto) se vincula muy estrechamente con el derecho de defensa, y si el vicio invocado no priva a la parte de su ejercicio -es decir que no afecta la garantía en cuestión-, el pedido de nulidad debe ser rechazado por no existir ni perjuicio ni interés. `... Nosotros participamos de aquella opinión que ve en los requisitos de los actos procesales, un modo de salvaguardar el ejercicio del derecho de defensa. Si el acto irregular, pese a la irregularidad, no afecta dicho derecho, no hay interés en la nulidad...´ (Conf. las causas n° 3861, "Alto Palermo Shopping s/recurso de casación", reg. n° 408/02, rta. el 12/08/02, n° 4638, "Espinoza Ocampo, Simeón s/recurso de casación", reg. n° 589/03, rta. el 07/10/03, n° 5015, "Palacios, Oscar Enrique s/rec. de casación", reg. n° 322, rta. el 22/06/04 de esta Sala; y en análogo sentido, causa n° 261, "Barbieri, Claudio H. s/ recurso de queja", reg. n° 344 rta. el 10/11/94 de la Sala I; causa n° 1785, "Trovato, Francisco M. A. s/ recurso de casación", reg. n° 2614, rta. el 31/5/2000, y causa n° 2244, "Cubilla, Hugo Eduardo s/ recurso de casación", reg. n° 3134, rta. el 19/2/2001, ambas de la Sala IV; entre muchas otras).

Tal como lo afirmamos en numerosos precedentes de la Sala, también el Alto Tribunal ha señalado que *"...la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el solo interés formal de cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia"* (in re "Castro Roberts, Oscar Alberto s/robo de automotor en concurso real con tentativa de robo" -causa n° 8786-, rta. el 15/11/88, C.S.J.N Fallos 295:961; 298:312). El criterio contrario, atentaría contra el principio de trascendencia de los actos e implicaría el dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo cual resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal (C.S.J.N. Fallos 320:1611).

Con base en estos repetidos criterios rectores hemos analizado cada uno de los planteos de invalidez introducidos por las defensas y, como se adelantó, postularemos que las

impugnaciones en ese sentido no tengan acogida favorable por cuanto los recurrentes no han demostrado la existencia de un perjuicio real que afectara sus derechos sustanciales de modo que resulta impertinente autorizar el quiebre de la trascendencia de los actos procesales cumplidos.

QUINTO:

1. Comisión por omisión.

1.a. Los planteos de las defensas.

Corresponde que el tribunal se avoque al tratamiento de los planteos introducidos por las defensas de Omar Chabán, Diego Argañaraz, Carlos Rubén Díaz y por el Estado Nacional, acerca de la inconstitucionalidad de los delitos de comisión por omisión y de la aplicación que de esta figura se ha efectuado en la sentencia.

Sin perjuicio de efectuar una remisión a los puntos del presente resolutorio donde se valoraron los agravios expresados por esas partes, recordemos que la esencia de los cuestionamientos esgrimidos por los recurrentes gira en torno a dos ejes claramente distinguibles.

Por un lado, alegaron de manera genérica que los delitos de omisión impropia comportan una violación al principio de legalidad en materia penal y, para ello, se ensayan distintos argumentos, como ser, que la posición de garante no se encuentra legalmente prevista en la ley penal argentina, que no existe en nuestro derecho positivo una cláusula de equivalencia entre la acción y la omisión, y que con esta clase de ilícitos se crean figuras penales inexistentes, entre otros.

Pero además, los recurrentes se alzan contra la aplicación concreta realizada en la sentencia del delito previsto en el artículo 186 inciso 5to. del Código Penal bajo la modalidad omisiva, aduciendo también una violación al principio de legalidad a través de argumentos de similar tenor a los expresados en forma genérica para los delitos impropios de omisión, como asimismo en función de la redacción del verbo típico.

En esta última dirección, como ya hemos visto en el acápite correspondiente, una de las defensas, con cita de doctrina, indica que *"pretender interpretar que cuando el artículo 186 del Código Penal describe una conducta típica de reprimir al que causare incendio, comprende tanto un comportamiento activo*

como omisivo, implica desconocer el principio de taxatividad en materia penal, al otorgarle al accionar típico una extensión que no describe el tipo penal".

1.b. Tratamiento de la cuestión.

1.b.1. Generalidades.

En virtud de la doctrina de Fallos 328:1108 ("Di Nunzio, Beatriz Herminia") esta Sala debe tratar los agravios de carácter federal en su calidad de tribunal intermedio en la causa (v. esp. consids. 11 a 13), de acuerdo a las reglas que en el ejercicio de la labor judicial se deben seguir al respecto.

Ahora bien, con relación a la primera cuestión, es decir, la alegada inconstitucionalidad genérica de los delitos de comisión por omisión, conviene recordar que las declaraciones de inconstitucionalidad no prosperan en abstracto, sino en el marco de una "causa" (artículo 116, C.N.) y que la justicia nacional sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida y a instancia de parte (artículo 2, ley 27). Ello implica que "*los tribunales nacionales no evacuan consultas, no hacen interpretaciones ni declaraciones teóricas sobre la validez constitucional o interpretación de normas jurídicas o actos de otros poderes, ni deciden cuestiones abstractas de derecho*" (ZARINI, Helio Juan, "Constitución Argentina. Comentada y concordada", 1ª ed., 3ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 430); y que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (Fallos 253:362; 257:127; 307:1983; 308:1631).

Concretamente, excede la competencia de los tribunales de justicia la pretensión que implica solicitar que se emita una declaración general, un pronunciamiento abstracto o meramente académico sobre la norma penal aplicada, pues su intervención no tiene carácter consultivo, máxime si con ello se persigue su declaración de inconstitucional (Fallos 330:5111; 331:2799).

En este sentido, es del caso recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho invariablemente que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución Nacional gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, sólo

cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable; y que tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exige el artículo 15, de la ley 48, (Fallos 226:688; 242:73; 300:241 y 1087, entre otros).

Desde esta perspectiva, no corresponde a esta Sala expedirse en términos abstractos sobre la pretendida invalidez constitucional de los delitos de comisión por omisión; tampoco que nos pronunciemos de igual manera acerca de si para su punición resulta necesaria una cláusula de equiparación entre la acción y la omisión o, en definitiva, sobre la necesidad de regulación expresa como especial forma de imputación.

Estas cuestiones podrán ser objeto de debate en el ámbito académico, por autores de doctrina o, incluso, dentro del marco de una eventual discusión parlamentaria relativa a la conveniencia u oportunidad de introducir una cláusula expresa que reprima la comisión por omisión como política criminal de Estado. Lo que nunca puede suceder es que se pretenda que el Poder Judicial se expida de manera general sobre la validez constitucional de una teoría jurídica o forma de imputación jurídico penal.

Por tanto, aquellos agravios planteados por las defensas en torno a la constitucionalidad de los delitos de comisión por omisión y a la necesidad de su regulación expresa formulados de manera genérica, no pueden tener asidero en los términos en que fueron planteados.

Es que como venimos exponiendo, el control de constitucionalidad que compete a los tribunales debe ceñirse al caso concreto y, desde esta óptica, sólo los agravios que se limiten a cuestionar la aplicación de una norma al supuesto de hecho objeto del proceso podrán ser materia de tratamiento.

1.b.2. Principio de legalidad, aplicación de la ley al caso concreto.

En esta línea pues, el punto central a dilucidar pasa por determinar si la aplicación del artículo 186 inciso 5to. del Código Penal en "comisión por omisión" que realizara el tribunal *a quo* para disponer las condenas de los imputados Chabán, Argañaraz y Díaz, resultó, en el caso concreto, constitucionalmente válida.

En esas condiciones, observamos que en el *sub judice* no se cuestiona la adecuación constitucional de norma alguna, sino que

las partes se agravian de la interpretación legal de los hechos investigados; en definitiva, se cuestiona la calificación legal a ellos asignada. En este sentido, conviene recordar que en materia constitucional *"el control judicial abarca también acciones, decisiones o comportamientos estatales llamados simplemente 'vías de hecho'"* (SAGÜES, Néstor Pedro, "Recurso Extraordinario" T. 1, 4ª. Ed, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 177).

En cuanto aquí interesa, es "*entendida como sentencia contra legem,* [aquella que] *está imponiendo al perjudicado obligaciones no fundadas en ley alguna. Al afectado por ella, 'se le está obligando a hacer o se le está privando de algo, que la ley no le manda ni le priva', en violación con el postulado constitucional del art. 19*" (SAGÜES, op. cit., T. 2, p.132).

Así es que si la norma aplicada en ningún modo se vincula con el caso, o si ella es ajena al mismo por aludir a un supuesto fáctico diferente al juzgado, el pronunciamiento no constituye derivación razonada del derecho vigente y resulta inválido por carecer de adecuado sustento (Fallos 312:1864; 317:1765; 318:1428), y violenta el derecho de defensa en juicio. Sin embargo, los fallos que se expiden adoptando una entre varias interpretaciones de la ley, que no excedan el marco de posibilidades que ella brinda (Fallos 272:138; 288:187; 303:2091; 304:948; 306:598 y 1054; 308:71 y 1624; 310:2023) y siempre que se opte por una razonable (Fallos 261:246; 304:415), no configuran un supuesto de arbitrariedad.

Desde esta perspectiva entonces, y en primer término, en tanto se ha cuestionado la validez constitucional de la subsunción desde la óptica del principio de legalidad, conviene precisar los alcances de esta regla primordial del sistema y práctica penal.

En tal sentido, resulta oportuno recordar lo dicho por esta Sala en similares situaciones en cuanto a que "*los comportamientos punibles están expresamente determinados en la ley penal (código y leyes especiales) como derivación del principio 'nullum crimen sine proevia lege poenali' (consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional). En virtud de este principio, el derecho penal argentino se realiza mediante figuras que especifican e individualizan los hechos punibles, conformando un ´numerus clausus´ de tipos penales fuera de los cuales las conductas de las personas -aún cuando puedan resultar disvaliosas-*

no pueden ser castigadas como delitos; no siendo legítimo asimismo aplicar analógicamente una ley penal a un comportamiento que de lo contrario resultaría desincriminado (artículo 2º del Código Procesal Penal de la Nación)" (cfr. causas nº 1838 "AL POL SRL s/ recurso de casación", reg. 147/99, rta. el 13/04/99, nº 2202 "Albano, Esteban s/ recurso de casación", reg. 580/99, rta. el 03/11/99, nº 3352 "Fernández, Juan Emilio s/ recurso de casación", reg. 719/01, rta. el 26/11/01, nº 3214 "Carrera, Mario César s/ recurso de casación", reg. 189/02, rta. el 23/4/02, y nº 4444 "Moro, Francisco y Medici, Silvia s/recurso de casación", reg. 448/2003, rta. el 12/8/03).

La función que le compete al legislador en este punto no es meramente formal: para que la ley cumpla con la misión de establecer cuáles son las conductas punibles y advertir a los individuos sobre su concreción debe hacerlo en términos precisos y sin acudir a descripciones vagas o indeterminadas. Con razón se afirma que *"el principio de legalidad en nuestro sistema exige que sea precisamente el legislador quien se encargue de delimitar claramente lo que se castiga mediante la norma penal, sencillamente porque la representación popular sobre la que se asienta es la que le legitima para ello"* (MUÑOZ CONDE, Francisco — GARCÍA ARAN, Mercedes, "Derecho Penal. Parte General", 6ª Edic., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 105). Es que *"un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo* mediante *el Derecho penal, sino también* del *Derecho penal"* (ROXIN, Claus, "Derecho Penal. Parte General", 1ª Edic., 3ª reimp., Civitas, Madrid, 2006, p. 137, destacado en el original; en análogo sentido v. MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal. Parte General", 7ª Edic., 3ª reimp., Reppertor, Barcelona, 2006, p. 115).

Ello implica que *"no puede castigarse como delito conducta alguna, si no ha sido previamente declarada como tal en una ley"*; sin embargo, se señala que su plena descripción no es susceptible de alcanzar dado que ésta *"exigiría un casuismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos* [y] *nunca podría el legislador comprender la rica variedad de los hechos que ofrece la vida real. Las figuras delictivas se forman, por ello, en virtud de un proceso de abstracción a partir de los hechos reales."* (CEREZO MIR, José, "Derecho Penal. Parte General", B de F, Montevideo, 2008, ps. 201-

203; in igual sentido, Muñoz Conde y García Arán, ob. cit, p. 106).

La cuestión que debemos definir es dentro de qué límites la indeterminación -que el propio uso del lenguaje impone a la formulación de los tipos de conductas penalmente relevantes- no violenta el principio constitucional de legalidad. Al respecto, se ha afirmado que un precepto *"será lo suficientemente preciso y determinado en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación"* (ROXIN, ob. cit., p. 172); también que es necesario que *"la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles"* (MIR PUIG, *ibídem*, p. 116), y que los conceptos *"no violan necesariamente el principio de legalidad si su significado puede ser concretado por la interpretación en cada momento histórico"* (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, ob. cit., p. 106).

En esas condiciones, las consecuencias del principio en consideración son la prohibición de analogía (*ley stricta*), de fundar el derecho penal en el derecho consuetudinario (*ley scripta*), de irretroactividad de la ley penal (*ley praevia*), y de leyes indeterminadas (*ley certa*) (cfr. ROXIN, ob. cit., p. 140 y sgtes.).

De estas manifestaciones que emanan como postulados esenciales para el respeto al principio de legalidad, queda claro que lo que corresponde determinar en este caso, a los fines de verificar si existió o no una violación al mentado principio, es si el tribunal *a quo* al momento de subsumir las omisiones de los acusados en el tipo penal previsto en el artículo 186 inciso 5to. del Código Penal, recurrió a la analogía prohibida o, por el contrario, realizó una interpretación lícita de los alcances de la norma.

En esa dirección, se dice que por analogía *"debe entenderse la aplicación de una regla jurídica a los casos que ciertamente no se ajustan a su tenor literal, pero que son similares al que se ha regulado por lo que parece conveniente darles el mismo tratamiento. La analogía es la utilización de una proposición de derecho sobre una circunstancia no comprendida y en la cual hay un vacío en la legislación."* (DONNA, Edgardo Alberto,

"Derecho Penal, Parte General, Fundamentos- Teoría de la ley penal", Tomo I, Rubinzal-Culzoni, p. 374).

Teniendo por cierto que el principio de legalidad veda la aplicación analógica de la ley penal *"in malam partem"* o *"contra reo"*, ésta no debe confundirse con la necesaria interpretación que los jueces deben realizar para la aplicación de toda norma jurídica, inclusive los tipos penales.

Debe tenerse presente que *"la analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación de la misma; de lo que se trata en la analogía es de que, una vez interpretada la ley (es decir, una vez establecidos los supuestos que contiene), se extienden sus consecuencias (se aplican) a otros supuestos no contenidos, pero similares o análogos"* (MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 122).

En ese sentido se afirma con razón que *"la diferencia entre interpretación (siempre permitida si es razonable y compatible con los valores constitucionales) y analogía (prohibida si perjudica al reo) es la siguiente: mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogos a otros sí comprendidos en el texto legal"* (MIR PUIG, ob. cit., p. 124).

Desde esta óptica, parece claro que mientras la interpretación del tipo no rebase el sentido literal posible del texto será siempre lícita y no estaremos ante analogía prohibida por el principio de legalidad, puesto que lo que se pretende evitar es la ampliación ilegal de la incriminación y no la interpretación de la norma.

Ahora bien, cuando hablamos de la literalidad del enunciado del precepto como límite de la interpretación, no nos estamos refiriendo a *"una cuestión de mera textualidad, sino de comprensión de significado"* (YACOBUCCI, Guillermo, "El sentido de los preceptos penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal", Abaco, Buenos Aires, 2002, p. 444).

En consecuencia, siempre que en el caso concreto se respeten los márgenes trazados por el tipo en el sentido indicado, la hermenéutica empleada por el juzgador no podría ser descalificada como analogía violatoria del principio de legalidad.

En este punto, debe destacarse que, según el Diccionario de la Real Academia Española, el verbo *"causar"* tiene como segunda aceptación la fórmula *"ser causa, razón y motivo de que algo suceda"* y como tercera el *"ser ocasión o darla para que una cosa suceda"* (Conf. Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, Vigésimo primera Edición, Madrid, 1992, p. 313).

En esta línea entonces, parece que el sentido literal posible del texto del tipo penal del artículo 186 del Código Penal en cuanto reprime a quien *"causare incendio"*, no sólo incluye a aquellos comportamientos que directamente o de mano propia lo provocan, sino que también comprende a los que dan ocasión para que ocurra o suceda.

Desde esta perspectiva, pues, no resulta posible sostener que la inclusión de conductas omisivas exceda *"per se"* el marco de interpretación posible del tipo penal de acuerdo a su tenor literal. Ello así, pues no es necesario un comportamiento activo para ser o dar ocasión a que algo suceda; en otros términos, esa conducta típica puede configurarse por una omisión.

En este punto compartimos la posición de Silva Sánchez, cuando afirma que *"en realidad cabe decir que los verbos típicos, como en general los predicados del lenguaje ordinario, tienen un sentido mucho más adscriptivo que descriptivo, es decir, adquieren sobre todo un significado de atribución de responsabilidad, y no de descripción de causalidad. Decir <el que matare> significa, pues, por un lado, mucho más que <el que causare la muerte>, por otro lado, algo menos, o mejor, algo diferente a eso. Con tal expresión se pretende, ante todo, ya en el lenguaje ordinario, significar a <aquél a quien se le puede adscribir como propio el proceso de producción de la muerte de otro>. Y para eso la causalidad no sólo no es suficiente (son precisas, además, una relación de imputación objetiva y una relación de autoría —constatación de dominio o pertenencia del hecho al sujeto-) sino que ni siquiera es necesaria. Para constatar esto último, basta con pensar, siempre en el nivel del lenguaje ordinario, en el caso clásico de la madre que deja morir de inanición a su hijo recién nacido por no amamantarle: no parece posible pensar que el ámbito del sentido posible del término español <matar> no abarque estos casos, que no se le pueda llamar a eso <matar> sin vulnerar las*

reglas semánticas del español. La interpretación reduccionista-descriptiva-causalista no se corresponde, pues, con un adecuado entendimiento del criterio gramatical semántico como marco de la construcción dogmática de los tipos, sino que constituye una mera secuela de influencia desplegada en su día por la tesis del causalismo naturalista y del concepto unitario de autor; superadas éstas —superación que parece indiscutible- es perfectamente posiblemente prescindir de aquella desde las perspectivas contemporáneas." (SILVA SANCHEZ, Jesús María, El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales, JM Bosch Editor, Barcelona, 1997, ps. 60/1).

Las mismas consideraciones resultan aplicables cuando analizamos la fórmula "causar incendio", puesto que incluso cuando *"el legislador haya preferido formular el texto legal de [esa] manera, en modo alguno suprime su verdadero contenido material, que se encuentra en el tipo en su interpretación"*; por tanto *"estas pautas de interpretación permiten que ciertas omisiones que provocan un resultado típico se incluyan directamente en los tipos de los delitos de acción"* (conf. RIGGI, Eduardo Javier, "Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude a la ley", Atelier, Barcelona, 2010, p. 160).

Es que la posición que pretende sostener que *"un verbo de causación sólo puede ser realizado por acciones"*, representa *"una interpretación deficiente de las reglas de imputación y del sentido de las prescripciones legales"*; puesto que *"desde el punto de vista de la ley, quien no impide un resultado estando jurídicamente obligado a impedirlo pone una condición negativa como garante responsable, es decir, causa el resultado en el sentido de la ley"* (SANCINETTI, Marcelo, "La relación entre el delito de abandono de persona y el homicidio por omisión", publicado en Jurisprudencia Penal de Casación Penal, Análisis de fallos, dirigida por Patricia Ziffer, Hammurabi, Tomo I, 1era. Ed., Buenos Aires, 2009, p. 291).

Pero además, debemos tener en cuenta que *"el concepto de analogía no prohíbe la necesaria interpretación dogmática de la ley, esto es, la posibilidad de aplicar al texto legal un sistema"*, es decir, de *"fijar dentro de la teoría del delito reglas de imputación"* (DONNA, ob. cit. p. 377).

Asimismo, *"el primer nivel de evaluación respecto de la*

existencia o no de analogía viene dado por la relación que guarde la interpretación de la norma con el bien jurídico que se pretende proteger" (Fallos 316:1223 y 318: 207, entre muchos otros) (YACOBUCCI, ob. cit., p. 444).

En este contexto, se advierte en el *sub-judice*, que el tribunal *a quo* se limitó a interpretar los alcances del tipo penal que castiga el artículo 186 inciso 5to del Código Penal en base a las reglas de la dogmática jurídico penal que consideró aplicable y valiéndose del método teleológico, es decir, tomando como directriz el bien jurídico tutelado por la figura; ello, claramente, sin exceder el sentido del texto analizado.

En efecto, estos extremos se observan con meridiana claridad cuando en la sentencia se afirma que *"es en el marco de la interpretación de las normas penales, siempre valiéndonos de la teoría del delito, donde debe encontrarse la respuesta a qué comportamientos, sean activos u omisivos, caen bajo la subsunción legal del tipo y permiten, por tanto, atruibuir un supuesto de hecho a un sujeto responsable"* y que *"esta es la tarea del intérprete penal y la herramienta que en dicha empresa debe utilizarse es la dogmática, la que nos proporciona los elementos necesarios para verificar cuándo una acción u omisión es merecedora de reproche y en qué medida"*(ver fs. 67153/4).

Aludiendo concretamente al delito de incendio, el tribunal *a quo* resalta el valor que tiene el concepto de bien jurídico a la hora de interpretación de los tipos penales de la parte especial, pues *"si se pretende establecer el alcance de una norma punitiva, es lógico y necesario ahondar sobre la razón de su existencia y el objeto que protege, que no son otra cosa que los bienes jurídicos"*(ver fs. 67154 vta.).

Tras recordar con acierto que el bien jurídico penalmente tutelado por el delito previsto en el artículo 186 del Código Penal es la *"seguridad pública"* entendida como *"seguridad de los bienes considerados en común como pertenecientes a un grupo indeterminado de personas"*, el tribunal sentenciante se vale de este concepto para establecer los alcances del tipo penal.

En esa dirección expresan los magistrados que *"podrá advertirse claramente que la seguridad pública como bien tutelado por el delito de incendio, se puede ver afectada por acciones dotadas de potencialidad dañosa idóneas para generar ese peligro*

común para bienes o personas", pero también *"puede serlo mediante omisiones, cuando quien tiene el control de la situación en concreto, omite desplegar las acciones necesarias para evitar que el peligro típico se produzca"* (ver fs. 67156 vta.).

Ya en referencia al caso estudiado, continúan explicando que *"nadie racionalmente podrá negar que la seguridad de los espectadores a [de] un evento masivo puede verse en peligro tanto si una persona desata un incendio de mano propia, como asimismo si una vez generadas las condiciones de su inminente producción, aquellos que tienen el deber de actuar y además detentan el dominio o control sobre esa situación, omiten evitarlo"* (ver fs. 67156 vta.).

Concluyen su idea diciendo que *"en cualquiera de los casos, el bien jurídico tutelado, esto es, la seguridad pública, es decir, la seguridad de los bienes o personas, se ve afectado de la misma manera"*; razón por la cual, agregan, *"no pueden quedar dudas que el delito de incendio, concretamente, admite su realización tanto por acción como en comisión por omisión"* (ibídem).

De la simple lectura de los pasajes transcriptos del fallo impugnado, no se advierte que se haya recurrido a la analogía, sino que la aplicación del tipo al supuesto de hecho se realizó en el marco de la necesaria interpretación que se debe hacer de toda norma jurídica.

Así pues, la subsunción de los comportamientos de los acusados Chabán, Argañaraz y Díaz en el delito de incendio [este último en calidad de partícipe], aplicando las reglas de imputación de la llamada *"comisión por omisión"*, no comportó, en el caso concreto, una violación al principio de legalidad en materia penal, en tanto se efectuó dentro de una razonable interpretación de la norma aplicada y, por ende, resulta constitucionalmente válida.

Si esto es así, queda descartado por añadidura que se haya *"creado una figura penal por vía pretoriana"*, o desconocido *"el principio de taxatividad en materia penal"*, como sugieren algunas defensas, pues en definitiva los magistrados se limitaron a realizar el juicio de imputación de la conducta a un tipo penal dictado por ley formal, sin exceder su sentido.

Relacionado también con el planteo de inconstitucionalidad

de los denominados delitos impropios de omisión, el Estado Nacional alegó una supuesta violación al principio de culpabilidad, indicando que *"mediante la extensión de la responsabilidad en forma arbitraria se ha llegado a la consagración de responsabilidad objetiva, como lo hace el fallo aquí cuestionado"*, en referencia, claro está, a la condena del coimputado Díaz.

No obstante la escueta fundamentación exhibida por el recurrente, es dable destacar que no se advierte en qué medida (ni la parte tampoco lo explicita) la atribución de responsabilidad en *"comisión por omisión"* comportó una violación al principio de culpabilidad si se tiene presente que, en el caso concreto, el tribunal *a quo* analizó acabadamente tanto los aspectos objetivos como subjetivos en que fundó el juicio de subsunción.

En el marco del control de constitucionalidad que esta Sala viene realizando, conviene recordar que el principio de legalidad que las defensas han alegado como vulnerado guarda estrecha vinculación con el de culpabilidad en tanto que *"sólo se podrá hablar de culpabilidad si antes del hecho el autor sabía, o al menos hubiere tenido la oportunidad de averiguar que su conducta estaba prohibida; por ello presupone a su vez que la punibilidad estuviera determinada legalmente antes del hecho"* (ROXIN, Claus, ob. cit. p. 146).

Desde esta óptica, tampoco se vislumbra una afectación al principio de culpabilidad, toda vez que, como ya expusimos, la imputación se realizó en base al sentido posible de un tipo penal previamente determinado y, por ende, no hay indicadores que permitan suponer que los imputados no hayan conocido el objeto de la prohibición.

1.b.3. Otras cuestiones.

Hemos dado respuesta a los cuestionamientos fundados en el principio de legalidad. Corresponde ahora entonces, examinar la mención de las defensas técnicas, quienes señalaron que existirían reparos de carácter constitucional a la aplicación de la ley sustantiva realizada en el fallo en virtud de, entre otros que nombran: el principio *pro homine*, defensa en juicio, *in dubio pro reo* y debido proceso.

Conviene resaltar que, en principio, en el ámbito recursivo — así como en general respecto de todas las peticiones

ante los tribunales de justicia- "[a]*l recurrente incumbe la carga de explicitar el agravio, pues debe, además, expresar cuál es la inteligencia que propicia y señalar en qué consiste el error de derecho atribuido a la sentencia, ya que se trata de acompañar el agravio con la doctrina que lo sustenta*" (D´ALBORA, Francisco J., "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", 8ª Edic., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 865).

En este sentido, es un criterio sostenido de esta Sala que la sola enunciación de un principio o la denuncia de la violación de un precepto legal, desprovistas de fundamentación alguna que las sustente, resulta insuficiente en los términos que la ley manda cumplir con relación a la presentación de los agravios o perjuicios que, desde la posición de las partes, implican los fundamentos, argumentos y/o razones de los fallos que se pretenden sean revisados. (cfr. causa de esta Sala, n° 199 "Rivas, Daniel Alberto s/ recurso de queja", reg. 71/94, rta. el 24/07/1994 y sus citas).

No obstante ello, cierto es que desde el pronunciamiento de la C.S.J.N. en Fallos 328:3399 ("Casal, Matías Eugenio") con relación al recurso de casación se atenuaron "*las exigencias propias de tal suerte de impugnaciones, circunscribiendo en adelante sus exigencias de forma, en cuanto a la motivación se trata, a la mera explicación, aún sintética, de los motivos de hecho o de derecho que se argumenten contra el fallo, sin la necesidad de que la presentación resulte ya autosuficiente como requisito de viabilidad*" (NAVARRO, Guillermo Rafael – DARAY, Roberto Raúl, "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial", T. 2, 2ª Edic., Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 1298).

Aún desde esta óptica, las simples menciones o denuncias de violaciones a determinados postulados o principios no resultan suficientes para tener por configurado un agravio motivado en base al cual revisar el pronunciamiento puesto en crisis, pues no demuestran siquiera mínimamente en qué consiste el agravio ni cómo su consideración en el caso concreto incidiría en la decisión que cuestionan.

Es que la exposición del recurso debe resultar suficiente para la comprensión del caso, de manera tal que circunscriba

adecuada y acabadamente la materia que será objeto de análisis por el juzgador. No es el tribunal quien debe suplir las eventuales deficiencias que presente un escrito de interposición de un recurso, pues el principio *iuria novit curia* funciona de manera muy limitada en el ámbito recursivo. De otra forma, su invocación al momento de examinar la admisibilidad formal de las impugnaciones implicaría desnaturalizar la función de la magistratura al consagrar un tratamiento desigualitario a las partes interesadas en el resultado del pleito (cfr. Sala II, causa nº 387, "Núñez, Domingo s/ recurso de casación", reg. 399, rta. el 06/03/95).

En ese entendimiento entonces, la sola mención de un desconocimiento a diferentes principios, sin otra explicación o mínima motivación, es insuficiente para lograr una revisión; razón por la cual no existe posibilidad alguna de analizar el fallo desde esas perspectivas.

1.c. Nuestra posición sobre el tema.

Sin perjuicio de que todo lo expuesto resulta por demás suficiente para descartar todos los agravios esgrimidos por las defensas que giran sobre la omisión impropia y la subsunción de los hechos bajo esta forma de imputación, esta Sala ya ha reconocido expresamente la posibilidad de aplicar los delitos de *"comisión por omisión"* y de cuáles son sus elementos, esto es, "*la capacidad de evitación de la lesión del bien jurídico implicado*…[la que]*… junto con la posición de garante y la producción del resultado* [resultan necesarias y determinantes] *para asignar al imputado responsabilidad penal en esta clase de delitos"* (Conf. "D´Aquila, Natalio s/rec. de casación" causa 4517, rta. 9/12/03).

Cabe recordar que en esa ocasión tuvimos en cuenta la obra del catedrático español Santiago Mir Puig, concretamente en cuanto sostiene que *"…en los delitos de comisión por omisión es preciso que el autor hubiese podido evitar el resultado, de haber interpuesto la acción indicada. Tal poder faltará cuando la acción positiva indicada en nada sirva para evitar el resultado, porque de todas formas vaya a producirse (…) Lo que sucede en los delitos de comisión por omisión es, pues, que para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalística, sino*

que basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante…" (conf. MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal, Parte General", 5ta. Edición, Tecfoto SL, Barcelona, 1998, ps. 305/319).

En el precedente "Raffaelli, José Julio Ángel y otro s/recurso de casación" (causa nro. 6514, rta. 13/09/06) hemos admitido de igual forma la comisión por omisión como forma de atribución de la responsabilidad penal, ocasión en la que recurrimos, además de la obra citada, a la posición sustentada por el Profesor doctor Jesús M. Silva Sánchez en "Comentarios al Código Penal", Tomo I, Director Cobo del Rosal, Edersa, 1999, pp. 455/7, en cuanto sostuvo que *"comisión activa y comisión por omisión aparecen como dos formas diversas ontológicamente pero que, desde una perspectiva normativa, se hacen idénticas en su estructura y en su configuración material como modos de dominio (control) sobre el riesgo típico. Por lo que se refiere a si un mandato y una prohibición pueden integrarse bajo una única descripción típica, esto es, en definitiva, bajo una única norma secundaria, también parece posible una respuesta normológica adecuada. La norma primaria que subyace a los tipos de la Parte Especial del CP, es, por regla general, una norma de prohibición de conductas que entrañen riesgos relevantes para esferas de bienes jurídicos ajenos. Pues bien, tales conductas de riesgo pueden adquirir una configuración ontológica doble: por un lado, la creación por medio de un movimiento corporal (de causalidad eficiente) de ese riesgo (comisión activa); por otro lado, la asunción del compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan a una esfera jurídica ajena, unida a la vulneración del compromiso adquirido. En la descripción de esta segunda forma de realización típica se advierte el carácter complejo de la ´commissio per omissionem´; ésta es omisión, en cuanto supone la vulneración del compromiso de actuar concretamente adquirido; pero es, por otro lado, comisión, en tanto que la asunción del compromiso mas su vulneración implican un control de riesgo idéntico al que se tiene por la vía de la creación activa del mismo. Dicho de otro modo, en la comisión por omisión, el riesgo que tiene un origen externo al sujeto activo, se hace típico por y para él en virtud del compromiso infringido que genera en él un dominio normativamente*

idéntico al que pudiera tener un sujeto que creara activamente dicho peligro. En suma, en la comisión por omisión es una omisión (dado que no hay en ella creación causal del riesgo, sino ausencia de control del mismo) que, por la situación en que se produce (vulneración del compromiso específico de contención de riesgos) deviene asimismo comisión (injerencia en la esfera de organización jurídica ajena)". (conf. también "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", Ed. Lexis-Nexis, fascículo 15, noviembre de 2005, artículo publicado por Gustavo F. Trovato "Incorporación legislativa de la comisión por omisión. ¿Más costos que beneficios? A propósito del análisis de Jesús M. Silva Sánchez al art. 11 del C.Pen. español", p. 1699/1710).

También la Sala II de esta Cámara igualmente ha posibilitado la aplicación del tipo de comisión por omisión siempre que concurran dos presupuestos, esto es, *"a) en primer lugar, la obligación de un deber de actuar o, en otras palabras, la existencia de un deber jurídico de evitar el resultado"* lo que *"sucederá cuando el omitente se encuentre en posición de garante respecto al bien jurídico protegido"*; y *"b) en segundo término, que la no evitación de ese resultado equivalga a su realización mediante la modalidad activa (comisión). Es decir, debe verificarse la correspondencia entre la omisión y la acción que causaría el resultado"* (*in re*, "Escalera, Ana Victoria s/recurso de casación", rta. 30/6/05).

Ahora bien, teniendo en cuenta que en lo sucesivo la solución que en definitiva se adopte para la resolución del caso sometido a juzgamiento habrá de encontrarse en base a estas consideraciones, corresponde que profundicemos en los alcances que los autores que hemos seguido en los precedentes citados le otorgan a la denominada comisión por omisión.

En este sentido, en la última versión de su tratado, Mir Puig explica que "*de la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el sólo no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación de un resultado. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de omisión pura, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de comisión por omisión*" (conf. MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal,

Parte General", 7ma. Edición, Reppertor, Barcelona, 2006, p. 312).

En la misma dirección, se dice con razón pues, que la teoría de la comisión por omisión o de la omisión impropia busca *"resolver la cuestión relativa a los presupuestos bajo los cuáles una omisión de impedir un resultado cae bajo las prescripciones de un tipo de comisión, o bajo su escala penal"* (BACIGALUPO, Enrique, "Delitos Impropios de omisión", Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 95).

Es sabido y así ha sido correctamente expuesto en la sentencia del tribunal *a quo*, que no toda persona que omite impedir la producción de un resultado típico puede ser penada como si lo hubiera causado activamente, pues de lo contrario no resultaría posible encontrar límites a la responsabilidad penal.

De ahí que desde antaño la doctrina exigiera que el autor de un delito de comisión por omisión se encuentre en posición de garante. En este punto, y como bien lo expone el *a quo*, la determinación de las posiciones de garantía pasaron de una concepción formal de las fuentes del deber (ley, contrato, conducta precedente), a una de tipo material de acuerdo a las enseñanzas de Armin Kaufman.

Así, desde ésta última concepción y siguiendo a Mir Puig, la posición de garante *"se da cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones. Ambas situaciones convierten al autor en garante del bien jurídico correspondiente."* (MIR PUIG, ob. cit. p. 317).

Ahora bien, *"ello no significa que no sean discutibles y discutidos los criterios que permiten afirmar que la función de protección de un bien jurídico o de control de una fuente de peligro llega al punto de originar una verdadera posición de garante y no un simple deber genérico de actuar más o menos calificado"* (Ibídem, p. 318).

Este punto resulta trascendental en la teoría de la comisión por omisión, puesto que la verificación de la posición de garantía es lo que va a permitir la imputación del resultado al omitente, siempre y cuando, claro está, concurran el resto de sus requisitos típicos (entre ellos la correspondencia entre la acción y la omisión).

Por lo tanto, se debe ser sumamente cauteloso al momento

de establecer los requisitos que en el caso concreto se exigen para constatar la existencia de la mentada posición de garante.

Ello así, puesto que sólo un criterio restrictivo permitirá realizar una interpretación del tipo penal compatible con el principio de legalidad.

En esta línea se enrola Mir Puig, cuando en la búsqueda del fundamento de la posición de garantía, destaca que *"a mi juicio deben jugar en ello un papel central las dos ideas siguientes: a) la creación o aumento, en un momento anterior, de un peligro atribuible a su autor y b) que tal peligro determine en el momento del hecho, una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante. La creación o aumento de un riesgo imputable en un momento anterior no es todavía típica (por ser anterior), pero permite afirmar que el omitente no es ajeno al peligro del bien jurídico, sino que es responsable de dicho peligro y está obligado personalmente a evitar que se convierta en lesión. Para ello no bastará que haya causado o aumentado el riesgo, sino además que lo haya hecho voluntariamente o en otras condiciones —como el desempeño de determinadas funciones familiares o sociales- que permitan atribuírselo. El segundo requisito de dependencia personal hará preciso, además, que la existencia o indemnidad del bien jurídico cuyo peligro se ha creado quede efectivamente en manos del omitente: bajo su control personal -para lo que no basta la genérica posibilidad de salvación, condición también de la omisión pura"* (Conf. MIR PUIG, ob. cit. p. 319).

Una posición de garante así definida *"es precisa para que la no evitación de un resultado lesivo pueda equipararse a su propia causación positiva y castigarse de acuerdo al precepto que sanciona su producción"* (Ibídem, p. 320).

Profundizando la visión de Silva Sánchez que siguiera esta Sala en la causa "Raffaelli", entendemos que *"para poder afirmar la presencia de comisión por omisión es necesario comprobar su identidad estructural con la comisión activa, esto es, una auténtica igualdad en el plano normativo con ésta"* (citado por RIGGI, Eduardo Javier, "Interpretación de ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude a la ley", Atelier, Barcelona 2010, p. 169).

De esta manera, "*la posición de garante se podrá*

configurar por la función de protección de un bien jurídico y por la función de control de una fuente de peligro. Sin perjuicio de ello, para Silva Sánchez, la responsabilidad no podrá derivarse de la posesión formal de esta posición jurídica de manera genérica, sino que será preciso demarcar, concretamente, la situación de garantía" (Ibídem. p. 169).

La delimitación de esa posición "*tiene lugar por el concreto compromiso asumido por el sujeto de actuar a modo de barrera de contención tomando el riesgo en sus manos, el cual, si bien no debe ser expreso, sí debe resultar inequívoco*" (Ibídem).

Por tanto, para Silva Sánchez, la identidad estructural de la comisión activa con la comisión por omisión "*se obtendría en el plano normativo, con la vulneración del compromiso material inequívocamente asumido por el sujeto, de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos, que amenazan a una esfera jurídica ajena*" (Ibídem).

Se trata en definitiva de la búsqueda del criterio de equivalencia entre la acción y la omisión que debe concurrir en el caso concreto para poder imputar al garante el resultado típico descripto en el tipo penal, a título de comisión por omisión.

Como puede observarse, tanto Mir Puig como Silva Sánchez, procuran encontrar un criterio restrictivo que permita limitar la comisión por omisión a los supuestos en los que el autor verdaderamente domine o controle el riesgo o peligro existente para el bien jurídico.

En efecto, como ya hemos visto, para Mir Puig, la posición de garantía exige que el riesgo creado para el bien jurídico sea atribuible al autor y, además, que tal peligro determine al momento del hecho una situación de dependencia personal de ese bien jurídico respecto del causante.

Por su parte, Silva Sánchez, requiere que el autor haya asumido inequívocamente el compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos, lo que sumado a su vulneración, genera en el omitente un control o dominio del riesgo idéntico al que se tiene por creación activa del mismo.

Y en esto debemos comulgar, pues sólo en los casos en que el omitente tenga un control del proceso lesivo de tal intensidad que pueda ser equiparado al que se obtiene por vía de acción, podrá establecerse el desvalor de injusto típico necesario para

subsumir la omisión en el tipo penal de la parte especial de que se trate.

Una interpretación de la omisión impropia así restringida, es la que permite su aplicación al caso concreto, sin afectaciones al principio de legalidad, en tanto, como ya hemos demostrado más arriba, no excede el sentido literal posible del texto y se corresponde con la necesaria hermenéutica que de toda norma jurídica debe realizarse.

Y en este sentido, reconocemos que, más allá de la diferencia en la terminología empleada en la sentencia cuestionada derivada de los distintos autores de doctrina que le han servido de basamento, la concepción dogmática tomada por el *a quo* evidencia una proximidad conceptual con la que aquí se propone.

En efecto, el tribunal oral ha tomado como punto de partida teórico la posición que sobre los delitos de comisión por omisión han elaborado Luis Gracia Martín y Bernd Schünemann; ambos autores se han preocupado también por establecer un criterio que permita determinar la equiparación entre la acción y la omisión a nivel de injusto típico.

Que para ellos este criterio rector esté constituido por *"el dominio social del hecho"* o por el *"dominio sobre la causa fundamental del resultado"*, no descarta la semejanza que existe con las posiciones de Mir Puig y Silva Sánchez, en la medida en que detrás de estas opiniones también se halla la idea de "control" o "dominio" del riesgo en manos del omitente y de la asunción de la protección del bien jurídico frente a una situación peligrosa absolutamente determinada.

Y si es cierto que la aplicación de estas teorías al caso concreto resulta una interpretación razonable y posible de los alcances de la norma, quedan descartados por añadidura aquellos agravios esbozados por la querella del doctor Iglesias relativos a la supuesta arbitrariedad en que hubiera incurrido el *a quo* al momento de adscribirse a estas concepciones dogmáticas.

Es que la razonabilidad que ha demostrado el fallo de acuerdo a las consideraciones efectuadas *ut supra*, impide considerarlo como un pronunciamiento arbitrario, en la medida en que ha dado fundamentos suficientes para sustentar la conclusión en definitiva adoptada.

En este último sentido, la crítica esbozada por la

querella del doctor Iglesias sobre la postura adoptada por el *a quo* respecto de los delitos de comisión por omisión, resulta una mera discrepancia con la sentencia; es decir, que pretende por la vía de la casación formal, que esta Cámara reemplace la elección de un mecanismo dogmático escogido por los sentenciantes para argumentar su decisión.

A nuestro juicio, no puede la elección de una determinada teoría para aplicar el derecho de fondo implicar un defecto de fundamentación por sí solo. Sí podría serlo, verbigracia, si se construyera deficientemente el razonamiento en la aplicación de una estructuración analítica propugnada, cualquiera sea, pero la preferencia de un sistema analítico por sobre otro, por la simple elección, no puede constituir un vicio in procedendo que determine la tacha de arbitrario del decisorio recurrido (conf. Sala III, causa 4925 "Heidemann, Alejandro s/recurso de casación", reg. 855/04, rta. 27/12/04).

En ese orden de ideas cabe recordar que *"por regla general, no hay entendimiento único del texto legal"* (Conf. BACIGALUPO, Enrique, Principios constitucionales de Derecho Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 126) y que entre los diversos métodos de interpretación de la ley *"no existe ninguna jerarquía vinculante"* (Conf. HRUSCHKA, Joachim en ¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico penal?, Mediterránea, Serie, Azul, vol. 4, Córdoba 2003, p. 56; y KELSEN, Hans, La teoría pura del derecho, 2da. Edición, Losada, Buenos Aires, 1946 ps. 129/134).

Este último razonamiento asimismo descarta el agravio introducido por la defensa del acusado Díaz durante los términos de oficina en cuanto a que *"ante dos dogmas distintos en materia penal debe estar el más benigno"*, pues no solamente no explicita el fundamento de esa afirmación (más allá de mencionar genéricamente el artículo 2 del Código Penal que en realidad se refiere a la ley penal mas benigna), sino que además la selección de una teoría dogmática para la solución del caso, en la medida en que se encuentre debidamente aplicada no puede sustentar un vicio de fundamentación. En el caso concreto, hemos demostrado sobradamente que la interpretación del tribunal de juicio no ha rebasado el sentido literal posible del tipo penal.

Aclaradas estas cuestiones y establecido pues que la

comisión por omisión exige la existencia de una posición de garante que genere un control sobre el riesgo típico equivalente al que se obtiene por vía activa, corresponde que determinemos el resto de los elementos de esta forma de imputación.

En este sentido, destaca Mir Puig que *"el tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura; a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada; c) capacidad para realizarla; pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo"* (MIR PUIG, ob. cit. p. 317).

La situación típica es reconocida en forma unánime por la doctrina como primer elemento de todo delito de omisión y comporta la situación de peligro para el bien jurídico que exige la intervención de parte del garante.

En efecto, para que se verifique la situación típica en los casos de comisión por omisión *"se debe dar el peligro de producción inminente de un resultado delictivo de los comprendidos en los correspondientes tipos de los delitos de acción"* (CEREZO MIR, José, Derecho Penal, Parte General, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2008, p. 990).

Asimismo, cuando hablamos de ausencia de determinada acción, nos estamos refiriendo a la no realización del comportamiento esperado de parte del omitente, es decir, aquél tendiente a la evitación del resultado típico. Naturalmente esa acción debe ser posible para el garante, esto es, debe estar en condiciones de realizarla.

Por su parte, *"si el segundo momento de la estructura típica de todo delito de omisión es la ausencia de la acción debida, a ella debe seguir en los delitos de comisión por omisión la producción del resultado"* (MIR PUIG, ob. cit., p. 328).

Además *"junto con la capacidad de realizar la acción debida, en los de comisión por omisión es preciso que el autor hubiese podido evitar el resultado de haber interpuesto la acción indicada"*; extremo que faltará *"cuando la acción positiva indicada de nada sirva para evitar el resultado, porque de todas formas vaya a producirse"* (Ibídem).

Estas últimas consideraciones nos introducen a la cuestión

inherente a la imputación objetiva del resultado típico a la omisión del garante. Va de suyo que la disputa doctrinal tuvo su génesis en la imposibilidad de verificar una verdadera relación de causalidad entre la omisión y el resultado típico, pues resulta evidente que un resultado positivo no puede haber sido *"causado"*, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un mero *"no hacer"*.

Sin embargo, como bien lo explica Mir Puig, en los delitos de comisión por omisión *"para que sea posible la imputación objetiva del resultado producido no es necesario afirmar una verdadera relación de causalidad naturalística, sino que basta con que el sujeto hubiera podido evitar el resultado cuando se hallaba en posición de garante"* (Ibídem, p. 329).

Es que, en definitiva, en los delitos de comisión por omisión hay que distinguir la relación de causalidad como cuestión de las leyes naturales (que para esta clase de figuras no resulta necesaria), de la imputación objetiva del resultado como cuestión claramente normativa.

Por tanto, en la omisión debemos hablar de una "causalidad hipotética" en donde lo decisivo es si la acción indicada hubiera podido evitar el resultado típico de haber sido interpuesta por el garante.

Aquí la doctrina se divide en dos grandes grupos a saber: -aquellos que exigen la constatación de que la realización de la conducta debida hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana a la seguridad (doctrina dominante);- y los que consideran necesario y suficiente que la interposición de la acción esperada hubiera supuesto con seguridad un aumento de las posibilidades de evitación del resultado (segura disminución del riesgo) (ver, en relación a todo ello, MIR PUIG, ob. cit. p. 329).

Nos inclinamos por la primera de las posiciones, pues si bien es cierto que *"el deber de auxilio existe ya con tal de que ex ante ofrezca posibilidades de éxito"*, no lo es menos que *"la imputación objetiva del resultado necesario para la comisión por omisión consumada requiere además que el riesgo creado (mejor: no disminuido) se realice efectivamente en el resultado, cuestión que sólo puede decidirse afirmativamente si ex post se comprueba que el resultado se habría evitado (al menos con práctica seguridad) mediante la intervención omitida"* (Conf. MIR PUIG, ob. cit. p.

330).

Han quedado pues determinados los alcances que habremos de otorgarle a la "comisión por omisión" y que servirán de basamento para la resolución del caso concreto.

Resta señalar que el tratamiento del aspecto subjetivo lo hemos reservado para más adelante, es decir, para el momento de dar respuesta a los agravios que sobre ese punto han efectuado los defensores; ello así, para no pecar de reiterativos y por razones metodológicas.

SEXTO:

Arbitrariedad en la selección de los presupuestos típicos.

La querella unificada en el doctor Iglesias, se agravia sosteniendo que el tribunal *a quo* incurre en una *"valoración de los hechos arbitraria y sesgada"* que *"distorsiona la base fáctica sobre la que deben analizarse las responsabilidades de los imputados"*, toda vez que se han seleccionado arbitrariamente los cuatro *"elementos que constituyen la situación típica que desemboca en la producción del injusto de peligro"*.

Indica el acusador privado que tal selección *"carece de fundamento y no encuentra sustento en ninguna explicación razonable"* y aduce que no se consideraron otros factores de riesgo *"tanto o más importantes como esos"*, extremo que *"no se explica en ningún lado"*.

Tras resaltar algunos de esos factores que considera determinantes, expresa que alguno de ellos *"hubieran justificado la clausura definitiva del local, y hubieran evitado la producción del incendio"*, todo lo cual *"hubiera incidido de manera concluyente respecto de la responsabilidad penal de los funcionarios del Gobierno"*.

Alega que la sentencia resulta contradictoria cuando afirma que *"el hecho de que la salida de emergencia verdadera no estuviera abierta y tuviera vallas fue determinante de la imposibilidad de evacuar el local, pero el cierre de los portones violetas no tuviera el mismo efecto"*.

En ocasión de ampliar fundamentos en los términos de oficina, añandieron que el *a quo* omitió ponderar un sinúmero de conductas comisivas que esa querella enunció en sus alegatos y que crearon un riesgo jurídicamente reprobado determinante del resultado.

En síntesis, el querellante plantea un supuesto de arbitrariedad fáctica de la sentencia en cuanto a la selección de los presupuestos que conformaron la denominada "situación típica de peligro".

Al respecto, conviene recordar que una sentencia arbitraria es aquella que *"resuelve contra o con prescindencia de las pruebas fehacientes o regularmente presentadas en el juicio; o se funda en pruebas que no constan en el proceso"*; también que *"no hay sentencia arbitraria si los agravios del recurrente sólo manifiestan su discrepancia con los criterios de selección y valoración de las pruebas que han utilizado los jueces de la causa"*, pues *"la tacha de arbitrariedad es excepcional y no procura sustituir a los jueces del proceso en asuntos que le son privativos, ni revisar el acierto con el que meritaron tal prueba"* (SAGÜES, Nestor P, "Derecho Procesal Constitucional, Recurso Extraordinario", T 2, 4ta. Edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 256).

En cuanto al requisito de fundamentación de las sentencias, esta Sala tiene dicho que *"esta exigencia comporta una garantía en beneficio de los eventuales imputados y acusados, como también para el Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia. Motivar o fundamentar las resoluciones judiciales implica asentar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ellas contienen. En otras palabras, importa la obligación de consignar las causas que determinan el decisorio o exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la resolución"* (conf. N° 181 "Sassoon Attie, Raúl Nissim s/recurso de casación", reg. N° 177/94 rta. el 17/11/94; N° 502 "Arrúa, Froilán s/rec. de casación", reg. N° 185/95 rta. el 18/9/95; N° 1357 "Canda, Alejandro s/rec. de casación", reg. N° 70/98 rta. el 10/3/98; N° 2124 "Anzo, Rubén Florencio s/rec. de casación", reg. N° 632/99 rta. el 22/11/99, entre muchas otras).

Sentado ello, corresponde decir que sin perjuicio de que esta Sala al valorar las situaciones particulares de cada uno de los acusados va a reconsiderar la existencia de otros factores de riesgo de aquellos ponderados como determinantes por el *a quo*, lo cierto es que de la lectura de la sentencia impugnada es posible tomar un acabado conocimiento de los hechos y fundamentos que motivaron al tribunal a seleccionar los elementos de la denominada

“situación típica” del modo en que lo hizo; por tanto, la tacha de arbitrariedad que al respecto interpone la querella carece de un adecuado sustento y, por ende, no puede tener acogida favorable.

En efecto, en el capítulo XIX de la sentencia el tribunal explica cuáles a su criterio constituyeron los elementos fundantes de la denominada situación típica y coloca a este cuadro de peligro a partir del ingreso de los espectadores al recital.

En ese sentido, los magistrados destacan que “*las partes acusadoras, en su afán de demostrar la responsabilidad penal de las personas sometidas a juicio, señalaron un sinnúmero de conductas activas u omisivas, que a su entender eran aquellas que crearon o elevaron el riesgo permitido, lo que en definitiva contribuyó en la producción del resultado típico*” (ver fs. 67163 vta.).

Expresan que “*se le ha pretendido otorgar relevancia jurídico penal, por ejemplo, a que Chabán permitió el ingreso de menores de edad, que desvirtuó el objeto de la habilitación del local, que anuló el funcionamiento de la central de incendios, que mantuvo comunicaciones indebidas con otros usos del complejo, que colocó vallas que dificultaron las salidas, etc. También a ciertas omisiones, como ser, no haber señalizado correctamente las salidas, no capacitar al personal, no haber renovado el certificado de bomberos, no contar con detectores de humo, no contar con matafuegos en funcionamiento, entre muchas otras más*”.

Explican que, sin embargo, “*lo que nadie pudo advertir es que tales comportamientos, sean activos u omisivos, no resultan, por sí mismos típicos de ilícito penal alguno, sino que simplemente constituyen infracciones de carácter administrativo, que a lo sumo podrían motivar la clausura del local*”.

En esa dirección, resaltan que “*el tener un local de baile con todas las características antirreglamentarias que puedan imaginarse, sea que dichas irregularidades se produzcan por acción u omisión, no realiza el tipo de injusto de ilícito penal alguno de resultado*”, puesto que “*todas las conductas activas u omisivas previas al ingreso de los espectadores al lugar, no pueden ser consideradas penalmente relevantes, precisamente, porque antes de ello no existe comienzo de ejecución de ningún tipo penal*”.

Continúan diciendo que “*el primer elemento del tipo objetivo de la comisión por omisión, es decir, la situación*

típica, es definida como una situación de peligro para el bien jurídico".

Aplicando el marco teórico al caso concreto refieren que *"la organización del recital de ´Callejeros´ de parte de Omar Chabán y Diego Argañaraz, en su origen, resultaba una situación atípica, pues los preparativos previos del evento, aún cuando podían considerarse antirreglamentarios, no constituían un peligro inminente de lesión hacia el bien jurídico y tampoco los colocaba, antes del ingreso de los espectadores, en posición de decidirse sobre la lesión"*.

Indican que *"a medida que la gente fue ingresando al local, ese peligro inicial se fue transformando en uno prohibido y distintos aspectos de la organización del recital en esas condiciones cobraron una significación tal, que inequívocamente iban dirigidos hacia la producción del injusto típico, en el caso, el incendio con peligro común agravado por el probable resultado muerte"*.

Y resaltan pues cuáles fueron los factores causales que a su criterio comportaban la existencia de la situación típica como primer elemento del delito de comisión por omisión, esto es *"el uso de elementos de pirotecnia dentro del local; la existencia en el techo de material inflamable; el exceso abrumador de concurrentes al espectáculo y finalmente la situación de los medios de salida, particularmente, el caso del portón denominado ´alternativo´"*.

Pero las razones del tribunal *a quo* para fundamentar la relevancia de esos factores no terminó en este tramo de la sentencia, sino que a medida en que fue demostrando la verificación concreta de cada uno de ellos conforme la prueba producida en el debate, fue explicando el motivo por el cuál se consideraban determinantes de la producción del resultado, a partir de su interacción.

Ello se advierte de la lectura de ciertos pasajes de la sentencia, cuando los magistrados dicen *"surge con claridad que si bien la totalidad del material pirotécnico que se secuestró del interior del local fue considerado por los expertos de riesgo limitado, este debía ser detonado en lugares abiertos y alejado de personas y fuentes combustibles, es decir, ajenos a un ámbito como ´República Cromañón´, cerrado, con una cantidad excesiva de*

público, y con el cielo raso recubierto de material inflamable" (ver fs. 67167 vta.).

En el mismo sentido, más adelante agregan que *"es evidente pues que esta cantidad abrumadora de concurrentes acreditada, tuvo una influencia decisiva en la configuración concreta del supuesto de hecho analizado, dado que atentó contra la evacuación del local y permitió que los asistentes se vieran expuestos a los gases nocivos producto de la combustión, es decir, al peligro común que comporta un incendio típico"*.

Señalan asimismo que *"desde un punto de vista objetivo, era indiscutible que ante un eventual incidente con el uso de pirotecnia y teniendo en cuenta las características inflamables del techo, el exceso de personas junto al estado de las puertas, comportaba una situación peligrosísima y el desarrollo del espectáculo en esas condiciones iba dirigido directamente hacia la lesión"* (ver fs. 67177).

Tras destacar las probanzas que demostraban el estado de los medios de salida, resaltan que *"ante el exceso abrumador de concurrentes y el cerramiento del portón alternativo, la propia estructura edilicia que presentaba el local dificultó la evacuación del público, concretamente en el sector donde están situadas las ´puertas vaivén´"*.

Expresan que de esta manera *"los factores se conjugan para desencadenar el hecho que juzgamos"* en tanto *"la estructura de las puertas cine quizá no hubiera tenido influencia si había solamente 300 personas o si el portón alternativo hubiera estado abierto"*.

Así, sostienen que *"la evacuación de un número exorbitante de personas de la zona de influencia de fuego quedó limitada, por obra de los organizadores, a un corredor divido por seis compartimientos de tan solo 1,26 metros cada uno"* (ver fs. 67184).

Y finalmente en el capítulo XIX "E" (fs. 67184/5), los magistrados exponen un corolario de la interacción de estos factores causales que a su criterio determinaron la producción del incendio típico y por qué entonces otros elementos de riesgo pierden relevancia.

En tal sentido, indican que *"queda claro entonces, que el estado de la puerta alternativa, aunado a las dificultades que presentó la evacuación por la propia estructura de las puertas cine y demás medios de salida, como asimismo al exceso abrumador*

de concurrentes, constituyeron factores determinantes para la configuración concreta del supuesto de hecho, en tanto demoraron el egreso de los asistentes, quienes quedaron expuestos a los gases nocivos producto del incendio".

Refieren que "*justamente, ese incendio había sido producido por el uso de pirotecnia dentro del local y la existencia de material inflamable en el techo del establecimiento*".

Señalan que "*es evidente pues, que la interacción de todos estos factores causales desembocaron en el hecho que hoy nos toca juzgar*", en tanto "*ellos estaban encaminados directamente hacia la lesión del bien jurídico y por ende, desde lo objetivo conformaban la denominada situación típica, como primer elemento de la comisión por omisión*".

Exponen que "*a la luz del grado de significación que tuvieron todos estos factores, pierden relevancia el resto de las cuestiones a las que apuntaron los acusadores, como las irregularidades en la habilitación del local, la falta de carteles de salida, el estado de los medios extintores, el ingreso de menores, etc*".

Y rematan su idea al decir que "*tales cuestiones probablemente hayan contribuido o efectivamente dificultado el cuadro situacional, pero a la hora de establecer las causas fundamentales del resultado, las únicas que evidentemente se diferencian del resto, y sin las cuales el suceso no se explica, son las que ya hemos relatado*".

Tal como habíamos afirmado, resulta por demás evidente que el tribunal *a quo* brindó una acabada fundamentación a su decisión, razón por la cual la tacha de arbitrariedad que propone la querella no puede prosperar.

Finalmente, tampoco apreciamos que resulte contradictoria la sentencia, como lo sostiene la querella, el hecho de que el *a quo* haya ponderado como un factor que contribuyera a la producción del resultado que la salida de emergencia estuviera obstaculizada por vallas y, no así, al cierre de los portones violetas del hall central.

Es que la contradicción que apunta el recurrente no es tal, pues si bien es cierto que los magistrados hicieron referencia a la desnaturalización de la salida de emergencia (la

cual había sido empleada como medio de ingreso y presentaba vallas) como elemento negativo, la valoración positiva que efectuaron del cierre momentáneo de los portones violetas obedeció a una circunstancia distinta a la verificada en la puerta de emergencia, esto es, a la necesidad de detener un flujo de personas que pugnaba por ingresar al local sin entrada al momento del inicio del espectáculo.

En efecto, exponen los sentenciantes que *"respecto de las puertas violetas —acceso principal-, si bien se constató que instantes antes del comienzo del recital de ´Callejeros´ fueron arrimadas, ello sirvió para contener a las personas que se encontraban en la calle sin entradas y pugnaban por ingresar"*.

En tal sentido, indican que *"Alfredo Mario Díaz explicó que el cierre de las puertas obedeció a la difícil situación que se había generado en ese sector media hora antes del inicio del show, en tanto había mucha gente en la calle que quería entrar pese a que no se vendían entradas"*.

De esta manera concluyen su idea, diciendo que *"evidentemente ese cierre momentáneo de los portones principales no comportó una situación significativa de peligro. Incluso podría decirse que al menos detuvo un caudal de gente que, de haber accedido al salón, hubiera complicado aún más la situación"*.

La situación objetiva que el tribunal tuviera por acreditada respecto a la existencia de un flujo de personas que pugnaba por ingresar sin entradas por el acceso principal, no se verificó en el sector de la puerta de emergencia y, por tanto, que se hayan valorado de manera diferente dos circunstancias objetivamente distintas, no puede ser considerada como contradictoria.

Tampoco pues en este punto el fallo luce como arbitrario y el agravio no puede tener acogida favorable; todo ello, reiteramos, sin perjuicio de la valoración que en definitiva se adopte para la resolución del caso, en la cual, como adelantamos, si bien entran en juego los cuatro factores señalados, no descartamos otros que, inclusive, frente a algún imputado, puedan tener mayor relevancia.

SEPTIMO:

1. Agravios relativos al tipo subjetivo.

Los letrados a cargo de la defensa técnica de los

imputados Chabán y Argañaraz, reiteramos, se agravian por la errónea aplicación de la ley sustantiva, concretamente, en cuanto a la determinación de los elementos subjetivos del tipo legal bajo examen que se realizó en la sentencia.

En efecto, recordemos que la defensa del imputado Chabán denuncia que es inconstitucional fundar una sentencia en consideraciones teóricas del dolo trazadas por la doctrina española (Rodríguez Montañés), pues nuestro Código Penal no contempla ninguno de los supuestos contenidos en la legislación de ese país que dan origen a esas reflexiones; y que además se vulneraron las garantías de legalidad y debido proceso cuando el tribunal pretendió equiparar la representación del objeto del tipo legal español a la situación del delito de incendio y a la existencia de dolo de peligro.

Por otro lado, los defensores de Chabán cuestionan el conocimiento que tenía su defendido respecto de *"los factores de riesgo causales que conforman lo que, a criterio del tribunal a-quo se denomina situación típica de peligro o de peligro inminente para el bien jurídico tutelado"*.

Así, en cuanto al empleo de pirotecnia dentro del local, indican que el día del hecho *"fue la primera vez que se utilizaron las candelas o por los menos que no era habitual el uso de las mismas"*, para lo cual citan testimonios en apoyo de su postura y dicen que *"resulta inexacto concluir en que Chabán conocía el riesgo que el uso de ese tipo de pirotecnia comportaba"*.

Agregan que Chabán *"tomó los recaudos necesarios para neutralizar el uso de pirotecnia en general y el peligro que su uso podía acarrear"*, puesto que *"hablaba al público para que depusiera su actitud"* y *"colocó carteles que indicaban la prohibición del uso y se preocupó para que los cacheos fueran mas estrictos"*.

Con relación a los materiales inflamables existentes en el techo del local, sostienen que Chabán *"estaba convencido que el material utilizado como aislante acústico era ignífugo, y que, además estaban en condiciones operativas los elementos a utilizar como prevención de incendios"*.

En esa última dirección resaltan las pruebas documentales que avalan su posición, entre ellas, aquella de la cual surge que los materiales del techo (paneles acústicos compuestos de espuma

de poliuretano, guata, media sombra) no se encontraban prohibidos para su venta y que todos estos elementos se comercializaban libremente.

Exponen que por las características de los incendios previos en el local *"resulta imposible que Chabán conociera la potencial peligrosidad de los materiales para los asistentes"*; esto último porque *"en esas oportunidades la banda paró de tocar"*, *"algunos concurrentes salieron"* pero *"luego de ser fácilmente soslayados por el mismo Chabán y/o personal del lugar"*, algunos *"reingresaron y el recital se reanudó sin problemas"*.

Aseveran que la sentencia es arbitraria porque tiene en cuenta los testimonios del querellante Clivio y del *"hostil"* Albornoz para acreditar que Chabán manifestara al auditorio que *"la acústica del local era altamente inflamable"* y no hace mención a otros que sostienen que Chabán había comentado el carácter ignífugo de los materiales.

Aducen que Chabán no tenía libertad para hacer modificaciones en el local y aluden al testimonio de Mario Díaz en cuanto a que la gente del hotel le había solicitado que acustizara el lugar.

En lo inherente a otro de los factores de riesgo, esto es, el exceso de concurrentes al recital, recordemos que los defensores plantean básicamente que *"existen pruebas que nos indican que el lugar era ofrecido como con capacidad para 5000 personas y por sus características y dimensiones, resultaba creíble esa capacidad"*, circunstancia que era conocida *"por las autoridades (…) por el público, representantes de espectáculos e inclusive por los medios de comunicación"*.

En cuanto a los medios de salida, los recurrentes se agravian porque el tribunal no valoró la pericia producida sobre las denominadas "puertas cine" durante el juicio y señalan que los bomberos informaron erróneamente que sólo dos de ellas se encontraban abiertas; aducen que por los tiempos de evacuación cabe concluir que todas se encontraban expeditas.

Respecto de la "puerta alternativa", indican que la decisión de que permaneciera cerrada no fue de Chabán, que dicho portón no estaba previsto en ninguna ley e, incluso, que estaba prohibido por el Código de Edificación.

Agregan que por tanto no debería haberse concedido la

habilitación del local y que la falta de controles no le puede ser achacada a su defendido, quien podía confiar en las condiciones de la habilitación.

Cuestionan la trascendencia que el tribunal le otorgó a esa puerta como medio de escape y dicen que el cartel que indicaba que se trataba de una "salida" estaba tapado por banderas el día del hecho.

En otro punto, los defensores dicen que no hubo *"representación del peligro"* dado que Chabán no conocía los factores de riesgo y se agravian porque el tribunal, al valorar la acción desplegada por Chabán de cortar el sonido, pretende hacerla aparecer como una *"voluntad evitadora de la lesión"* cuando en realidad se trataba de una "voluntad evitadora del peligro", pues en definitiva estamos ante una *"única conducta evitadora"*.

Aducen que cuando hay tipo culposo la imputación por omisión se debe tratar a título de culpa, que no se acreditaron los extremos del dolo eventual y que los incendios anteriores sólo comportaron la existencia de un *"fuego"* (no de incendio), razón por la cual Chabán nunca podía *"representarse y reflexionar sobre la rápida liberación de gases letales"*.

Por otro lado, cuestionan también las afirmaciones realizadas en la sentencia con relación al aspecto volitivo del dolo, al decir que todas las acciones de Chabán se encaminaron a evitar o disminuir el grado o magnitud del peligro (probar el material ignífugo, cambiar mangueras, matafuegos, luces de emergencia, etc), motivo por el cual no existió un *"momento de decisión de su parte a favor del peligro"*; también alegan que Chabán *"mantenía la confianza de que los asistentes al lugar se comportarían conforme a su deber de cuidado"*; y agregan que en definitiva Chabán *"ejerció una intervención positiva encaminada a evitar la puesta en peligro"* cuando cortó el sonido y corrió hacia *"la manguera para apagar el fuego"*.

Asimismo, bajo el "título error de hecho y de derecho", la defensa de Chabán indica que su defendido actuó con desconocimiento de las circunstancias de hecho porque *"creyó que colocaba material ignífugo, compró el material y lo probó"* ignorando su *"toxicidad"*. Señalan que por lo tanto Chabán *"creyó y confió, de buena fe, que actuaba conforme a derecho"*.

Luego, indican que concurre imprudencia consciente cuando

el sujeto, en su acción influyente en el resultado, *"establece simultáneamente factores en contra"* pues aquí no hay decisión *"por la posible lesión de bienes jurídicos"* y allí radica su diferencia con el dolo eventual. Explican que en la imprudencia, el autor, pese a la conciencia de riesgo, confía en poder evitar el resultado, y *"soporta un riesgo natural que no es común en el dolo"*, extremos que se verifican en el caso, puesto que Chabán, su hermano, sobrino y amigos estaban en el lugar.

Por su parte, el doctor Bois, letrado defensor de Argañaraz, manifiesta que no se puede imputar a su defendido de *"ninguna intención de dañar a nadie"* y dice que aceptar que una persona encienda una bengala no implica *"que sea utilizada para matar o lesionar"*.

Alega que la sentencia se dictó en función *"de las víctimas fatales"* y que *"no se debe juzgar este irreparable resultado final sino el contenido del dolo del autor"*.

Asimismo, la defensa plantea que el debate *"debió haber girado"* en torno a la figura del estrago culposo y que la diferencia entre lo culposo y el dolo eventual tuvo discusión en el caso "Cabello".

A resumidas cuentas, expresa que no se puede afirmar respecto de Argañaraz indiferencia ante el resultado ni su aceptación (menciona en ese sentido, su presencia y la de sus familiares en el local); concluye en que no se puede sostener una imputación por dolo eventual ante la ausencia de esa actitud.

2. Marco teórico sobre el aspecto subjetivo del delito de incendio.

En orden a dar una acabada respuesta a los planteos defensivos, es del caso mencionar, al menos sucintamente, los argumentos dogmáticos expuestos por el tribunal de juicio, al momento de construir los alcances del tipo subjetivo del tipo penal del incendio.

Así, los sentenciantes indicaron que si "*afirmamos que dogmáticamente el incendio es un delito de peligro, el dolo como aspecto subjetivo de lo injusto típico tiene que guardar la estructura del verdadero dolo de peligro*".

Ante ello, explicaron que no se debía confundir el dolo de peligro con las categorías propias del dolo de lesión de los delitos de resultado lesivo, pues si bien éste implica al primero

no sucede lo mismo a la inversa.

En este sentido, el tribunal consideró a "*la puesta en peligro concreto como un resultado al que ha de referirse el dolo y como un estadio previo a la lesión, de tal modo que el autor puede querer o conformarse con aquél, confiando en evitar ésta*". Concretamente, "[e]*l criterio diferenciador es pues, el mismo que para delimitar el dolo eventual y la imprudencia consciente respecto de la lesión: en ambos supuestos la lesión se tiene por posible, pero no se 'quiere' (aspecto negativo), y el autor se reserva oportunidades reales para poder evitar que el peligro se convierta en lesión (aspecto positivo)*" (ver fs. 67194).

Por estas razones, afirmó que no se debe confundir el dolo eventual de peligro "*con el dolo eventual de lesión, porque ésta se trata de una categoría distinta, cuya aplicación importaría aceptar la construcción de una figura delictiva heterogénea, donde la lesión no sería parte del tipo objetivo (el resultado típico del incendio es el peligro común, no la lesión), pero sí del subjetivo, al requerir su presencia en la representación y voluntad del autor*" (fs. 67195).

En esa línea, señaló que el dolo de peligro "*también puede* [ser] *dolo directo, de segundo grado y eventual*", y que respecto del elemento cognitivo "*que no basta la conciencia de la peligrosidad de la acción en el caso puntual, sino que es necesario que la misma se refiera al concreto bien jurídico protegido*".

Se refirió particularmente al "*supuesto de los tipos que exigen un peligro común o general para un ente colectivo más o menos amplio o determinado, como es en nuestro caso el delito de incendio; allí el conocimiento o representación del autor ha de referirse a la vida o integridad de alguna de esas personas*".

En ese punto mencionó aquellos elementos que, a su criterio, constituyen las exigencias mínimas de conocimiento del autor, a saber: "*1. Conocimiento fáctico de la posibilidad de una concreta lesión, lo que supone: 1.1. Percepción del objeto susceptible de ser lesionado y entrada en el ámbito de eficacia de la acción peligrosa. El concreto peligro exige un concreto objeto de ataque, que el autor debe representarse como cierto (dolo directo de 2do. grado) o como posible (dolo eventual). El grado de concreción en la representación de dicho objeto viene determinado*

por la redacción del tipo. 1.2. Percepción de las circunstancias que convierten la acción en peligrosa. 1.3. Proximidad física e inmediatez temporal de la posible lesión. 2. Juicio de peligro: El autor debe afirmar, ante tales circunstancias su inseguridad sobre la capacidad de evitación de la lesión, su falta de control sobre la situación, que deja de estar en sus manos, conforme a las leyes de la experiencia".

Y advirtió que el "*juicio de peligro no debe llevar a confusión con la distinción que se viene haciendo entre el dolo de peligro y el dolo eventual de lesión*".

Es en ese contexto que el tribunal de juicio recurre a las precisiones de la doctrina española (Rodríguez Montañes), para así afirmar que "[u]*no de los elementos que debe concurrir en el aspecto cognoscitivo para afirmar el dolo de peligro es que el autor, cuando se representa el juicio de peligro, efectivamente haga un pronóstico sobre la inseguridad de evitar la lesión. Pero ello no significa que acepte tal lesión como consecuencia probable o posible de su obrar, porque aún puede confiar racionalmente en poder dominar de todos modos el curso causal y evitar que no se produzca finalmente, aunque no esté del todo seguro de ello*" (fs. 67196 vta.).

En ese entendimiento, "*cuando el objeto del bien jurídico entra en el ámbito de la acción peligrosa y deja de poder ser defendido de forma segura, ya no existe margen de confianza racional respecto de la evitación del peligro, el 'no querer' el peligro escapa a la capacidad del autor. Si éste conoce el peligro y, pese a ello, decide seguir actuando, expresará así de forma necesaria, su aceptación o conformidad con la puesta en peligro concreto*" (Ibídem).

Por ello, en el caso de autos, "[a]*lcanzará con que el autor se represente el peligro común que puede generar un incendio en un lugar cerrado hacia las personas y bienes que allí se encuentran. Si así lo hace y sigue actuando, habrá dolo de peligro; con ello basta para dar por satisfecho el tipo de incendio, porque el elemento volitivo está comprendido en esa actuación*".

Entendido así, y esto es especialmente relevante en nuestra respuesta a los agravios presentados, "[e]*l resultado lesivo, es decir, las muertes y en su caso las lesiones, no forman*

parte del tipo básico y por ello no deben estar comprendidas en el dolo de peligro", dado que como resultado se imputarán, en todo caso, a título culposo. Y concluyó que "*para afirmar el dolo de peligro basta con que el sujeto decida seguir actuando, pese a la presentación del peligro concreto. Ello no significa que se prescinda del elemento volitivo, sino tan sólo que su mínimo exigible viene implícito a tal representación*".

Sentado ello, es preciso que en el *sub judice* quede debidamente delimitado en qué consiste el delito previsto en el artículo 186 del Código Penal y la agravante del inciso 5to: primariamente qué compone el "resultado" del tipo básico y, sobre ello, el contenido del aspecto subjetivo de la figura analizada.

Es que los componentes del dolo, cualquiera sea la teoría de la que se participe, exigirán como mínimo la representación de los elementos objetivos que integran el ilícito de que se trate.

Ninguno de los recurrentes cuestionó la afirmación del tribunal de juicio en el sentido de considerar al delito en cuestión como uno de peligro concreto, y, desde la perspectiva del bien jurídico en juego, es conteste la doctrina en concebirlo como uno de esa naturaleza (BUOMPADRE, Jorge E., "Derecho Penal. Parte Especial", T. II, Mave, Corrientes, 2000, p. 290; SOLER, Sebastián, "Derecho penal argentino. Parte Especial", T. IV, 4ª Edic., Tea, Buenos Aires, 1992, p. 572; DONNA, Edgardo A., "Derecho Penal. Parte Especial", T. II-C, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 39; NÚÑEZ, Ricardo, "Derecho penal argentino. Parte Especial", T. VI, Marcos Lerner, Córdoba, 1971, p. 44; entre otros); es decir, el tipo captura el incendio en tanto es un suceso peligroso para la seguridad pública por sus particulares características.

Por tanto, el delito de incendio, como bien lo ha caracterizado el *a quo*, requiere que además del fuego, se produzca una situación de peligro común para bienes y personas, lo cual constituye el resultado típico de la figura básica.

Debe quedar en claro que en "*los delitos de peligro concreto, el peligro en sí es un elemento del tipo, de modo que el ilícito sólo queda consumado cuando se ha producido ese peligro para el bien jurídico, por lo que desde el punto de vista dogmático, son delitos de resultado*" (CEREZO Mir, José, "Los delitos de peligro abstracto", publicado en Revista de Derecho

Penal, 2001-2, Garantías Constitucionales y nulidades procesales II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001).

Por tanto, cuando se dice que el incendio es un delito de peligro concreto, se quiere significar que para su configuración, se exige la efectiva constatación o puesta en peligro de bienes y personas.

En consecuencia, la figura básica del incendio quedará satisfecha cuando la realización de la acción (u omisión) típica genere realmente un estado de peligro común para bienes o personas, que debe verificarse en el caso concreto.

Ahora bien, el inciso 5° del artículo 186 del Código Penal agrava el incendio cuando éste constituye la causa inmediata de la muerte de una persona, lo cual significa que ella debe estar en relación causal directa con la conducta típica (MOLINARIO, Alfredo J., "Los Delitos", T. III, TEA, Buenos Aires, 1999, p. 49), aunque no es necesario que la víctima fallezca quemada, sino por alguno de los efectos del fuego, como lo son la asfixia o el derrumbe (NÚÑEZ, *ibídem*, T. VI, p. 51).

En lo que aquí interesa, debemos resaltar que es doctrina pacífica que los supuestos de calificaciones agravadas explícitamente previstos por la ley son casos de delitos preterintencionales (cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos, "Derecho Penal. Parte Especial", 2ª Edic., T. VI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 300; NÚÑEZ, *ibídem*, T. VI, p. 48 y ss.; entre muchos otros) y que, para evitar cualquier violación al principio de culpabilidad derivada de una responsabilidad objetiva, el resultado calificado sólo es imputable si puede ser atribuido, al menos, a título de imprudencia.

Es decir, que el incendio agravado por resultado muerte, se trata de un delito preterintencional o, mejor dicho, cualificado por el resultado, donde la consecuencia lesiva más gravosa no debe estar comprendida en el dolo del autor, en tanto se atribuye de manera culposa.

Sobre esta clase de figuras complejas, enseña la doctrina que "*determinadas acciones que ya de por sí resultan punibles, se conminan con una pena sustancialmente superior al hecho básico a causa de la especial peligrosidad que les es inherente, cuando el peligro típico conectado con el hecho se materializa en un resultado lesivo*" (JESCHECK, Hans Heinrich — WEINGEND, Thomas,

"Tratado de derecho penal. Parte General", 5ª Edic., Comares, Granada, 2002, p. 279); como asimismo que "*la imprudencia en los delitos cualificados por el resultado se reduce a la previsibilidad de éste* [...] *pues los otros elementos de la imprudencia ya están contenidos en la comisión del hecho básico*" (JESCHECK, ob. cit., p. 280).

Esta necesaria referencia a la estructura típica del delito de incendio y su agravante, es la que nos va a permitir establecer concretamente cuál es el alcance del tipo subjetivo del ilícito en análisis y, por tanto, cuando podemos afirmar que el autor obró dolosamente. Ello, a su vez, posibilitará dar una acabada respuesta a los agravios de las partes.

Ya explicamos que el dolo deberá estar referido al tipo básico y no deberá comprender la consecuencia calificante, esto es, el resultado muerte, el cual, se imputa a la imprudencia del autor.

Por lo tanto, y más allá de la distinción dogmática que el tribunal *a quo* ha realizado de las categorías de dolo de peligro y dolo de lesión, entendemos que lo determinante para el caso concreto es, entonces, precisar cuál es el contenido del dolo que exige el tipo del artículo 186 inciso 1° del Código Penal, es decir, la figura básica; para la aplicación de la agravante bastará la previsibilidad del resultado lesivo.

Además, deberá tenerse presente que las imputaciones fueron trasladadas en comisión por omisión, razón por la cual el aspecto subjetivo habrá que conformarlo en consonancia con esta forma de responsabilidad penal.

Pues bien, desde una concepción clásica del dolo, éste constituye el saber y querer los elementos objetivos que pertenecen al tipo penal; es decir, está integrado por un elemento intelectual —conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal- y otro volitivo —la voluntad de realización del tipo-.

Sin embargo, en los delitos de resultado, éste último elemento no implica necesariamente el fin o propósito del autor, sino que también esa voluntad incluye los supuestos en que el sujeto activo *"no pretende alcanzar el resultado sino, que simplemente, sabe que el mismo está vinculado de forma necesaria o posible con la acción desarrollada voluntariamente"* (JESCHECK, ob.

cit., p. 314).

En esas condiciones, se puede afirmar la existencia de dolo cuando el agente conoce los elementos objetivos y sigue adelante con su proyecto de acción, no obstante saber que el resultado típico es posible. Es decir, si tiene conocimiento de la realización del tipo como consecuencia de su comportamiento y, pese a ello, no se detiene, habrá obrado dolosamente (dolo eventual) con relación a ese resultado.

En ese sentido conviene recordar lo que sostuviéramos en la causa n° 8398 de esta sala, caratulada *"CARRERA, Fernando Ariel s/recurso de casación"* (Reg. 501/08 del 29/04/08) *"Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo y recae sobre los elementos del tipo sistemático objetivo (incluyendo los elementos normativos de recorte) y también sobre los imputativos del tipo conglobante"* (cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro "Derecho Penal Parte General", pág. 495, Ed. Ediar, Primera Edición).

Para estos autores **habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción**, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Se trata de una solución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado (cfr. pág. 500 y sus citas).

También memoramos en esa misma ocasión cuanto sostuviéramos *in re* "Cejas, Alberto Federico s/rec. de casación" (reg. 736, del 30/11/04), donde a través del voto del doctor Tragant se sostuvo que *"el dolo eventual requiere que el autor se represente la realización del tipo como posible o, que considere seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforme con ella (Bacigalupo, Enrique 'Manual de Derecho Penal, Parte General', pág. 112 y ss., Ed. Temis, 1998). Por otra parte, la subjetividad del agente en el homicidio culposo se inserta en un marco distinto, por cuanto el tipo requiere que se trate de un resultado encuadrable dentro de los esquemas de la culpa en un sentido de previsibilidad, concepto éste que fija los límites*

subjetivos de la figura. En el homicidio culposo está ausente en el ánimo del autor cualquier voluntad, directa o eventual de dañar a un tercero. La imputación del hecho no se funda aquí en la voluntad de dañar en alguna medida la persona ajena, sino en alguna de las formas de la culpa admitida por la ley (art. 84). (Núñez, Ricardo C. 'Tratado de Derecho Penal', Tomo III, Volumen I, pág, 157, Ed. Lerner, Córdoba, 1988)".

Por lo demás, debe también recordarse que "*en el dolo la prelación lógica coincide con la prioridad cronológica: el aspecto intelectual del dolo siempre debe estar antepuesto al volitivo. Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción, pues éstos no pueden existir sin un previo conocimiento que permita tomar una resolución determinada. Dado que el dolo es el fin tipificado, la finalidad es lo que da sentido a la unidad de conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad aunque puede haber conocimiento sin finalidad.*" (Zaffaroni, Alagia, Slokar, ob. cit., pág. 497).

En definitiva el dolo exige "*la predisposición a tolerar la realización del tipo como consecuencia de la propia conducta*" (STRATENWERTH, Günther, "Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible", traducción a la 4ta. Edición Alemana por Canció Melia y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 189).

Aplicando estas consideraciones al delito de incendio, para afirmar el dolo del agente, resultará necesario, en primer lugar, que éste conozca todas las circunstancias de hecho integrantes del tipo legal, es decir, que sepa que su comportamiento es capaz de generar un peligro común para bienes o personas indeterminadas, el cual, como vimos, constituye el resultado típico de la figura.

Asimismo, si el autor ante ese conocimiento, decide continuar con su proyecto de acción (en su caso omisión) y no se asigna ninguna chance racional de evitar que ese peligro se materialice, habrá aceptado el resultado como consecuencia de su comportamiento y, por ende, obrado dolosamente respecto de la figura básica, al menos con dolo eventual.

En la línea que venimos exponiendo, no hace falta a los efectos del dolo que el autor acepte las consecuencias lesivas de esa situación peligrosa, es decir, la producción de las muertes o lesiones, porque éstas se atribuyen a título de imprudencia, como

ya hemos explicado.

En estas condiciones, entendemos que el tribunal *a quo* ha interpretado correctamente los alcances del tipo subjetivo del delito analizado, pues advirtió con meridiana claridad que el dolo debía estar referido a la producción de la situación peligrosa, no así respecto de los resultados lesivos.

Asimismo, como en el caso concreto las acusaciones formuladas a los imputados fueron efectuadas en "comisión por omisión", a fin de analizar el aspecto subjetivo del incendio, habrá que tener en cuenta las precisiones que la doctrina exige para el dolo en estos supuestos.

Con relación a ello, "*la única particularidad es que, como es lógico, el dolo deberá abarcar no sólo la ausencia de la acción debida, sino también la posibilidad y necesidad de evitación del resultado mediante aquella acción. Además habrá de extenderse a la situación que determina la presencia de posición de garante (así, por ejemplo, la dependencia creada por el actuar precedente), en tanto que la conciencia de que la misma da lugar a posición de garante, integra únicamente el conocimiento del significado antijurídico del hecho y su ausencia no constituirá error de tipo, sino de prohibición*" (MIR PUIG, ob. cit., p. 330).

Con estos alcances entonces, habrán de analizarse en lo sucesivo, los agravios de la defensa de Chabán y Argañaraz, que han cuestionado la aplicación de la ley penal sustantiva, en orden al tipo subjetivo.

3. Respuesta a los agravios.

3.a. Los relacionados con el marco teórico y sobre el conocimiento de los factores de riesgo.

Pues bien, en cuanto al agravio expresado por la defensa de Chabán relativo a la supuesta inconstitucionalidad fundada en el uso de argumentos con origen en doctrina extrajera como marco teórico para la construcción del dolo caben aquí las mismas consideraciones realizadas al tratar los delitos de comisión por omisión pues, por cierto, se pretende la invalidez constitucional de una teoría jurídica y, esa pretensión, excede la jurisdicción de los tribunales de justicia, pues ellos se encuentran compelidos a resolver los casos puestos a su consideración por las partes dentro de los límites impuestos por la letra de la ley, sin que se encuentren impedidos de toda tarea hermenéutica; así lo impone el

carácter ambigüo del lenguaje.

Por lo demás, tampoco puede prosperar el agravio en el sentido de que la doctrina utilizada se basa en preceptos legales inexistentes en nuestro ordenamiento jurídico, dado que no se trata aquí de responsabilizar al imputado a través de una figura no estipulada legalmente, sino de establecer el alcance y contenido del tipo subjetivo (dolo eventual de peligro) en relación a un determinado tipo penal que, precisamente, prevé una conducta típicamente dolosa como modo de concretar el aspecto subjetivo.

Por ello, en tanto y en cuanto un elemento esté expresamente previsto en nuestro Código Penal, no hay nada de extraño en acudir a un postulado doctrinario construido sobre la base de una legislación que contempla idéntico elemento. En otros términos, y conforme lo hemos expuesto anteriormente, ese proceder no es inconstitucional porque no violenta el marco legal en que el juez debe interpretar la norma en vista de su aplicación, dado que no se agrega ningún elemento extralegal sino que se limita a dar razones precisas de la aplicación de la ley al caso concreto.

Por estos motivos, tampoco implica "equiparación o incorporación alguna de elementos normativos previstos en la legislación española", porque, como se advierte, se trata de la aplicación de nuestro derecho penal, y los argumentos traídos a colación constituyen parte de la necesaria interpretación de este texto legal.

Asimismo, la defensa del imputado Chabán cuestiona que el tribunal de juicio fundó erróneamente el conocimiento de su asistido de los distintos factores de riesgo.

En este sentido, es preciso advertir que, según la posición del tribunal *a quo*, esas fuentes de riesgo conforman la denominada "situación típica", de la cual el agente asume el dominio, y que da origen a su posibilidad de decidir sobre la producción del resultado típico, que en el caso del incendio, lo constituye el peligro común para bienes y personas.

En tanto y en cuanto se trata de una circunstancia fáctica que da fundamento a la situación de riesgo, el conocimiento que se requiere del agente está limitado a su configuración en el momento de los hechos.

Por ende, en la medida que el aspecto subjetivo de la

figura legal en cuestión debe atender al contenido de sus elementos objetivos, se trata de un estado de cosas que el autor debe conocer con relación al resultado del tipo penal. En nuestro caso, el sujeto debe saber que la existencia de ese marco fáctico, puede derivar en la realización del incendio peligroso.

Por otro lado, del mismo modo en que lo resaltamos al analizar el tipo legal del artículo 186, inc. 5º, Código Penal, no se trata aquí de que el autor deba aceptar los efectos letales de esos factores para determinadas personas en concreto, pues al respecto sólo es necesario que esas consecuencias le sean previsibles dado que, como lo indicamos, ellas son atribuibles sólo a título de imprudencia.

Ahora bien, respecto del uso de pirotecnia la defensa de Chabán en concreto sostiene que él desconocía el riesgo que significaba su empleo (en particular hizo hincapié sobre el lanzamiento de candelas dentro del local).

Sobre el punto, el tribunal afirmó que "*surge del testimonio de Fabian Leggio (…) que en el show de 'Ojos Locos' 'se detonó todo tipo de pirotecnia'. Estando Chabán ubicado al lado de aquél en el mangrullo de sonido, necesariamente advirtió su efectivo empleo. Pero además, siguiendo el testimonio de Leggio, vemos que antes de comenzar a tocar 'Callejeros', la detonación de una candela ganó la atención de Omar Chabán, lo que demuestra que sabía que existía pirotecnia antes del inicio del recital del referido grupo. Tal es así que se dirigió al público dándole a entender que podría ocurrir lo que instantes después sucedió*" (ver fs. 67198 vta.).

Si a ello agregamos que en anteriores recitales realizados en el lugar por la misma banda y por otras, se había registrado de manera incesante el uso de pirotecnia, entonces a nuestro entender es acertado afirmar que el imputado conocía este extremo; sobre esta cuestión, no puede existir margen de dudas.

Tampoco las hay respecto al conocimiento que el imputado tenía de que su utilización en ese particular medio representaba un claro peligro de incendio, pues de otro modo no hubiera tomado la decisión de advertir al público sobre los riesgos de su detonación dentro del local.

Concretamente en cuanto al uso de "candelas" como una clase específica de pirotecnia, el tribunal *a quo* analizó

puntualmente la excusa brindada por el acusado Chabán en cuanto a que la primera vez que se utilizaron en un recital de rock fue el 30 de diciembre.

Así, primeramente, al tratar la configuración objetiva de los factores de riesgo, sostuvieron los magistrados en la sentencia que *"en lo que atañe al uso de candelas en particular, también se probó que no fue exclusivo del día 30 de diciembre, sino que se utilizaban con anterioridad"* (ver fs. 67166).

En esa dirección destacaron que *"conforme se observa de las imágenes correspondientes al recital que ´Callejeros´ ofreció en el mes de julio de 2004 en el estadio de ´Obras Sanitarias´ —conf. prueba 274 ´e´-, en esa ocasión se detonaron candelas"*.

Resaltaron que *"tampoco la noche del hecho fue la primera vez que en el local ´República Cromañón´ se lanzaron ese tipo de elementos"*; ello así pues *"Mauricio Lezcano, cantante del grupo ´La 25´, afirmó que el incendio que se generó en aquel local con fecha 25 de diciembre obedeció a la detonación de una ´candela´"*; agregaron que en la misma línea *"se explayó el testigo Sergio Bogochwal, quien asistió a dicho recital"*.

Por su parte, señalaron que *"Guillermo Ariel Armango relató que en las tres presentaciones que ´Callejeros´ efectuó en ´República Cromañón´ se accionaron ´bengalas y candelas´"*.

Añadieron que *"Matías Arcori aseveró que en ´República Cromañón´, como en otros lugares, siempre se utilizaba ´todo tipo de pirotecnia, bengalas, tres tiros, candelas, etcétera´ durante los recitales de rock"*.

Y por ende, concluyeron que *"con ello quedan descartadas las manifestaciones que el acusado Chabán realizó en sus indagatorias acerca de que las candelas aparecieron recién el día 30 de diciembre"*.

Más adelante, en el capítulo dedicado al conocimiento específico de los riesgos, el *a quo* reiteró los argumentos expuestos y cerró definitivamente la cuestión al decir que lo referido por *"el acusado sobre el desconocimiento que tenía de la existencia de candelas en los recitales de rock resulta carente de sustento y, por ende, no puede fundar un error de conocimiento relevante"*, razón por la cual *"Omar Emir Chabán no solo tenía pleno conocimiento de que existía pirotecnia en el lugar y del riesgo que ello comportaba, sino además de que su empleo iba a*

ser una constante de continuar con el recital” (fs. 67199 vta.).

Las probanzas valoradas por el tribunal de juicio resultan por demás contundentes para acreditar que el acusado sabía del empleo de pirotecnia dentro del local como así también del uso de candelas como una especie dentro del género, razón por la cual los agravios introducidos por su defensa técnica deben ser rechazados.

Para evacuar los agravios relacionados con las características de los materiales instalados en el cielorraso del lugar, es necesario tener presente el análisis que de la figura del delito de incendio venimos realizando.

Ello así, pues de lo que se trata en este caso es de determinar si el imputado Chabán tenía conocimiento de que esos elementos podían arder o, por el contrario, fueran pasibles de resistir el fuego por su calidad de ignífugos.

Es que desde la perspectiva que venimos exponiendo, el aspecto subjetivo del tipo penal en cuestión se satisface con este conocimiento y resulta irrelevante que el autor conozca las consecuencias lesivas que pueden derivar de su combustión, porque ya hemos afirmado que ellas sólo son atribuibles a título de culpa, en tanto y en cuanto fueran previsibles para el agente en la situación concreta.

Entonces, los agravios del recurrente en torno a su conocimiento sobre la composición de los gases producidos por la quema del material así como de sus consecuencias para la salud y vida de las personas a ellos expuestas, no dan cuenta de esta distinción y, por lo tanto, no pueden tener acogida favorable.

Es más, las alegaciones de la defensa en torno a anteriores incidentes en los cuales no se habrían producido intoxicaciones o asfixias, permiten afirmar que pese a todo, Chabán sabía que los productos podían arder y que su supuesto carácter ignífugo no era tal. Y esto es lo único importante a los efectos del conocimiento y aceptación de la situación peligrosa de riesgo (aunque ya volveremos sobre este extremo al tratar el aspecto volitivo del dolo cuestionado por esta misma asistencia técnica).

En lo que aquí interesa, el tribunal *a quo* ha acertado en el análisis efectuado sobre el punto, cuando sostuvo que a los fines de la imputación *“lo que en realidad trasciende es responder al interrogante de si el acusado conocía las características*

inflamables de los mismos [los materiales] *que los tornaron peligrosos para los participantes del show"* y que *"más allá de lo que pudiera probar con un encendedor al adquirir y previo a colocar la espuma de poliuretano, lo cierto es que él mismo dijo ser testigo de incendios —tres a más de uno- ocurridos por la intervención de uno o más de esos elementos cobertores"*.

El conocimiento acabado que tenía Chabán acerca de que los materiales se podían prender fuego y que experimentó personalmente durante su explotación del lugar, descartan por añadidura los agravios de la defensa que giran en torno a que esta afirmación se basó en los testimonios del *"querellante"* Guillermo Clivio o del *"hostil"* Albornoz, en tanto no resultan dirimentes para la resolución del caso, más allá de que la sentencia los haya citado como un ejemplo de las manifestaciones de Chabán el día del hecho.

Tampoco revisten entidad alguna las consideraciones de la defensa respecto de la inexistencia de regulación o restricción comercial para esos elementos así como de su imposibilidad de realizar modificaciones al lugar, pues en este punto se trata del conocimiento que Chabán disponía sobre los elementos instalados al momento del hecho, más allá de quien y cómo los adquirió y de si podía o no sacarlos; todo ello es independiente de su conocimiento y, en todo caso, acentúa que estaba al tanto de su existencia.

Concretamente, en cuanto a la supuesta falta de libertad de Chabán para realizar modificaciones en el lugar, bien ha afirmado el *a quo* que *"si se encontraba impedido de realizar esa modificación como dijo, debió desistir de organizar el espectáculo en esas condiciones de peligro para las personas o los bienes"* (ver fs. 67201 vta.).

Incluso, el argumento defensista se contradice con el propio comportamiento del acusado, quien luego de producido el primer principio de incendio en el local, ordenó retirar parte de la media sombra combustionada, lo cual da cuenta de su poder de realizar cambios, sin que hasta el momento surja una explicación razonable de los motivos por los cuales optó por dejar el resto de ese material, cuando sabía de la posibilidad de que se prendiera fuego.

En tercer lugar, tampoco resultan procedentes los agravios planteados por los defensores de Chabán respecto de la cantidad de personas que se encontraban dentro del local el día del hecho,

pues ellos no están dirigidos a examinar el conocimiento que de esa circunstancia fáctica tenía su asistido al momento del hecho, sino a discutir la capacidad habilitada del local.

Al respecto, es del caso señalar que la capacidad "legal" de un lugar no guarda relación alguna con el número de personas que efectivamente hayan ingresado un día determinado, puesto que ello depende del responsable de la explotación o, en su caso, de los organizadores del evento de que se trate.

Concretamente, en el supuesto analizado, fueron los organizadores los que dispusieron el número de entradas puestas a la venta para el recital.

Pero además, el conocimiento de la cantidad de asistentes le fue adquirible a Chabán por el solo hecho de estar presente en el lugar. Sobre esta cuestión es abundante el análisis realizado en la sentencia del tribunal de juicio que da cuenta de que Chabán es *"una persona referente en la organización de este tipo de espectáculos, con décadas de experiencia en el rubro; ello permite afirmar, sin hesitación, que tenía conocimiento de la situación de desborde de personas que existía en 'República Cromañón'. Sus empleados lo percibieron, el público lo percibió claramente; la conclusión es evidente: Chabán lo supo apenas llegó al lugar y vio el ambiente que se vivía allí"* (fs. 67202 vta.).

Lo que se trata en este punto es de examinar si el imputado tenía conocimiento de una de las circunstancias que conformaban la situación peligrosa capturada como elemento objetivo del tipo penal, extremo del cual no se puede dudar, atento a que Chabán estaba presente en el lugar.

Incluso, sus propias manifestaciones vertidas al público la noche del hecho y que han sido extensamente valoradas por el *a quo*, dan cuenta de que Chabán sabía —porque le era directamente perceptible- de la cantidad desbordante de asistentes que se encontraban dentro del local y el peligro que ello representaba.

En ese sentido, y en lo que aquí interesa, el tribunal examinó esta cuestión desde la perspectiva del peligro que requiere el tipo penal cuando señaló que la capacidad de un local de ese tipo se debía determinar teniendo en consideración el estado de los medios de salida y la posibilidad latente de que ante el incesante empleo de pirotecnia se generara un foco de fuego.

Por lo tanto, pierden relevancia todos aquellos agravios vertidos por la defensa de Omar Chabán que se dirigen a cuestionar el número final de asistentes al local o la capacidad que del lugar le habían manifestado quienes se lo alquilaban.

El día del hecho, "República Cromañón" se encontraba abarrotado de personas; un importante número de asistentes al lugar así lo manifestaron conforme lo valorara el *a quo*. En esas condiciones no puede negarse que Omar Chabán conociera esa circunstancia que integraba la situación típica objetiva de peligro.

Por todo ello, es que no observamos ninguna sobre valoración por parte del tribunal ni arbitrariedad en el análisis de esta circunstancia, motivo por el cual los agravios habrán de ser rechazados.

Con relación al último factor de riesgo, tampoco es posible afirmar un desconocimiento de Chabán respecto del estado de los medios de evacuación del local que regenteaba.

Sobre este punto, en la sentencia se afirmó que él "*tenía pleno conocimiento del estado que presentaba el portón 'alternativo', como así también de la importancia que tenía para la evacuación del público. Como se logró acreditar, el portón estaba cerrado y asegurado con un candado. Juan Carlos Bordón, expresó de manera inequívoca que fue Chabán quien ordenó el cierre de la puerta. Por lo tanto, si Chabán había dado la orden interna al personal del local de cerrar la puerta y era el explotador del lugar, mal podía desconocer que la noche del hecho el portón estaba cerrado.*", y se destacó que sabía de su importancia en caso de siniestros (ver fs. 67205).

Asimismo, se indicó que "[t]*ampoco podía desconocer que la verdadera puerta de emergencia operaba como medio de egreso* [ingreso] *y que había vallas tanto allí como en el hall principal porque justamente él había organizado el espectáculo y además estuvo en el lugar la noche de los hechos*".

Por último, con relación a las puertas vaivén, el *a quo* señaló que "*la estructura arquitectónica de aquellas obstaculizó la evacuación del público concurrente del interior de 'República Cromañón', extremo que cobró relevancia naturalmente por el exceso descomunal de personas y el cierre del portón alternativo. Chabán era el explotador del local desde el mes de marzo de 2004, lo que*

denota por sí sólo que sabía las condiciones de esas puertas” (ver fs. 67206).

Ahora bien, lo determinante respecto de la “puerta alternativa” ubicada a un lado del escenario, es si Chabán sabía cuál era su estado al momento de realizar el espectáculo y, en particular, durante su transcurso. Por los motivos que venimos exponiendo, lo esencial es el conocimiento de esas circunstancias como uno de los elementos fácticos que dan sustento a la situación riesgosa.

En ese sentido, además de las pruebas valoradas por el tribunal de juicio, son las mismas alegaciones de la defensa las que dan por descontado el conocimiento que su asistido tenía sobre la inutilización de esas vías de evacuación, pues sus razones sólo apuntan a dar cuenta de por qué se encontraba en ese estado y, de ese modo, descargar la responsabilidad de su asistido por ello.

Estos extremos no suponen la ignorancia de Chabán al respecto, ni tampoco, en su carácter de explotador del local, lo eximen de responsabilidad sobre su estado; sino que, al contrario, permiten afirmar que al tener conocimiento del motivo por el cual esa vía de escape estaba inutilizable, sabía efectivamente de su imposibilidad de uso la noche del hecho.

La defensa también se agravia porque no se habría valorado que el cartel indicador de “salida” ubicado sobre este portón se encontraba tapado por una bandera, lo que habría restado su importancia como vía de escape.

Un sinnúmero de testigos han sido contestes en describir “la pila” humana que se había generado en el sector del portón alternativo cuando los bomberos lograron abrirlo durante las tareas de rescate, por lo que las manifestaciones de los recurrentes lucen contrarias a las probanzas producidas en el debate.

Sobre la trascendencia otorgada por el tribunal, basta aquí con señalar las consecuencias del siniestro para darse una idea de que las salidas que se hallaban efectivamente disponibles eran insuficientes y tener en consideración el tamaño de esa puerta para dar cuenta de su importancia para una evacuación rápida y segura.

En definitiva, el imputado Chabán entendía que la “puerta alternativa” era una de las salidas del local (lo indicaba el

cartel) y de su importancia como vía de escape.

Así se lo había demostrado la realidad, cuando fue abierta para permitir la evacuación del público ante el principio de incendio producido durante el recital del grupo "Sexto Sentido".

Este aspecto parecería lindar con otro de los fundamentos introducidos por los defensores técnicos de Chabán, cuando señalan que esa salida no esta prevista en la ley, que no debería haberse habilitado el local y que la falta de controles no le puede ser achacada a su defendido.

Estas circunstancias no eliminan el conocimiento sobre el estado del portón el día del hecho y, además, esas consideraciones no resultan convincentes cuando es el mismo Chabán quien, entre otros, se encuentra imputado de maniobras espurias tendientes a evitar la fiscalización por parte de determinadas reparticiones públicas.

Lo cierto es que la salida existía, fue utilizada como tal ante situaciones que requerían una evacuación más o menos expeditiva y durante el recital de "Callejeros" del 30 de diciembre estaba cerrada por orden de Chabán.

Y si Chabán no era libre para disponer la apertura de esa puerta durante su explotación en el local, como pretende insinuar la defensa, debió haber desistido de llevar adelante esa actividad, máxime cuando fue notificado personalmente por la Superintendencia Federal de Bomberos, acerca de la necesidad de que durante el desarrollo de las actividades que se cumplirían en el local los medios de salida debían encontrarse despejados.

Estas mismas consideraciones resultan útiles para rechazar sus agravios en torno del resto de las puertas de salida, es decir, las denominadas "vaivén" y la "de emergencia".

En el primero de los casos, porque en solitario resultaban a todas luces insuficientes para una evacuación efectiva en relación al número exorbitante de personas que se encontraban en el lugar la noche del hecho.

Este extremo fue correctamente valorado por el tribunal *a quo*, cuando afirmó que *"La probada limitación de las puertas ´vaivén´ era conocida por el acusado, ayudado por el sentido común y el marco situacional que necesariamente tuvo que haber visto desde su lugar –mangrullo de sonido-. En ese punto, nuevamente abona nuestra posición la experiencia que tenía el acusado en*

eventos de rock —según sus propios dichos desde hace aproximadamente 20 años se dedica al rubro espectáculos-(…) Como se puede advertir, Omar Emir Chabán tenia pleno conocimiento de que la estructura de las puertas vaivén iba a dificultar la evacuación del local, máxime cuando estaba colmado de gente y se habían convertido, por su propia obra, en la única vía de escape del salón propiamente dicho, toda vez que había cerrado el portón alternativo” (fs. 67206 vta.).

Incluso recordemos que el tribunal *a quo* le resto relevancia al hecho de que las puertas vaivén estuvieran abiertas o cerradas porque *“del ensayo complementario que este tribunal ordenó efectuar sobre las puertas, se pudo demostrar con certeza que dichas puertas aún cuando estuvieran cerradas con pasadores cedían ante la simple presión que podía ejercer cualquier persona —conf. fs. 164 del legajo de requerimientos efectuados por los peritos del I.N.T.I.”*.

Por eso no se alcanzan a comprender aquellos agravios de la defensa relativos a que este peritaje no se valoró y que tampoco se tuvo en cuenta que los bomberos declararon erróneamente que sólo dos puertas estaban abiertas, cuando todas se encontraban expeditas.

Ello así, porque los cuestionamientos de la defensa van dirigidos a afirmaciones que la sentencia no contiene, esto es, que las puertas “vaivén” o algunas de ellas estuvieran cerradas.

Respecto de la puerta de “emergencia”, su utilización como medio de ingreso y los vallados allí existentes habían sido colocados por los organizadores del evento, entre ellos Chabán, quien además se encontraba en el local al mismo tiempo que se procedía de ese modo; por tanto, no es posible negar el conocimiento de Chabán sobre estos extremos y, en tal virtud, los agravios deben ser rechazados.

3.b. Agravios relacionados con el aspecto volitivo del dolo.

Con relación a la defensa de Chabán quedan por tratar los agravios relativos a la representación del peligro, al aspecto volitivo del dolo, a la supuesta voluntad evitadora del peligro, sobre los errores alegados y a la ocurrencia de culpa con representación.

A fin de brindar la debida respuesta a los planteos

defensistas, corresponde recordar la valoración que sobre el punto realizó el tribunal del juicio.

En tal sentido, comenzaron diciendo los magistrados que *"respecto de Omar Chabán, resulta por demás claro que era plenamente consciente del peligro común que para los bienes y personas que se encontraban en el interior del recital se podía generar"* (ver fs. 67207 vta.).

En esa dirección resaltaron que *"para probar este extremo, basta solamente recurrir nuevamente a las palabras que el nombrado pronunció la noche de los hechos"*, en tanto Chabán *"no solamente dijo que había 6 mil personas, que se podía prender fuego el techo, que no iban a alcanzar las salidas, sino que emitió un pronóstico y dijo que si el lugar se incendiaba no iban a poder salir y que todos podían morir como en Paraguay"*.

Destacaron que entonces *"no quedarán dudas que Chabán se representó la situación de peligro común que se podía generar si el espectáculo continuaba en esas condiciones y que actualizó ese conocimiento"* pues *"al saber que el lugar estaba atestado de personas, que el portón alternativo estaba cerrado, que el techo se podía prender fuego — tal como había ocurrido en la semana anterior-, como así también que de comenzar el show de 'Callejeros' el público necesariamente iba a accionar material pirotécnico, indefectiblemente conocía la situación de peligro común en curso y que gran parte de los espectadores quedarían expuestos a dicho peligro"*.

Añadieron que Chabán además *"conocía perfectamente su poder de detener el recital, es decir, su capacidad de realizar la acción indicada; ello así, porque efectivamente lo detuvo antes. Cuando se subió a la consola de sonido, paró la música y se dirigió al público, se demostró a si mismo que la posibilidad de influir en el suceso estaba en sus manos"*.

Y que por lo tanto *"si Chabán conocía las circunstancias que fundamentan el peligro y su capacidad de evitarlo en los términos aquí expresados y, pese a ello, dejó transcurrir los acontecimientos en esas condiciones, en la terminología de Rodríguez Montañés, ´aceptó´, ´consintió´ o ´se conformó´ con la producción de ese peligro común, puesto que respecto del peligro en sí mismo no quedaba ya margen de confianza racional en su posibilidad de evitarlo si continuaba permitiendo el desarrollo*

del espectáculo”.

De esta manera, expresaron que *“quedó demostrado que Chabán se representó y aceptó el peligro típico del delito de incendio” y que “con ello, queda satisfecho el tipo subjetivo del tipo base”*.

Luego de tener por acreditado el dolo respecto del tipo básico del delito de incendio, el *a quo* se dedicó a analizar si podía predicarse el dolo de Chabán respecto de las muertes y lesiones producidas a consecuencia del incendio.

En torno a ello, los magistrados expusieron que *“Chabán efectivamente se las representó y sabía de su posibilidad, lo cual está plenamente acreditado porque lo dijo la noche del hecho”*; sin embargo, sostuvieron que *“si bien la situación de peligro común fue aceptada por Chabán, éste tenía razones legítimas para confiar en que finalmente los resultados lesivos no se producirían, o que al menos no iban a tener lugar de la manera y en la magnitud en que se produjeron”*.

Para fundar esta afirmación y descartar el dolo respecto de las muertes y lesiones, los sentenciantes valoraron elementos que si bien dieron basamento para afirmar que Chabán era consciente del peligro común, *“a la hora de interpretarlos en relación a los resultados lesivos finalmente acaecidos, juegan a favor del acusado”*.

En esa línea explicaron que *“es cierto que los focos ígneos que se acreditaron como producidos en ´República Cromañón´ los días 1ero. de mayo y el 25 de diciembre de 2004, permiten tener por probado que Chabán sabía de la posibilidad de un incendio que, por tratarse de un lugar cerrado, podía generar un peligro comunitario”*.

Sin embargo *“la precariedad con que finalmente pudieron ser apagados y la circunstancia de que en definitiva nunca produjeron un resultado lesivo —sea muerte o lesiones-, permiten afirmar que Chabán podía confiar legítimamente en que pese a la inseguridad de la situación, la lesión efectiva se podía evitar”*; por lo que a pesar de todo, Chabán *“se asignaba una chance racional de evitar la consecuencia dañosa con determinados medios o formas que en otros casos fueron suficientes; basta ello para negar el dolo de lesión en su obrar”*.

También para descartar el dolo de lesión los magistrados

añadieron que *"no existe indicio o elemento de prueba alguno que torne factible sostener que Chabán efectivamente se representó que como consecuencia del incendio se iba a producir el deceso de 193 personas de la manera en que definitivamente acaeció, ni tampoco la cantidad de lesionados"*.

Y sobre este punto, valoraron el *"desconocimiento sobre las características del material que se encontraba ubicado en el techo del local, en lo que respecta a la acción rápida y letal que la emanación de los gases producto de su combustión generó"*; pues si bien Chabán *"no podía desconocer que los materiales eran combustibles porque personalmente ya había experimentado dos incendios anteriores -lo cual permite afirmar la aceptación del peligro-, lo cierto es que no tenía por qué saber que la ignición de esos productos era capaz de generar el síndrome de asfixia inhalatoria que condujo a la muerte de tantas personas"*.

Incluso ponderaron que *"su propia presencia en el lugar de los acontecimientos, ubicado dentro del salón, como así también de familiares y allegado suyos, constituyen motivos más que razonables para sostener que finalmente confiaba en que la lesión no se iba a producir"*.

En definitiva, los jueces del tribunal oral indicaron que *"Chabán era plenamente conciente del peligro común que la producción de un foco de fuego podía generar para los bienes y personas que allí se encontraban, incluyendo su propia puesta en peligro"* aunque *"desde un punto de vista volitivo, tenía motivos suficientes para confiar en que finalmente los resultados materiales lesivos no iban a tener lugar"*.

Y aclararon que *"en el delito de incendio doloso esto último no es necesario; el resultado típico, como lo venimos exponiendo, es el peligro común, que Chabán conocía y aceptó. Dejó el bien jurídico seguridad pública en manos del azar, al permitir el desarrollo del espectáculo en las condiciones de peligro en que se estaba realizando"*.

Asimismo, expusieron que *"estas consideraciones relativas a la imposibilidad de demostrar en el caso concreto que Chabán haya obrado con dolo eventual de lesión, son las que nos llevan a descartar la calificación legal del hecho como homicidio doloso que han pregonado algunos acusadores"* puesto que *"si Chabán confiaba racionalmente en que el resultado lesivo no iba a tener*

lugar, como acabamos de demostrar, habrá de negarse definitivamente el dolo eventual de lesión que se pretendió alegar como basamento de dichas acusaciones”.

Pero además, la sentencia valoró “in extenso” las argumentaciones de la defensa de Chabán en cuanto a los errores invocados y las conductas evitadoras, aclarando que ello permitía descartar el dolo eventual respecto de las muertes y lesiones, no así con relación a la situación típica de incendio con peligro común.

En esa dirección, los sentenciantes expusieron que *“la defensa, bajo la terminología de ´error de hecho´, ha realizado una serie de afirmaciones en pos de negar el conocimiento efectivo que su pupilo tenía de distintas circunstancias que hacen al tipo penal del incendio doloso”* concretamente *“a la valoración errónea que realizó del contexto en que se llevó a cabo el recital, al desconocimiento en cuanto a las condiciones de habilitación del local de baile clase “c”, la limitación que surgía de dicho instrumento en cuanto a la capacidad admitida y finalmente a la existencia de paneles que consideró ignífugos”*.

Destacaron los magistrados que *“es aquí donde podemos trazar un paralelo con las afirmaciones nuestras del dolo de peligro y la imprudencia con relación a las muertes”*, puesto que *“los aspectos señalados por el doctor Vicente D’Áttoli cobran relevancia para afirmar la culpa del comportamiento y descartar así que haya existido conocimiento y voluntad de realización de las muertes, pero no tienen entidad para descartar el dolo con relación al peligro común”*.

En ese sentido, dijeron que *“no negamos que la magnitud de los incendios anteriores, su extinción, la existencia de mangueras en el local que habían sido utilizadas en una de las ocasiones, fueron sin duda factores que pudieron hacer confiar a Chabán en que se lograría evitar el resultado muerte y lesiones”*.

Agregaron que tampoco *“podía afirmarse que el imputado conociera que ante la combustión del material colocado en el techo se produciría una rápida liberación de gases letales”*.

Y por todo ello, indicaron que *“debe considerarse entonces en su favor, la existencia de un error sobre la relación de causalidad, pero no como lo propone la defensa para negar la existencia de la tipicidad subjetiva del incendio, sino para la*

provocación del resultado muerte de los concurrentes".

En la misma línea el tribunal *a quo* valoró el corte de sonido realizado por Chabán, al decir que *"si bien ese comportamiento se reveló como estéril para impedir el incendio, fue sí un intento en pos de evitar la lesión o muerte de los asistentes"*; ello así, puesto que Chabán *"en su representación, y así lo verbalizó en sus declaraciones, el corte de sonido debía servir como suficiente advertencia al público de lo que estaba ocurriendo"*.

También los magistrados entendieron que debía *"computarse objetivamente en su favor que procuró dirigirse hacia el lugar en donde se encontraba la manguera más cercana (con la que erróneamente creyó que sofocaría el incendio), lo que no le fue posible precisamente debido al gran número de asistentes al recital"*.

Y remataron su idea al decir que *"lo que no advierte la defensa es, justamente, que todas estas circunstancias que desde aquí no se pretenden negar, sirven para sustentar que Chabán no tenía dolo eventual respecto de la muerte de las personas. Pero del peligro común, como resultado típico de la figura básica del incendio, si era plenamente consciente y lo aceptó. Ello alcanza para afirmar el dolo de peligro"*.

Pues bien, adentrándonos a los agravios de la defensa, en primer lugar, corresponde desechar la excusa esgrimida acerca de que no existió "representación del peligro", puesto que si Chabán conocía todos los factores de riesgo, como hemos afirmado más arriba, necesariamente debió representarse la situación objetiva de riesgo que su conjunción denotaba.

Es más y en esto debemos coincidir con el *a quo*, Chabán no sólo se representó la situación de riesgo, sino que reflexionó sobre ella y realizó un juicio de peligro, en tanto lo manifestó al público minutos antes de que se desatara el incendio.

Más allá de cuáles hubieran sido las palabras precisas que en definitiva haya vertido Chabán, estas demuestran inequívocamente que existió una clara representación del peligro común que existía en el local y de la posibilidad latente de que se produjera un incendio si las cosas continuaban de esa manera.

Tampoco puede tener asidero el argumento defensista relativo a que en los incidentes previos en el local sólo se

produjo un “fuego” y no un “incendio”, puesto que el cuadro objetivo de peligro no se presentaba de la misma manera en ambos casos, en la medida en que el 30 de diciembre de 2004, la exorbitante cantidad de concurrentes demostraba que el más mínimo inconveniente con el uso de pirotecnia, comportaría inexorablemente una situación de extremo peligro.

En este punto, no podemos dejar de recordar que en los incendios anteriores, la evacuación del local se produjo por la escasa cantidad de asistentes, e incluso, en el acaecido del 1° de mayo, porque la “puerta alternativa” se encontraba expedita.

Por tanto, como ya lo hemos expuesto, los incendios anteriores en el local permiten acreditar que Chabán sabía de la posibilidad que los materiales del techo podían combustionarse, lo que sumado al cuadro objetivo que se presentaba la noche del 30 de diciembre (medios de salida obturados, cantidad desbordante de concurrentes y empleo incesante de pirotecnia), nos llevan a la convicción que la situación de peligro común como resultado típico del incendio era conocida por el imputado.

Y sobre esto último, como bien ha sostenido el *a quo*, la circunstancia que en los incendios anteriores no se hayan producido consecuencias lesivas, permiten descartar el dolo eventual respecto de las muertes y lesiones, no así del resultado de peligro común del tipo base del artículo 186 del Código Penal.

En la misma línea corresponde descartar el agravio de la defensa en cuanto a que Chabán no se podía representar y reflexionar sobre la rápida liberación de gases letales, puesto que ese conocimiento no resulta necesario para demostrar el dolo respecto del incendio, en tanto se relaciona con el resultado lesivo; de hecho, esta circunstancia, como vimos, fue ponderada por el tribunal de juicio como error relevante de conocimiento para desechar el dolo eventual con relación a las consecuencias lesivas.

Tampoco pueden tener asidero los agravios identificados como “error de hecho y de derecho” (punto 10), pues ya hemos valorado acabadamente el conocimiento de Chabán sobre la calidad no ignífuga de los materiales; a su vez, la alegada “buena fe” con la que los colocó o que haya confiado que “obraba conforme a derecho”, pierden relevancia en la medida en que conocía las circunstancias de hecho que esa noche iban dirigidas hacia la

producción de un incendio.

Menos aún puede prosperar el agravio relativo a que Chabán podía confiar en que los asistentes al recital se iban a comportar conforme a derecho, puesto que la realidad verificada demostraba sin lugar a dudas, conforme lo valorara el *a quo*, que el empleo de pirotecnia era incesante dentro del local.

Por otra parte, vimos que la defensa de Chabán, para cuestionar la configuración del aspecto volitivo del dolo, alega que su asistido había tomado determinadas medidas para "evitar o disminuir el peligro".

Sobre el punto, corresponde hacer una distinción entre aquellas que se habrían dispuesto con anterioridad al evento y las desplegadas una vez producido el foco ígneo.

Respecto de las primeras, se aduce que Chabán colocó mangueras, matafuegos, luces de emergencia, ordenó un cacheo estricto, colocó carteles de prohibición, etc.

Sin embargo, fue el mismo Chabán (junto con el resto de los co-organizadores) quien además de disponer tales medidas, organizó el recital en las condiciones de extremo peligro en que se desarrolló, es decir, con medios de salida bloqueados, con una cantidad de concurrentes superlativa, con la presencia de materiales combustibles y ante el empleo incesante de pirotecnia.

A la luz de las circunstancias verificadas la noche del 30 de diciembre, las supuestas conductas "evitadoras" del peligro, no eran tales, sino más bien lucían como medios irrisorios para conjurar el incendio que se avecinaba, porque en las condiciones en que co-organizó el evento, las mismas no eran oportunas ni suficientes.

En lo inherente, a las segundas, esto es, el corte de sonido y la carrera hacia una manguera para extinguir el incendio, compartimos la apreciación realizada por el tribunal *a quo*, en cuanto a que esas conductas sirven de basamento para afirmar que Chabán obró con la voluntad de evitar que se produjeran las consecuencias lesivas, es decir, las muertes y las lesiones de los concurrentes, pero en modo alguno puede sostenerse que hayan sido conductas evitadoras de la situación de peligro, en la medida en que el riesgo típico del incendio, es decir, el peligro común para bienes y personas, ya estaba consumado en el momento de iniciarse la combustión.

Es decir, una vez que se produjo el foco ígneo en las condiciones en que se desarrollaba el evento, el resultado típico del delito de incendio ya estaba presente y, por ende, consumado el tipo base; las conductas posteriores a esta situación sólo podían estar dirigidas a evitar las consecuencias lesivas, pero no el peligro concreto característico del incendio.

Al tratar los requisitos subjetivos del delito de incendio, sostuvimos que si el autor sabiendo que su comportamiento era capaz de generar el peligro común para bienes o personas indeterminadas, decide continuar con su proyecto de acción (o en su caso omisión) y no se asigna ninguna oportunidad racional de evitar que ese peligro se materialice, habrá aceptado -como posible- el resultado como consecuencia de su comportamiento voluntario, y por tanto, obrado dolosamente respecto de la figura básica.

También sostuvimos que no hace falta que el autor acepte las consecuencias lesivas de la situación peligrosa, porque estas se atribuyen a título de imprudencia.

Pues bien, como se ha demostrado Chabán sabía que el local estaba repleto de personas, que los medios de salida eran insuficientes, que el techo se podía combustionar y que ante el inicio del recital de “Callejeros” se utilizarían indefectiblemente elementos de pirotecnia, es decir, se representó la situación de peligro común, en tanto todo iba encaminado hacia la producción del incendio.

Pese a ello y sabiendo de su posibilidad de detener el curso de los acontecimientos, suspendiendo el espectáculo, optó por dejar transcurrir los hechos conociendo que no tenía ninguna chance racional para conjurar esa situación de peligro, si todo continuaba en esas condiciones.

Ello implica que aceptó la situación de peligro común como resultado típico del tipo básico del incendio y que por tanto existió el elemento volitivo del dolo respecto de esta figura.

Y es justamente aquí donde está el momento de la “decisión por la lesión del bien jurídico” que diferencia al dolo eventual (en el caso sobre la situación de peligro) y la culpa con representación que aduce la defensa de Chabán, puesto que en el delito de incendio, el bien jurídico es la “seguridad pública”, es decir, la seguridad de los bienes o personas de manera

indeterminada, la cual quedó en manos del azar a raíz de la conducta de los organizadores.

Que Chabán haya hablado desde la consola de sonido, no constituye una conducta evitadora como alega la defensa, sino todo lo contrario, puesto que ante los discursos que repetía en todos los eventos, el público se le reía en la cara e incluso le arrojaban pirotecnia. Las manifestaciones del acusado en esas circunstancias parecían ser parte del show, una actuación, pues en definitiva los asistentes jamás le hacían caso.

De esta manera, queda demostrado que la noche del hecho, dejó que el peligro siguiera vigente, sabiendo perfectamente que las medidas tomadas, eran inútiles o contraproducentes.

Cierto es que no es ni ha sido pacífica la doctrina en punto a establecer el límite entre el dolo eventual y la culpa con representación; prueba de ello son las distintas posiciones que ponen énfasis en el elemento volitivo del dolo (teorías del consentimiento y del sentimiento), como aquellas que sólo se apoyan en el aspecto intelectual o cognoscitivo (teorías de la probabilidad).

Hemos encontrado en la doctrina española una autora que ha propuesto una solución a la cuestión que desde aquí compartimos, y que ilumina como encontrar la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con representación, en el "error sobre la capacidad de evitación del resultado".

Sobre el punto, enseña Corcoy Bidasolo que *"siendo el objeto del dolo, el riesgo propio de la conducta y exigiendo el conocimiento de ese riesgo típicamente relevante, se deduce, de forma inmediata, la afirmación de que el sujeto ha previsto el resultado. El resultado previsible está implícito en el riesgo conocido por el autor: el conocimiento propio del hecho doloso comprende la previsibilidad individual del resultado"* (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "El delito imprudente, Criterios de imputación del resultado", B de F, 2da Edición, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 255).

A su vez, *"en la culpa consciente, junto a la previsibilidad del resultado por el agente, se ha de constatar la exclusión, en su conciencia, de la efectiva realización"* (Ibídem).

Ahora bien, en la búsqueda de este elemento diferenciador entre una y otra categoría, la autora continúa explicando que *"es*

posible afirmar que toda la doctrina estaría de acuerdo en que, es característico de todo hecho imprudente el no querer el resultado y que, a pesar de todo, éste se produce; es decir existe un error en la conciencia del sujeto. Por lo tanto, si pese al conocimiento de la peligrosidad de la conducta, el autor cree, erróneamente, que puede evitar el resultado, concurrirá imprudencia y no dolo" (Ibídem, ps. 269/70).

De esta manera llega a la conclusión de que *"el error sobre la capacidad de evitación es el elemento que permite, de concurrir, calificar a* [los] *hechos como imprudentes"* (Ibídem, p. 270).

Por lo tanto, de acuerdo a esta concepción, la distinción entre dolo eventual y culpa con representación radicaría en la constatación de un elemento presente en la segunda y ausente en el primero, el error sobre la evitabilidad del resultado: el individuo que valora erróneamente su capacidad para impedir el resultado típico obrará con culpa consciente; por el contrario, si el sujeto conoce su falta de capacidad para evitar el resultado y, a pesar de ello, sigue actuando, cometerá el hecho dolosamente, aunque no desee directamente su producción (dolo eventual).

Profundizando los conceptos indica que *"este error no podrá (…) apreciarse nunca cuando el autor no tiene ninguna clase de control sobre las consecuencias de su comportamiento"*, lo cual sucede *"en aquellos casos en los que el autor, una vez creado el riesgo –y conociendo su efectiva virtualidad- deja de controlarlo, por lo que no puede tener una confianza racional en la ausencia del resultado."* (Ibídem, ps. 270/1).

Teniendo en cuenta que en el *sub judice* el resultado que debe abarcar el dolo lo constituye el peligro común propio del incendio, queda por demás claro que aquellos que organizaron el espectáculo, entre ellos, Chabán, ante el cuadro fáctico de extremo peligro que denotaba el desarrollo del evento a medida que el local se colmaba de personas, conocían su falta de capacidad para evitar que el peligro típico del incendio se configure si dejaban transcurrir los acontecimientos, sin detener el show en el momento oportuno.

Es que una vez que se iniciara el recital de "Callejeros" el uso de pirotecnia iba a ser incesante y en las condiciones en que se encontraba el local (con medios de salida obturados,

abarrotado de personas y con la presencia de materiales inflamables), nadie podía asignarse ninguna chance racional de evitar que se produzca un incendio peligroso.

El control de la situación por parte de los organizadores y, por ende, su capacidad de evitar el resultado (de peligro) existía hasta que comenzara el show de "Callejeros"; luego de ello, y como la pirotecnia indefectiblemente se iba a accionar, la producción de un incendio peligroso era una cuestión que ya no iban a poder evitar.

Los organizadores tuvieron la posibilidad de decidir y lo hicieron a favor del riesgo: continuaron el show en esas condiciones.

Concretamente Chabán tuvo la oportunidad de decidirse y actuar conforme a la norma: con el marco riesgoso configurado tuvo la posibilidad de tomar el micrófono y decidir la suspensión del recital o continuar de esa manera; ya sabemos qué escogió, que el peligro siguiera latente y que el bien jurídico quedara en manos del azar.

No primó en él ni siquiera el más mínimo sentimiento de protección concreta del público dado que de ser así, hubiera dispuesto que la puerta alternativa de grandes dimensiones ubicada a un lado del escenario se encontrara expedita para ser utilizada. Lejos de ello y demostrando su desinterés por la seguridad de los concurrentes, dejó que las cosas siguieran su curso y la puerta, en los hechos, continuó inutilizable.

Esa mínima pero trascendental y necesaria medida que, es indiscutible, estaba en su poder tomar en ese momento, hubiera disminuido considerablemente el peligro que se cernía sobre los concurrentes.Es que desde el momento en que dispuso, tal como lo contó Bordón, la colocación de un candado -sea por disposición de las autoridades del Hotel o por otro motivo-, demostró que en nada le interesaba disponer de esa alternativa de seguridad. Especialmente el día del hecho en donde confluían situaciones específicas que incrementaban el riesgo latente, a saber: el local desbordado de gente y la presentación de una banda de gran convocatoria y que hacía de la utilización de pirotécnia en los shows su marca registrada.

A una persona de la experiencia de Chabán no podía pasársele por alto que la situación era más riesgosa de lo

habitual y, al menos en esa oportunidad, disponer que el portón alternativo se encontrara en condiciones de cumplir con su función: permitir la evacuación de las personas en caso de siniestro. Lo ocurrido nos exime de otros comentarios.

Únicamente añadiremos que conforme se desprende de la plancheta de habilitación del local —fs. 350 de la Pericia de Arquitectura-, *"…el local posee una salida alternativa, la que se activa exclusivamente en caso de producirse un siniestro, permitiendo la evacuación del público concurrente por un corredor que sirve en casos normales para la entrada y salida de vehículos…"*.

Según surge de las pruebas producidas en el juicio, Chabán conocía dicha habilitación y, por ende, los términos de la misma. En tal sentido, al momento de entrevistarse con personal de la Comisaría 7ª de la P.F.A., tuvo en su poder la aludida plancheta, incluso se la exhibió al oficial Carlos Abel Stortini.

En definitiva, sabía que el portón debía estar expedito en caso de siniestros y, sin perjuicio de ello, decidió continuar adelante con el show sin adoptar, al menos, esa básica y obvia medida de seguridad, que hubiera disminuido considerablemente el peligro para los presentes.

Estas consideraciones descartan los agravios introducidos por la defensa de Chabán en la oportunidad prevista por el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto a que su asistido no tuvo el dominio sobre la situación de peligro o la causa fundamental del resultado, en tanto esa posibilidad de influir sobre el suceso y evitar el incendio existió antes de que la banda comenzara a tocar.

También aquéllos aducidos sobre la incapacidad psíquica para determinarse en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, toda vez que estos extremos no se relacionan con el dolo, sino con la culpabilidad del autor. Este último elemento de la teoría del delito no se ve conmovido por las simples manifestaciones de la defensa y ha sido correctamente valorado en la sentencia en el acápite correspondiente.

Debe tenerse presente, que al hablar desde la consola, Chabán sólo decidió continuar con el show y, por ende, consolidó la situación riesgosa, cuando pudo y debió ordenar la suspensión del evento; ello así, además, puesto que no guiaba la conducta del

público ni podía incluso confiar en sí mismo porque tenía un pie operado y no se podía trasladar fácilmente por el local, el cual a su vez, estaba repleto de personas.

La decisión a favor del peligro estaba presente, pues no había margen de una confianza racional para conjurarlo.

Concluimos finalmente señalando que, incluso, si se repara con mayor rigor en las circunstancias que rodearon el caso, la conducta debida que tenían que haber adoptado los co-organizadores y que hubiera evitado certeramente la producción del incendio peligroso, era la cancelación del evento ni bien se "dio puerta" y se advirtió que el publico ya en el recital de "Ojos Locos" comenzó a detonar artefactos de pirotecnia.

Es que allí ya se advertía una posibilidad latente de incendio que con el correr de los minutos era aún más peligrosa; por esta razón, entendemos que los organizadores si realmente querían velar por la seguridad de los espectadores deberían haber intervenido ya en ese momento.

Transcurrido un lapso considerable de tiempo, es decir, desde que se "dio puerta" y comenzaba a notarse el uso de pirotecnia hasta el inicio del show de "Callejeros" propiamente dicho, los organizadores no dispusieron de medida alguna para conjurar seriamente el incendio con peligro común que se avecinaba.

Sin embargo y en consonancia con el reproche formulado por el *a quo*, ponderamos la situación a favor de los acusados y trasladamos la atribución de la realización de la acción debida al momento extremo donde el cuadro objetivo de peligro de incendio ya era más próximo y evidente, esto es, cuando "Callejeros" iba a comenzar a tocar.

Ya en este lapso final, no había excusa alguna para no intervenir. Ante sus ojos todo indicaba que el incendio era inminente y, sin embargo, reiteramos, dejaron librado el bien jurídico al azar; por ello habrá de afirmarse su responsabilidad dolosa, que incluso podría sostenerse, como venimos exponiendo, desde que dejaron que la gente que había concurrido al show ingresara al local y se dirigiera hacia un cuadro de peligro en total situación de desamparo.

Claro que no hubo una decisión en favor de las muertes y lesiones de los asistentes, pero ello -también lo reiteramos- no

resulta necesario para afirmar el dolo del tipo de incendio, puesto que -repetimos una vez más- la agravante se imputa a título de imprudencia.

La presencia de Chabán, sus amigos y allegados en el lugar, impiden afirmar el dolo eventual con relación a las consecuencias lesivas, no así respecto del peligro común como resultado típico del incendio, lo que nos lleva a desechar los agravios defensistas que se relacionan con estos extremos.

En este último sentido debe ponderarse la circunstancia de que en los incendios anteriores no se haya producido ningún lesionado, el desconocimiento del carácter letal de los gases tóxicos, como así también el corte de sonido y la carrera hacia la manguera que realizara Chabán, tal como lo hemos explicado y fuera correctamente valorado por el tribunal *a quo*.

Es sabido que existe una corriente de autores más actuales que prescinden del elemento volitivo del dolo y que definen al aspecto subjetivo del tipo como puro conocimiento.

En esa dirección se sostiene que "*concurre una realización dolosa cuando un sujeto actúa pese a atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal*" (RAGÜES I VALLÉS, Ramón, "El dolo y su prueba en el proceso penal", José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 175).

Para estos autores, la confianza en evitar el resultado sólo podrá jugar un papel determinante en la medida en que se reconduzca a un error de conocimiento. En ese sentido, se dice pues que "*la confianza sólo será relevante en aquellos casos en que incida de modo tal en la representación del sujeto que ya no se colmen las exigencias del elemento cognitivo del dolo*" (RAGÜES I VALLÉS, Ramón, ob. cit. p. 160).

En la misma línea, se indica que "*para afirmar que se ha obrado dolosamente basta con que el sujeto activo haya actuado representándose la concurrencia en su conducta de los elementos objetivos exigidos por el tipo. En los delitos de resultado, dicha exigencia cognitiva se concreta entendiendo que, para afirmar el dolo, basta con que el sujeto haya obrado con conocimiento del riesgo concreto de producción del resultado.*" (Conf. LAPORTA, Mario Hernán, "El dolo y su determinación en casación, Normativización y ubicación estructural en una concepción personal del injusto", Ed. Lexis-Nexis, 1era. Ed., Buenos Aires, 2007, p.

73).

Algunas posiciones cercanas a las comentadas no sólo descartan de plano el papel del elemento volitivo, sino que incluso parecen ir más allá, al objetivar el contenido del dolo, cuando sostienen que para su configuración *"el autor no es competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro, del que es conciente, de que se realice el tipo, sino que lo es el Derecho" (*PUPPE, Ingeborg, "La distinción entre dolo e imprudencia, Comentario al art. 15 del Código Penal amenán, Traducción de Marcelo A. Sancinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 82).

Si bien esta Sala no comparte estas concepciones del dolo, va de suyo que su aplicación al caso concreto también permitirían afirmar, sin temor a equivocarnos, el carácter doloso de la omisión penalmente relevante, toda vez que la conciencia del peligro determinada por el conocimiento de los factores de riesgo, resulta un extremo que a esta altura, y por los fundamentos anteriormente expuestos, deriva indiscutible.

Tampoco pueden tener acogida favorable los argumentos ensayados por la defensa en cuanto a que debió tratarse el tipo culposo, pues si el juicio de subsunción en el tipo básico doloso se encuentra satisfecho, se descarta por añadidura la imprudencia de la misma conducta.

Hemos descartado todos los agravios de la defensa de Chabán en torno a la imputación dolosa del delito de incendio agravado por el resultado muerte (artículo 186 inciso 5° del Código Penal).

Tales consideraciones alcanzan también para rebatir los argumentos de la defensa de Argañaraz en relación con la supuesta aplicación del tipo culposo, a la inexistencia de dolo eventual derivada de la presencia suya y sus familiares en el lugar, como asimismo a la inexistencia de "*intención de dañar*" o a la no aceptación del empleo de pirotecnia *"para matar o lesionar"*.

Ello así, dado que se tratan de argumentos que no toman en cuenta los fundamentos del fallo del Tribunal Oral, en cuanto ha indicado claramente que estamos ante un delito de peligro y que la estructura subjetiva del tipo debe atender a ese punto básico.

Insistimos que el tribunal de juicio ha sido claro en señalar que la actitud subjetiva del imputado sólo abarcaba los

elementos objetivos del delito de peligro, y no así el resultado lesivo, toda vez que éste no forma parte del tipo objetivo.

Por tanto, los agravios de la defensa de Argañaraz, al desconocer ese fundamental y diferenciado aspecto, suponen una afirmación que la sentencia no contiene: la imputación dolosa de las muertes y lesiones.

Finalmente y en cuanto a los agravios inherentes a que el hecho se juzgó en función de la cantidad de victimas fatales y no sobre el contenido del dolo del autor, corresponde decir que la defensa no brinda argumentos serios para rebatir la construcción que del dolo se realizó en la sentencia, sino que simplemente pretende atacarla presumiendo que las conclusiones se adoptaron por la magnitud del hecho en sí mismo, extremo que no demuestra y que, por tanto, no puede tener acogida favorable.

4. Agravio de la defensa de Chabán sobre el dolo de los sujetos que arrojaron las candelas.

Los señores defensores de Chabán alegan asimismo que las personas que arrojaron las candelas que dieron origen al foco ígneo acaecido durante el recital *"se dieron perfectamente cuenta que su actuación podría conducir fácilmente a la producción del siniestro, precisamente, a pesar de ello no renunciaron a ese plan"*, por lo que *"obraron dolosamente"*, *"violaron las prohibiciones de carteles puestos en el local"* como así también las *"del Renar insertas en las candelas"* y, además, *"eludieron el cacheo"* y *"desoyeron las advertencias de Chabán y Fontanet"*.

Aducen que el accionar de esos sujetos *"constituye un acontecimiento excepcional e imprevisible que rompió el nexo causal"* y que por tanto existieron concausas que excluyen *"la acción (o autoría) de Chabán"*.

Agregan, por otro lado, que el fallo omitió ponderar la bengala de uso marítimo incrustada en el techo y de la cual da cuenta la pericia de bomberos.

Ahora bien, en este punto la defensa de Chabán se alza contra algunas afirmaciones contenidas en la sentencia, concretamente, en el capítulo dedicado a la "autoría en comisión por omisión" y a la denominada "prohibición de regreso".

La defensa no ha cuestionado las extensas consideraciones dogmáticas vertidas en ese acápite del fallo, por lo que no corresponde que aquí nos avoquemos a profundizar sobre esos

conceptos; si debemos dar cuenta de lo establecido por el *a quo* en cuanto al obrar de los sujetos que dispararon las candelas que dieron origen al incendio y que en definitiva resulta el eje del agravio.

En este sentido, tras fijar el marco teórico, los magistrados indicaron que *"la prueba reunida ha podido determinar con certeza que quien o quienes arrojaron las candelas la noche del 30 de diciembre del año 2004 fueron asistentes al recital del grupo ´Callejeros´"* y agregaron que el encendido de ese material *"formaba parte de la habitualidad de los recitales del grupo"* y *"también era una constante en el local ´República de Cromañón´"* (fs. 67216).

Explicaron que *"estas personas desconocían los factores de peligro que fueran individualizados en la situación típica que es objeto de reproche, a excepción del exceso de concurrentes que, como ya dijimos era una cuestión evidente"*; ello así en tanto *"desconocían la situación de las puertas de salida, también la naturaleza y alta combustividad del material con que se recubría el techo"* (fs. 67216 vta.).

Añadieron que *"al no tener conocimiento del contexto de la situación, existía en él o ellos un error de tipo en cuanto a la producción del peligro"* razón por la cual *"no eran libres en el sentido de acción libre y voluntaria orientada a la producción del resultado ´peligro´ —el incendio-, necesario para afirmar su comportamiento doloso"*; por ello concluyeron que *"no resultará posible invocar la prohibición de regreso"*. (Ibídem).

Asimismo, sobre esta cuestión, el tribunal de juicio también ponderó la posible incidencia que las advertencias de Chabán pudieron haber generado en los sujetos que arrojaron las candelas en lo inherente a la actualización del conocimiento del peligro.

En esa dirección, destacaron que *"se podría pensar que como Chabán hizo la advertencia que tomamos como parte del juicio de peligro que realizó Argañaraz, los concurrentes también debieron actualizar ese peligro luego del discurso"* (fs. 67217).

Expusieron que sin embargo, *"de acuerdo a la prueba producida en el juicio, resulta inequívoco afirmar que los jóvenes que concurrieron esa noche restaron todo tipo de relevancia al discurso de Chabán"*, en tanto *"muchos se lo tomaron en broma y*

reaccionaron insultándolo” (Ibídem).

Sobre el punto, los magistrados señalaron que *“resulta ilustrativo lo dicho por Gisela Andrea Contrera, en tanto recordó que luego del discurso de Chabán el público no depuso su actitud”;* agregaron que *“Sebastián Darío Fernández destacó que la gente ´chifló y puteó´ al acusado cuando solicitó que no tiren más pirotecnia.”*; que *“Gustavo Martín Pascual dijo que la gente ´se tomaba como a risa´ las cosas que decía Chabán, justamente por la forma en que pronunciaba su discurso”*; y que *“Diego Ariel Monges Torres expresó que debido al tono desafiante y la furia que había generado el discurso de Omar Emir Chabán, debió salir el cantante Patricio Santos Fontanet para ´calmar los ánimos´”* (Ibídem).

Asimismo, destacaron que *“concuerdan con los extremos enunciados las declaraciones de los testigos Alejandro Humberto Fernández Roa, Victoria Elena García, María Sol Demergassi, Rodrigo Nicolás Figueroa, Gabriel Alejandro García, Pablo Nicolás Lucero Sosa, Sebastián Alexis Lezcano y Silvio Fidel Maltese —entre otros-, quienes dijeron que cuando Chabán le pidió al público que no tire pirotecnia, los concurrentes no depusieron su actitud e incluso lo insultaron y silbaron”* (Ibídem).

De esta manera, el *a quo* concluyó que *“la prueba del juicio permite sostener con certeza que el público no le dio entidad a las manifestaciones de Chabán; por ende, no puede sostenerse que aquellos que arrojaran las candelas hayan obrado con el conocimiento actualizado del peligro que se generaba, justamente, por desconocer en concreto los elementos que conformaban la situación típica”;* motivo por el cual *“no opera para Chabán y Argañaraz la prohibición de regreso en el sentido que aquí se defiende”* (ver fs. 67217).

Sentado ello, corresponde señalar que conceptuamos que a los efectos de determinar la responsabilidad penal de los organizadores del espectáculo, no resulta dirimente establecer si los sujetos que arrojaron las candelas obraron con o sin dolo de producir el incendio, en la medida en que los primeros deben responder como garantes de la evitación del resultado típico, siempre y cuando estén presentes los requisitos típicos de la comisión por omisión con los alcances que aquí se han explicado.

En efecto, habiéndose acreditado que Chabán y el resto de los co-organizadores dispusieron la realización del evento en las

condiciones de peligro ya ponderadas, es decir, con los medios de salida obturados, con el lugar abarrotado de personas, con la presencia de materiales inflamables y ante el empleo incesante de pirotecnia, su responsabilidad penal como garantes, viene determinada por la omisión de ordenar la suspensión del espectáculo que en esas circunstancias iba dirigido inequívocamente a la producción de un incendio peligroso.

Por tanto, teniendo el control del espectáculo hasta que la banda comenzara a tocar y al no haber realizado la acción típicamente indicada para evitar el resultado típico (incendio con peligro común) con conocimiento y voluntad, la atribución del supuesto de hecho se formula como autoría directa en comisión por omisión, sin perjuicio de la responsabilidad que eventualmente pudieran tener otras personas.

Es más, existiendo una investigación en curso tendiente a establecer la individualización e identificación de quienes arrojaron las candelas, a nuestro criterio resulta incluso prematura la apreciación del *a quo* acerca de la inexistencia de dolo de parte de esos sujetos, pues ni siquiera se conoce aún la identidad de esas personas.

Lo que debe quedar en claro es que a los fines de la imputación trasladada a Chabán y al resto de los organizadores en "comisión por omisión", poco importa si aquellos que de mano propia dieron inicio al foco ígneo lo hicieron con dolo; ello no obsta a la responsabilidad penal de los que hoy están siendo juzgados.

Por ello, los agravios esgrimidos por la defensa de Chabán relacionados con el comportamiento de estos sujetos, no pueden prosperar.

Tampoco podrá tener acogida favorable la excusa esgrimida en cuanto a que el lanzamiento de las candelas comportó una situación *"excepcional"* o *"imprevisible"* que interrumpió *"el nexo causal"*, puesto que como lo hemos evidenciado y fue correctamente valorado por el *a quo*, el empleo de pirotecnia dentro del local era una constante y constituía uno de los factores de riesgo integrantes de la "situación típica" que los co-organizadores conocían.

Al tratar la comisión por omisión, explicamos que la causalidad natural no resultaba necesaria para esta forma de

atribución de responsabilidad penal, sino que bastaba con que la acción omitida hubiera podido evitar el resultado para afirmar el nexo de imputación, extremo que en el caso ha quedado demostrado.

Además, y si bien la cuestión inherente a la prohibición de regreso será abordada *in extenso* al expedirnos sobre la situación de los funcionarios públicos, entendemos que no puede predicarse la aplicación de este instituto cuando el comportamiento (acción u omisión) del primer actuante resulta doloso.

En efecto, en la actualidad, la discusión sobre esta categoría dogmática ha quedado limitada a la *"posibilidad de sancionar como autor de un delito imprudente a quien con su conducta descuidada ha posibilitado la comisión de un delito doloso"* (conf. REYES ALVARADO, Yesid, "Imputación objetiva", Temis, S.A., Tercera Edición, Bogotá, Colombia, 2005, p. 331); extremos que claramente no concurren en el caso, pues ya hemos demostrado el carácter doloso de la omisión penalmente relevante de los organizadores.

Finalmente, y en lo atingente a la bengala iluminante incrustada en el techo, cabe destacar que no se ha demostrado que ese elemento fuera el generador del foco ígneo, a lo que se suma que incluso cuando ello hubiera sido así la responsabilidad penal de los acusados en nada variaría, desde que en todo caso, ninguna duda cabe -y esto es lo relevante- en punto a que el inicio del fuego obedecio al empleo en las condiciones ya descriptas de material pirotécnico dentro del local. La determinación exacta de cual fue el preciso elemento de pirotecnia que desató la tragedia carece de interés en lo que a la atribución de responsabilidad penal de los aquí juzgados se refiere, pues la presencia de todo ese material en el lugar se encontraba prohibida, por el riesgo que su empleo entrañaba (riesgo que finalmente se concretó en el resultado incendio). De allí que deba afirmarse que no se alcanza a comprender en qué medida la omisión de ponderar la cuestión relativa a la referida bengala que se denuncia, puede resultar dirimente para la resolución del caso.

5. Agravios puntuales de la defensa de Argañaraz.

5.a. Relacionados con la determinación de hechos y su conocimiento.

Recordemos que la defensa del imputado Argañaraz se

agravia porque el local "República Cromañón" era considerado por el público y los artistas como uno de los mejores lugares cerrados para la realización de recitales masivos por las características de su estructura como asimismo porque los paneles acústicos que recubrían el techo estaban ubicados *"a una altura difícil de acceder por una acción normal de persona que desde el piso pudiera generar un elemento o factor de peligro"*.

Con relación a la calidad de ese material, expresa que su uso cotidiano (en colchones, almohadas, etc) no implica *"conocer su composición"* sino que denotan que se trata de algo "*inocuo e indiferente a cualquier daño"*.

Se agravia porque el material cobertor indicado como ignífugo no permitía conocer a *"nadie"* que se trataba de un elemento *"productor de un gas tóxico y mortal en su intensidad"* y destaca que Argañaraz no tenía obligación legal de saber las características técnicas y/o de composición del material ni los efectos derivados de su uso.

Vinculado con esto último, manifiesta que los incendios previos en el lugar se extinguieron *"de la manera más artesanal y simple"* y que *"sólo después del 30 de diciembre se le dio envergadura a los incidentes en los recitales de ´Jóvenes Pordioseros´ y ´la 25´"*.

Al respecto, señala que si bien Argañaraz estaba al tanto de esos sucesos, al consultarlo a Chabán sobre el punto, éste le dijo que se quedara tranquilo porque el techo era ignífugo; de ahí, agrega, que *"no estamos ante lo que Soler llama un fuego peligroso"* y que *"el mero fuego…no se reprime a título de delito sino de contravención o falta en la mayoría de las legislaciones"*.

Asimismo, se alza contra la sentencia porque *"se deben juzgar estos hechos, conductas, comportamientos y valoraciones con los parámetros previos al 30 de diciembre de 2004", indicando que para ese entonces, el evento musical llevado a cabo el día de la tragedia "era un recital más en lo que hace al rock de Callejeros o de cualquier banda de rock barrial de la época, y nada le hacía prever a ningún integrante de la banda y por supuesto a Diego Argañaraz como uno más, que un incendio se sucedería, no se percibía, ni nadie lo hacía, el riesgo latente que se desarrolló. Sino, por supuesto, no se hubiera convocado al público a República Cromañón, no se hubiera invitado a sus propios familiares. La*

banda misma no hubiese ingresado y actuado allí”.

También la defensa aduce que si bien Argañaraz pudo haber visto y conocido el portón alternativo al momento de las pruebas de sonido, no le prestó atención ni vio que estuviera cerrado con candados; agrega que bien podía suponer que éste se abriría y que no dependía de su asistido su control.

Por otro lado, el doctor Bois argumenta que la ausencia de controles por parte del Estado debe contar en la situación procesal de su defendido Argañaraz, que desconocía ciertas circunstancias involucradas en el suceso; especialmente se refiere a la habilitación del local y el control sobre el uso de ciertos materiales en lugares que se pudieran caracterizar como críticos.

De igual forma, indica el defensor que cuando se contrata a los integrantes de un grupo, éstos dan por supuesto *“que las condiciones de habilitación o permisos están cumplidos legalmente”* y que por ello *“juega el principio de presunción de legalidad de una actividad que se tiene controlada por la administración”*.

Explica que *“el común de la gente no pide plano de obra aprobado cuando alquila un inmueble”* y que Argañaraz *“nunca conoció, ni fue anoticiado (...) que el Gobierno de la Ciudad o la Policía Federal hubiere intervenido en algo relacionado a la actividad (...) en Cromañón”*.

Agrega que no debe perderse de vista la *“necesaria diferenciación de mi defendido con Omar Chabán”*, pues éste se trata del *“explotador del lugar, que tiene no sólo las atribuciones del dominio y conocimiento de la cosa, no sólo como atribuciones de la ley sino por la realidad de la posesión o ejercicio mismo de esas cosas”*. Se agravia porque respecto de Argañaraz la sentencia *“pretende darle ese mismo rango cuando su relación con el concreto de la cosa y el lugar tuvo sólo tres días de relación”*.

Por otra parte, la defensa señala que *“la percepción del riesgo que tiene la sociedad”* debió haber sido *“la espina dorsal de análisis de la sentencia”*, porque nadie percibía la posibilidad de incendio, y por tanto, tampoco podía conocerlo Argañaraz.

Aduce que para ese entonces nadie había suspendido un recital y cita como ejemplo el espectáculo brindado en “Obras Sanitarias” donde los funcionarios no percibieron el riesgo porque dejaron transcurrir el evento.

Ahora bien, en relación a la primera cuestión introducida por la defensa, es decir, al supuesto reconocimiento del local "República Cromañón" como uno de los mejores lugares para realizar recitales en lugares cerrados, corresponde decir que, a los fines de la responsabilidad de los organizadores, poco importa la estructura edilicia del complejo, si el evento concreto objeto del proceso se desarrolló en condiciones que inequívocamente iban dirigidas hacia la producción de un incendio.

En efecto, las ventajas edilicias que, según el público o artistas del mundo del rock, pudiera presentar el local "República Cromañón", pierden todo tipo de relevancia a los fines de la imputación, en la medida en que el recital llevado a cabo el día 30 de diciembre de 2004 se desarrolló con el lugar abarrotado de personas, con medios de salida clausurados u obstaculizados, con la presencia de materiales combustibles en el techo y ante el incesante empleo de fuegos artificiales, como ocurrió en la especie.

Es que lo importante para determinar la responsabilidad de las personas que organizaron el recital, son las condiciones verificadas el día 30 de diciembre de 2004, resultando irrelevantes las consideraciones que al respecto pudieran haberse tenido del local en sí mismo.

Estos extremos han sido correctamente advertidos por el tribunal *a quo* cuando en determinados pasajes de la sentencia afirma que *"el resultado de peligro común que para los bienes o personas comportó el incendio, sólo se explica si tenemos en cuenta todos los elementos riesgosos que se verificaron en el caso concreto, esto es, el exceso de concurrentes, el estado de los medios de salida, el material inflamable colocado en el techo y la utilización de pirotecnia dentro del local"* y que *"todos estos factores causales, que estaban preordenados en la dirección de la lesión del bien jurídico, fueron los que dieron al suceso su propia configuración, sin que pueda otorgarse relevancia a uno sobre otro a los efectos de la realización del tipo de injusto"* (ver fs. 67187).

Por tanto, este agravio no puede prosperar, como así tampoco el relativo a la supuesta "altura" de difícil acceso para una "acción normal de persona" a la que se encontraban los paneles acústicos cobertores del cielorraso, si tenemos en cuenta que la

realidad comprobada demostró que tales materiales efectivamente podían ser alcanzados por la clase de fuegos artificiales que se detonaban dentro del lugar.

Esta última cuestión nos introduce a otros de los agravios que deja traslucir el recurrente, esto es, al supuesto uso cotidiano del material colocado en el techo, a su carácter ignífugo, al desconocimiento generalizado de su capacidad para producir gases tóxicos y mortales como así también a la inexistencia de una obligación legal de saber de parte de Argañaraz sobre las características técnicas o de composición del material y los efectos derivados de su uso.

Con relación a ello y en la misma línea que venimos exponiendo, entendemos que no puede otorgarse trascendencia al uso cotidiano del material que recubría el techo ni a su supuesto carácter ignífugo, pues a los fines de la imputación, la calidad del producto no puede interpretarse aisladamente, sino en las circunstancias acreditadas de su empleo.

En efecto, aún cuando pudiera alegarse que la espuma de poliuretano y demás elementos que integraban el material que acustizaba el cielorraso del local resultaban de uso común en otros rubros, su existencia en el marco de un recital donde se accionaba en forma permanente elementos de pirotecnia capaces de elevarse en altura (candelas) y donde las personas se encontraban hacinadas y con medios de salida obturados, evidenciaba una situación del peligro inminente para aquellos que estaban en el lugar.

En ese contexto pues, no es factible desligar a los organizadores de responsabilidad, cuando el cuadro fáctico que estaba ante sus ojos denotaba que un incendio podía producirse en cualquier momento.

En esta última dirección, lo importante a los efectos de la imputación, se reduce al conocimiento de la posibilidad de que el material efectivamente tuviera aptitud para combustionarse; extremo este que era bien conocido por los imputados, atento a la existencia de los incendios producidos tan sólo una semana antes del recital del 30 de diciembre.

Respecto de esto último no puede beneficiar a los acusados el argumento relativo a que los incendios anteriores se extinguieron *“de la manera más artesanal”* y que *“sólo después del*

30 de diciembre se les dio envergadura", puesto que la existencia de esos incidentes inmediatos, revelaba la posibilidad cierta de que el material acústico generara un foco de fuego a raíz del empleo de pirotecnia.

Esa posibilidad latente, conocida por los organizadores, se tornó más peligrosa el día 30 de diciembre, cuando el exceso de concurrentes fue abrumador y los medios de salida no estaban expeditos. Por tanto, la circunstancia de que los incendios previos hayan sido apagados fácilmente, no comportó un error de conocimiento que hubiera impedido a los imputados percibir el peligro común en que se encontraban inmersas las personas que asistieron el día de la tragedia.

En éste último sentido, carece de relevancia el aludido carácter ignífugo de los materiales o las manifestaciones que Chabán podía haberle realizado a Argañaraz al respecto, en tanto la realidad verificada demostraba exactamente lo contrario, es decir, que se podían prender.

Tampoco en esta línea pueden tener asidero las alegaciones de la defensa de Argañaraz en torno a la falta de conocimiento de que esos elementos producían gases tóxicos y mortales o a la inexistencia de obligación legal de saber sus características técnicas, pues a los efectos del reproche bastaba que los organizadores supieran que los materiales podían combustionarse y generar el peligro común propio del incendio típico.

En efecto, teniendo en cuenta que el resultado lesivo de las muertes y lesiones se imputó a título de imprudencia, no resulta relevante para atribuirles responsabilidad a quienes se hallaran en posición de garantes el conocimiento del carácter letal de los gases emanados por los paneles acústicos, en tanto estos extremos no debían estar abarcados por el dolo de los autores.

Esta distinción, reiteramos, fue claramente abordada por el tribunal *a quo*, pues en la sentencia no se exigió ese grado de conocimiento respecto de las personas identificadas como responsables, sino que además fue ponderado como un error relevante de conocimiento para descartar la atribución dolosa de los resultados lesivos.

Ello puede verse claramente cuando el tribunal *a quo* indica que *"conocer que el material existente en el techo era*

inflamable o combustible, es decir, que se podía prender fuego, era suficiente para conocer el peligro común al que se encontraban expuestos los espectadores en las condiciones en que se realizaba el show. Realizar el espectáculo de esa forma era asumir activamente el peligro"; y cuando agrega que "*para ello no resulta necesario evaluar el conocimiento que podían tener los imputados de la potencial letalidad de los gases que esos materiales liberaron con motivo de su combustión, puesto que esto se relaciona con el resultado de lesión —no peligro*" (ver fs. 67202).

También más adelante cuando en relación a Diego Argañaraz se sostiene que "*su conocimiento acabado de que el lugar estaba repleto de gente, de que no todos los medios de salida se encontraban expeditos, de los incendios anteriores en el local, como asimismo del empleo de pirotecnia que en forma masiva se efectuaba por los seguidores de la banda que él manejaba, conformaban un cuadro objetivo que impide sostener racionalmente que teniendo esa situación a la vista, pueda alegar algún grado de desconocimiento del peligro inminente de incendio que existía dentro del local*" (conf. fs. 67211).

Y concretamente en cuanto al error de conocimiento que permitió descartar el dolo respecto del resultado lesivo, no así el de peligro, el *a quo* acierta en su razonamiento al decir que "[al] *existir una falsa representación en cuanto al proceso en que derivaría la combustión del material del techo, pudo haber* [generado] *una confianza racional en cuanto al poder de evitación del resultado de lesión*", aunque a raíz de ello "*nunca pudo confiar en que el incendio en las condiciones en que se desarrollaba el evento, no se iba a producir*" (fs. 67212).

Por las razones que venimos exponiendo, no resulta procedente el argumento defensista relativo a que estos hechos debieron ser valorados con "*los parámetros previos al 30 de diciembre de 2004*" en el sentido de que se trataba de "*un recital más en lo que hace al rock de Callejeros o de cualquier banda de rock barrial de la época*", en tanto lo determinante para establecer la responsabilidad de los acusados y que fuera correctamente valorado por el *a quo*, es la situación de extremo peligro en que se desarrolló el espectáculo, es decir, en condiciones propicias para la inminente producción de un incendio.

Desde esta óptica, poco importa que para esa época el

empleo de pirotecnia en recitales masivos fuera habitual, toda vez que la repetición de conductas ilegítimas no puede considerarse como un modo admitido para derogar la ley vigente.

Tampoco pues pueden prosperar los agravios relativos a la supuesta falta de conocimiento del portón alternativo, a las condiciones en que se encontraba ese medio de acceso y en definitiva a la circunstancia de que no estuviera en manos de Argañaraz el control de esa puerta.

Es que si el nombrado fue co-organizador del recital, no podía desconocer el estado de los medios de salida y menos aún la de ese portón en particular. Las propias dimensiones de ese medio de escape y la presencia acreditada de Argañaraz en el lugar, demuestran inequívocamente lo contrario.

Pero además, si en su caso fuera cierto que Argañaraz no tenía la posibilidad de ordenar la apertura de la puerta y carecía de "control" sobre su estado, lisa y llanamente debía haber desistido de organizar el espectáculo en esas condiciones.

Como co-organizador del show debía garantizar que los medios de salida estuvieran expeditos; sin embargo no realizó ninguna acción en tal sentido y aceptó (cualquiera fuera el motivo) que el espectáculo se realizara en las circunstancias de peligro que todos conocemos.

Asimismo, corresponde desechar el argumento relativo a que el suceso que nos ocupa no se trató de un "*fuego peligroso*" y que "*el mero fuego se reprime como contravención*", pues basta remitirse a las consecuencias del luctuoso suceso para evidenciar la existencia del peligro común al que se vieron expuestas las personas que concurrieron al recital del 30 de diciembre y, por tanto, para afirmar la ocurrencia de un incendio penalmente relevante.

Con relación a la ausencia de intervención estatal, de lo que se trata en verdad es del conocimiento necesario sobre ciertas circunstancias determinantes para el resultado (peligro), cuyo alcance fue analizado en los párrafos precedentes: se dejó en claro que lo relevante para el análisis en términos penales es el conocimiento concreto que tiene el imputado (conocía la existencia de incendios previos, conocía el estado de las salidas del lugar, veía la cantidad de público y tenía una idea acabada de su afición por los fuegos artificiales); por lo demás, estas circunstancias

fueron analizadas en forma detallada, sobre la base de la prueba producida, en la sentencia cuestionada.

Lo que plantea el recurrente es que la acción defectuosa del Estado, o su ausencia, modificaría el juicio que se debe hacer sobre ese conocimiento del agente. Ahora bien, sin perjuicio de señalar que el recurrente falla en indicar cuál es el anclaje legal del principio que invoca así como cuál es su alcance, no se advierte cómo es que, frente a la percepción directa de las condiciones en que se llevó adelante el recital en el lugar de los hechos, la acción del Estado puede atenuar o eliminar ese conocimiento.

Es que el análisis de la responsabilidad penal, en este punto, requiere un examen individual sobre el conocimiento que poseía el agente al momento del hecho. Si bien es cierto que existen circunstancias que *a priori* podrían excluir ese conocimiento, o la posibilidad de acceder a él, su atenuación o exclusión una vez adquirido implicaría una operación intelectual que involucra cierto "dejar de conocer", lo cual no se puede entender racionalmente, ni el recurrente explica cómo es que ello sería viable.

La línea de argumentación en que se explaya la defensa se torna finalmente absurda en cuanto se repara en los hechos que dan sustento a la participación de su defendido en el delito de cohecho: alega la ausencia del Estado como elemento determinante, siendo partícipe necesario en un cohecho que tiene como objetivo frenar el ejercicio del control estatal que se proclama ausente.

Todas estas razones descartan por añadidura los agravios inherentes a la supuesta *"presunción de legalidad de la actividad"* a favor del administrado en cuanto a las condiciones de habilitación del local, los vinculados a la inexistencia de obligación de solicitar *"un plano de obra cuando se alquila un inmueble"* en el común de la gente; como asimismo los alegados sobre las condiciones contractuales, o aquellos atingentes al desconocimiento de la intervención del Gobierno de la Ciudad y la Policía Federal en la actividad del local.

Reiteramos, lo determinante a los fines de la imputación resultan ser las condiciones objetivas de peligro (conocidas por el autor) en que se desarrolló concretamente el recital del día 30 de diciembre de 2004 y que inequívocamente iban dirigidas a la

producción de un incendio peligroso, tal como lo demostró acabadamente la sentencia del tribunal de juicio. Estos extremos no han podido ser rebatidos mínimamente por el recurrente.

También el defensor alude a la diferenciación que habría que hacer entre Omar Chabán como explotador del lugar con *"atribuciones del dominio y conocimiento de la cosa"*, respecto de su asistido quien solamente tuvo *"relación con el concreto de la cosa y el lugar (…) sólo tres días"*.

Sobre el punto y en la misma línea que venimos exponiendo, la responsabilidad de Diego Argañaraz no depende del carácter transitorio o permanente de su vinculación con el local donde se desarrolló el evento, sino justamente de las precisas condiciones de peligro para bienes y personas en que dispuso realizar como co-organizador el espectáculo, circunstancia, a esta altura, poco discutible.

En lo inherente a la falta de percepción que tenían la sociedad, los funcionarios y, por ende, Argañaraz, del riesgo de incendio, corresponde decir que la defensa no está cuestionando concretamente la valoración que el tribunal *a quo* ha realizado en la sentencia respecto del conocimiento de cada uno de los factores de riesgo que conformaban la situación típica de peligro, sino que simplemente pretende evadir la responsabilidad de su asistido porque a la época del hecho resultaba habitual el uso de pirotecnia en recitales.

Ya dijimos que las reiteradas o generalizadas conductas ilegítimas no derogan la ley -lo contrario, incluso beneficiaría a los delincuentes seriales-, y que el conocimiento se limita a lo sucedido al momento del hecho; por tanto, el agravio no puede prosperar.

De todos modos, reiteramos que al ser Argañaraz uno de los co-organizadores del evento y por el simple hecho de estar presente en el local cuando el suceso tuvo lugar, necesariamente debió percibir el riesgo de incendio que existía durante el espectáculo, por lo que no corresponde realizar mayores consideraciones al respecto.

Incluso nos resulta paradójico, que el doctor Bois alegue que el "conjunto social" no percibía el riesgo de lo que sucedía en los recitales de rock de esa época, cuando hemos encontrado una crónica del mundo del rock de fecha 6/5/04 titulada "Merendando

con Callejeros", donde el periodista especializado relataba, con cierto grado de entusiasmo pero a la vez de preocupación, que *"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* [esto en alusión al principio de incendio del 1ero. de mayo de 2004]" (ver índice de prueba punto 116.3.47).

Finalmente, y en cuanto al agravio referente a que hasta la fecha de la tragedia nadie había suspendido un recital, nuevamente, la defensa no ataca la afirmación realizada en la sentencia en cuanto a que en el caso concreto la acción típicamente indicada para la salvaguarda del bien jurídico en las condiciones en que se presentaba el recital del 30 de diciembre estaba constituida por ordenar la suspensión del show; tampoco explica mínimamente por qué considera que esa no era la omisión penalmente relevante.

Sólo pretende excusar a su defendido aludiendo a un argumento genérico, que no atiende a las circunstancias fácticas acreditadas al momento del hecho, por lo que no puede tener acogida favorable.

Esto último, a su vez, nos permite descartar la comparación realizada con relación al evento de "Obras Sanitarias", pues que no se haya suspendido ese espectáculo, en nada influye sobre la responsabilidad de los organizadores del recital del 30 de diciembre, en la medida en que las circunstancias fácticas de uno y otro, no resultaban ser las mismas.

5.b. Valoración de prueba testimonial.

5.b.1. Testigos César Branzini y Delia Mangiarotti. Animosidad.

Respecto al agravio planteado por la defensa de Argañaraz referido a la animosidad que según el recurrente habría sido puesta de manifiesto por los testigos César Branzini y Delia Mangiarotti, como así también a la interpretación arbitraria que de ellos habría efectuado el Tribunal Oral, debemos indicar en primer lugar que no fue especificado por el apelante en qué consiste esa animosidad y la arbitrariedad que a su criterio habría estado plasmada en la sentencia.

El recurrente pretende que se echen por tierra los testimonios de Branzini y Mangiarotti porque éstos habrían sido hostiles en sus dichos. Empero, ni siquiera explica cuáles son las razones para que se los considere de esa manera, ya que solamente menciona que los prenombrados son los padres de su mujer fallecida; además no debemos perder de vista que ellos sólo dieron su versión de los hechos sobre lo que tuvieron conocimiento, y como padres de una víctima fatal, con el aditamento que ambos son parte querellante en la causa. Es en este contexto que sus dichos fueron evaluados en la sentencia por el Tribunal *a quo*.

De todas maneras, en lo atinente a los hechos y la participación de Argañaraz, apenas se mencionan las declaraciones atacadas. En concreto los dichos fueron citados como un elemento más dentro de una gran cantidad de material probatorio que de por sí podía sustentar la responsabilidad penal de Argañaraz, y el que a su vez ya se encontraba definido.

Ejemplo de lo dicho en el párrafo que antecede es el caso de Mangiarotti, a quien se la citó al momento de graduar la pena del acusado, dentro de un marco conceptual que ya se encontraba definido.

Por todo lo dicho y no habiendo ni siquiera fundado debidamente el agravio, ni demostrado mínimamente el perjuicio que esas declaraciones le habrían causado, es que proponemos su rechazo.

5.b.2. Impronta pirotécnica. Inexistencia de prueba. Juan Carlos Blander, testigo mendaz. Aldana Aprea, animosidad.

En este punto la parte recurrente (defensa de Argañaraz) se agravia señalando que no existen pruebas directas ni indirectas relativas a que Argañaraz era quien incentivaba el uso de pirotecnia y, en consecuencia, de que pretendiera darle una impronta de esa clase al grupo.

Para fundar sus dichos señala que la utilización de fuegos artificiales era "*una costumbre genuina y espontánea*" del ámbito del rock, y no una cuestión exclusiva del grupo "Callejeros", que no estaba en condiciones de modificar la situación.

En ese marco de ausencia probatoria al que hace referencia, la defensa sostiene que los testimonios de Aldana Aprea y Juan Carlos Blander no pueden ser valorados.

Con relación al primero de ellos cuestiona que el

contenido de las gacetillas de prensa que hacía la testigo no era puesto en conocimiento de la banda y que lo expuesto respecto a la actividad de Argañaraz con pirotecnia en el recital de "Obras" no se corrobora con otros elementos. En consecuencia, afirma que se da el caso de "*testigo único, testigo nulo*", que tiene animadversión porque no trabaja más con el grupo.

Respecto de Blander indica que mintió respecto de lo sucedido en torno al secuestro de pirotecnia.

Ahora bien, hemos probado y además se desprende de la sentencia que el ingreso de pirotecnia era una constante en los recitales de "Callejeros".

Asimismo, afirma el *a quo* que el manager intervino en la implementación de un cacheo "*selectivo, estéril e ineficiente*" porque "*la pirotecnia no podía faltar en un recital de `Callejeros´, y él era el encargado de seleccionar quien o quienes la ingresarían*".

Para fundar esta conclusión el *a quo* tuvo en cuenta una serie de elementos probatorios referidos a la postura del manager respecto al uso de pirotecnia.

Mencionó la declaración de Juan Carlos Blander puesto que "*dio cuenta del fuerte altercado que tuvo en aquella ocasión -haciendo referencia al recital realizado en 'El Hangar'-* por el pedido expreso de ingresar pirotecnia".

Asimismo, hicieron referencia a "*las anotaciones escritas de puño y letra de Argañaraz y secuestradas en la agenda que estaba en su domicilio. Refiriéndonos al recital de aquel 21 de febrero anota: `Entra B. Palo. Bengalas (con cuidado)´*".

Señalan también la referencia formulada por Raúl Villarreal: "*Diego suponía que si no había bengalas no era un show de Callejeros*".

Otra probanza indicada por el Tribunal de mérito es la testimonial de Aldana Aprea en tanto refirió que "*Diego permitió a integrantes de `La Familia Piojosa´ ingresar dos bolsos llenos de bengalas y tres tiros en el recital de Excursionistas*".

Reseñó que esa afirmación "*se ve cohonestada por el contenido de la prueba n° 166. Nos referimos al acta y trascripción de la entrevista a Sebastián Ruiz, integrante de la denominada `Familia Piojosa´*" puesto que a través de ella "*se desprende la fluida relación que Diego Marcelo Argañaraz mantenía*

con los integrantes del grupo y de la autorización que les brindó para el ingreso de bengalas en el recital de `Obras Sanitarias´".

Así, pues, entendemos que el cuestionamiento de la parte en punto a la inexistencia de pruebas que acrediten la impronta pirotécnica del grupo "Callejeros" no puede prosperar toda vez que, como lo indicamos al tratar la situación de los restantes miembros del conjunto musical, se ha probado que no sólo admitían el uso de pirotecnia sino que lo incentivaban por ser su rasgo distintivo.

La conclusión a la que arriba el tribunal de mérito resulta acertada, pues es una derivación lógica de la valoración del plexo probatorio; no obstante, se trata de una conducta que, como hemos sostenido, no sólo debe atribuírsele al manager, por el contrario, es una característica del grupo en su totalidad.

La excusa de que la presencia de pirotecnia era una "*costumbre genuina y espontánea*" del ámbito del rock poco importa porque reiteramos que la repetición de conductas ilegítimas no pueden considerarse como un modo admitido para derogar la ley vigente.

A lo expuesto debemos agregar que en el caso del testimonio de Blander, el recurrente no ha podido demostrar, en concreto, que mintió y sobre qué extremos lo hizo.

Y, por otra parte, con relación a la eficacia probatoria del testimonio de Aldana Aprea habremos de tener en consideración que -conforme lo tiene dicho este Tribunal- el adagio *testis unus, testis nullus*, no tiene acogida -al menos con el rigor que emana de los términos de dicha máxima, vigente en el código según ley 2372, basado en el método de prueba legal- en el actual ordenamiento procesal, que adopta el sistema de la sana crítica racional como método de valoración de la prueba (Conf. esta Sala, causas n° 7731 "Soberón, Alberto Martín s/ recurso de casación", reg. n° 995, rta. el 19/07/07; n° 2767 "García, Darío y otros s/rec. de casación" reg. 594, del 3/10/00; n° 6503 "Albani, Salvador y otros s/rec. de casación", reg. 866, rta. el 15/8/06; n° 7783 "Rostom, Héctor Gastón Juan s/rec. de casación" reg. 677, rta. el 5/6/07; n° 7351 "Zambrano, Oscar Alberto s/rec. de casación" reg. 52, rta. el 7/2/07; n° 8509 "Barrientos de la Cruz, Edgardo Adhemir s/rec. de casación" reg. 300, rta. el 25/3/08; n° 8166 "González, César Gabriel, Galván, Oscar Alberto y Galván,

Cristian Miguel s/rec. de casación" reg. 1554, rta. el 12/11/07; y n° 9906 "Laudelino, María Soledad s/rec. de casación" reg. 1795/08, rta. el 12/12/08).

Como colofón de todo lo actuado, resulta que en el caso fueron vinculadas una serie de pruebas entre sí las que condujeron al convencimiento de que tanto Argañaraz como los demás integrantes de "Callejeros" aseguraron el uso de pirotecnia la noche del luctuoso suceso.

OCTAVO:

1. Cohecho.

1.a. Motivación y fundamentación. Requisito de validez de la sentencia. Generalidades.

Como primera cuestión, y previo a efectuar el análisis en particular de las impugnaciones efectuadas por las partes vinculadas con la temática que nos convoca, corresponde efectuar algunas consideraciones generales en relación a los principios rectores tanto de la valoración probatoria como de los fallos judiciales, para que sean considerados válidos.

La obligación legal que nos impone a los jueces la necesidad de fundamentar y motivar nuestras sentencias surge no sólo de la carta magna, sino también del ordenamiento procesal (artículos 123, 398 y 404 inc. 2, del Código Procesal Penal de la Nación).

La Constitución Nacional no exige expresamente la necesidad de motivar las sentencias, pero ella surge claramente del contexto de sus disposiciones. En efecto, la interpretación armónica de los preceptos constitucionales que vedan toda condena "*sin juicio previo*" —exigencia que implica un pronunciamiento jurisdiccional terminal y definitivo de un proceso regular y legal- "*fundado en ley anterior al hecho del proceso*", sólo lleva a tal conclusión. Esta garantía constitucional de justicia fundada en el régimen republicano de gobierno, impone la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para dictar sus sentencias y facilita el control de la actuación judicial por el pueblo, de quien en definitiva emana la autoridad. Sin duda alguna, la exigencia de motivar responde al propósito de que la colectividad pueda controlar así la conducta de quienes administran justicia en su nombre. "*Se resguarda a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias*

de los jueces, que no podrán así dejarse arrastrar por impresiones puramente subjetivas ni decidir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente" (conf. GAVIER, Ernesto R., "La motivación de las sentencias", en Comercio y Justicia, 15 y 16 de octubre de 1961).

Sostiene la doctrina que "*…la sentencia penal —en realidad: toda sentencia judicial- debe ser fundada para ser válida, y, más aún que ello deriva de la interpretación sistemática del texto de la Constitución Nacional, en especial de la garantía del juicio previo fundado en ley anterior al hecho imputado (CN, 18) o de la que dispone la inviolabilidad de la defensa del imputado (CN, 18), como exigencia de la forma republicana de gobierno (CN, 1). En ese sentido se entiende por fundar la sentencia, o por motivarla, como también se enuncia esa exigencia para su validez, no tan solo la expresión de las premisas del juicio, las circunstancias de hecho verificadas y las reglas jurídicas aplicables, como alguna vez se ha entendido en sentido muy estricto, sino, antes bien, la exposición de las razones de hecho y de Derecho que justifican la decisión. Esto es, en lenguaje vulgar, la exteriorización del por qué de las conclusiones de hecho y de Derecho que el tribunal afirma para arribar a la solución del caso: se reconoce que una sentencia está fundada, al menos en lo que hace a la reconstrucción histórica de los hechos, cuando menciona los elementos de prueba a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica, esos elementos han sido válidamente incorporados al proceso y son aptos para ser valorados (legitimidad de la valoración), y exterioriza la valoración probatoria, esto es, contiene la explicación del por qué de la conclusión, siguiendo las leyes del pensamiento humano (principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), de la experiencia y de la psicología común" (*conf. MAIER, Julio J. B., "*Derecho Procesal Penal*", T. I Fundamentos, Editores del Puerto, 2da. Edición, 3° reimpresión, Buenos Aires, 2004, pág. 481*).

La motivación es una operación lógica basada en la certeza, en la cual el juez debe cumplir con las "*leyes supremas del pensamiento*" que gobiernan la elaboración de juicios y dan base cierta para determinar cuáles son verdaderos o falsos. Esas

normas se nos presentan *"a priori"* como necesarias y evidentes, y están constituidas por las leyes fundamentales de coherencia y derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

"Se entiende por coherencia de los pensamientos la concordancia o conveniencia entre sus elementos, y por derivación el que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado, salvo que se trate de un principio, es decir, de un juicio que no es derivado sino el punto de partida para otros. De la ley fundamental de coherencia se deducen los principios formales del pensamiento, a saber: a) de identidad: cuando en un juicio el concepto-sujeto es idéntico —total o parcialmente- al concepto-predicado, el juicio es necesariamente verdadero; b) de contradicción: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos; c) del tercero excluido: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente no pueden ser ambos falsos, es decir, uno de ellos es verdadero y ninguno otro es posible. A su vez, de la ley de derivación se extrae el principio lógico de razón suficiente, por el cual todo juicio, para ser realmente verdadero, necesita de una razón suficiente, que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con pretensión de verdad" (conf. DE LA RUA, Fernando, "El recurso de casación", p. 155, cit. en Sala III, causa n° 10110, "Che Trece, Miguel Angel s/rec. de casación", reg. 605/09, rta. el 18/5/09).

Esta última norma o idea fundamental -la razón suficiente- es el más importante de los principios lógicos, y su inobservancia acarrea la nulidad de la resolución por motivos casatorios formales. En virtud de este principio, para que una conclusión sea válida, es necesario que la misma esté suficientemente probada en base a otros elementos reconocidos como verdaderos. Es decir, si aceptamos como verdadera una conclusión, tenemos que dar antes las razones por las cuales la aceptamos; razones que no son otra cosa —en el proceso- que pruebas suficientes para llevar a la certeza de dicha conclusión. Pruebas que descarten que las cosas hayan podido ser de otra manera (conf. PEREZ, Jorge Santiago, "Lógica, sentencia y casación", primera edición, 1989, págs. 25 y 26, cit. en causa n° 10110, "Che Trece, Miguel Angel s/rec. de casación", ya citada). Y refiere también este autor, que "... *un juicio es verdadero cuando es consecuencia de otro juicio verdadero que*

viene a servir a aquél como antecedente; y así ambos (antecedente y consecuente) quedan ligados por una correcta inferencia para formar un todo indisoluble con pretensión de verdad" (PEREZ, ob. cit., pág. 29).

Hemos señalado que "*...los jueces tienen el deber de motivar las sentencias y ello se realiza cuando se expresan las cuestiones de hecho y de derecho que los llevan a concluir en un caso concreto de un determinado modo. Se cumple así con un principio que hace al sistema republicano, que se trasunta en la posibilidad que los justiciables, al ser absueltos o condenados puedan comprender claramente porque lo han sido"* (conf. Sala III, causas n°25, "Zelikson, Silvia E. s/recurso de casación", reg. 67, rta. el 15/12/93 y sus citas; y causa n° 65 "Tellos, Eduardo Antonio s/recurso de casación", reg. 64/94, rta. el 24/3/94).

En efecto, y volviendo al imperativo legal señalado al comenzar el presente análisis, el artículo 123 del Código Procesal Penal de la Nación establece que las sentencias deberán ser motivadas bajo pena de nulidad y más aún, el artículo 404 inciso 2° del mismo texto legal dispone que la sentencia será nula si faltare o fuere contradictoria la fundamentación. Esta exigencia comporta una garantía en beneficio de los eventuales imputados y acusados, como también para el Estado en cuanto asegura la recta administración de justicia. Motivar o fundamentar las resoluciones judiciales implica asentar por escrito las razones que justifican el juicio lógico que ellas contienen. En otras palabras, importa la obligación de consignar las causas que determinan el decisorio o exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la resolución, esto es, las razones que poseen aptitud para legitimar el dispositivo (conf. Sala III, causas n° 80, "Paulillo, Carlos Dante, s/rec. de casación", reg. 111, rta. el 12/4/94; n° 181, "Sassoon Attie, Raúl Nissim s/recurso de casación", reg. 177/94, rta. el 17/11/94; n° 502, "Arrúa, Froilán s/rec. de casación", reg. 185/95, rta. el 18/9/95; n° 1357, "Canda, Alejandro s/rec. de casación", reg. 70/98, rta. el 10/3/98; n° 2124, "Anzo, Rubén Florencio s/rec. de casación", reg. 632/99, rta. el 22/11/99; n° 1802, "Grano, Marcelo s/rec. de casación", reg. n° 186/2002, rta. el 22/4/2002; y asimismo las causas n° 18, "Vitale, Rubén D. s/rec. de casación", reg. 41, rta. el 18/10/93; n° 25, "Zelikson,

Silvia E. s/rec. de casación" ya citada; n° 65, "Tellos, Eduardo s/rec. de casación" ya citada; n° 135, "Risso de Osnajansky, Nelly s/rec. de casación", reg. n° 142/94, rta. el 18/10/94; n° 190, "Ruisanchez Laures, Ángel s/rec. de casación", reg. 152/94, rta. el 21/10/94, entre muchas otras).

Para que la motivación sea verdadera o auténtica, debe existir la concordancia descripta. Se viola esta regla cuando el juicio o razonamiento se basa en elementos probatorios inexistentes o falseados en su contenido o significado, o en antecedentes inexactos o alterados. "Una interpretación o utilización arbitraria de la fuente de convencimiento conduce a la falsa motivación de la sentencia..." (DE LA RUA, obra cit., pág. 160).

Es que, se debe tener presente que la potestad de valorar el cúmulo de probanzas arrimadas al sumario debe ser ejercida con meditación y prudencia, de manera tal que todas ellas conformen un conjunto armónico y conducente para establecer la verdad material de los hechos sometidos a proceso (conf. causa n° 3574 "Giampieri, Héctor y otro s/rec. de casación", reg. 378/02, rta. el 12/7/02).

Queda claro de todo lo expuesto precedentemente, que el objetivo del proceso penal es la búsqueda de la verdad "*real*" o "*material*" de los hechos; tarea que se realiza en base al estudio, análisis y evaluación (razonada y fundada) de las pruebas legalmente incorporadas al mismo por las partes o por iniciativa del tribunal.

Pero para llegar a descubrir o determinar la "*verdad de los hechos*", la "*verdad fáctica*", para aceptar una proposición o una hipótesis como "*verdadera*", es necesario demostrar "... *su coherencia o incoherencia con el material probatorio recogido y la justificación o no de su relevancia y credibilidad...*"; y esta demostración deberá explicitarse -justamente- en la "motivación" de la sentencia, "... *que no es otra cosa más que la exhibición de un número plausible..., por relevancia y fiabilidad, de confirmaciones de la hipótesis acusatoria y de desmentidas de hipótesis explicativas alternativas a ella..., idóneas a justificar su aceptación como verdadera...*" (conf. FERRAJOLI, Luigi, "Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre Derecho y Razón", en Revista de Ciencias Jurídicas Más Derecho, T. II, FJD editor, Buenos Aires, 2001, págs. 17/68).

Ahora bien, según nuestra legislación procesal (artículo 398 del código de forma) los jueces valorarán las pruebas recibidas conforme a las reglas de la sana crítica racional (libre convicción). Sin embargo, como vimos, esta facultad no es "*absoluta*" o "*incontrolable*", sino que se encuentra reglamentada por las "*leyes supremas del pensamiento*" y por la propia normativa procesal (artículos 123 y 404 inciso 2° del ritual).

"*La libre convicción 'absoluta' del juez resulta opuesta al moderno garantismo procesal. Por ello, la obligación de 'motivar' sus decisiones impuesta al Juez por la ley procesal (esto es, exhibir la 'verdad' de su decisión), actúa como un límite (y por tanto es una garantía que previene arbitrariedades) del tradicional (pues viene desde el derecho romano) sistema del arbitrium iudicis' (libre convicción), y exige no sólo la 'motivación en derecho' (sujeción a la ley, a la manera del paradigma ilustrado del Juez como 'le bouche de la loi'), sino también 'la correcta comprobación de los hechos'; es decir que no sólo requiere la 'legalidad' de la resolución, sino también la 'verdad' de la misma, pues aquí reside la legitimación del Poder Judicial como poder imparcial e independiente.*" (conf. Sala III, causa n° 10110, "Che Trece, Miguel Angel s/rec. de casación", ya citada).

Sentados los lineamientos generales que rigen las resoluciones judiciales para ser consideradas válidas, y en virtud de las impugnaciones efectuadas en relación a las condenas dictadas a Omar Emir Chabán, a Carlos Rubén Díaz y a Raúl Alcides Villareal, por sus respectivas intervenciones y en orden al delito de cohecho, corresponde analizar las argumentaciones efectuadas por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24 en el fallo cuestionado.

1.b. Hechos probados y prueba valorada.

Es así que el Tribunal de mérito afirmó que "*Se ha acreditado en el debate oral y público llevado a cabo, merced a las probanzas allí colectadas, como así también a través de las restantes incorporadas en autos por medio de su lectura, con el grado de certeza requerido para el dictado de un pronunciamiento condenatorio, que el Subcomisario Carlos Rubén Díaz, quien prestara funciones en la seccional 7ma. de la Policía Federal Argentina como jefe operativo y el Sr. Omar Emir Chabán -*

explotador del local 'República Cromañón' sito en Bartolomé Mitre 3060/66/70 de esta ciudad-, a partir del mes de noviembre del año 2004 celebraron un acuerdo espurio, a través del cual se pactó la entrega de distintas sumas de dinero, a cambio de brindar seguridad a 'República de Cromañón' y comprometer la omisión funcional de hacer cesar las numerosas contravenciones en las que incurría el establecimiento".

"De la operatividad de este acuerdo da cuenta lo ocurrido el día 10 de diciembre de ese año con motivo del recital brindado por el grupo musical 'Los Gardelitos' ocasión en la que el funcionario policial recibió al menos la suma de cien pesos ($ 100)".

"También la serie de recitales realizados por el grupo 'Callejeros' los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004".

"En las dos primeras fechas el Subcomisario Carlos Rubén Díaz recibió de manos de Raúl Alcides Villarreal y por encargo directo de Omar Emir Chabán la suma de seiscientos pesos ($ 600) repartidos en trescientos pesos ($ 300) por cada jornada. Ese dinero fue imputado como un gasto por los co-organizadores de esos recitales, que como ya fuera afirmado, resultaron ser Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz, de acuerdo a la prueba documental obtenida".

"En la última fecha tenemos por cierto que el Subcomisario Díaz no llegó a obtener la suma dineraria pactada, atento los hechos ocurridos".

"Es que en esta ocasión, si bien existió una promesa aceptada por el funcionario público, quien llevó a cabo el hacer comprometido (brindó seguridad colocando un patrullero con dos subordinados en la puerta del establecimiento con expresa indicación de no actuar ante las flagrantes contravenciones), y la ocurrencia del incendio impidió que Díaz concurriese a retirar el dinero acordado".

El *a quo* también señaló que *"No se ha probado en autos que Raúl Villarreal fuera socio de Omar Emir Chabán ni tampoco 'co-gerenciador' del local, con lo que su margen de decisión resulta menor que el de aquél".*

"Raúl Villarreal no es quien pactó con el subcomisario Carlos Rubén Díaz, pues no hay prueba acabada de ello, y sólo ejecutaba su accionar en función del acuerdo sostenido por su

empleador".

"Esta condición de empleado, de todos modos le permitía a Villarreal tener una cierta autonomía para decidir algunos aspectos del funcionamiento del acuerdo, mas no hay prueba de que pudiera tomarse atribuciones en cuanto a la continuidad ni al cese del mismo. No tenía dominio de la situación".

"Raúl Villarreal prestó cierta colaboración a los fines de que el trato tuviera virtualidad los días 28 y 29 de diciembre de 2004".

El Tribunal para tener por acreditada la materialidad del hecho imputado y la responsabilidad penal de Omar Emir Chabán, de Carlos Rubén Diaz y de Raúl Alcides Villarreal, consideró relevante los siguientes elementos probatorios: el folleto obrante a fs. 12310, que en su reverso contiene una liquidación de gastos correspondientes a un recital que no pudo ser individualizado en el tiempo, las declaraciones de Viviana Cozodoy, Ana María Sandoval (incorporadas por lectura), Héctor Damián Albornoz (sólo parcialmente), Alfredo Mario Díaz, Juan Carlos Bordón, Gustavo Albornoz, Eduardo Sempé, Ariel Barroso, Sergio Piñeyro, Gastón Amor, Andrea Farinola, Carlos Ferrero, Paola Vanesa Nieto, Juan Daniel Bazán, Laura Barrios, Juan Masullo, María Luján Rossi, Carla Galeano, Sebastián Meniño, Fabián Leggio, José Porticatto del grupo E.S.S.A (o GEO en las anotaciones de Argañaraz), Iván Leiva, Graciela Acuña, Leonardo Almirón, María Arana, Juan Bazán, Oscar César Díaz, Emilce Bravo, Ezequiel Carrizo, María Sol Demergassi, Adrián Niego, Diego Monges Torres, Sebastián Sandoval, Gisela Andrea Contreras, María Sol Aguilera, María Fabiana Fernández, Gastón Amor, Vanina Soledad Arancibia, Matías Arcori, Jonathan Arellano, Juan Carlos Stábile, Maximiliano Chaparro, Guillermo Armango, Miriam Berruezo, Alfredo Balderramo, Federico Claramunt, Sergio Bogochwal, Alejandro Bravo, Sandra Bruno, Damián Espinoza, Pablo Cantagalli, Viviana Carro, Ariel Reynaldo Chávez, Guillermo Clivio, Sebastián D'Ángelo, Matías Estrada Godoy, Carlos Dojorty, Lucía Maltese, Gustavo De Jesús, Ezequiel Martín Orlandi, Subcomisario Carlos Abel Stortini, Subinspector Matías Ariel Carmody (fs. 3811 y 34687/9) y del Comisario Jerónimo Alberto Molina, jefe de la División Judiciales de la Superintendencia de Asuntos Internos de la Policía Federal; también las anotaciones obrantes en la agenda secuestrada en el domicilio del manager de

la banda “Callejeros”, Diego Marcelo Argañaraz y su indagatoria de fecha 22 de febrero de 2005, glosada a fs. 9775/94 e incorporada por lectura al debate, la nota dirigida por Paula Benevenia al Sr. Comisario a cargo de la seccional 51ª, de fecha 10 de diciembre de 2004, la nota de SADAIC de fecha 10 de diciembre de 2004 (compulsar sobre n° 182 y fotocopias de fs. 10724), la orden interna n° 2153/2004, dispuesta por el Comisario Gabriel Ismael Sevald, las constancias obrantes en el expediente n° 15822 del registro de la Fiscalía Contravencional n° 8, tres facturas por la compra de cerveza marca “Quilmes” por parte de Yamil Chabán, que fueran halladas en el local “República Cromañón”, conforme se asentara en el acta de allanamiento de fs. 19 (prueba documental n° 90.4), el reconocimiento en rueda de personas de Carlos Rubén Díaz por parte de Alfredo Mario Díaz y Héctor Damián Albornoz (fs. 12588 y 12590, respectivamente) y el resultado negativo del practicado por Viviana Cozodoy a fs. 12598; asimismo el informe de fs. 17353, expedido por el Subcomisario Gustavo Oscar Impellizzeri, 2° Jefe de la Comisaría 7°, los registros de los libros de la Seccional 7ma., correspondientes a los días 29 y 30 de diciembre del 2004, los registros de los libros “Móvil 107”, “Móvil 207”, “Móvil 307 y 907”, los registros de la libreta del cuarto I (prueba n° 113.3), un bibliorato denominado “Locales Bailables Charter” y una carpeta plástica (pruebas 123.1 y 123.2), que fueran secuestradas en la oficina del Subcomisario Díaz y contenían, entre otros documentos, una copia de la plancheta de habilitación del local “República Cromañón” y la planilla conforme OT 662/04 de la circunscripción II que fuera diligenciada por el Subcomisario Stortini, los informes glosados a fs. 13766 y 15644, copia certificada del memorando n° 2589/04 dirigido a la División Planificación de Servicios (fs. 16009), copia certificada de la nota firmada por el Comisario Inspector Alejandro Cano de la Dirección General de Operaciones, relacionada con las “reuniones públicas” en jurisdicción de la Comisaría 7ma. de la Policía Federal Argentina (fs. 15988), copias certificadas de numerosos memorandos de la seccional en que prestaba servicios Díaz relacionados con el servicio prevencional bailable (fs. 15995/16024) y copia certificada del memorando del 23 de junio de 2004 (fs. 15989).

1.c. Conclusión. Sentencia fundada.

De la lectura de las presentes actuaciones se advierte que la sentencia en estudio cumple con las exigencias que nuestro ordenamiento legal prescribe en los artículos 123, 398 y 404 inc. 2 del código de rito, por cuanto se encuentra debidamente fundada, verificándose las premisas generales analizadas y descriptas precedentemente (ver punto 1.a).

En efecto, advertimos que de la lectura del fallo cuestionado es posible tomar un acabado conocimiento de los motivos que impulsaron a los señores magistrados del Tribunal sentenciante a resolver del modo en que lo hicieron. Es por demás evidente, que la motivación contenida en el decisorio impugnado resultaría suficiente y adecuada para legitimar el dispositivo en lo que a la tacha de arbitrariedad se refiere.

Ello, sin perjuicio de las consideraciones que se harán en el acápite respectivo, en relación a la relevancia jurídica otorgada al aporte de Carlos Rubén Díaz en el episodio principal encuadrado jurídicamente bajo el tipo penal de incendio doloso seguido de muerte, dado que observamos una errónea aplicación de la ley sustantiva.

Ahora bien, por una cuestión de orden y dado que hay agravios generales que involucran a varios imputados, relacionados la mayoría de ellos a la consideración de elementos de prueba, comenzaremos por su tratamiento.

Así, varios fueron los planteos efectuados por las partes pero, lo cierto, es que la mayoría de las impugnaciones efectuadas se vinculan con los criterios de valoración probatoria plasmados por el Tribunal. Las partes pretenden, mediante un razonamiento diverso al efectuado por los sentenciantes, arribar a otra solución del caso. Mediante la crítica de los argumentos utilizados por los magistrados consideran que no se encuentra debidamente acreditada la celebración del pacto espurio entre Omar Emir Chabán y Carlos Rubén Díaz, como tampoco su objeto, ni fecha, ni el comienzo de ejecución, ni los pagos efectuados por Raúl Alcides Villarreal de trescientos pesos los días 28 y 29 de diciembre de 2004.

En ese orden, las partes sostienen que la sentencia efectúa un análisis contradictorio, sesgado y voluntarista de la escasa prueba incorporada al debate. Sustentan dicha afirmación en lo que, a su entender, consiste en una arbitraria y errónea

valoración efectuada del folleto agregado a fs. 12310 denominado “Rockmañón”, como también de la declaración testimonial de Víctor Ramón Fajardo, de la declaración indagatoria de Diego Marcelo Argañaraz y las anotaciones de la agenda del nombrado y de los testimonios contradictorios de Viviana Cozodoy y de Héctor Damián Albornoz. También cuestionan la incorporación por lectura de la declaración de Ana Sandoval, las consideraciones efectuadas en relación a la mecánica del acuerdo espurio y a su comienzo de ejecución, como así también las valoraciones realizadas con relación al corte de calle, a la ocurrencia de contravenciones, la competencia funcional y a la presencia de personal policial en el local.

Se advierte que los cuestionamientos efectuados por las partes, en rasgos generales, se orientan en torno a la valoración de determinados elementos probatorios, en virtud de los cuales, los recurrentes pretenden una postura completamente adversa a la acreditada en la sentencia.

Los señores jueces han plasmado en el fallo cuestionado los motivos por medio de los cuales arribaron a la solución del caso expresando, a lo largo de la sentencia, cuales fueron los argumentos de hecho y de derecho en los que cimentaron la decisión. Ninguna duda puede caber en cuanto a que, de la lectura de la referida pieza impugnada, es posible tomar un acabado conocimiento de los hechos y fundamentos que llevaron al Tribunal a resolver del modo en que lo hizo, de forma tal que, la tacha de arbitrariedad que al respecto plantean las partes, no deja de ser un mero disenso con la valoración de la prueba efectuada por el órgano jurisdiccional.

Por ello, previo a efectuar un repaso sobre el razonamiento utilizado por el juzgador cabe destacar que, más allá de las consideraciones que en particular se puedan efectuar en relación a cada elemento probatorio impugnado, corresponde realizar un examen integral e interrelacionado de los restantes a fin de arribar a la certeza necesaria que requiere la sentencia condenatoria. En efecto, es este análisis de la prueba en conjunto y de manera armónica la que sustenta de manera sólida y coherente la argumentación cuestionada.

1.d. Planteos de arbitrariedad en el análisis de la prueba.

1.d.1. Folleto "Rockmañon".

En primer término el Tribunal analiza el folleto que promociona el evento "Rockmañón" agregado a fs. 12310. Luego de describir las grafías que surgen del reverso de dicho documento sostiene, en líneas generales, que se trata de una liquidación de gastos dentro de los cuales se consigna "POLI 100 +", descarta las diversas versiones e imputaciones adjudicadas al término "poli" y concluye que "*el rubro (…) denota el pago de sobornos a la policía para omitir cumplir sus funciones*".

Las distintas explicaciones que las partes han intentado atribuir al referido concepto —Poli, Polito, la Negra Poli- en modo alguno pudieron ser verificadas en la realidad. Por el contrario, la definición de "poli" en el sentido de pago efectuado a la policía y puntualmente al Subcomisario Carlos Raúl Díaz, fue acreditada con la restante prueba arrimada a la causa.

Esta afirmación encuentra sustento en los múltiples elementos probatorios analizados a lo largo de la construcción lógica efectuada por el sentenciante.

En este sentido, resulta relevante considerar los dichos de la testigo Viviana Cozodoy, Ana María Sandoval, Eduardo Sempé, las anotaciones que surgen de la agenda secuestrada en el domicilio de Diego Marcelo Argañaraz y la declaración indagatoria del nombrado, la inexistencia de solicitud formal del pedido de policía adicional, no obstante la presencia policial ya sea mediante la afectación de móviles de servicios en la puerta del local de baile o de la concurrencia de un pelotón de combate en la esquina, la verificación del corte de calle, la existencia y magnitud de las contravenciones sin que las mismas sean denunciadas o reprimidas, las funciones propias de Carlos Rubén Díaz, la presencia del nombrado en el boliche y el conocimiento que éste poseía de "República Cromañón" y del explotador del lugar.

En efecto, tal como sostiene el fallo, el sentido dado a las grafías del folleto agregado a fs. 12310 "*…no es una idea peregrina, sino que se corrobora con los dichos de Viviana Cozodoy*" quien presenció el día 29 de diciembre de 2004 una conversación entre Omar Emir Chabán y Raúl Alcides Villarreal de la cual se desprende claramente la existencia del pacto espurio previo, la vigencia y el cumplimiento del mismo, la verificación

expresa del pago y de las partes involucradas en la cuestión. A su vez, el contenido de dicha declaración posee sustento documental en las anotaciones de la agenda del manager de la banda, quien en ejercicio de sus funciones propias, plasmó expresamente dentro del detalle de los gastos del recital brindado el día 28 de diciembre de 2004 "POLICIA 300", como también en los dichos del nombrado. Por último el análisis realizado en la sentencia, vinculado con la actividad de la fuerzas de seguridad, en el sentido de cobertura policial, la actitud pasiva frente a las contravenciones y particularmente la conducta de Díaz, tal como lo detallaremos posteriormente, nos lleva a concluir que resulta lógico y conforme a las reglas de la sana crítica la conclusión efectuada por el Tribunal en cuanto a la entidad y concreción del acuerdo ilegal.

Los cuestionamientos impetrados por las partes obedecen a un análisis fragmentario de la prueba. Y es así que afirman que de dicho panfleto no se puede inferir la existencia de un pacto espurio entre Carlos Rubén Díaz y Omar Emir Chabán pues nada de lo que allí se consigna permite ligarlos y no advierten de que manera la grafía "poli", entendida en el sentido de policía en general, se refiere a Díaz.

El razonamiento efectuado por las partes denota una mirada aislada del manuscrito en cuestión y desconoce los múltiples elementos probatorios producidos durante el debate e incorporados por lectura que, analizados de manera conjunta, permiten concluir fundadamente como lo han efectuado los sentenciantes.

"El resultado de aplicar el método consistente en criticar los indicios y presunciones individualmente, de modo de ir invalidándolos uno a uno y evitando su valoración articulada y contextual dentro del plexo probatorio, conduce, obviamente, a resultados absurdos desde el punto de vista de la verdad material, real e histórica, cuya reconstrucción es objeto y fin del proceso penal. Y ello, desde que tan imperfecta metodología se encarga de desbaratar uno por uno cada cual de esos elementos que, solitariamente, nada prueban con certeza, pero que evaluados en acto único y con ajuste a las reglas de la sana crítica racional -lógica, experiencia, sentido común, psicología, etc.- pueden llevar de la mano a una probatura acabada, plena, exenta de toda hesitación razonable." (conf. Sala I, causa n° 1724, "Unaegbu, Andrew I. y otra s/recurso de casación", reg.

2211, rta. el 29/5/98; causa n° 1018, "Deferrari, Leonardo D. s/recurso de casación", reg. 1433.1, rta. el 18/3/97, y Sala III, causa n° 4987, "Macchioli, Beatriz Damiana s/recurso de casación", reg.493.04.3, rta. el 14/9/04).

El estudio de la prueba en su conjunto, tal como lo efectuaran los jueces de la instancia anterior, lleva irremediablemente a concluir de la manera en que lo hicieron. La prueba no debe ser mutilada y debe ser valorada en su contexto.

1.d.2. Testimonio de Víctor Fajardo. Omisión de valorar.

Sobre el punto, los defensores destacan que el nombrado declaró que, dentro del grupo de control de Omar Emir Chabán, trabajaba un policía de otra jurisdicción y pretenden que se le impute a éste el pago que menciona el panfleto y, de esta manera, desvincular a Carlos Rubén Díaz del delito que se le atribuye.

Cierto es que el Tribunal no efectuó consideración alguna en relación a este extremo. Pero ello, obedece a la irrelevancia del mismo frente a las restantes pruebas contundentes que acreditan el destino de dicho costo que permiten descartar de plano la interpretación pretendida por las partes.

Pues bien, "*La omisión del examen de una prueba determinada no tiñe de arbitrariedad al fallo, si éste contempla y decide las cuestiones planteadas y las resuelve con elementos de juicio suficientes para fundarlo.*" (conf. Sala I, causa n° 3371, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/recurso de queja", reg. 4567.1., rta. el 7/9/01).

Teniendo en consideración el análisis efectuado por el Tribunal en cuanto a la función específica de Díaz, su presencia en lugar, su competencia para proceder y las omisiones funcionales verificadas (referidas tanto al conocimiento sobre el exceso de concurrentes en el local, como de la omisión de los responsables de tomar los recaudos de organización y seguridad para llevar adelante un espectáculo público, como de la tenencia de artículos de pirotecnia existentes en las proximidades del comercio, como también del suministro de bebidas alcohólicas en el lugar donde se desarrolla un espectáculo deportivo o artístico masivo, la obstrucción de las vías de ingreso o egreso del local o ámbito durante el desarrollo de un espectáculo deportivo o artístico de dicha característica y del corte de la calle Bartolomé Mitre) resultaría completamente ilógico concluir que el nombrado no era

el acreedor de dichos pagos. Máxime si ello se analiza a la luz de las pruebas documentales (diario de Argañaraz) y el testimonio de Viviana Cozodoy.

Como contrapartida, advertimos que la hipótesis fáctica propuesta por la defensa de Carlos Rubén Díaz ni siquiera es mencionada por Omar Emir Chabán ni por Raúl Alcides Villarreal.

En tales condiciones, la mera enunciación del vicio de valoración omisiva de la prueba no basta para invocar la arbitrariedad de la sentencia, si ésta, no se acompaña de una adecuada argumentación de la que surja que el criterio del juzgador constituye un despropósito, una arbitrariedad intolerable o un atentado contra las leyes del raciocinio (conf. Sala III, causa n° 1020, "Domínguez, Juan P. s/recurso de queja", reg. 358.96, rta. el 13/11/96).

En efecto, la valoración del testimonio omitido que se reclama en modo alguno puede influir efectivamente en la modificación del fallo, pues la prueba arrimada y correctamente valorada por el *a quo* resulta ser lo suficientemente eficaz y decisiva como para mantener el temperamento adoptado por constituir un cauce independiente de cargo.

1.d.3. Objeto del acuerdo espurio.

Otro extremo cuestionado por las partes resulta ser el monto de la contribución pecuniaria que se debía abonar a fin de que el local de baile lleve adelante los espectáculos en las condiciones en las que se realizaba.

En torno a este tema, los recurrentes sostienen que "*…al Tribunal se le antojó que la verdad eran cien pesos por cada recital y que lo de cien cada quinientas personas, no lo toman, por que no le dan los números…*" y cuestionan que la sentencia tiene por cierto el pago de 300 pesos en concepto de "policía" en base a las anotaciones hechas en la agenda del manager de la banda "Callejeros" y a los dichos de la testigo Cozodoy, quien declaró que se pagó doscientos pesos que representan un "plus" por el corte de calle —que calificaron de inexistente-, además de los 100 pesos base del acuerdo.

Al respecto la sentencia sostuvo que "*…el pacto espurio contemplaba cuanto menos la entrega de cien pesos ($100) por cada recital. Este monto es mencionado por Ana María Sandoval y Eduardo Sempé, si bien atribuyendo la variación de esa cifra en función*

del número de concurrentes. Sin embargo se ha verificado, -en base a los dichos de Viviana Cozodoy y de la prueba documental que como ya veremos nos da cuenta de la suma exacta abonada los días 28 y 29 de diciembre- que esa cifra no siempre respondía al número de espectadores sino a otras circunstancias —verbigracia, el corte de calle- que la tornaban variable".

Tal como fuera señalado, el Tribunal analizó los elementos probatorios y arribó a la conclusión que, en la variación del monto abonado, influían otras contraprestaciones propias de la actividad de cada coyuntura o evento y no siempre obedecía a la cantidad de concurrentes. En este sentido, las consideraciones efectuadas resultan lógicas y se sustentan en las pruebas arrimadas al sumario (ver anotaciones de la agenda de Diego Marcelo Argañaraz, declaración testimonial de Viviana Cozodoy, el folleto "Rockmañón" y las declaraciones testimoniales de: Lucía Maltese, Juan Francisco Masullo, Martín Ceferino Sebastián Méndez, Adrián José Nieto, Hernán Ruiz, Stella Maris Visconti, Juan Carlos Torres y Facundo Gil Sanz en relación al corte de la calle Bartolomé Mitre, circunstancia ésta que será analizada posteriormente). Los extremos señalados sustentan razonablemente la postura adoptada y nuevamente se verifica, también en torno a éste cuestionamiento, una valoración probatoria diversa a la pretendida por la parte.

Y es cierto que en relación a la manera de determinar el monto adeudado en cada caso se verificaron diversas variantes. Por un lado los testimonios vertidos por el manager de "La Covacha" y por Ana María Sandoval, incorporados por lectura al debate, dan cuenta que la cifra oscilaba en función de la cantidad de asistentes al local. Es decir, que según sus dichos el incremento del gasto en ese concepto dependía del número de concurrentes al lugar. Por otro lado, la prueba documental, la agenda de Argañaraz y la testimonial de Cozodoy, acreditan otra modalidad de cuantificación.

Ahora bien, independientemente de la validez del razonamiento efectuado por el Tribunal, existe un elemento que no puede pasar inadvertido. Tanto los testimonios señalados y la prueba referida, como lo resuelto por el sentenciante, ponen de manifiesto un punto de partida común: la existencia de un acuerdo ilícito y de una contraprestación como base. Es decir, más allá de

cual sea el criterio que se considere idóneo para variar el costo en análisis, todas las versiones resultan contestes en afirmar la existencia y operatividad de un mínimo probado.

Y es en relación a esta cuestión que nos encontramos analizando que corresponde destacar las características propias del acuerdo en estudio. En efecto, la ilegalidad del pacto resulta sustancial al momento de evaluar sus extremos, pues, exigir un detalle exhaustivo y exacto de las condiciones contractuales importaría un rigorismo excesivo.

Por ello, y más allá de cual fuera la causa en la que radique la variación de las condiciones pactadas, nos encontramos ante un acuerdo de voluntades cuya esencia ilícita y vigencia se encuentra claramente probada. 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, 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”.

Pero analicemos a cada uno de los actores. Por un lado se encuentra Omar Emir Chabán. Nadie puede dudar de su condición de explotador del local de baile que se encontraba situado en Bartolomé Mitre 3060/66/70, como así también de las irregularidades en las que funcionaba el mismo, conforme fueran exhaustivamente detalladas en la sentencia. Por otra parte, se trata de Carlos Rubén Díaz, Subcomisario de la Seccional 7a de la Policía Federal Argentina, y tal como se analizará posteriormente

se desempeñó como jefe operativo, poseía competencia específica para intervenir, poseía conocimiento y autoridad de la jurisdicción a su cargo. Además, concurría y conocía el local de baile y brindó seguridad mediante la existencia de un patrullero en la puerta y de un pelotón de combate en la esquina. Y por medio de su inacción, permitió la ocurrencia de numerosas contravenciones, tales como exceso de concurrentes, la omisión de los recaudos de organización y seguridad insoslayables para llevar a cabo espectáculos masivos, la tenencia de artículos de pirotecnia, el suministro de bebidas alcohólicas en el lugar donde se desarrolle el evento deportivo o artístico de dichas características, o en sus adyacencias entre cuatro horas previas a la iniciación y una después de su finalización y la obstrucción de las vías de ingreso o egreso del local durante el desarrollo de un espectáculo multitudinario, de modo que impida o perturbe la rápida evacuación.

Semejante cantidad de permisividades verificadas no podrían haber ocurrido gratuitamente, sino mediante el pago de la suma acordada previamente. Lo cierto e indiscutible es que todos estos elementos señalados convergen en una única conclusión lógica que afirma la existencia y operatividad del acuerdo ilícito, tal como lo sustentan los elementos de prueba señalados por el Tribunal.

La defensa de Raúl Alcides Villarreal afirma que "*…ni siquiera el Tribunal ha podido coincidir en su sentencia la cantidad de dinero que haya sido entregado…*" por su asistido y que "*…en un principio el Tribunal afirma que Raúl Villarreal pagó al comisario, por las fechas 28 y 29 de diciembre, la suma de $600...*" para luego sostener que "*El acuerdo tuvo por objeto que Díaz omitiera funcionalmente a cambio de una suma de dinero, que afirmamos fue al menos de setecientos pesos ($ 700), y en uno de los hechos —el sucedido el 30 de diciembre de 2004- de la promesa de la entrega de una suma dineraria, el hacer cesar las numerosas contravenciones que sucedían en el local ubicado en la jurisdicción de la seccional 7ma. de la Policía Federal Argentina otorgando seguridad durante el desarrollo de los recitales*".

De una lectura íntegra de la pieza procesal cuestionada se desprende que la diferencia de cifras aludida no obedece a un error cometido por los sentenciantes o a una imposibilidad

material de establecer la base cuántica de la cuestión. Por el contrario, la delimitación de los diversos montos tiene sustento en la efectiva participación que se tuvo por probada en relación a cada uno de los imputados. Así, y tal como fuera reseñado precedentemente, y en virtud de la prueba valorada la sentencia tuvo por acreditado que *"Raúl Villarreal prestó cierta colaboración a los fines de que el trato tuviera virtualidad los días 28 y 29 de diciembre de 2004"*. De ello se desprende que el planteo efectuado por la parte, en este sentido, denota una mirada parcial del instrumento cuestionado.

1.d.4. La agenda perteneciente a Diego Argañaraz y su declaración indagatoria.

Comencemos por señalar que la declaración indagatoria representa ante todo un medio de defensa para el imputado quien, en ejercicio del derecho que le confiere el ordenamiento legal, posee la facultad de declarar y no se encuentra obligado a hacerlo en su contra. Es un acto que por su naturaleza es un medio de defensa, antes que un medio de prueba, en virtud del cual se le otorga al inculpado la oportunidad de ejercitar la defensa material y de expresar todo lo que considere conveniente en descargo de la imputación que se le formula. Y es en la concreción de dicho acto que el declarante habrá de referirse a las pruebas que sustentan la incriminación. Afirma la doctrina que "*…la declaración del imputado es antes un medio de defensa que un medio de prueba; nadie ignora que puede contener indicaciones sobre la prueba e, incluso contener ella misma la verificación de algún extremo importante para la imputación…*" (MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Tomo II, Parte General, Sujetos Procesales, Editores del Puerto, 1° Edición, 1° reimpresión, Buenos Aires, 2004, p. 257). Por ello, las expresiones que se efectúen en este contexto deberán ser analizadas con los recaudos que imponen el acto del que se trata.

Por consiguiente, a los fines de merituar los extremos vertidos en el marco de una declaración indagatoria prestada por un coimputado, corresponde verificar si las afirmaciones se corroboran con otros elementos probatorios.

Las consideraciones vertidas por el Tribunal en relación a lo dicho por el manager de la banda resultan razonables y poseen sustento en la prueba incorporada. El Tribunal no sólo tuvo en

consideración los dichos del imputado sino que los valoró en consonancia con los restantes elementos. En primer término, analizó la agenda secuestrada a Diego Marcelo Argañaraz, y en particular las grafías realizadas en las páginas adjudicadas a las fechas de los recitales.

Así, expresaron que en virtud del significado de las anotaciones efectuadas en la página que se inicia con la inscripción "28/12" se desprende un detalle de venta de entradas realizadas y que las consignadas en la hoja siguiente se tratan de una rendición de gastos. A los fines de determinar la efectiva ubicación temporal de la señalada liquidación, consideraron la pertinente planilla de SADAIC (prueba n° 182), cuyo pago registrado el día 28 coincide con el monto anotado por el manager como gasto. Dichas semejanzas permitió al Tribunal concluir que los valores apuntados de manera consecutiva se corresponden a los ingresos y egresos generados por la realización de la primera fecha, pues independientemente de la posición gráfica de los mismos, la prueba documental señalada demuestra que se trata de una única rendición y que se corresponde con el primer espectáculo. Asimismo, ello se corrobora con los dichos de la testigo Viviana Cozodoy. En relación a la hoja iniciada con la leyenda "29/12" que consigna un pago efectuado de $ 1100 pesos a SADAIC, el Tribunal la imputa con la efectuada en la segunda fecha, pues el monto señalado también concuerda con lo consignado en la respectiva planilla del agente recaudador. Y es en este momento en el que el Tribunal recurre a los dichos de Diego Martín Argañaraz quien refirió que "*esas anotaciones corresponden a su puño y letra, que eso fue para tener una idea de los gastos de la fecha, los que tenían que ser descontados del total de la recaudación el último día. Había otros gastos como ser 'SADEM' y 'policía adicional' que después se los comunicaba Omar…cuando habla de 'policía adicional' dice que hace alusión al patrullero que había en la puerta y, además, había una camioneta de la policía en la esquina de la plaza…*" y preguntado sobre si tenía conocimiento de quien se encargaba de pagarle a la policía respondió: "*era Raúl, que le pagaba 300 pesos, más o menos*".

Aduna a lo expuesto, los dichos del manager del grupo musical "La Covacha" quien describió la modalidad en que se confeccionaba los "borderaux" y que, de alguna manera, guarda

relación y corrobora el análisis efectuado.

Tanto las pruebas documentales (conf. la agenda secuestrada en el domicilio del imputado y las planillas de SADAIC) como la prueba testimonial (conf. declaraciones testimoniales de Viviana Cozodoy y de Eduardo Daniel Sempé), se orientan en el mismo sentido y concuerdan, en lo pertinente, con la versión brindada por Diego Marcelo Argañaraz. En efecto, la congruencia requerida se encuentra satisfecha y permite afirmar que, en modo alguno, resulta arbitraria la sentencia por hacer referencia a los dichos de un coimputado. Las pruebas incorporadas legítimamente al proceso avalan ampliamente los extremos señalados por el manager de “Callejeros” y en nada afecta que los mismos hayan ocurrido en el marco de la declaración indagatoria pues su versión resulta coherente y conteste con los restantes elementos probatorios. No corresponde teñir de mendaz las expresiones vertidas por el sólo hecho de haber sido ventiladas en el marco de la declaración indagatoria con las garantías que ella conlleva.

Por consiguiente, las concordancias apuntadas avalan el razonamiento empleado por el sentenciante y permiten descartar el planteo efectuado. Sentado lo expuesto, y entrando a analizar los cuestionamientos puntuales efectuados por los recurrentes en relación al contenido de la declaración de Argañaraz y a las anotaciones de su agenda, se advierte nuevamente, que los mismos giran en torno a la valoración probatoria, ya sea porque efectúan una mirada parcial de la prueba o porque pretenden que se evalúe la misma de una manera diversa a la realizada.

Por un lado, sostienen que el imputado refirió que entre los gastos del show se hallaba el correspondiente a la policía y que era Raúl Villarreal el que pagaba alrededor de trescientos pesos por ese servicio, y alegan que de tal declaración no se puede concluir que la prestación de seguridad era efectuada por parte de Díaz, pues Argañaraz en ningún momento lo señaló como receptor del dinero.

Pero tal como lo expusiera el Tribunal, y como se detallará posteriormente, se encuentra sobradamente acreditada la intervención y la actuación de Carlos Rubén Díaz en el hecho. La postura sentada por la defensa deja de manifiesto una visión sesgada de la prueba que lo conduce a un apartamiento rotundo de la realidad. Argañaraz no individualizó a Díaz como el

destinatario de las sumas dinerarias pero el resto del material probatorio sí lo confirma (su función, su actuación, su presencia en el local, la inexistencia de policía adicional contratada en el local y la cobertura otorgada, las múltiples contravenciones verificadas y la inacción policial, las anotaciones de la agenda de Diego Marcelo Argañaraz, la declaración de Viviana Cozodoy). Pretender una solución diversa a la sostenida por los sentenciantes implicaría apartarse de las constancias actuariales.

Y en relación a esta cuestión cabe reiterar las consideraciones efectuadas con anterioridad en cuanto a las modalidades que deben observarse en la valoración de las pruebas.

Asimismo, las partes expresan que la prueba de cargo hallada en poder del manager no acredita el efectivo pago a Carlos Rubén Díaz, pues la misma es una mera anotación sin que se verifique el supuesto "efectivo pago". Además resaltan que las mismas fueron efectuadas "*para tener una idea de los gastos de la fecha*", de lo que no se puede concluir que esa idea se haya llevado a cabo. Lo que indica el rubro cuestionado es una expectativa de gasto futuro para una supuesta policía adicional y "*de ninguna manera se puede interpretar que se hayan abonado esos 300$*".

En cuanto a los agravios dirigidos a cuestionar el valor probatorio otorgado a las anotaciones obrantes en la agenda de Argañaraz, se aprecia que el recurrente únicamente basa sus críticas en la declaración del nombrado.

Dicho proceder desconoce indebidamente los elementos de prueba citados y analizados en conjunto por los jueces de la instancia anterior e irremediablemente lo conduce a una conclusión desacertada.

De los dichos de Argañaraz se desprende que además de los gastos anotados en su agenda con relación al recital del 29 de diciembre quedaban pendientes otras erogaciones, entre las que mencionó las correspondientes a "*SADEM y policía adicional*", cuyos montos serían posteriormente comunicados por Omar Chabán. Sin perjuicio de ello, estimó el correspondiente a la fuerza de seguridad en trescientos pesos.

Además, no sólo relacionó el desembolso correspondiente a éste último ítem con el patrullero que había en la puerta y el carro de asalto estacionado en la intersección de Ecuador y Mitre,

sino que también manifestó que el encargado de realizar los pagos era Raúl Villarreal.

Respecto al punto los sentenciantes expresaron que de manera coincidente el manager del conjunto musical "La Covacha" manifestó que en el bordereaux *"se consignaban no sólo los gastos correspondientes a S.A.D.A.I.C., S.A.D.E.M. y seguridad sino también los referidos a la policía"* y que además *"Indicó desconocer la forma en que ese gasto se abonaba pues el encargado de efectuarlo era Omar Emir Chabán y lo incluía en la liquidación final"*.

Fácil es advertir que la defensa confunde "expectativa de gastos de futuro" con gastos efectivamente efectuados y que posteriormente le eran comunicados o liquidados a Argañaraz.

En cuanto al efectivo pago efectuado a las fuerzas de seguridad por parte de Raúl Alcides Villarreal, corresponde tener en consideración los dichos de Viviana Cozodoy. En efecto, la nombrada al referirse al diálogo presenciado la noche del 29 de diciembre en la oficina del local, en ocasión de encontrarse efectuando la rendición de la fecha, escuchó que Villarreal al ser interrogado por el explotador del local si *"ya había arreglado con el Comisario"* le contestó *"lo de siempre más doscientos más así cortan la calle como anoche."*

Dicha modalidad de expresión, denota la concreción de lo enunciado. Es decir, se encuentra probado el efectivo cumplimiento de las condiciones que regían al acuerdo ilegal. Y ello, no sólo en virtud de los dichos de la nombrada sino que también la realidad misma pone de manifiesto la estricta observancia, por ambas partes, de los extremos acordados. En efecto, mientras el explotador del local, con la colaboración de su dependiente, abonó las sumas dinerarias, el agente policial se aseguró de garantizar el compromiso asumido mediante múltiples acciones y omisiones, las que serán analizadas más adelante al evaluar la conducta del subcomisario.

Sumado a la realidad verificada, cabe tener en consideración las constancias obrantes a fs. 13766 y 15644 que informan el procedimiento a seguir para contratar policía adicional y que el local "República Cromañón" no contrató dicho servicio, de lo que se desprende la imposibilidad de imputar el pago referido a un servicio legítimo.

La totalidad de las consideraciones efectuadas nos llevan a concluir que resulta fuera de las leyes de la lógica el razonamiento pretendido por la parte. Sostener la gratuidad de tal cúmulo de irregularidades resulta un desconocimiento absoluto del conjunto del material probatorio (las declaraciones de Eduardo Sempé, Ana María Sandoval, Héctor Damián Albornoz, Alfredo Mario Díaz, la agenda y la declaración indagatoria de Diego Marcelo Argañaraz) y no resiste el menor análisis.

1.d.5. El testimonio de Viviana Cozodoy.

Las partes cuestionaron el valor probatorio otorgado en la sentencia al citado testimonio señalando que sus propios dichos son contradictorios y a su vez discordantes con los vertidos por otros empleados del local de baile.

En cuanto a la forma por medio de la cual la testigo arribó al proceso, cabe señalar que su citación se motivó en virtud de la declaración prestada por Ana María Sandoval a fs. 12313/4 quien refirió, entre otras cuestiones, que "*…la persona que podría saber sobre los distintos gastos que pagaba Omar Chabán luego de los espectáculos es Viviana Cozodoy*". Asimismo, explicó cual era la función de su compañera de trabajo.

En efecto, la vinculación de la nombrada con el hecho objeto de las presentes investigaciones determinó, de manera evidente, la pertinencia de su convocatoria. Por ello, y a fin de descubrir la verdad material, el juez de instrucción ordenó la recepción de su declaración testimonial (conf. fs. 9413 vta.) la que se materializó a fs. 12335, bajo esctricto cumplimiento de las normas procesales.

Lo expuesto denota la legitimidad de la incorporación de dicha prueba al proceso y no se advierte ni consecuentemente admite cuestionamiento alguno. Las preferencias o inclinaciones políticas de la nombrada en nada influyen en el hecho que aquí se ventila. De la lectura de las declaraciones prestadas no se advierte relación alguna entre las cuestiones relatadas en cuanto a sus experiencias vividas en el local de baile y sus ideas y militancia social.

Párrafo aparte merece el agravio planteado por la defensa en cuanto a que se violó la incomunicación al tiempo de tomar el testimonio que estamos analizando.

De una lectura del acta que refleja lo ocurrido en la

audiencia de debate llevada a cabo el 2 de febrero de 2009 (conf. Cuerpo II de las Actas de Debate, fs. 216/20) cabe concluir que la declaración de Viviana Cozodoy fue llevada a cabo bajo estricto cumplimiento del ordenamiento legal vigente. Pues bien, la testimonial cuyo análisis nos convoca fue interrumpida entre las 16.10 y las 16.55 en virtud de que se realizó un cuarto intermedio "*por necesidad de la testigo*".

Y tal como afirma el Tribunal, en relación al referido intervalo, "*La testigo fue en esos momentos interrogada por su estado de salud, por personal médico del servicio de emergencias 'Vittal', y asistida por su terapeuta Susana Hermida, encontrándose además en todo momento junto a personal de la Secretaría del Tribunal, lo que excluye toda posibililidad de contaminación del testimonio*".

La circunstancia de que la declarante necesitara reponerse anímicamente a fin de continuar con su relato no resulta un elemento de peso para cuestionar su verosimilitud.

Máxime si tenemos en consideración las circunstancias que rodearon a su presentación. En efecto, tal como surje del acta de debate, una vez finalizada la declaración del testigo que la antecedió en su deposición y siendo las 14.39 hs., la Sra. Presidente informó la reprogramación de las declaraciones ordenadas para esa fecha, señalando que sólo se le recibiría declaración a Viviana Cozodoy, postergando la recepción de Hernán Gustavo Albornóz y de Mario Díaz. Asimismo, relevó al testigo Héctor Daniel Albornóz de permanecer en la sede expresando que de ser necesario sería convocado nuevamente. Luego de la realización de un cuarto intermedio, recién siendo las 15.44 horas se convocó al estrado a Viviana Cozodoy.

Como se aprecia, cuando se materializó el receso cuestionado de influyente (de 16.10 a 16.55 horas), los testigos citados para la misma jornada ya habían sido desinteresados. Es decir, que ni siquiera aguardaban en la antesala del Tribunal. Por ello y encontrándose la nombrada acompañada en todo momento por personal judicial, no se vislumbra de qué modo se vulneró o transgredió la incomunicación. Por el contrario, lo expuesto denota que se garantizó ampliamente el aislamiento de este órgano de prueba y por consiguiente se aseguró la autenticidad de sus manifestaciones.

Sentado ello y habiendo realizado las consideraciones relativas a la manera en que la testigo Viviana Cozodoy ingresó al proceso y al desarrollo de su declaración ante el Tribunal de Juicio, pasemos a analizar sus dichos.

La versión brindada por la nombrada resulta razonable y acorde con las pruebas arrimadas a la causa. Las partes argumentaron la existencia de contradicciones a fin de invalidarla, pero lo cierto es que los extremos señalados como discrepantes no son tales y su declaración no puede ser tachada de mendaz.

Sostienen que les llama la atención que la testigo no obstante haber declarado que lo había visto a Díaz una o dos veces en la calle, al practicarse el reconocimiento en rueda de personas arrojó resultado negativo. Refieren que "*los motivos por los cuales no lo reconoció, son una muestra más de las mendacidades del único testigo sobre el que se recuesta la autoría y participación de Díaz, en el delito de cohecho*".

En primer término, cabe resaltar que en relación al referido reconocimiento "*Su resultado negativo no resulta decisivo para descartar la participación; son diversos los factores que inciden en el óptimo resultado de la diligencia…*" (CCC, Sala VII, L.L., 14/IX/2001, f. 102624).

En segundo lugar, cabe resaltar, que la nombrada en relación a esta cuestión refirió que "*…en la rueda de personas, lo reconoció, pero como se sintió muy presionada, dudó y dijo que no*".

Más allá de las supuestas presiones a las que hizo referencia la testigo, lo cierto es que la duda señalada en su declaración resulta razonable pues, tal como surge de su testimonio el contacto visual que tuvo con el nombrado fue escaso. No fueron muchas las oportunidades en que lo vio. Por otra parte, cabe destacar las circunstancias que rodearon a tales encuentros. En efecto, las mismas se produjeron en el marco de un local de baile, que era el ámbito laboral de la nombrada, donde se desempeñaba generalmente en la boletería. Es decir, que independientemente de la posición geográfica en la que se ubicara, resulta más que suficiente, a fin de condicionar la percepción de Viviana Cozodoy, las funciones propias de las tareas que desarrollaba. La labor desplegada requiere de una concentración

intelectual concreta en virtud de la manipulación dineraria que conlleva. Ello motiva que su atención se vea disminuída en relación a otros aspectos no vinculados con su ocupación específica. Asimismo, el horario laboral y las condiciones ambientales, inciden y resultan relevantes al momento de evaluar este extremo.

Ahora bien, más allá de las circunstancias de modo, tiempo y lugar apuntadas en las que se produjeron los cruces mencionados, la nombrada tuvo la capacidad de realizar una descripción física del policía al que se refería, concordando la misma con la fisonomía de Díaz. Extremo éste que permite afirmar la veracidad de sus dichos.

Por otra parte, la contundente prueba arrimada a la causa acredita, con creces, la concurrencia del nombrado al local. Al respecto la sentencia cita las declararciones testimoniales de Ana Sandoval, Héctor Damián Albornoz y de Alfredo Mario Díaz y destaca como relevante, *"…a los fines de acreditar la presencia de Carlos Rubén Díaz en el lugar de los hechos, los reconocimientos efectuados por Alfredo Mario Diaz y Héctor Damián Albornoz, que lucen a fs. 12.588 y 12.590, repectivamente"*.

De ello se desprende, que la declaración de Viviana Cozodoy no fue contradictoria y justamente lo ocurrido deja de manifiesto la espontaneidad y verosimilitud de su versión.

En nada modifica las conclusiones vertidas en cuanto a que se le insinuó a la declarante que se trataba del subcomisario al momento de prestar su primera declaración, por cuanto tal como referiremos posteriormente la presencia de Díaz en el local de baile se encuentra debidamente avalada por los diversos elementos mencionados.

Por último, resta señalar que las expresiones utilizadas por la testigo para hacer mención a la liquidación de gastos imputables al pago de coima a la policía, obedecen a las diversas circunstancias acreditadas en autos, propias y distintivas en cada fecha, y en nada controvierten la línea coherente mantenida a lo largo de su exposición la que se encuentra avalada y engarzada con el resto del cuadro probatorio.

De un análisis de los cuestionamientos efectuados en relación al testimonio de Viviana Cozodoy se advierte que los mismos tienen como único objetivo su descalificación. Los planteos

impetrados denotan una visión parcial de la prueba arrimada a la causa, cuyo análisis en conjunto permiten corroborar la veracidad y sinceridad del referido testimonio impugnado.

Lo expuesto, resulta fundamento suficiente para concluir de la misma manera en la que lo hizo el Tribunal de grado al afirmar que *"…realmente no cabe dudar de sus dichos pues, pese al tenor del interrogatorio al que fue sometida por las partes, -insistente y exhaustivo-, se nos presentó como siempre veraz"*.

"Viviana Cozodoy no miente, como tampoco miente el borderaux aportado por Sandoval, ni las anotaciones en la agenda personal de Diego Marcelo Argañaraz".

Por otra parte, la defensa de Villarreal afirma que la declaración de Viviana Cozodoy resulta contradictoria con la de otros empleados del local "República Cromañón" que declararon en el juicio.

Al respecto cabe mencionar que si bien Ana Sandoval, Héctor Damián Albornóz y Viviana Cozodoy difieren al señalar el lugar en que fue hallado el denominado folleto "Rockmañón", lo cierto es que dicho documento fue aportado a la causa por la nombrada en primer término y reconocida la autoría de sus grafías por el propio Raúl Alcides Villarreal.

Fácil se advierte que la discordancia se centra en un detalle secundario que razonablemente no resulta apto para menoscabar el valor indiciario otorgado al documento por los magistrados de la instancia anterior.

En efecto, la utilidad del testimonio se vincula a su idoneidad para probar el hecho delictivo objeto del proceso, un hecho que represente un indicio de aquél o bien para corroborar la idoneidad probatoria de algún otro testimonio o medio de prueba o cualquier cuestión incidental (JAUCHEN, Eduardo M., "Tratado de la prueba en materia penal", Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2002, p. 286,). Pero en cualquier caso debe valorarse su utilidad para el descubrimiento de la verdad.

Resulta claro que la determinación del lugar exacto del local donde fue hallado el folleto referido no aparece como una circunstancia relevante de los testimonios citados ni de interés probatorio para la causa, con mayor razón aún, si se tiene en cuenta el aludido reconocimiento del documento por parte de Raúl Alcides Villarreal.

En definitiva, tal vez la propia irrelevancia de la cuestión haya sido el motivo por el cual los testigos no hayan retenido en la memoria el lugar exacto donde halló el folleto Ana Sandoval.

Por ello, las divergencias puestas de manifiesto por la defensa no logran conmover el valor probatorio otorgado por el *a quo* a las declaraciones testimoniales citadas.

Por otra parte, los defensores precisan que la testigo declaró *"... que vio a Raúl detallar los gastos y expresando POLI +100, después que Sandoval le contó, luego que escuchó, es decir, no queda claro qué vio, qué escuchó y si es que vio, si siempre vio lo mismo..."*.

Se advierte que el planteo efectuado por la defensa no se ajusta a lo realmente expresado por Viviana Cozodoy.

En efecto, al referirse a las liquidaciones practicadas en oportunidad de haberse presentado la banda "Los Gardelitos" en el local, dijo haber observado que Raúl Alcides Villarreal detalló los gastos, entre los que figuraban erogaciones a "SADAIC", al sindicato de músicos y otro donde consignó "poli más 100". Respecto al papel en blanco utilizado, dijo desconocer si alguien lo encontró o no.

Por otra parte, señala que en cierta ocasión Ana Sandoval le mostró un papel que había encontrado en un tacho de basura, que tenía una inscripción "poli más 100". Además precisa que la nombrada le manifestó que eso significaba que se pagaba a la policía 100 pesos cada 500 personas que iban al local. Al serle exhibido el folleto cuya copia obra a fs. 12310, lo reconoció como aquél que le exhibiera Ana Sandoval.

Por último, se refirió al diálogo que mantuvieron Chabán y Villarreal la noche del 29 de diciembre en la oficina del local. En dicha oportunidad, pudo escuchar cuando Omar Chabán le preguntó a Villarreal si "ya había arreglado con el Comisario". Expuso que ante ello, Villarreal le contestó que sí, que le había dado "lo de siempre más doscientos más así corta la calle como anoche".

Tal como puede observarse de lo reseñado, la testigo a lo largo de su exposición se refirió a distintos episodios vinculados al pago de sobornos a la policía, los cuales llegaron a su conocimiento a través de distintos sentidos. Tal vez ello pudo haber generado cierta confusión al recurrente, mas no se advierten

las contradicciones alegadas por la defensa.

En lo atinente a la presencia de Omar Emir Chabán en la oficina del local la noche del 29 de diciembre de 2004, la asistencia técnica de Raúl Alcides Villarreal señala que en la sentencia *"Se descarta lo dicho por Albornoz, atento a las contradicciones en que incurriera el mismo, teniendo en consideración, por ejemplo, lo declarado por Díaz, quien refirió que Chabán estuvo todo el tiempo en la barra los días 28 y 29, y que nunca pudo estar en la oficina, la cual se encontraba cerrada. Y se tuvo por veraz el testimonio de Cozodoy, no obstante lo cual, dichas declaraciones se encuentran, para la defensa, también teñidas de contradicciones"*.

"De la declaración de Cozodoy surge también la contradicción con lo declarado por Díaz, ya que volvemos a reiterar que éste dice que el 29 de diciembre Omar Chabán se encontraba operado y la oficina no se habría abierto, encontrándose Díaz con Chabán en la barra".

Las alegaciones esgrimidas por el recurrente otorgan al testimonio de Alfredo Mario Díaz una contundencia que no se condice con lo que realmente expresara en la audiencia de debate del 6 de febrero de 2009.

Tal como lo revela el audio correspondiente a la audiencia citada, al referirse al comportamiento de Omar Emir Chabán durante las noches del 28 y 29 de diciembre, el testigo se limitó a indicar que estaba operado y que permaneció en la barra no observando que se haya ido al sector de la oficina (2° bloque, 2:04 horas). Luego, al referirse a la oficina indicó: *"pienso que tendría que estar cerrado, pienso, no sé"* (2° bloque, 2:06:25 horas).

La circunstancia que Alfredo Mario Díaz no haya visto que Omar Emir Chabán se desplazara hasta la oficina no resulta incompatible con la presencia en dicho lugar que le atribuye Viviana Cozodoy. Resulta muy probable que las labores a cargo de Alfredo Mario Díaz en el local le hayan impedido visualizar de manera ininterrumpida los movimientos de aquél. Con mayor razón aún si se tiene en cuenta la presencia de una desmedida cantidad de espectadores, la escasa iluminación del interior del salón y la actitud evasiva que dijo haber adoptado durante los tres shows de "Callejeros" respecto a Yamil Chabán, quien explotaba las barras y

quería hacerlo trabajar en alguna de ellas.

En el mismo sentido, cabe agregar que la operación mencionada no le impedía movilizarse y ejemplo de ello es la presencia del nombrado en el local.

Además de ello, cabe valorar muy especialmente que la declaración de Viviana Cozodoy resulta coincidente con el resto del material probatorio existente. En efecto, sin perjuicio que más adelante nos referiremos a la actuación de Carlos Rubén Díaz, a su competencia funcional y al corte del tránsito de la calle Bartolomé Mitre, por el momento corresponde coincidir con las consideraciones efectuadas por el Tribunal de mérito y que no fueron objeto de cuestionamientos por parte del recurrente: *"Viviana Cozodoy no miente, jamás pudo haber tenido conocimiento que ese pago que escuchó que Villarreal realizó los días 28 y 29 de diciembre del año 2004 tendrían corroboración en la propia agenda del co-organizador del evento Sr. Diego Marcelo Argañaraz" (…) "…resultan verosímiles las manifestaciones de Cozodoy sobre lo ocurrido en la oficina, desde el momento en que era habitual que concurriera allí a efectuar las liquidaciones. No es una escena antojadiza, ni que pueda tacharse de extraña. Prueba de esto resulta el testimonio de Alfredo Mario Díaz, quien dio cuenta de haber colaborado con Cozodoy en el conteo de tickets en dicha oficina y la declaración indagatoria de Raúl Alcides Villarreal incorporada por lectura, en la que admite que ella concurría al lugar para entregar el dinero de boletería"*.

En razón de lo expuesto, entendemos que las alegaciones esgrimidas por el recurrente en relación al testimonio de Viviana Cozodoy carecen de fundamento, habida cuenta que el impugnante se limita a emitir sus propias conclusiones, sin tener en cuenta la totalidad del plexo probatorio que analizado en su conjunto demuestra la adecuada valoración efectuada por el *a quo*, con aplicación de los principios de la sana crítica racional.

1.d.6. El testimonio de Héctor Damián Albornoz.

Otro agravio expuesto por las partes es el atinente a las consideraciones efectuadas por el Tribunal en relación a la declaración de Héctor Damián Albornoz en función de lo declarado por Viviana Cozodoy.

Así, afirman respecto del nombrado Albornoz que era *"el único testimonio que podía ligar a Díaz con los supuestos pagos*

que se hacían a la Policía Federal Argentina" y pese a ello el Tribunal sentenciante descarta un tramo de la declaración que hace referencia a la escena relacionada a la entrega de dinero de parte de Omar Emir Chabán al Subcomisario Carlos Rubén Díaz, puesto que de aceptarlo sería contradictorio con lo manifestado por la testigo Viviana Cozodoy. Cuestionan la mutilación parcial del testimonio, pues el Tribunal mantuvo la validez del resto de la declaración como prueba de cargo.

El Tribunal sentenciante analizó "*in extenso*" la versión vertida por el empleado del local "República Cromañón" y concluyó que "*Las expresiones de Albornoz durante la audiencia nos persuaden que en el caso se ha dado 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"*.

"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, sin perjuicio de resultar verosímiles las manifestaciones del testigo en su conjunto".

En primer término, y a fin de valorar el razonamiento utilizado por el Tribunal, corresponde previamente delimitar las reglas generales de mensuración de la prueba testimonial.

A fin de apreciar debidamente el mencionado medio de prueba, y determinar el alcance del mismo corresponde ubicarse mentalmente en la posición del testigo al momento de percibir los hechos, imaginándose las situaciones en que se presentaba el mismo, remontándose y recreando el momento, tiempo, lugar y demás circunstancias que se desprendan tanto del relato del testigo como de las demás pruebas (conf. en este sentido JAUCHEN, Eduardo, ob. cit., p. 359).

Asimismo, como principio, debe tomarse como valedera la declaración de un testigo, no obstante ello, es imprescindible verificar si su relato se corrobora con el resto del material probatorio.

Ahora bien, con el objeto de obtener una valiosa ponderación de este medio de prueba, corresponde tener en consideración los principales elementos psicológicos del testimonio, que la doctrina los clasifica de la siguiente manera:

a) la percepción; b) la memoria y c) la deposición (JAUCHEN, Eduardo M., ob. cit., pág. 360).

Corresponde entonces, en lo que aquí interesa, referirnos a los dos primeros. Así, podemos definir a la percepción como la realización de la operación propia de cada sentido (ver, escuchar, oler, degustar y tocar) en virtud de la cual el testigo se interioriza de lo que ocurre en la realidad exterior.

Dicha operación difiere en cada sujeto y guarda relación con las aptitudes y cualidades de cada individuo, a su curiosidad, a su situación personal, a su conexión afectiva con la relevancia del hecho, a su sensibilidad, su disposición mental, a su impresionabilidad, a las condiciones de modo, tiempo y lugar, tales como la iluminación, la distancia y la velocidad, como así también con todas aquellas circunstancias que rodean a cada caso en particular.

Es decir que, a fin de analizar un testimonio resulta relevante tener en consideración la totalidad de las cuestiones apuntadas, atento a que las mismas determinan o condicionan la forma en que la persona percibe, mediante sus sentidos, un determinado hecho.

Y tan esenciales resultan los condicionantes apuntados precedentemente que la doctrina refiere que "*Toda percepción es un análisis parcial de la situación, de la cual se acentúa un aspecto en detrimento de otros*." (JAUCHEN, Eduardo M., ob.cit., pág. 360).

Con respecto a la memoria, esta importa un proceso mental complejo que requiere necesariamente la conservación de lo percibido mediante los sentidos y luego su evocación como mecanismo psíquico que implica traerlo nuevamente a la conciencia mediante el recuerdo de aquello que se ha percibido. El proceso de recuerdo requiere un trabajo de coordinación, selección e interpretación y difiere en la capacidad de cada persona.

No sólo el objeto y el modo de percepción influyen en el proceso amnésico de conservación y evocación en el testimonio, sino que también la capacidad y actividad que la persona desarrolla.

Ahora bien, sentado lo expuesto veamos en el caso como se conjugan los parámetros fijados.

Del confronte del testimonio en análisis, y tal como lo señalara el Tribunal, se advierte la existencia de un relato

confuso, ya sea por un error en la percepción como por error en la evocación.

Las manifestaciones vertidas por el testigo denotan una clara indeterminación de su ubicación espacial los días 28 y 29 de diciembre de 2004. Pues por un lado, ubicó haber visto la entrega mentada en la puerta de la oficina en la que se realizaban las liquidaciones en ocasión de haber ido a buscar vino al depósito y, por otro, relató que en las tres fechas que tocó la banda "Callejeros" no se movió de la barra porque no necesitó reponer bebidas y señaló también que no se desplazó atento a la cantidad de concurrentes. Asimismo, existe confusión sobre los objetos, pues mientras manifestó que en el local se expedían diversas bebidas, no señaló como una de ellas a la que generó el motivo de su desplazamiento hacia el depósito. También la sentencia hizo referencia a los términos de la comunicación telefónica mantenida con un compañero de trabajo y a los dichos de Viviana Cozodoy.

Héctor Damián Albornoz transmitió, el día de la audiencia, los datos recabados por medio de sus sentidos. Pero evidentemente, de su propio relato se advierte una falta de armonía en los extremos señalados.

Ahora bien, y tal como lo sentáramos al referirnos a las consideraciónes generales de valoración de la prueba testimonial, corresponde señalar cual fue el motivo de las apuntadas discordancias.

Evidentemente las condiciones en las que se desplegó la entrega relatada no le permitieron ver con precisión cual era el objeto de la dación. La luz que existía en el lugar y la ocasión en la que se produjo el encuentro resultan condicionamientos más que suficientes. Tampoco se puede determinar de sus dichos la fecha precisa de la escena. El tiempo transcurrido entre la fecha de la percepción y la evocación incidieron negativamente a los efectos del recuerdo. Pero el transcurso del tiempo, que para la parte puede parecer escaso, no resulta el único elemento a tener en cuenta.

En este sentido, corresponde destacar la gravedad excepcional de lo ocurrido la noche del 30 de diciembre de 2004. Las vivencias sufridas la trágica noche, no sólo por la extensión de la tragedia y la cantidad de víctimas, sino por la forma y la velocidad en la que se sucedieron los hechos, deben ser

consideradas al momento de valorar los dichos del declarante. Evidentemente, un evento de las magnitudes como el que nos convoca en la presente causa, es motivo más que suficiente para perturbar la retención de algún dato puntual.

Asimismo resulta determinante, a los fines analizados, la conexión afectiva del testigo con la relevancia del hecho. En el caso, el deceso de una compañera de trabajo como la pérdida de la fuente de trabajo, evidentemente también afectaron la memoria del testigo.

Por último, tampoco existe concordancia entre el objeto de la busqueda y las bebidas que se expedían en el local de baile.

Por ello, compartimos lo expuesto por el Tribunal de Juicio en cuanto a la existencia en el testimonio de Héctor Damián Albornoz de "*…una confusión en la retención de la percepción y su evocación…*".

Pues, efectivamente, la mente humana es falible por múltiples motivos y razones, siendo en consecuencia absolutamente normal y lógico que cualquier individuo pueda errar acerca de algun detalle o circunstancia.

Lo expuesto, en modo alguno importa una actitud mendaz ni invalidante de las adecuadas evocaciones efectuadas en el resto de su relato.

Por consiguiente, el testimonio es divisible y puede descartarse aquello que es fruto de meras equivocaciones o errores involuntarios, conservando el remanente como válido, si a su vez del juicio crítico se comprueba su veracidad.

Tal como lo sostiene la doctrina "*la indivisibilidad del testimonio, (…), es un resabio del antiguo principio falsus uno, falsus omnibus que no se compadece con la realidad ni con el sistema de la libre convicción como sistema de valoración probatoria*" (JAUCHEN, Eduardo M., ob.cit., p. 370).

En el caso, y conforme las reglas de la sana crítica la sentencia sostiene que "*Las dudosas condiciones de visibilidad del episodio —transmitidas por el propio testigo-, la circunstancia de que haya podido ver sólo ´algo de color violeta´ y la palabra ´vino´, sin saber si se trataba especialmente de esta bebida —pues no está entre las que se expedían-, o si se trataba de una referencia a bebidas alcohólicas en general, nos persuaden de la imposibilidad de valorar su testimonio en este tramo (…)*

Sin embargo, y a excepción de este episodio, que no será objeto de consideración, (…) el resto de sus manifestaciones se ven corroboradas por la prueba producida".

El fallo analiza detalladamente los restantes extremos de la declaración de Albornoz que mantiene vigentes. Así refiere que se encuentra acreditada la presencia de Díaz en el local vestido de traje, que se preguntaba por la cantidad de asistentes a "República Cromañón" y que se entregaba dinero a la policía por seguridad; y contrasta expresamente cada una de las afirmaciones con la prueba corroborante.

Es decir, que mantiene el resto de los dichos del testigo en relación a los aspectos señalados, por encontrar respaldo probatorio.

Dicho proceder resulta correcto y ajustado a las reglas de la sana crítica, pues aún en el hipotético caso de efectuar el ejercicio mental de suprimir la totalidad de la declaración cuestionada, en nada incide en la decisión final adoptada por el Tribunal.

La exclusión o apartamiento del testigo cuestionado no conlleva a modificar el razonamiento adoptado en la sentencia, pues el resto del material probatorio permite sostener firmemente la argumentación.

Los extremos vertidos por el testigo Albornoz se verifican, en lo pertinente y con el alcance asentado en la sentencia, con las declaraciones de Viviana Cozodoy, de Marío 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".

Por consiguiente, y en virtud de las argumentaciones expuestas, no se advierte agravio alguno en relación a la consideración parcializada de la declaración en análisis.

Ahora bien, las partes cuestionan que "*…solamente se descartan aquellas apreciaciones que se contradicen con lo manifestado por Cozodoy…*", pero en realidad lo que neutraliza el Tribunal es aquello que resulta confuso o incongruente, independientemente de la incidencia o relación que ello tenga en la cuestión. Los restantes elementos que pudieron ser verificados, ya sea mediante la prueba testimonial o documental, fueron mantenidos y valorados.

En esa inteligencia, no debe perderse de vista que la veracidad del testimonio de Viviana Cozodoy se encuentra ampliamente acreditada en autos como analizamos en el acápite que antecede.

1.d.7. Incorporación por lectura del testimonio de Ana Sandoval.

En lo que respecta a dicha incorporación efectuada por el Tribunal de Juicio e impugnada recién en esta etapa procesal por la defensa de Omar Chabán, entendemos que resulta acorde a derecho, en tanto que el planteo luce claramente extemporáneo. Ello así dado que de la compulsa del acta de debate del 22 de agosto de 2008, surge que en dicha oportunidad y otorgada que le fuera la palabra para que se manifestara con relación al punto, la parte no dedujo oposición alguna por lo que la cuestión quedó definitivamente zanjada.

Entonces, la incorporación al debate del testimonio referido resulta legítima, por cuanto se ha respetado el derecho de defensa del acusado; el defensor es soberano en la planificación de su estrategia.

En dicho sentido, puede afirmarse que el control de la prueba constituye un derecho del que puede desistir el interesado, en el caso, a través de su silencio (NAVARRO, Guillermo Rafael - DARAY, Roberto Raúl, "Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial", t. II, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 1135), por lo que no advertimos que lo decidido por los magistrados de la instancia anterior vulnere el derecho de defensa en juicio.

En el caso, ante la imposibilidad de interrogar a Ana María Sandoval fundado en uno de los extremos previstos expresamente por el inciso 3° del artículo 391 del código de forma (su fallecimiento) y no habiendo oposición de parte, se ordenó la introducción por lectura al debate de los testimonios vertidos en la sede instructoria.

En relación a la normativa citada, cabe recordar el criterio que sostuviéramos como integrantes de la Sala III al votar en los autos n° 7246, caratulada: *"ZABALA, Gastón Enrique s/recurso de casación"* (Reg. 130/07 del 21/02/07) en el cual memoramos lo resuelto "*…en las causas N° 2251 'Fuñoli Salazar, José s/ rec. de casación' (Reg. N° 651/99 del 26/11/99), N° 2622*

'Novoa, Jorge s/ rec. de casación' (Reg. N° 430/2000 del 10/8/2000), N° 3631 'Ramírez, Carlos s/ rec. de casación' (Reg. N° 316/02 del 11/6/2002), y causa N° 4919 'Taboada, Arturo Valeriano s/ rec. de casación' (Reg. N° 447/04, del 25/08/04), en cuanto a que 'Los principios de inmediación, contradicción y oralidad -que rigen la recepción de la prueba en el debate- encuentran su excepción en las previsiones del artículo 391, que autoriza a suplir los testimonios directos por la incorporación por lectura de aquellos recibidos durante la instrucción cuando las partes fueren contestes al prestar su conformidad a tales efectos (inciso 1°); cuando se pretenda poner de relieve contradicciones o variaciones entre unas y otras, o para ayudar a la memoria del testigo (inciso 2°); cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se encontrare inhabilitado para declarar (inciso 3°); o cuando lo hubiere hecho por exhorto o informe (inciso 4°). Es condición para la sustitución que autoriza esta norma, que en las declaraciones prestadas durante la etapa investigativa e incorporadas al debate se hayan observado las formalidades de la instrucción'; y que 'La excepción contenida en el inciso 3° de la norma referida, es una consecuencia directa del principio fundamental de la búsqueda de la verdad real o histórica que domina el procedimiento penal, y que impone a los Tribunales de Justicia el deber de incorporar al debate todo elemento de prueba o dato objetivo que haya sido introducido legalmente al proceso y que sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto, o por lo menos probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva (conf. nuestro voto en la causa N° 1391 caratulada 'PAZOS, Juan Carlos y otros s/ recurso de casación', Reg. N° 596/98, Rta. el 28/12/98)'.

En efecto, si bien es cierto que la regla general es que debe darse al acusado oportunidad adecuada e idónea para poner a prueba, confrontar e interrogar a un testigo de cargo, ya sea en el momento en que el testigo estuvo haciendo la declaración o en una etapa posterior, es decir, durante la investigación o en el juicio (ver sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos 'Van Mechelen vs. Países Bajos', 'A.M. vs. Italia', 'Unterpertinger c. Austria' y 'Saïdi c. Francia', entre muchos otros citados por Luis M. García en 'El derecho a interrogar a los

testigos de cargo', publicado en Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley, septiembre de 2002, pág. 3 y ss.), como así también que el derecho de toda persona acusada de un delito '...a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo...' tiene rango constitucional (conf. artículo 14. 3. 'e' del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 del 16/12/1966; artículo 8. 2. 'f' de la Convención Americana de Derechos Humanos; y artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna); no es menos cierto que los referidos pactos -al igual que todos los otros tratados internacionales que han sido incorporados al texto de la Constitución Nacional por la reforma de 1994, en las condiciones de su vigencia-, '... tienen jerarquía constitucional ...' pero '... no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos ...' (artículo 75 inciso 22 de la Ley Fundamental).

Siendo ello así, el derecho consagrado en los pactos citados 'supra' (que no constituye una cláusula directamente operativa, toda vez que, por ejemplo, el artículo 2 inciso 2° del propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos claramente establece que '...Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter...') debe armonizarse con el conjunto del ordenamiento jurídico de nuestro país y, consiguientemente, recibir para su goce la reglamentación que -como se verá- exclusivamente puede establecer el Honorable Congreso de la Nación, de modo que sólo podrá efectivizarse '... conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...' (artículo 14 de la Constitución Nacional); siendo justamente el artículo 391 del Código Procesal Penal de la Nación el llamado a considerar la hipótesis de excepción que se verificó en el caso bajo estudio, el cual reconoce (sin alterar) el invocado derecho en análisis de interrogar a los testigos en el debate, permitiendo la incorporación por lectura de sus testimonios cuando se dan los

supuestos especiales previstos y exigidos por la misma norma.

Por ello, la excepción consagrada en el comentado artículo 391 del ritual no resulta arbitraria ni contraria a un derecho consagrado constitucionalmente, toda vez que el artículo 14 de la Carta Magna, en palabras de Joaquín V. González ('Manual de la Constitución Argentina', Estrada, Buenos Aires, 1983, pág. 110), ha investido al Congreso Nacional '... con la potestad de dictar todas las restricciones que nacen de la misma naturaleza de la sociedad, ***de los principios eternos de justicia y de moral, y del conjunto de medios y recursos ideados por la Constitución para afianzar la justicia****, consolidar la paz, proveer a la defensa común, procurar el bienestar de todos y asegurar la libertad ...' (el resaltado nos pertenece). Y es precisamente en virtud de tales principios de verdad, de moral y de justicia que deben regir a toda sociedad civilizada, que se justifica cabalmente la existencia de la norma concebida por el legislador en el artículo 391 referido; toda vez que en las circunstancias establecidas resulta irrazonable conceptualizar tan imprudente estado de indefensión social y consagrar así el consecuente grado de impunidad frente al hecho fortuito de la desaparición del testigo de cargo.*

El referido criterio que deriva de la ley y que consecuentemente observamos, sin duda alguna, asegura la realización del derecho penal sobre la base de criterios ciertos de razonabilidad y justicia, y en definitiva nos permite aventar todo interés que pudiera tener quien hubiese delinquido en procurar la ausencia o cualquier forma de desaparición física de los testigos que le pudieran resultar desfavorables y así obtener un pronunciamiento absolutorio en el juicio. En el mismo sentido se ha expedido el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de esta ciudad, expresando que '... de asentar el criterio de que no pueden incorporarse testimonios por lectura cuando estamos ante los supuestos que la ley expresa y taxativamente enumera en el art. 391 inciso 3°, se estaría actuando en contra de los artículos 79 y 80 del C.P.P. puesto que de ello podría surgir una incitación a la amenaza, la privación de libertad e incluso el homicidio de un testigo o de una víctima a fin de aprovechar el supuesto resultado nulificante de su no presencia en el momento del debate ...' (conf. voto del doctor Martín Federico en la causa n° 354

'Rebello, Sebastián y otros s/ inf. ley 23.737', Reg. N° 967 de ese tribunal, de fecha 8/10/99).

Por lo demás, advertimos que no obstante que el texto del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos no define limitaciones a los derechos en él consagrados; sí lo hacen otras convenciones y tratados internacionales anteriores y posteriores de igual jerarquía. En efecto, cabe mencionar a modo de ejemplo: ***a)*** *que el artículo 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 2/5/1948) establece que 'Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás,* ***por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático****' (el resaltado es nuestro);* ***b)*** *que el artículo 32. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica (22/11/1969) dispone que 'Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por* ***la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática****' (el resaltado nos pertenece); y* ***c)*** *que el artículo 29. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución n° 217 A de las Naciones Unidas, del 10/12/1948 -de la que deriva la norma del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en comentario) ordena que 'En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las* ***limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática****' (el resaltado lo agregamos nosotros).*

Conforme con ello, no dudamos en afirmar que el derecho de interrogar a los testigos de cargo no es directamente operativo, sino que tiene limitaciones objetivas impuestas por la ley que regula el ejercicio de dicha facultad, con miras a cumplir fines superiores de una sociedad democrática como la nuestra, esto es '... afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad ...'. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lleva dicho reiteradamente sobre el particular que 'Los derechos civiles, políticos y sociales que la Constitución Nacional consagra, lejos de ser absolutos, están sujetos a

limitaciones o restricciones tendientes a hacerlos compatibles entre sí y con los que corresponde reconocer a la comunidad' (Fallos: 191:139; 253:133; y 315:380, entre otros)." —confrontar en igual sentido causa n° 10698, caratulada: "Vildoza, Federico Jonathan s/rec. de casación" Reg. 1298/09 rta. el 22/09/09 de esta Sala-.

Por todo lo expuesto, consideramos que el caso en estudio no puede ser tomado como una violación al derecho de interrogar al testigo de cargo -Sandoval- consagrado en los pactos internacionales mencionados; toda vez que nos encontramos indiscutiblemente ante uno de los supuestos excepcionales y taxativos previstos por la ley procesal (artículo 391 inciso 3° del Código Procesal Penal de la Nación) que hacen legalmente admisible la incorporación por lectura al debate de las declaraciones testimoniales brindadas por la nombrada.

1.d.8. Confabulación de los testigos Ana Sandoval, Viviana Cozodoy y Héctor Albornoz en contra de Omar Chabán. Hostilidad de Albornoz.

Aquí debemos descartar el planteo efectuado por la defensa de Chabán en relación a la hostilidad del testigo mencionado y a la confabulación llevada adelante por tales personas, con la finalidad de "hundir" a Omar Chabán, por cuanto ninguno de tales extremos fueron verificados en autos.

En primer término, y tal como lo reseñamos precedentemente, los dichos de los testigos cuestionados se encuentran corroborados con los restantes elementos probatorios incorporados a la causa.

Por otra parte, no se observa en las declaraciones de los nombrados la existencia de un acuerdo previo efectuado con el objetivo señalado por la defensa. Pues, más allá de las normales reuniones mantenidas antes de las declaraciones como compañeros de trabajo, lo cierto es que si efectivamente hubiera existido una confabulación ilícita, se hubiera observado una identidad de relato entre los involucrados, lo que no ocurrió sino que, si bien fueron contestes entre sí en las cuestiones centrales, lo cierto es que se han dado matices en algunos aspectos ya tratados que tienen que ver con la propia y personal apreciación de cada uno, lo que da por tierra con la vigencia de la mentada conspiración o confabulación.

Sostener la tésis planteada por la defensa no sólo escapa a la realidad de los hechos sino que implicaría concluir que la referida confabulación fue mayor, pues en la maniobra pretendida habrían intervenido no sólo los empleados del local de baile, sino también la policía y el manager de la banda, entre otros.

1.d.9. Competencia Funcional. Carlos Rubén Díaz.

En cuanto a los agravios vinculados a la competencia funcional asignada por el *a quo* a Carlos Rubén Díaz para intervenir y reprimir contravenciones, consideramos que los señores magistrados han dejado claramente asentados los fundamentos de derecho en los que cimentaron su decisión.

Puntualmente, señalaron que *"La Policía Federal forma parte del sistema de seguridad interior de nuestra Nación conforme lo establece la ley 24.059 y su reforma a través de la ley 26.102 (art. 7°, inciso e)"*.

"De acuerdo al Estatuto de la Policía Federal Argentina (decreto ley 333/58 ratificado por ley 14.467, texto según ley 23.950) esta cumple funciones de Policía de Seguridad y Judicial en el territorio de las Provincias y Capital de la Nación, dentro de la jurisdicción del Gobierno de la Nación (art. 1°)".

"A tal fin debe velar por el mantenimiento del orden público y de las buenas costumbres garantizando la tranquilidad de la población y reprimir el juego ilícito, todo ello de acuerdo con las leyes, reglamentos y edictos [respectivos] *(art. 4°, inciso 1°)"*.

"Son deberes esenciales para el personal en actividad entre otros, el desempeño de los cargos, funciones y comisiones del servicio ordenados por autoridad competente y de conformidad con lo que las leyes y reglamentos policiales prescriben; para cada grado o destino (art. 34, numeral 4); y mantener el orden público, preservar la seguridad pública y prevenir y reprimir toda acción delictiva (art. 34, numeral 8)".

A partir de estas premisas, los sentenciantes tuvieron en cuenta la incidencia de la reforma constitucional de 1994 que *"...a través del art. 129 otorgó autonomía a la ciudad de Buenos Aires con facultades propias de legislación y jurisdicción… Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación"*.

En tal sentido, manifestaron que la ley referida *"es la n°*

24.588 (y su modificatoria la n° 26.288) y su objetivo fue 'garantizar los intereses del Estado Nacional en la ciudad de Buenos Aires, mientras sea Capital de la República, para asegurar el pleno ejercicio de los poderes atribuidos a las autoridades del Gobierno de la Nación' (art. 1°). Dejó en claro que la Nación conservaba todo el poder no atribuido por la Constitución al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires, y que era titular de todos aquellos bienes, derechos, poderes y atribuciones necesarios para el ejercicio de sus funciones (art. 2°)".

Además, el Tribunal de juicio se refirió al artículo 7° de dicha ley, que establece que "*El Gobierno Nacional ejercerá en la Ciudad de Buenos Aires, mientras sea Capital de la República, sus funciones y facultades en materia de seguridad con la extensión necesaria para asegurar la efectiva vigencia de las normas federales. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ejercerá las funciones y facultades de seguridad en todas las materias no federales. El Gobierno Nacional las seguirá ejerciendo hasta tanto aquel ejercicio sea efectivamente asumido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires...*".

Asimismo, en la sentencia cuestionada se destacó que "*En materia de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributaria locales, se estableció las facultades propias de jurisdicción de la ciudad de Buenos Aires (art. 8°)*".

Al analizar la normativa aplicable, el *a quo* indicó que en el decreto 150/99, reglamentario y aclaratorio de la ley 24588 y del decreto ley 333/58 ratificado por ley 14467, "*se resalta que la Policía Federal Argentina continuará cumpliendo funciones de policía de seguridad y auxiliar de la Justicia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires*".

En el fallo impugnado también se mencionó que "*la ley 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, vigente a la fecha de los hechos establece en su artículo 16: 'la prevención de las contravenciones está a cargo de la autoridad que ejerce funciones de policía de seguridad o auxiliares de la justicia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires'*".

Siguiendo con el análisis de las normas locales, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 sostuvo que el artículo 17 de la ley 12 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "*brinda a las autoridades preventoras la facultad de clausurar preventivamente*

en caso de flagrante contravención que produzca grave e inminente peligro para la salud o seguridad públicas (inciso b). Incluso el art. 19 le da facultades de coacción directa para hacer cesar la conducta flagrante y de aprehensión cuando sea necesario para hacer cesar el daño o peligro que surge de la conducta contravencional".

Consideramos que los agravios expuestos por los recurrentes sólo encuentran fundamento en una interpretación literal y fragmentada de las normas aplicables, al extremo de señalar que "*del texto del Decreto 150/99 no existe ninguna referencia directa, indirecta, explícita o implícita que le ordene a la Policía Federal Argentina que ejerza funciones de auxiliar de la Justicia de autoridades de la C.A.B.A.*".

Difícilmente el decreto aludido pueda hacer referencia a la relación funcional de la Policía Federal Argentina con las autoridades locales. Es que dicha norma tiene por finalidad "*reforzar la tarea de prevención tendiente a asegurar una mayor seguridad y protección de las personas y bienes en el ámbito de la Capital de la República, cuyo resguardo debe atender inexcusablemente el Gobierno Nacional*". A tal efecto instruye a la Policía Federal Argentina para que, en cumplimiento de sus funciones de policía de seguridad, proceda a intervenir e impedir las conductas descriptas en su artículo 1°, por estricta aplicación de la ley 23950, que fija los parámetros a seguir por la autoridad policial en el marco de la detención de personas.

Es del caso recordar que la interpretación sistemática de la ley impone no ceñirse a los preceptos de la norma y recomienda armonizarlos con el conjunto del ordenamiento jurídico (conf., Sala III, causa n° 3261, "Horrisberger, Rubén Germán s/recurso de casación", reg. 395.01.3, rta. el 25/6/01).

Por ello, cabe destacar que al momento de los hechos el propio artículo 7 de la ley 24588 establecía que "*la Policía Federal Argentina continuará cumpliendo funciones de policía de seguridad y auxiliar de la justicia en el ámbito de la ciudad*", al tiempo que le vedaba a la ciudad de Buenos Aires crear organismos de seguridad sin autorización del Congreso de la Nación y le otorgaba, a través de su artículo 8, facultades propias de jurisdicción en materia contravencional.

En este punto, corresponde señalar la armonía que

presentan las normas reseñadas con el citado artículo 16 de la ley 12 de la ciudad de Buenos Aires, que establece que "*la prevención de las contravenciones está a cargo de la autoridad que ejerce funciones de policía de seguridad o auxiliares de la justicia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires*".

La prohibición de crear organismos de seguridad sin autorización del Congreso de la Nación impuesta por la ley 24588 a la ciudad de Buenos Aires y la expresa mención de que la Policía Federal Argentina "*continuará cumpliendo funciones de policía de seguridad y auxiliar de la justicia en el ámbito de la ciudad*", otorgan sustento a la conclusión alcanzada por el *a quo*. Es que una inteligencia distinta supeditaría el ejercicio de la jurisdicción de la ciudad de Buenos Aires en materia contravencional a la voluntad de los legisladores nacionales, en clara contradicción con la autonomía propiciada por el artículo 8 de la ley 24588.

En tal sentido, no debe olvidarse que la interpretación de la ley requiere la máxima prudencia, cuidando que el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción, a cuyo efecto una de las pautas más seguras para verificar si la inteligencia de una disposición es racional y congruente con el resto del sistema del cual aquélla forma parte, es la consideración de sus consecuencias (C.S.J.N., Fallos: 331:519).

No puede desconocerse que se trata de una norma vinculada a la transferencia progresiva de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes (artículo 6 de la ley 24588).

Los convenios de transferencia de competencias penales a la ciudad aprobados por las leyes 25752 y 26357 son un buen ejemplo de ello. Las consideraciones vertidas en el convenio suscripto el 7 de diciembre de 2000 y aprobado por la ley 25752 reflejan con claridad el espíritu que debe guiar la interpretación de la norma.

Allí se sostuvo que "*es evidente la necesidad de un traspaso progresivo de competencias, que gradúen el cambio de funciones de los diferentes operadores de justicia, a fin de garantizar en el período de transición una administración de justicia que no se vea alterada en su prestación por los cambios*".

Idénticas consideraciones pueden efectuarse a partir de lo

normado en el artículo 5 de la ley 24588, que establece que la legislación nacional y municipal seguirá siendo aplicable con posterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto Organizativo aludido por el artículo 129 de la Constitución Nacional, hasta tanto no sea derogada o modificada por las autoridades nacionales o locales, según corresponda.

Que el período de transición aludido aún no ha concluido da cuenta la reforma introducida por la ley 26288, que pese a haber suprimido la prohibición impuesta a la ciudad de Buenos Aires de crear organismos de seguridad, establece que el Estado Nacional seguirá ejerciendo funciones y facultades de seguridad en materia no federal hasta tanto ellas sean efectivamente asumidas por el gobierno de la ciudad de Buenos Aires.

Queda así reflejada la inteligencia de la norma originaria, la Policía Federal continuará cumpliendo funciones de policía de seguridad y auxiliar de la justicia en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, hasta que dicha tarea pueda ser asumida por el gobierno local.

En definitiva, tratándose de normas que regulan la transición impuesta por el proceso iniciado con la reforma constitucional de 1994 que otorgó autonomía a la ciudad de Buenos Aires, resulta ajustado a derecho considerar que de las normas citadas, interpretadas en conjunto, surge la competencia de la Policía Federal Argentina para prevenir contravenciones en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin necesidad de que ésta y el Estado Nacional suscriban convenio de cooperación alguno o un contrato de servicios bajo el régimen de “Policía Adicional”.

La interpretación propuesta lejos se encuentra de resultar controvertida, pues distintos elementos de prueba demuestran que la intervención de personal de la Policía Federal Argentina, en materia contravencional, resulta una práctica habitual. De ello dan cuenta las copias certificadas del expediente n° 6225/JC/04-15822/04 FC “Caratulado: “Estadio Obras Sanitarias s/infracción art. 61 del CC”, y sus acollarados, del registro del Juzgado Contravencional y de Faltas n° 6 de esta ciudad, relativo al recital del grupo “Callejeros” realizado en el estadio “Obras” (prueba n° 216); las copias certificadas del expediente n° 46050/04, caratulado “Paula Benevenias s/inf. al art. 57 bis según ley 10” del registro de la Fiscalía Contravencional y de Faltas n°

11 de la ciudad de Buenos Aires y sus acollarados, relativos al recital del grupo "Callejeros" realizado en el estadio del "Club Excursionistas" (prueba n° 217). Idénticas conclusiones pueden extraerse del informe escrito presentado en los términos previstos por el artículo 250 del Código Procesal Penal de la Nación por el Fiscal General Adjunto de la ciudad de Buenos Aires, doctor Luis Jorge Cevasco, quien señaló que durante el transcurso del año 2004 los fiscales contravencionales realizaron inspecciones a locales de baile clase "C" junto a personal de la División Contravenciones y Faltas de la Policía Federal Argentina.

Por último, no pueden dejar de mencionarse las declaraciones del Comisario Jerónimo Alberto Molina, jefe de la División Judiciales de la Superintendencia de Asuntos Internos de la Policía Federal y del Subcomisario Carlos Abel Stortini -quien prestaba servicios en la Seccional 7ª-, quienes detallaron las obligaciones funcionales a cargo del personal policial ante una contravención entre las que mencionaron la oportuna consulta con el fiscal contravencional en turno.

En la misma inteligencia debe valorarse la presentación del imputado en el local "República Cromañón" el día de su inauguración. Respecto a dicho episodio, los sentenciantes dijeron: *"Pues bien, la relación que resulta origen del pacto que unía a los nombrados encuentra su inicio en la presentación espontánea que Díaz hiciera el día de inauguración de 'República de Cromañón'"*.

"Es admitida por el propio subcomisario Carlos Rubén Díaz. Recordemos que este refirió en su declaración indagatoria que luce a fs. 14.171/89 que en su carácter de tercer jefe de la seccional 7ma. realizaba tareas de servicio externo, esto es el control de los objetivos emplazados en la jurisdicción —entre los que había locales bailables- determinando cuáles eran los focos problemáticos. Precisó en tal sentido que atento la cantidad de lugares de esas características en la zona, era normal que se presentara ante los dueños de distintos comercios y les entregara una tarjeta suya 'para cualquier problema que necesitaran'".

"En cuanto al local que nos ocupa, expuso que conoció a Omar Emir Chabán y a Raúl Alcides Villarreal el día que se inauguraba el local. En esa ocasión le comentaron que allí se realizarían espectáculos con grupos de rock y resultando

desconocidas en ese momento las fechas en que esto sucedería, pidió que se le avisara. No teniendo noticias al respecto se fue presentando en aquellas ocasiones en que supo por terceros que habría algún evento, señalando que ello ocurrió en el año 2004".

Se observa que es el propio Carlos Rubén Díaz quien dio a entender que sus obligaciones funcionales abarcaban el control de los locales bailables. De manera coincidente el Subcomisario Carlos Abel Stortini, quien en dicha ocasión secundó al imputado, explicó que se presentaron en el local bailable para controlar su documentación.

Por otra parte, si bien la sentencia hace referencia al artículo 7 de la ley 24588, según texto introducido por la ley 26288 con posterioridad al hecho, se advierte que el razonamiento y la decisión del *a quo* se basa en la consideración del decreto 150/99, que no hace más que repetir los términos del primigenio artículo 7.

Prueba de ello, es que tanto la defensa de Carlos Rubén Díaz como los representantes del Estado Nacional dirigen sus críticas al alcance otorgado al decreto aludido, cuestión que ya ha sido objeto de tratamiento.

No cabe entonces más que compartir las conclusiones del Tribunal de mérito en cuanto manifestó que *"Está claro entonces que la Policía Federal ejercía funciones de prevención en relación con las contravenciones tipificadas en la ley n° 10, entonces vigente en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires"*.

1.d.10. Existencia de contravenciones en "República Cromañón". El conocimiento de Carlos Rubén Díaz.

Sentado cuanto precede, cabe ingresar a los agravios planteados por los recurrentes en torno a la ocurrencia de contravenciones en el local "República Cromañón" y en sus inmediaciones y al conocimiento de dicha situación por parte del acusado.

No se encuentra discutida la presencia de personal policial a bordo de un patrullero en las adyacencias del local y de un carro de asalto en la intersección de Ecuador y Mitre. Así lo acreditan los distintos elementos de prueba citados en la sentencia, entre los que cabe mencionar, las declaraciones de Héctor Damián Albornoz, de Viviana Cozodoy, de Ana María Sandoval, de Ivan Leiva, de Graciela Acuña, de Lucía Maltese, de Gustavo de

Jesús, de Alfredo Mario Díaz y los numerosos registros de los libros de la Seccional 7ª, que fueron cuidadosamente detallados en la resolución impugnada y acreditan el constante desplazamiento de móviles policiales a las inmediaciones del local por orden del jefe operativo de la dependencia, Carlos Rubén Díaz.

Sin embargo, se afirma que el personal policial que se encontraba el día del hecho en las proximidades del local "República Cromañón" (el Cabo 1° Juan Ramón Sosa y el Agente Cristian Angel Villegas) no percibió el uso de pirotecnia ni el exceso de concurrentes, atento que no permaneció en el lugar ininterrumpidamente. A partir de tal premisa, la defensa de Carlos Rubén Díaz sostiene que *"no ha podido establecerse que hubiera una orden directa de Díaz para que no actuaran como es debido"*.

En primer lugar, cabe señalar que las contravenciones detalladas en la sentencia recurrida (sobreocupación del local, omisión de recaudos de organización y seguridad, tenencia de artículos pirotécnicos o elementos lesivos, suministro de bebidas alcohólicas y obstrucción de salida -artículos 57, 57 bis, 61, 63, 68 y 70 del Cód. Contravencional-) no se limitan a las verificadas el día del hecho sino que fueron una característica de las tres presentaciones del grupo "Callejeros". Conforme a ello, de la ausencia momentánea del personal policial mencionado no puede derivarse la conclusión propiciada por el recurrente.

En tal sentido, no han sido cuestionadas las conclusiones del Tribunal de mérito que al referirse a las contravenciones mencionó *"el ingreso al comercio de aproximadamente 4500 personas en la noche del 30 de diciembre de 2004 -entre los que había menores de edad-, lo que excedía con creces la cantidad permitida de concurrentes de acuerdo a la habilitación del local de baile clase 'C' que era la asignada a 'República Cromañón'. Dicha infracción es la contemplada en el art. 57 de la norma contravencional siendo la conducta prohibida la de 'vender localidades en exceso o permitir el ingreso de una mayor cantidad de espectadores o asistentes que la autorizada a un espectáculo deportivo o artístico masivo, o que no resulte acorde a la capacidad del lugar donde se desarrolla el evento'. Esa misma irregularidad se verificó no sólo la noche del 30 de diciembre de 2004, sino las de los días 28 y 29 de diciembre de 2004"*.

Idénticas consideraciones cabe realizar respecto a las

restantes contravenciones.

La omisión de recaudos de organización y seguridad (artículo 57 bis del Código Contravencional), producto de un cacheo deficiente y selectivo y la tenencia de artículos pirotécnicos o lesivos (artículos 61 y 63 del Código Contravencional), se encuentra acreditada con la invariable introducción de fuegos de artificio en el local a lo largo de las tres jornadas, a la que se han referido Alfredo Mario Díaz, María Sol Aguilera, Guillermo Ariel Armango, Damián Gabriel Espinosa, Guillermo Daniel Caro, Guillermo Darío Clivio, Manuel Goñi, Verónica Cinthia Herrera, José Gabriel Porticatto, Fernando Horacio Zerpa y Gustavo Facundo Orazi, entre muchos otros.

El suministro de bebidas alcohólicas en las condiciones previstas en el artículo 68 del Código Contravencional fue mencionado por Héctor Damián Albornoz, Alfredo Mario Díaz, Andrés Alvar Chabán y por Andrea Verónica Farinola, siendo sus dichos coincidentes con las cuatro facturas de compra de cerveza por parte de Yamil Chabán halladas en el local (acta de allanamiento de fs. 19).

La obstrucción de los medios de salida con vallas (artículo 70 del Cód. Contravencional) también fue una característica común a los tres shows. De ello dan cuenta las declaraciones de Viviana Cozodoy, de Aldana Aprea, de Lucas Javier Hasmat y de Alfredo Mario Díaz.

Sin perjuicio de ello, cabe ahora señalar que el exceso de concurrentes era un dato conocido por las máximas autoridades de la Comisaría 7ª, pues así lo revelan los diversos pedidos de móviles y pelotones a la División Reuniones Públicas y Seguridad en el Deporte y a la División Planificación de Servicio a efectos de cumplir el servicio de prevención, ante la concurrencia de “más de 3000 personas” al local bailable sito en Bartolomé Mitre 3070 (fs. 15995/16024).

Semejante afluencia de personas no pudo pasar desapercibida a las autoridades policiales y mucho menos al jefe operativo de la dependencia, Carlos Rubén Díaz, quien de acuerdo a lo expuesto por el Comisario Jerónimo Alberto Molina, jefe de la División Judiciales de la Superintendencia de Asuntos Internos de la Policía Federal Argentina, tenía a su cargo lo referido al servicio de calle y la confección del mapa del delito.

Refuerza el razonamiento expuesto las aclaraciones formuladas por el funcionario mencionado respecto a la información que se vuelca en el mapa del delito. En efecto, destacó que allí se anotan, entre otros datos, las zonas de confluencia masiva de personas dentro de la jurisdicción o los focos de conflicto que requieren tareas de prevención.

Menos aún podía desconocer la masiva convocatoria de los conciertos programados en "República Cromañón" para los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004. En la resolución cuestionada se sostuvo que *"Otra probanza indicadora de la presencia policial la constituye la copia certificada de la nota firmada por el Comisario Inspector Alejandro Cano de la Dirección General de Operaciones, relacionada con las 'reuniones públicas' en jurisdicción de la comisaría 7ma. de la Policía Federal Argentina. Allí se dispone la afectación de un pelotón de combate para una serie de días, con motivo del requerimiento efectuado por la misma seccional, debido a la concurrencia masiva de jóvenes a los distintos locales bailables de la jurisdicción. Entre las fechas se hace referencia al 28, 29 y 30 de diciembre de 2004. Se trata de la prueba identificada bajo el n° 133, que luce a fs. 15.988"*.

Justamente a raíz de dicha solicitud es que el Subinspector Matías Ariel Carmody, a cargo del pelotón 32 del Cuerpo de Policía Montada se presentó el 30 de diciembre de 2004 ante el jefe operativo de la Comisaría 7ª, Carlos Rubén Díaz, quien le indicó que debía realizar tareas de prevención en la intersección de la calle Ecuador y Bartolomé Mitre porque había un recital en un boliche.

Lo reseñado cobra mayor relevancia a la luz del secuestro de una copia de la plancheta de habilitación del local "República Cromañón" en la oficina del Subcomisario Díaz (pruebas n° 123.1 y 123.2), que informa una capacidad permitida de 1031 personas, circunstancia que también ha sido debidamente considerada en la resolución impugnada.

Por otra parte, merece destacarse que los sentenciantes valoraron los dichos del testigo Alfredo Mario Díaz, que dijo conocer a Carlos Rubén Díaz y haberlo visto en varias ocasiones en el hall del local. Asimismo, refirió que entraba y saludaba a Omar Chabán y que en una oportunidad -en el mes de noviembre- ingresó al salón para aguardar la llegada del explotador del lugar,

observando por un rato el concierto que se llevaba a cabo.

En la misma dirección, ponderaron los dichos de Ana María Sandoval que aseveró que *"las noches en que había recitales ella siempre veía que iban policías, tanto en patrulleros como en autos particulares. Agrega que a veces iban de uniforme y otras de civil. Que habrá visto un total de seis o siete policías distintos pero sólo se acuerda de que uno sería el comisario de la Seccional 7ª de la Policía Federal porque así se comentaba"*. Al describir a dicho funcionario indicó: *"era una persona de unos cuarenta o cuarenta y cinco años, morocho, de bigotes, de baja estatura, a la que podría reconocer tanto personalmente o por fotografías"*. Aclaró que *"la noche del 30 de diciembre, luego del incendio, lo vio en 'Republica Cromañón' vestido de civil, ya que siempre andaba con traje, nunca de uniforme"*.

El Tribunal precisó que dicha descripción fisonómica *"se corresponde exactamente con la del subcomisario Carlos Rubén Díaz"*.

Además de lo expuesto, Ana María Sandoval brindó otros detalles relativos a la presencia policial en el local en las fechas que se ofrecían espectáculos musicales al público. Puntualmente refirió que *"no sabe como era el manejo con la Comisaría pero, antes y durante los recitales siempre había una especie de reunión. Pasaba el patrullero, y se bajaban uno o dos policías. Que se hacían y que en ellas se juntaban Yamil, Omar, Raúl Villarreal, el manager del grupo que fuese, no pudiendo precisar si en esas reuniones intervenía el comisario o el personal policial que iba"*.

De manera coincidente se expresó Raúl Alcides Villarreal al ser indagado el 4 de abril de 2005 -fs. 14569/74-. En dicha oportunidad puntualizó que el Subcomisario Díaz *"... pasaba un par de veces, una o dos veces cada noche, con el patrullero, y a veces bajaba para ver como estaba todo adentro y se iba" (textual)*. Explicó que en algunas ocasiones ingresaba y *"Se quedaba en el hall, hasta donde estan las puertas divisorias y observaba, hacía un paneo visual, estaría un minuto y después se iba" (textual)*.

Sin lugar a dudas, los elementos de cargo reseñados respaldan el razonamiento efectuado en la sentencia cuestionada, por cuanto permiten inferir que el Subcomisario Carlos Rubén Díaz tenía conocimiento del irregular funcionamiento del local

"República Cromañón", atento la magnitud y cantidad de contravenciones que infringía.

1.d.11. Corte de calle.

Por otra parte, en relación a la interrupción del tránsito vehicular de la calle Bartolomé Mitre en donde se emplaza el local, más allá que en la sentencia recurrida sólo se mencione a Lucía Maltese, dicho extremo también fue afirmado por Juan Francisco Masullo, Martín Ceferino Sebastián Méndez, Adrián José Nieto, Hernán Ruiz, Stella Maris Visconti, Juan Carlos Torres y Facundo Gil Sanz.

Ello no importa desconocer la existencia de testigos que no han corroborado dicha situación, pues tanto el tiempo transcurrido desde la ocurrencia del hecho como los distintos horarios de llegada de los concurrentes al local resultan circunstancias idóneas para explicar las disímiles declaraciones.

Con relación a lo expuesto, no puede dejar de mencionarse que la mayor o menor cantidad de testigos que afirmen o nieguen un hecho no resulta un elemento dirimente de la cuestión sometida a prueba. Una posición distinta, como la que parecen proponer los recurrentes llevaría a una "extensión" de la erradicada regla del sistema de pruebas tasadas "testis unus, testis nullus".

Es que en la materia *"cabe recordar los términos de Bentham: 'los testimonios se pesan, no se cuentan'. En verdad las cualidades y capacidades del testigo deben predominar sobre la cantidad de ellos a los efectos de su valoración"* (conf. JAUCHEN, Eduardo M., ob. cit., p. 372).

A los fines de dicha evaluación corresponde tener presente que para la acertada valoración del testimonio *"es siempre imprescindible realizar un examen a fin de verificar si su relato que afirma la existencia de un hecho determinado no cabe ser atribuido a causas diferentes a la existencia misma de tal hecho, si se explica mediante otra hipótesis, a la parcialidad del mismo, o a una ilusión. Para ello es preciso cotejar el resto del material probatorio obtenido y mediante un análisis comparativo lógico examinar si no existen esas posibilidades señaladas, las que le restarán valor al testimonio; o bien corroborará su relato con lo cual, inversamente, su valor adquiere un elevado grado de validez acreditante"*.

Corresponde reiterar que *"Para apreciar debidamente esta*

prueba, el juez deberá colocarse mentalmente en la situación en que se encontraba el testigo al momento de percibir los hechos, imaginándose las condiciones en que se encontraba el mismo, remontándose y recreando el momento, tiempo, lugar y demás circunstancias que se desprendan tanto del relato del testigo como de las demás pruebas" (conf. JAUCHEN, Eduardo M., ob. cit., p. 359).

De acuerdo a dichas premisas, se advierte que la masiva concurrencia de espectadores y la disposición por parte del personal de seguridad de que los concurrentes realicen una fila de ingreso en la vereda de enfrente del local se muestran como condiciones suficientes para suscitar la necesidad de interrumpir el tránsito de la arteria mencionada.

Justamente Martín Ceferino Sebastián Méndez explicó que a medida que iba ingresando el público se cortaba el tránsito vehicular para que cruce un grupo de los concurrentes que hacían fila en la vereda de enfrente.

En suma, puede afirmarse que las circunstancias fácticas que rodearon a los eventos otorgan verosimilitud a las declaraciones citadas que, a su vez, resultan coincidentes con lo expresado por Viviana Cozodoy, quien el 29 de diciembre de 2004, en ocasión que se encontraba en las oficinas del local, escuchó que Villarreal al ser interrogado por Omar Emir Chabán respecto a si *"ya había arreglado con el Comisario"*, contestó que sí, que le había dado *"lo de siempre más doscientos más así corta la calle como anoche"*.

1.d.12. Conducta de Carlos Rubén Díaz. Omisión de señalar en la sentencia.

Por último, los representantes del Estado Nacional califican de arbitraria a la sentencia recurrida al sostener que *"no indica cuál es la conducta concreta que realizó Díaz por el cohecho pasivo que le endilgan, ni tampoco indica lo que esperaba que hiciera de acuerdo a sus funciones"*.

Al respecto cabe señalar que el fallo del Tribunal Oral en lo Criminal no carece de la suficiente y necesaria ejemplaridad técnico jurídica en la descripción de la actividad típica atribuida al acusado. De la lectura íntegra de la sentencia en crisis, tanto el imputado como cualquier otra persona, puede conocer con suficientes detalles, el hecho que se le reprochó a

Carlos Rubén Díaz (conf., Sala III, causa n° 4897, "Dos Santos, Sebastián Diego Orlando s/recurso de casación", reg. 718.04.3, rta. el 23/11/04).

Los sentenciantes expresaron que *"Se ha acreditado en el debate oral y público llevado a cabo, merced a las probanzas allí colectadas, como así también a través de las restantes incorporadas en autos por medio de su lectura, con el grado de certeza requerido para el dictado de un pronunciamiento condenatorio, que el subcomisario Carlos Rubén Díaz, quien prestara funciones en la seccional 7ma. de la Policía Federal Argentina como jefe operativo y el Sr. Omar Emir Chabán —explotador del local 'República Cromañón' sito en Bartolomé Mitre 3060/66/70 de esta ciudad, a partir del mes de noviembre del año 2004 celebraron un acuerdo espurio, a través del cual se pactó la entrega de distintas sumas de dinero, a cambio de brindar seguridad a 'República de Cromañón' y comprometer la omisión funcional de hacer cesar las numerosas contravenciones en las que incurría el establecimiento".*

"De la operatividad de este acuerdo da cuenta lo ocurrido el día 10 de diciembre de ese año con motivo del recital brindado por el grupo musical 'Los Gardelitos' ocasión en la que el funcionario policial recibió al menos la suma de cien pesos ($ 100)".

"También la serie de recitales realizados por el grupo 'Callejeros' los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004".

"En las dos primeras fechas el subcomisario Carlos Rubén Díaz recibió de manos de Raúl Alcides Villarreal y por encargo directo de Omar Emir Chabán la suma de seiscientos pesos ($ 600) repartidos en trescientos pesos ($ 300) por cada jornada. Ese dinero fue imputado como un gasto por los co-organizadores de esos recitales, que como ya fuera afirmado, resultaron ser Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz, de acuerdo a la prueba documental obtenida".

"En la última fecha tenemos por cierto que el subcomisario Díaz no llegó a obtener la suma dineraria pactada, atento los hechos ocurridos".

"Es que en esta ocasión, si bien existió una promesa aceptada por el funcionario público, quien llevó a cabo el hacer comprometido (brindó seguridad colocando un patrullero con dos

subordinados en la puerta del establecimiento con expresa indicación de no actuar ante las flagrantes contravenciones), ... la ocurrencia del incendio impidió que Díaz concurriese a retirar el dinero acordado".

También el *a quo* se refirió claramente a la omisión funcional atribuida al imputado al señalar que *"El acuerdo espurio al que aludimos tuvo por objeto la omisión funcional por parte de Carlos Rubén Díaz, a cambio del dinero pactado, de brindar seguridad y permitir la existencia de numerosas contravenciones en que incurría el local emplazado en la jurisdicción de la seccional 7ma. de esta ciudad. Dichas contravenciones son las establecidas en el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -Ley nº 10- que fueron advertidas y obligaban a su tratamiento conforme las medidas que la Ley de Procedimiento Contravencional -Ley nº 12- le indicaban, y que hubieran dado lugar al inicio de actuaciones que hubieran concluido en la clausura preventiva del establecimiento al constatarse un grave e inminente peligro para la salud de los asistentes al predio".*

En suma, la resolución contiene una descripción completa, concreta, clara y suficiente del acontecimiento atribuido, de modo que no se advierte el menoscabo de la defensa en juicio alegado por el recurrente.

En consecuencia, corresponde concluir que la resolución impugnada ha sido sustentada razonablemente y los agravios del recurrente sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (C.S.J.N. Fallos 302:284 y 304:415, entre otros); decisión que cuenta, además, con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden la descalificación del fallo como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchísimos otros).

1.d.13. Tratamiento desigualitario. Raúl Villarreal y Miguel Angel Belay.

Por otra parte, la defensa de Raúl Alcides Villarreal cuestiona el valor probatorio asignado por el Tribunal Oral al denominado folleto "Rockmañon" al resolver la situación procesal de Miguel Angel Belay con el dictado de su absolución.

Luego del análisis de los elementos de prueba arrimados consideramos que los señores magistrados dejaron asentados los motivos que los condujeron a la solución del caso, a la que se

arribó expresando cuáles eran los fundamentos de hecho y de derecho en los que cimentaron su decisión, los cuales dejan sin sustento la configuración de un tratamiento desigualitario en perjuicio de Raúl Alcides Villarreal.

En tal sentido, ninguna duda puede caber en cuanto a que la crítica que formula la defensa no pasa de ser una mera discrepancia con la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de grado.

Puntualmente, cabe señalar que el *a quo* valoró correctamente y conforme a las reglas de la sana crítica las circunstancias que los llevaron a dictar un pronunciamiento condenatorio en los términos que agravian al recurrente, distinguiendo claramente las situaciones fácticas que involucran a su defendido, las que temporalmente no coinciden con el período en que Miguel Angel Belay prestó servicios en la seccional 7ª de la Policía Federal, esto es, del 14 de mayo de 2002 al 12 de noviembre de 2004 (prueba n° 188, fs. 12409).

Específicamente el Tribunal señaló que "*... si bien el evento al que corresponde la liquidación del reverso del panfleto no pudo ser inequívocamente fijado en el tiempo, y por ello no cabrá su imputación puntual, el folleto en sí mismo es un valioso indicio y prueba basal del pacto espurio que ligaba a 'Cromañón' con la policía*". El *a quo* puntualizó que si a dicho indicio se le suma "*la contundente prueba hallada en poder de Diego Marcelo Argañaraz que acredita el efectivo pago a la Policía Federal de trescientos pesos ($300) por el recital realizado el día 28 de diciembre de 2004 la conclusión es obvia, el acuerdo venal existió y no puede ser fruto de ninguna conspiración*".

Agregó el sentenciante que "*los empleados pudieron reunirse, pudieron asesorarse, e incluso pudieron abrigar alguna intención de reparación de una situación laboral que consideraban injusta, pero lo que en ningún caso pudieron hacer es escribir 'Poli 100' en el folleto, que apareció en el local y 'Policía $300' en la rendición de gastos del recital del día 28 de diciembre*".

Además de los restantes elementos valorados por los jueces del Tribunal (el reconocimiento del Subcomisario Díaz en rueda de personas y los testimonios de Héctor Damián Albornoz, Viviana Cozodoy, Ana María Sandoval y Alfredo Mario Díaz, entre otras

pruebas), cabe mencionar que la autoría de la liquidación obrante en el referido folleto fue reconocida por Raúl Alcides Villarreal.

Con acertado criterio, los jueces evaluaron que distinta era la situación del Comisario Miguel Angel Belay, quien ya no prestaba servicios en la seccional 7ª de la Policía Federal al momento de ocurrir los distintos episodios que conforman el delito de cohecho atribuido a los imputados, tal como surge del informe obrante a fs. 12409.

Asimismo, ponderaron que la actividad desarrollada en el local "República Cromañón" durante la realización de los eventos denominados "Rockmañon" descartaba la posibilidad de que la liquidación inserta en el folleto correspondiera al 24 de septiembre de 2004. Pues en dichas oportunidades el local funcionó como una "disco" y su público, además de escaso, no utilizaba pirotecnia.

En el mismo sentido, valoraron que el bordereaux que luce en el panfleto aportado por Ana María Sandoval figura como gasto un pago efectuado al sindicato de músicos, erogación que no se corresponde con la actividad de baile que caracterizó al proyecto "Rockmañon" sino con los casos de actuación de intérpretes musicales.

También indicaron la inexistencia de elementos de prueba que acrediten algún tipo de relación entre Miguel Angel Belay y Omar Emir Chabán o Raúl Alcides Villarreal o que aquél se haya aprovechado de la conducta del Subcomisario Carlos Rubén Díaz para obtener un beneficio económico proveniente de permitir el indebido funcionamiento del local "República Cromañón".

En suma, lo expuesto hasta aquí acredita que las situaciones particulares de cada uno de los imputados -Miguel Angel Belay y Raúl Alcides Villarreal- no eran idénticas y por ello las distintas soluciones adoptados por los sentenciantes no resultan contradictorias ni vulneran la igualdad ante la ley ni la buena administración de justicia.

En la misma inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"La igualdad consiste en que todos los habitantes del Estado sean tratados del mismo modo siempre que se encuentren en idénticas condiciones, de forma tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias"* (C.S.J.N.,

Fallos 312:1082).

Además, es oportuno señalar que las disímiles decisiones jurisdiccionales respecto de sujetos imputados de un mismo hecho resultan válidas si se encuentran fundamentadas en motivos que resultan aplicables sólo al imputado con el que se relacionan, tal como ocurre en el caso, en el que la absolución de Miguel Angel Belay se funda en su ajenidad en la comisión del hecho que se le adjudicara.

Por ello y en el entendimiento que la objeción analizada sólo importa un disenso de la parte recurrente en la valoración de los hechos y la prueba que efectúa el Tribunal de mérito, cuestiones que ya han sido debidamente consideradas, postulamos el rechazo del recurso en lo que a este agravio se refiere.

1.d.14. Conclusión. Inexistencia de arbitrariedad.

En virtud de las consideraciones expuestas precedentemente, cabe concluir que la totalidad de las impugnaciones efectuadas reseñadas hasta aquí denotan una mera disconformidad con la valoración probatoria efectuada por el Tribunal sentenciante, con el sólo objeto de intentar variar la suerte de sus asistidos. En base a los argumentos expuestos precedentemente, postulamos el rechazo de los recursos interpuestos en lo que a estos agravios se refiere.

1.e. Sobre las fechas no alcanzadas en la sentencia.

Sobre el punto, el representante del Ministerio Público Fiscal afirma que la participación necesaria de Raúl Alcides Villarreal en el delito de cohecho se extendió *"a las fechas del 20/11/04, 25 y 26/12/04 y al propio día de la tragedia, 30/12/04"*.

En torno a las consideraciones fácticas del caso indica *".... que el modus operandi plasmado obligaba extender el alcance del acuerdo a todas las fechas, aún en el supuesto en que se haya efectuado un solo pago. Lo pactado para los recitales de Callejeros de diciembre de 2004, incluía las tres fechas, este razonamiento se apoya en que en todas ellas resultaba visiblemente similar la forma de llevarse a cabo la organización del evento: ingreso y venta de alcohol a menores de edad, accionamiento de pirotecnia en medio de la calle, ingresos multitudinarios al local, obstaculización del tránsito, disturbios, exceso de público, comprobados también en los casos de Carajo, La 25 y los días 29 y 30 en Callejeros (documental SADAIC fs. 10.724)"*.

Al respecto cabe recordar que anteriormente hemos establecido un punto de partida común a los episodios referidos por el Fiscal General, la existencia de un acuerdo ilícito y de una contraprestación como base. Asimismo, aclaramos que independientemente del criterio utilizado para variar el monto de los pagos al funcionario policial, todas las versiones recogidas resultan contestes en afirmar la existencia y operatividad de un mínimo probado, siendo improcedente exigir un detalle exhaustivo y exacto de las condiciones contractuales.

Así, concluimos que en noviembre de 2004 el Subcomisario Carlos Rubén Díaz y Omar Emir Chabán celebraron un acuerdo espurio en virtud del cual el oficial de policía se comprometió a brindar seguridad al local referido y garantizó la omisión funcional de hacer cesar las numerosas contravenciones en las que incurría el establecimiento, obligándose el último a entregar -cuanto menos- la suma de cien pesos.

También establecimos que el pacto citado operaba con el consentimiento de las bandas que desplegaban su actuación en el local “República Cromañón”.

Sentado ello, cabe referir que tal como se ha expuesto en la resolución recurrida estamos en presencia de una única conducta delictiva que tiene por base el acuerdo ilícito referido.

En tales condiciones, la cooperación brindada por el imputado para que el acuerdo tuviera efectividad los días 28 y 29 de diciembre de 2004, es decir, para asegurar la omisión funcional y la vigencia del pacto ilícito, importa un aporte a un hecho singular que no admite ser considerado limitado a determinados episodios.

En virtud de ello, entendemos que no resulta pertinente realizar las distinciones que propone el recurrente en base a las fechas de los recitales que se efectuaban en el local “República Cromañón”, pues a los efectos de fijar el contenido del injusto corresponde centrar la atención en la afectación del correcto y normal funcionamiento de la administración pública.

Sin perjuicio de lo expuesto, se advierte que a excepción de lo concerniente al día del hecho, la pretensión esgrimida por el Fiscal General conduce inevitablemente a conclusiones incongruentes, pues implicaría extender la participación de Raúl Alcides Villarreal a episodios en los que por resolución firme no

se ha determinado la existencia de una conducta contraria a Derecho, es decir, el hecho del autor.

En efecto, tal circunstancia fue puesta de manifiesto por los sentenciantes al señalar que *"Finalmente ya hemos aclarado que, en virtud de la plataforma fáctica que ha sido presentada por los acusadores se consideró la existencia de una única conducta con pluralidad de comportamientos"*.

"Esta circunstancia impide el desdoblamiento de distintos episodios, por ello y aún cuando el Tribunal no diera por probada la existencia del cohecho en oportunidad de celebrarse los recitales de los grupos 'Carajo' y 'la 25', no corresponde el dictado de un pronunciamiento absolutorio al respecto".

Por ello, dado que la participación es intervención en un hecho ajeno se aprecia que también desde este punto de vista y con el alcance indicado lo solicitado por el recurrente deviene improcedente.

1.f. Licencia laboral de Carlos Rubén Díaz. Errónea valoración.

Corresponde ahora dar respuesta a los agravios planteados por la defensa del Subcomisario Carlos Rubén Díaz al indicar que *"la sentencia es arbitraria en este punto, al asegurar la presencia de Díaz el 10 de diciembre de 2004 cuando estaba de licencia, ni tampoco fundar, motivar y probar la supuesta recepción de sumas de dinero de su parte"*.

En primer lugar, cabe destacar que de los términos del informe del Subcomisario Gustavo Oscar Impellizzeri, obrante a fs. 17353, se desprende que la licencia anual del imputado se extendía hasta el 10 de diciembre de 2004.

Dicho informe no especifica si la fecha enunciada se encuentra incluida en tal período. Pero tomando aún la hipótesis más favorable para el justiciable y sosteniendo que el día referido Díaz se encontraba desvinculado de su labor, ello no resulta óbice para que en tal fecha se haya liquidado el costo que obedecía a lo pactado en noviembre de 2004.

En relación a esta cuestión, la defensa omite considerar que el delito de cohecho se consuma con el acuerdo ilícito. En tal sentido, la doctrina insiste en ver a este delito como un castigo a un contrato ilícito, como puro contrato, sin necesidad de que la obligación sea cumplida por las "partes", por una sola de ellas o

por ninguna (conf. DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal. Parte especial”, T. III, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 215 y 225).

En el caso el pacto comenzó en el mes de noviembre de 2004, ello conforme surge de los dichos de Ana María Sandoval y perduró hasta el final de la explotación del local, pues así lo acredita su irregular funcionamiento, con claras infracciones al Código Contravencional. Tal como se destacó, estas irregularidades debieron suscitar de manera indefectible la oportuna intervención de la autoridad policial que habitualmente se presentaba en el salón de baile.

Que desde el inicio del acuerdo ilícito y durante el transcurso del tiempo se realizaron diversos eventos en condiciones irregulares, gracias al pacto previo convenido. Es decir que se encuentra determinado temporalmente el comienzo de su ejecución.

Por ello, especificar las fechas puntuales de concreción del mismo sólo adquiere relevancia a los efectos de determinar los posibles intervinientes que brinden, de alguna manera, un aporte a los autores en la comisión del hecho.

En consecuencia, el Tribunal indicó las fechas en las que se evidenció la vigencia de lo acordado, como así también los elementos de prueba que lo acreditan. Resultando ello elemento suficiente para la configuración del delito, pues como lo sostiene la doctrina antes señalada, no resulta necesario acreditar efectivamente el cumplimiento de las obligaciones comprometidas.

No obstante lo expuesto, en el caso las partes adoptaron una actitud diligente en relación a dicho aspecto. Es así que el Tribunal señaló puntualmente de que manera cada parte cumplió con lo acordado y quien o quienes cooperaron en su operatividad.

El pacto venal que permitía la explotación del local al margen de las condiciones exigidas por las normas a cambio de dinero, no se interrumpió el 10 de diciembre de 2004 y así lo indica lo declarado por Viviana Cozodoy en torno a la confección de la liquidación de gastos de esa fecha, en la que se incluyó el rubro “policía”.

En base a las consideraciones precedentemente apuntadas, postulamos el rechazo del recurso interpuesto en lo que a este agravio se refiere.

1.g. Participación necesaria de Carlos Rubén Díaz en el hecho central tipificado como incendio doloso calificado por el resultado. Errónea aplicación de la ley sustantiva.

La defensa de Carlos Rubén Díaz, manifiesta que *"no ha sido probado en el juicio que Díaz tuviera conocimiento y voluntad de prestar colaboración en la realización de un delito doloso a Chabán y Argañaraz"*.

Asimismo, mediante la ampliación de fundamentos prevista por el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación, indica que la sentencia impugnada resulta arbitraria por cuanto ha omitido analizar los requisitos necesarios para la existencia de la complicidad.

Corresponde entonces tratar los planteos vinculados a la participación necesaria atribuida a Díaz en el delito de incendio doloso calificado por el resultado.

En tal sentido, hemos sostenido que el imputado comprometió su omisión funcional pese a saber que los recitales de "Callejeros" se desarrollarían en el marco de un irregular funcionamiento del local "República Cromañón", atento la cantidad de normas contravencionales que infringía, entre otras, el uso de pirotecnia y el exceso de concurrentes.

A pesar de ello, cabe preguntarse ¿es posible afirmar su conocimiento de los otros factores de riesgo mencionados en la sentencia como aquellos que generaron la situación típica? Esto es, el cierre de la puerta alternativa y el material colocado en el techo.

En este sentido, debe tenerse presente que dogmáticamente y como bien lo ha afirmado el *a quo*, la participación criminal exige doble dolo, lo que significa que el partícipe no sólo debe tener dolo de colaborar sino que además ese dolo debe abarcar al hecho principal.

Si esto es así, en este caso concreto, habría que demostrar, como mínimo, que Díaz conocía los cuatro factores de riesgo que el tribunal de juicio identificó como integrantes de la denominada situación típica y cuyo conocimiento exigió en el dolo de los autores.

Entonces, en primer lugar y respecto al estado de la puerta alternativa, corresponde mencionar que el día del hecho Díaz se hizo presente en el local con posterioridad a la

ocurrencia del incendio -así lo sostuvo Ana María Sandoval-, circunstancia que autoriza a descartar su conocimiento del bloqueo de dicha salida mediante la colocación de un candado del lado interno.

Sin perjuicio de ello y atento que "República Cromañón" de manera invariable funcionaba con la puerta aludida trabada, cabe analizar si de las visitas que realizara al local con anterioridad al 30 de diciembre de 2004 puede afirmarse el conocimiento de Díaz de dicha situación.

Al respecto, Alfredo Mario Díaz dijo haber visto al acusado en varias ocasiones en el hall del local. Puntualmente, refirió que por lo general entraba y saludaba a Omar Chabán y que en una sola oportunidad -en el mes de noviembre- ingresó al salón para aguardar la llegada de éste, observando por un rato el concierto que se llevaba a cabo.

De manera coincidente se expresó Raúl Alcides Villarreal al ser indagado el 4 de abril de 2005 —declaración incorporada por lectura al debate-. En dicha ocasión, explicó que a veces el subcomisario Díaz ingresaba y "[s]e *quedaba en el hall, hasta donde están las puertas divisorias y observaba, hacía un paneo visual, estaría un minuto y después se iba*".

De ambas declaraciones se desprende que la presencia de Díaz en el local no era prolongada y por lo general se quedaba en el hall del mismo, desde donde hacía un paneo visual.

Si bien Alfredo Mario Díaz indicó que en una oportunidad el subcomisario ingresó al salón, no mencionó que haya efectuado una recorrida por el local.

La ubicación de la puerta alternativa hacía necesaria la asunción de dicha conducta para hacer posible la visualización del candado que la trababa o, al menos, un importante acercamiento al sector, teniendo en cuenta la escasa visibilidad que caracteriza a los locales nocturnos.

De las consideraciones efectuadas, puede concluirse que más allá que se ha acreditado su presencia en "República Cromañón", no surgen elementos de cargo que revelen que el acusado tuviera efectivo conocimiento de que el local funcionaba con el portón alternativo clausurado.

Cabe ahora referirse a los materiales colocados en el techo del salón.

La dimensión de la media sombra y de los paneles acústicos colocados sobre el cielorraso permiten sostener que su emplazamiento no resultaba ajeno al conocimiento de Carlos Rubén Díaz, atento sus múltiples visitas al lugar.

Sin embargo, ello no es suficiente. Lo que corresponde aquí evaluar es si el acusado tenía conocimiento de la característica inflamable de los materiales aludidos, cuestión que resulta de especial importancia, dado que constituye uno de los factores determinantes del resultado acaecido -incendio-.

De la pericia realizada por los profesionales del I.N.T.I. pudo establecerse que los materiales extraídos del lugar del siniestro eran espuma de poliuretano, guata y fibra sintética "media sombra".

Los integrantes de la Superintendencia Federal de Bomberos, destacaron que dichos materiales resultaban pasibles de combustionarse. Especificaron que la espuma de poliuretano, por las características de los compuestos químicos que la integran, generaba burbujas de aire al entrar en combustión, y por ende no necesitaba de una fuente permanente de ignición para continuar con el proceso combustivo.

Por su parte, los peritos del I.N.T.I. determinaron que la espuma de poliuretano y la guata son elementos combustibles y que el primero posee la mayor velocidad de propagación de llama. En cuanto a la fibra sintética dijeron que su combustión aumentó la peligrosidad, por haber incrementado el humo y haber goteado sobre los asistentes.

Sentado ello, cabe referir que no se encuentra probado que Carlos Rubén Díaz conociera la existencia de los dos incendios ocurridos en el local en anteriores oportunidades y, por ende y en virtud de ello, tampoco se puede tener por cierto, con la certeza que esta sentencia requiere, que estuviera al tanto de las características combustivas de dichos materiales. Este no es un dato menor, pues entonces no puede afirmarse que fuera consciente del riesgo que se generaba a partir de la combinación de dos de los factores determinantes del resultado, la pirotecnia y el material colocado en el techo.

Si bien la omisión funcional comprometida toleraba irregularidades de índole administrativa y contravencional, a partir de ello no puede afirmarse su voluntad de colaborar en la

conducta delictiva en cuestión, pues ello requiere del conocimiento de todos los factores que determinaron la denominada situación típica.

A ello cabe adicionar que no estuvo presente en el momento del hecho, por lo que tampoco tomó conocimiento al menos de la concreta situación configurada por los cuatro factores de riesgo determinantes del resultado.

En suma, desconocía el estado de la puerta alternativa y la naturaleza y combustividad del material que recubría el techo del local, por lo que puede sostenerse que existe a su respecto un error de tipo en cuanto al favorecimiento del hecho de los autores -el incendio-, pues desconocía que se configuraría la situación típica del delito de incendio.

Amén de esta ausencia de conocimiento, nos preguntamos qué elementos objetivos permitirían sostener que el acusado sabía que Chabán, Argañaraz o alguno de los integrantes de "Callejeros" no suspenderían el inicio del recital ante el inminente peligro para la salud de los asistentes, cuando ni siquiera se encontraba en el lugar al momento de desarrollarse los acontecimientos.

Evidentemente, en estas condiciones no es posible pregonar que Díaz haya obrado con dolo de incendio, razón por la cual su participación primaria dolosa en el hecho principal recogida por el tribunal *a quo* debe ser descartada en esta instancia.

Ahora bien, aún cuando consideramos no acreditado el aporte doloso de Díaz en el hecho del 30 de diciembre del año 2004, opinamos que la omisión funcional descripta, es decir, el no haber clausurado preventivamente el lugar ante el cúmulo de contravenciones en que incurría, comportó una violación al deber objetivo de cuidado que debía observar para evitar que un suceso de las características del examinado tuviera lugar.

En dicha inteligencia, su accionar se mostró negligente, imprudente e irracional y contribuyó de manera efectiva a la producción del incendio con peligro común, extremo que le era previsible, si se tiene en cuenta que estaba al alcance de sus manos la posibilidad de llegar a conocer todas las condiciones de peligro que presentaba el local.

Insistímos, no se encuentra probado en grado suficiente que Díaz conociera la situación típica de incendio peligroso al momento del hecho. Sin embargo, lo que sostenemos es que sí se

encuentra acreditado que una conducta mínimamente diligente por parte del servidor público le hubiera permitido corroborar y constatar fehacientemente el cúmulo de irregularidades en que se desarrollaban los shows en "República Cromañón", que colocaban en situación de riesgo a sus asistentes y que le hubiera impuesto como conducta debida, consecuente e ineludiblemente, disponer la clausura preventiva del local.

Es que es indudable que tuvo conocimiento de ciertas circunstancias peligrosas (exceso de concurrentes y utilización de pirotécnia) en que se desarrollaría el espectáculo; como también que no llegó a conocer las restantes porque lejos estuvo de su interés cumplir con su función adecuadamente, debido a que los pagos espurios que recibía eran un buen estímulo para fomentar su negligente accionar respecto del hecho principal.

Por tanto, opinamos que el comportamiento de Díaz es típico del delito de incendio imprudente y que el resultado acaecido es atribuible a su omisión en la medida en que una conducta alternativa conforme a derecho (la clausura preventiva del lugar) hubiera permitido evitar sin dudas el incendio con peligro común. Además, el suceso producido estaba comprendido dentro del fin de protección que la norma de cuidado pretendía evitar, puesto que las contravenciones que el imputado omitió reprimir, justamente, tienen por finalidad velar por la seguridad de las personas que en el caso habían concurrido a un evento de asistencia masiva.

Por todo lo expuesto y sin perjuicio de las consideraciones generales que sobre el delito imprudente haremos al tratar la situación de los funcionarios públicos, entendemos que Díaz debe responder como autor del delito de incendio culposo agravado por el resultado muerte; ello así, toda vez que su violación al deber de cuidado derivó necesariamente en el suceso que todos conocemos, evento que le era individualmente previsible y evitable si es que hubiera cumplido con sus obligaciones funcionales.

Corresponde aclarar que la cuestión inherente a la *prohibición de regreso* no resulta óbice para fundar la responsabilidad por imprudencia de Díaz, pues conforme lo trataremos al ponderar la actuación de los funcionarios públicos del GCBA, una interpretación correcta de dicho instituto ceñida el

caso concreto, no permite descartar la existencia de autores imprudentes detrás de los autores dolosos.

Debe tenerse presente que la autoría de un delito culposo se caracteriza por *"la ausencia de un dominio final del hecho respecto del daño producido en un bien jurídico"*, razón por la cual la acción u omisión dañosa en la imprudencia *"puede ser imputada al autor como propia, cuando ella, (…) caiga dentro de su ámbito de responsabilidad jurídica, es decir, cuando dicho autor haya creado con tal acción* [u omisión] *y de acuerdo a las reglas vigentes para ella un peligro que se ha realizado en el daño concreto del bien jurídico"* (conf. MAURACH, Reinhart/GÖSSEL, Kart Heinz/ZIPK, Heinz, Derecho Penal, Parte General, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, Traducción a la 7ma. Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Editorial Astrea, Tomo II, Buenos Aires, 1995, p. 320).

Ello ocurre en la especie, pues la violación objetiva al deber de cuidado que Díaz debía observar como funcionario policial encargado de reprimir las contravenciones, comportó la creación de un peligro para el bien jurídico seguridad pública que se concretó en el resultado, toda vez que permitió que el local siguiera funcionando en las condiciones de riesgo de incendio en que enmarcaba su actividad, lo que derivó en el siniestro producido la noche del 30 de diciembre. Por ello habrá de responder como autor del tipo imprudente pues *"es posible que exista autoría en un hecho punible culposo,* [aún] *cuando la acción del autor conduce a un daño del bien jurídico, mediante la acción complementaria del titular del bien jurídico o de un tercero"* (Ibídem, p. 321).

Es momento de determinar el modo en que concurren los delitos de cohecho e incendio imprudente atribuidos a Carlos Rubén Díaz.

Al respecto, consideramos que en el caso ha mediado una sucesión de acciones ontológicamente diferenciables entre sí y jurídicamente independientes. En efecto, ninguna duda cabe que tanto el delito que lesiona a la administración pública como el que afecta a la seguridad pública, conforman dos hechos distintos y susceptibles de doble encuadramiento jurídico, atento que ambas conductas se verificaron en momentos diferentes y que los bienes jurídicos vulnerados resultan diversos (en este sentido, conf. esta Sala, causa n° 3768, caratulada "Sánchez Zarate, Rubén

Alberto s/recurso de casación", registro n° 445, rta. el 22/08/02).

Por lo demás, tampoco se presenta ninguno de los supuestos de concurso de leyes o concurso aparente, en los cuales las normas que atrapan los hechos investigados presentan una relación de especialidad, subsidiariedad o consunción. En el caso, entre los delitos que resultan aplicables -cohecho e incendio culposo- no existe ninguna de esas modalidades, razón por la cual la aplicación de uno de los dispositivos legales no desplaza al otro.

Siendo ello así, resulta ajustada a derecho la aplicación de las reglas de concurso real (artículo 55 del Código Penal).

NOVENO:

1. Situación del grupo musical Callejeros.

Ha llegado el momento de iniciar el análisis de los agravios vinculados a la situación de los músicos y el escenógrafo del grupo musical "Callejeros".

Para ello haremos una breve reseña de los cuestionamientos que los acusadores efectuaron contra lo resuelto por el Tribunal de mérito.

Así, el Fiscal General plantea que el *a quo* omitió cotejar los dichos de los integrantes de la banda, quienes afirmaron que todos opinaban para formar las decisiones y por ello funcionaban como una cooperativa.

Por tal motivo, señala que, en ese marco y debido a la división de tareas, Argañaraz se ocupaba de comunicar lo resuelto por todos, lo cual no es suficiente para sostener que es el único que debe asumir la responsabilidad.

Estima el acusador público que el Tribunal de mérito atribuye un conocimiento sobre los factores de riesgo que no puede decirse que los restantes miembros de la banda no tuvieran.

La querella de los doctores Campos e Iglesias entiende que Patricio Fontanet, por su conducta previa y por la responsabilidad derivada de la actuación de otras personas, tiene posición de garante.

Critica que sólo se atribuya el rol de organizador al manager porque esa función no implica que sea el único que tomaba decisiones, de modo que no debe confundirse su tarea de representante con la asunción exclusiva de una posición de garante.

Explica que pese a que el *a quo* lo descarta arbitrariamente, en un comienzo la banda tenía una organización horizontal en la que todos participaban de la toma de decisiones por igual. Luego, con el transcurso del tiempo, se transformó en una organización plural, en la que había roles diferenciados y Fontanet era el líder, sin perjuicio de que, en mayor o menor grado, todos intervenían en las decisiones de relevancia para el grupo. Esta circunstancia sitúa al conjunto en el rol de garante.

Además, señala que se omitió el análisis de dos fuentes formales de esa especial relación jurídica a la que alude: el contrato de espectáculo público y la ley de higiene y seguridad en el trabajo respecto de los empleados que contrataron esa noche para llevar a cabo el control.

La querella del doctor Poplavsky estima que los integrantes de la banda co-organizaron el show y, por esa razón, deslindar la responsabilidad sólo en el manager implica desconocer los elementos de prueba observados durante el juicio.

Reseña que los miembros de la banda aprobaban y estimulaban el uso de pirotecnia, y que, además, pese a los riesgos que implicaba su utilización en lugares cerrados, nada hicieron para intensificar el cacheo.

En definitiva, entiende que los integrantes del grupo tuvieron la posibilidad de frenar el show pero no lo hicieron.

1.a. Hechos probados por el Tribunal.

Entonces, como punto de partida para analizar los recursos de casación interpuestos por los acusadores respecto de la situación de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell, integrantes del grupo musical "Callejeros", consideramos oportuno recordar los hechos que dieron origen a esta causa, aspecto en el cual nos remitiremos a los fijados en la sentencia teniéndolos por válidos, dado que se ajustan a las constancias de autos.

1.a.1. Cuestiones fácticas.

Así, el Tribunal de Juicio ha tenido 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 —dada la precisión de la ilustración, ver fs. 148 y sstes. de la pericia de bomberos-. 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 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. 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 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 'clasurada', y tomando en consideración que al instante de iniciarse el incendio se cortó la luz de la parte interior del local, denotan el peligro al que se vieron expuestas las personas".

Se dijo también en la sentencia que "*…es posible afirmar 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 período breve de tiempo. Conforme lo expusieran los Dres. Osvaldo Raffo y Fernando Tressa al analizar las consecuencias producidas por la inhalación de los gases tóxicos que emanaron de la combustión de aquellos materiales, las muertes pueden explicarse mediante el síndrome lesivo por inhalación de humo, que se trata de una concatenación*

de síntomas y signos que pueden resultar letales. Para los forenses fue un factor determinante el que se trató de un lugar cerrado, dado que aquí el nivel de oxígeno se desplaza por la presencia de humo… Otro dato distintivo del suceso que nos convoca es el efecto térmico que se produjo en el ambiente -siempre teniendo en cuenta que se trató de un lugar cerrado-, dado que el aire se calienta y al ser inspirado provoca quemaduras de distintos grados. El humo a elevada temperatura es susceptible de producir edemas, cuanto menos a nivel de las vías respiratorias superiores y, además, tapiza las mucosas formando una capa impermeable al oxígeno".

En esa misma dirección, agregó el *a quo* que *"…para reflejar con un poco más de claridad a qué tipo de peligro quedaron expuestos los concurrentes, los médicos dijeron que dentro de los componentes propios del citado síndrome actúan gases tóxicos, pero fundamentalmente monóxido de carbono y ácido cianhídrico. He aquí el porqué de la importancia a la que hacemos referencia cuando destacamos el peligro común que generó el incendio, puesto que, en anuencia a lo explicado por el Dr. Raffo, la vida media de una persona severamente intoxicada con monóxido de carbono es corta. Más aún, agregó, con relación al cianuro, que se trata de un gas mortal que actúa de manera extremadamente rápida. A modo ejemplificativo calculó que tras realizar tres respiraciones en un ambiente en el que se encuentre condensada esa sustancia, la persona pierde el conocimiento, convulsiona y muere en minutos. A todo lo expuesto se suma, como factor de importancia, la acción de gases irritativos que se hallan en el humo. Entre los principales, los expertos mencionaron al amoníaco, al cloro y a la croleina, que si bien no son venenosos, agravan el cuadro al generar lesiones y provocar broncoespasmos —contracciones musculares de las vías respiratorias-".*

Concluyeron los magistrados que *"Como se puede apreciar, las propias características del foco ígneo —'fuego de altura'-, del material que sirvió para la combustión y de los gases que fue desprendiendo dentro del recinto, nos llevan a concluir que* ***se trató de un proceso con alto grado de expansividad e incontrolabilidad, que generó un peligro común, en tanto puso en riesgo la vida de la totalidad de los concurrentes; tal como lo requiere la configuración típica del delito de incendio prevista***

en el artículo 186 del Código Penal".

Respecto al resultado fatal sostiene el Tribunal Oral: *"Ingresando a la cuestión inherente al acaecimiento del resultado típico agravado de las muertes, volvemos a lo expuesto por los médicos Raffo y Tressa, y a partir de sus dichos cabe afirmar con certeza que las muertes acaecidas fueron consecuencia directa e inmediata de los gases que emanaron por la producción del incendio del material que se encontraban en el techo del local. En efecto, luego de haber analizado los informes médicos incorporados a la causa, los expertos concluyeron que las muertes se pueden explicar mediante el síndrome lesivo por inhalación de humo formado por gases tóxicos e irritantes que actuaron en diversas proporciones. A modo de síntesis, sostuvieron que con motivo del siniestro se produjeron 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-. A su vez, añadieron que no fue uno de ellos el que causó los decesos, sino que todo el conjunto de síntomas estuvo interrelacionado. En última instancia, señalaron que el síndrome puede ser mortal en el momento, o bien, presentar un período de latencia, diferencia que radica en las condiciones físicas y en el tiempo de exposición de los gases tóxicos".*

En concreto, para los sentenciantes quedó *"…claro entonces que el proceso combustivo producido dentro del local, desembocó en la muerte de las siguientes personas que habían concurrido al recital, a saber: Abosaleh Yasmin Alejandra; Colnaghi Nicolás Alejandro; Djerfy Osvaldo José; Tolosa Roberto Fabián; Cwierz Macarena Sol; Cwierz Sebastián Ricardo; Dieguez Lanata Juan Ignacio; Giovannini Carla Alejandra; Garcia Gastón Guillermo; Juillerat Arias Martín Sebastián; Urcullu María Sol; Santonocito Maria Belén; Santonocito Alicia; Sillak Nicolás Adrián; Zapata Oldemar Osvaldo; Giralt Jorge Emiliano Ramón; Amaya Gastón Eduardo; Ruiz Sergio Javier; Lasota Jonathan Daniel; Arnaldo Jorge Maximiliano; Ibañez Roberto Gabriel; Arnaldo Mariela Gisele; Azaar María Victoria; Gómez Analía Marcela; Pérez Lucas Gabriel; Fernández Laura Gimena; Rivadeneira Sanabria Silvia Emilce; Confino Martin Javier; Bonomini Sebastián Ángel; Zamudio Hugo Alejandro; Escobar Sergio Antonio; Belzunce Eduardo Rubén;*

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

Alicia Edith; Castro Fuentes Romina Rocío; Cabrera Gloria Marina; Rojas Cristian; Espinosa Pedro Gabriel; Becker Carol; Lucas Esteban Rolando; González Federico Nahuel; Valsagiacomo Mariano; Valsagiacomo Verónica; Righi Rodríguez Emiliano Marcelo; Mansilla Jorge; Aramburu Milena Andrea; Mendieta Evaristo Ignacio; Ortiz Debora Yael; Santillán Yaquelin Karina; La Via Adriana Inés; Fucci Pablo Sebastián; García Alejandro; Ledesma Luisana Ailén; Molteni Federico Pablo; Zalazar Pablo Adrián; Ferreyra Franco; Gavilan Luca Matías; Conte Edgardo Horacio; Marchiano Gustavo Javier; Fernández Nayla Soledad; Silva Alejandra Marina; Oviedo Ana Laura; Romieux Cecilia Lorena; Cantale Abel José; Mendive Estefanía; Taborda Marcelo Alejandro; Solis Walter Abel Maximiliano; Gómez Pablo Emanuel; Segovia Ríos Sofía Mariana; Funes Oscar Andrés; Maggio Diego Reinaldo; Cabrera Silvia Gabriela; Lizarraga Erica Elizabeth; Torres Jonathan Iván; Cabreli María Angélica; Zarate José Luis; Antón Paula Natalia; Vitale María Lidia; Bello María Laura; Juarez Sebastián; Iglesias Pedro Tomás; Ranieri Silvia Noemí; Baratta Selva Soledad; Torres Mario Abel; Sirota Mariana; Yanni Bárbara Daniela; Morales Sofía Victoria; Ruzyckys Agustina; Cayón Julián; Flores Alejandro Nicolás;y de Pereyra Silva Nelson. Por su parte, del análisis de la totalidad de los legajos de heridos que corren por cuerda, surge que el número de personas cuyas lesiones hemos tenido por verificadas y vinculadas al episodio, asciende a mil cuatrocientas treinta y dos (1432)".

1.a.2. Intervención de los acusados.

En ese contexto, el Tribunal de Juicio tuvo por acreditado que Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz fueron los organizadores de la serie de recitales que se desarrollaron los días 28, 29 y 30 del mes de diciembre del año 2004 en el local "República Cromañón".

A partir de esa circunstancia, y sumado a que los nombrados estuvieron presentes en el comercio realizando conductas activas vinculadas al evento la noche de la tragedia, cuando la situación ya se encontraba dirigida a la posible lesión del bien jurídico, el *a quo* afirmó que ambos asumieron el dominio de la situación y, en consecuencia, la posición de garante propia de los delitos de comisión por omisión.

Por otra parte, entendió que no existen indicios que permitan sostener que los restantes miembros de la banda de música

llevaron a cabo alguna tarea concreta atinente a la organización del espectáculo, de modo que no se colocaron en esa postura de garantía.

Así, pues, en esta instancia nuestra labor consistirá en establecer si es correcto el criterio aplicado por el *a quo*, que concluyó con la absolución de los imputados, o bien si asiste razón a los recurrentes en cuanto a que todos los miembros del grupo, y no sólo el manager, deben responder por el resultado.

1.b. Desarrollo dogmático

Sentadas las premisas que deben ser revisadas en esta etapa, recordemos que las imputaciones obrantes contra Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell fueron formuladas en la modalidad de comisión por omisión, puesto que como no realizaron el movimiento físico que desató el incendio los responsabilizan por no impedir el resultado típico.

En ese sentido, bien hemos explicado que reconocemos la posibilidad de aplicar esta modalidad de imputación de los delitos en algunos precedentes de esta Sala (conf. "D´Aquila, Natalio s/ rec. de casación", causa n° 4517, rta. el 9/12/03, y "Raffaelli, José y otros s/ rec. de casación", causa n° 6514, rta. el 13/09/06) y, por esa razón, nuestro análisis lo realizaremos a partir de los elementos que la caracterizan.

Siguiendo la línea de pensamiento del catedrático español Santiago Mir Puig entendemos que estamos frente a un delito de omisión impropia cuando el autor hubiese podido impedir un resultado lesivo de haber interpuesto la conducta indicada, toda vez que en estos supuestos no es necesario afirmar una verdadera relación naturalística sino que basta con la existencia de esa capacidad de evitación cuando se halla en una determinada posición de garantía.

Tal como lo explica Jesús M. Silva Sánchez, en esta forma de imputación el riesgo se hace típico en razón del compromiso de actuar a modo de barrera de contención asumido por el autor, que se vulnera ante la ausencia de realización de la conducta indicada, provocando en él un dominio idéntico al que pudiera tener un sujeto que lo creara activamente.

Observamos, entonces, que sólo en los casos en los que el

omitente ostente un control del proceso lesivo de tal intensidad que pueda ser equiparado al que se obtiene por vía de acción, podrá establecerse el desvalor del injusto típico necesario para subsumir la omisión en el tipo penal de la parte especial de que se trate.

Ahora bien, no toda persona que omite impedir la producción de un resultado puede ser penada como si lo hubiera causado activamente, se requiere que sostenga una posición específica de garantía, que es uno de los elementos esenciales de esta modalidad delictiva.

Junto a ella deben hallarse presentes otros requisitos que forman parte de la estructura objetiva de la omisión impropia. Entre ellos debemos mencionar a la situación de peligro para el bien jurídico que exige la intervención del garante, la ausencia de realización del comportamiento esperado por parte del omitente, la capacidad de llevar a cabo esa conducta debida y la producción de un resultado acompañado de la posibilidad de evitarlo.

Estos conceptos fueron extensamente desarrollados *ut supra* de modo que tenemos por reproducidas las consideraciones efectuadas por razones de brevedad.

El eje de nuestra evaluación será el recital brindado por "Callejeros" la noche del 30 de diciembre de 2004, oportunidad en la que se produjo el incendio que motivó la muerte de 193 personas y alrededor de mil quinientos heridos.

Delimitamos que el delito de incendio es, desde la perspectiva del bien jurídico, de peligro concreto de modo que además del fuego requiere que se produzca una situación de peligro común para bienes y personas, que constituye el resultado típico de la figura básica.

Asimismo, dejamos en claro que el inciso quinto del artículo 186 agrava el incendio cuando éste constituye la causa inmediata de la muerte de una persona. Esto último significa que debe estar en relación causal directa con la conducta típica.

Entonces, sentadas las premisas sobre las cuales será estudiado el caso, para establecer si es posible responsabilizar a los músicos y al escenógrafo por lo ocurrido, debemos remontarnos a un estadio anterior al momento del hecho, la organización del espectáculo, pues sólo así podremos comprender cuál era la posición de los artistas.

Ello, puesto que es a partir del concepto de organizar que podrá establecerse la existencia de la relación jurídica de garantía.

1.b.1. Motivos por los que en este caso los organizadores son garantes (Código Contravencional, injerencia).

Hemos expresado que es sabido, y así fue expuesto en la sentencia del Tribunal de mérito, que no toda persona que omite impedir la producción de un resultado típico puede ser penada como si lo hubiera causado activamente, sino que se exige que el autor se encuentre en posición de garante, es decir, que se halle en *"una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro"* (MIR PUIG, ob. cit. p. 317).

Como expusimos, y también lo señala el *a quo*, la determinación de las posiciones de garantía pasaron de una concepción formal de las fuentes del deber a una de tipo material.

Desde antaño se entendió que las fuentes formales son la ley, el contrato y la conducta precedente. Por otra parte, las materiales, desde la óptica de la doctrina que predicamos, son la función de protección de un bien jurídico (existencia de una estrecha vinculación familiar, comunidad de peligro y asunción voluntaria) y el deber de control de una fuente de peligro (el actuar precedente o injerencia, el deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio y la responsabilidad por la conducta de otras personas).

Ahora bien, en el caso entendemos que quienes poseen la calidad de organizadores del espectáculo se encuentran en esa especial relación jurídica a la que hemos hecho mención.

Ello es así puesto que hay una inicial fuente genérica desde un punto de vista formal del deber de actuar que el Tribunal de mérito correctamente indica en la sentencia, ésta es el artículo 96 del Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires que reprime a quien *"…omite los recaudos de organización o seguridad exigidos por la legislación vigente o por la autoridad competente respecto de un espectáculo masivo"*.

Así, el Tribunal de Juicio señala que *"Dentro de los recaudos imprescindibles a los que alude la normativa se encuentra la forma de ingreso del público al espectáculo -art. 90-, la venta de entradas o permitir el ingreso excesivo de público -art. 92-,*

producir avalanchas o aglomeraciones -art. 100-, suministro de bebidas alcohólicas -art. 104-, ingreso de artefactos pirotécnicos -art. 106-, guardar artefactos pirotécnicos -art. 107-, y obstrucción de salida o desconcentración -art. 110-" (fs. 67148 vta); es decir, ciertos supuestos que se vinculan a la realización de un evento.

Pero además, por otra parte, desde una perspectiva material, estamos en condiciones de afirmar que esa relación jurídica especial de los organizadores de un espectáculo halla su fundamento en la conducta precedente.

La injerencia no es otra cosa que la obligación de quien ha provocado voluntariamente una situación de peligro para un bien jurídico de evitar que el riesgo se convierta en lesión. Entonces, quien impone las condiciones para llevar adelante un show debe hacerlo de manera que no genere riesgos; no obstante, si por distintos motivos crea una situación peligrosa, estará obligado a evitar que se concrete en una lesión.

1.b.2. ¿Qué significa organizar?

Resulta necesario, a esta altura, establecer lo que entendemos comprendido dentro del concepto de "organizar" un espectáculo de concurrencia masiva como el episodio que nos convoca. En tal sentido, se puede afirmar que organiza quien dispone cómo ha de realizarse una cosa y, a su vez, prepara o aporta todo lo necesario para ella.

Es así, que en el caso de la organización de un recital, o una serie de ellos, habría que distinguir cómo ha de llevarse a cabo el show, para luego determinar qué es lo que se necesita para ello.

La primera de las cuestiones mencionadas, referida al "cómo", nos señala la manera o particularidad que tendrá el recital, es decir, por ejemplo será efectuado de día o de noche, en lugar abierto o cerrado, con la participación de bandas soporte o sin ellas, con entrada gratuita o paga, entre muchas otras características.

Podemos afirmar también que el organizador, en mayor o menor medida, fija las reglas en que se desarrollará el espectáculo, estableciendo un marco general de contención de los espectadores, que son a quienes en definitiva está dirigido, dado que de lo contrario las cosas quedarían libradas al azar. Ese

marco variará de acuerdo a la impronta que el organizador quiera brindar al espectáculo: permitirá una mayor o menor injerencia del público, será más o menos permisivo con éste, entre otras cosas.

La segunda cuestión (referida al "que"), remite a decidir qué es lo que se necesita para concretar el recital de la manera en que fue planeado. Por ello, decimos que aquí entran todos aquellos elementos o aportes necesarios, sin los cuales el recital no podría efectuarse, al menos en la forma en que fue concebido.

Así, deberá contarse con los medios -humanos y materiales- óptimos para que el evento se lleve adelante en la forma prefijada.

En otras palabras, para "organizar", en este caso un recital, es necesario que los aportes efectuados sean los indispensables y tengan como objetivo cumplir con lo previamente decidido, de manera que si, por ejemplo, lo propuesto es hacer un recital nocturno, en un lugar cerrado, en el que se cobrará por ingresar y participará una banda soporte, se aseguren tales extremos. Para ello, justamente, habrá que elegir un sitio que no sea al aire libre, que esté disponible en algún horario nocturno, también decidir en función de la capacidad del lugar y la cantidad de fechas a tocar, el número y el valor de los tickets que se confeccionarán, y, por último, escoger el grupo soporte y llegar a un acuerdo con él para asegurar su concurrencia.

El término organizar se refiere a cómo se debe realizar un recital y a preparar lo necesario para él, a partir de allí la importancia que tienen las decisiones tomadas a ese fin.

1.b.3. ¿Qué significa co-organizar?

Sentado ello diremos que "co-organizar" implica la participación de dos o más personas con poder de determinación en las mismas cuestiones que fueron descriptas cuando explicamos los alcances de lo que significa "organizar". Aquí, lo único que merece ser destacado es que nos encontramos frente a una división de tareas o funciones.

Ahora bien, para que se lleve a cabo el objetivo propuesto esa división debe recaer sobre cuestiones esenciales, que tengan entidad para concretar la idea inicial. De otra manera, y volviendo en concreto sobre la organización de un recital, para que exista un co-organizador, éste debe estar facultado para decidir, al menos en forma parcial, y brindar un aporte sobre

algún elemento fundamental e indispensable para que el recital se efectivice tal como había sido pactado.

Para que exista una co-organización debe darse el acuerdo de voluntades entre las partes en pos de un objetivo común, en este caso, la realización del evento en la forma preestablecida. Nos encontramos frente a voluntades que convergen hacia un mismo fin aportando su experiencia y puntos de vista y fijando las reglas antes explicadas.

Por último, y a modo ilustrativo, podemos mencionar que ese acuerdo de voluntades referido a co-organizar un recital puede versar sobre los siguientes tópicos: el público, el presupuesto, la duración, el lugar de la celebración, la decoración, el equipamiento audio-visual, el contenido que se expondrá o interpretará, el servicio de seguridad, los planes de contingencia y evacuación, los servicios médicos y limpieza, entre muchos otros.

1.b.4. Motivos por los que puede afirmarse que en el caso concreto hubo co-organización.

El Tribunal de mérito entendió que los organizadores del evento fueron Omar Emir Chabán, por ser el explotador del lugar, y Diego Marcelo Argañaraz, debido a las tareas realizadas como manager del conjunto "Callejeros". Es decir, que para fundar esa condición tuvo en cuenta las conductas activas puntualmente desarrolladas por cada uno de los imputados debido a la división de las tareas.

Advertimos, 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 este punto debemos hacer la salvedad que en el negocio bien puede haber participado otra parte, nos referimos al nombrado Levy. Ello, en armonía con lo dicho al votar en la causa n° 9912 "Levy, Rafael s/ recurso de casación": *"En ese orden, 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 Cromañón') en el que se llevaría a cabo el evento..." (causa n° 9912 "Levy, Rafael s/ rec. de casación", reg. n° 914, rta. el 1/07/2009). Por supuesto que este criterio fue plasmado con el grado de probabilidad propio de la etapa de instrucción y se encuentra pendiente el juicio oral y público que es la instancia en la que en definitiva se dilucidará la cuestión.

Ahora bien, a diferencia de lo que han sostenido los magistrados del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24, podemos aseverar que, debido a la forma en que tomaban las decisiones y a su contenido, todos los integrantes de la banda, por igual, participaron de la organización del espectáculo la noche del 30 de diciembre de 2004, porque mediante sus elecciones dispusieron cómo debía realizarse el show y colaboraron en la preparación, fijando las reglas en las que actuarían.

En ese sentido, como se verá *ut infra* 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.

Ello equivale a decir que asumieron la posición de garantía desde el punto de vista formal y, además, intervinieron activamente en la creación de la fuente de peligro pues estuvieron encargados de ciertos aspectos del show y que colaboraron a generar las condiciones riesgosas para que se produjera la tragedia.

Realizada esta afirmación, y con el objeto de que no sea señalada como arbitraria, conceptuamos prudente relevar de qué manera se establecían las pautas dentro del conjunto, pues ello permitirá una mejor comprensión del punto de vista propiciado.

A esos efectos contamos, en primer lugar, con las manifestaciones de los miembros del grupo musical, porque no podemos olvidar que ellos mismos expresan y reconocen que las determinaciones se adoptaban de acuerdo a la opinión mayoritaria en reuniones en las que todos intervenían.

En ese sentido se pronunció Diego Argañaraz al decir que *"Todas las decisiones se tomaban en conjunto, es decir, los seis integrantes de la banda más el escenógrafo y el declarante."* (conf. declaración indagatoria de fecha 22 de febrero de 2005 incorporada por lectura obrante a fs. 9775/94).

Las expresiones de Patricio Fontanet se muestran coincidentes con los dichos de Argañaraz, pues sostuvo que la función del manager se limitaba a exigir las condiciones sugeridas por el conjunto y establecer las fechas de los shows. Incluso aclaró que Argañaraz no disponía por su cuenta pues todo se decidía en grupo (conf. declaración espontánea de fecha 4 de marzo de 2005 obrante a fs. 11885/9).

Con relación al modo en que la banda elegía los lugares para tocar, explicó que las propuestas llegaban al manager, quien luego las hacía saber al resto del grupo en la sala de ensayos, recalcando que la decisión final era consensuada de manera democrática (conf. declaración indagatoria de fecha 23 de mayo de 2005 obrante a fs. 19988/20009 incorporada por lectura).

Juan Alberto Carbone describió que los que querían invitar a tocar a la banda se comunicaban con Argañaraz, quien con posterioridad transmitía la invitación al resto de los miembros, quienes decidían en la sala de ensayos mediante votación.

A su vez, Christian Eleazar Torrejón relató que las determinaciones del grupo eran adoptadas entre todos mediante votaciones, aclarando que en ellas también intervenían Cardell y Argañaraz (ver fs. 20177/95).

Elio Delgado, en la declaración indagatoria prestada el 24 de mayo de 2005, hizo saber que el grupo estaba compuesto por seis músicos más el manager y el escenógrafo, como así también que las decisiones eran tomadas entre todos mediante votaciones (ver fs. 20158/76).

Los dichos de Delgado ponen mayor precisión sobre quiénes eran los que intervenían en las resoluciones, pues estableció con detalle a las personas que integraban la banda y conformaban el núcleo de resolución de los distintos aspectos.

En último término, traemos a colación los dichos de Daniel Horacio Cardell, que fueron vertidos en su declaración indagatoria del 26 de mayo de 2005. En esa ocasión expresó que los temas relativos a la banda eran decididos por todos sus integrantes

(conf. fs. 20289/308). Aquí vemos ratificadas las manifestaciones hechas por el resto de los miembros del grupo.

Un claro ejemplo de que adoptaban las determinaciones en conjunto puede advertirse en la forma en que firmaron el contrato con la productora discográfica "Pelo Music". En ese caso, Argañaraz relató que mantuvo un diálogo con la gente de la firma, quienes le comentaron su idea, la que fue transmitida a los demás integrantes del grupo. Luego, le acercaron un contrato para que lo examinaran, por lo que lo llevó a la sala de ensayos donde todos lo vieron junto a un abogado. Después de leerlo cada uno dio su opinión y firmaron el documento.

Las manifestaciones de los imputados hallan corroboración en lo expuesto por Aldana Aprea, cuyos dichos consideramos relevantes para arrojar luz sobre la cuestión, porque era una persona cercana que se ocupaba de manejar la prensa.

La testigo manifestó que, según comentarios efectuados por Diego Argañaraz, las determinaciones eran tomadas de manera conjunta, se reunían en un lugar y todos decidían.

A modo de ejemplo, dijo que cuando se comunicaba con Argañaraz para avisarle que algún medio periodístico quería realizarle una nota al grupo, él contestaba que tenía que hablarlo con el resto de los integrantes.

Además, agregó que las reuniones donde tomaban las decisiones generalmente eran llevadas a cabo en la sala de ensayos y que resolvían las cuestiones por mayoría. Esto lo pudo contar toda vez que estuvo presente en alguna de ellas, pudiendo comprobar personalmente que ese era el método utilizado.

Continuó especificando que, según su entendimiento, aquellos temas vinculados a la contratación de personal o equipos lo establecían de manera conjunta, sin perjuicio de que si surgía algún imprevisto Argañaraz tenía autoridad para resolverlo en el momento.

Sobre las funciones que cumplían los integrantes de la banda dijo que cuando llegaba al lugar donde se desarrollaría un recital siempre estaban presentes Daniel Cardell y Diego Argañaraz ultimando los detalles de la iluminación y la escenografía, mientras que al resto de la banda, en cambio, los veía cuando comenzaba la prueba de sonido.

Este testimonio nos permite afirmar la participación de

los integrantes del grupo en la toma de decisiones relativas a aspectos directos de la organización de los eventos.

Ello es así puesto que, precisamente, Aprea nos pone en claro que el manager transmitía las propuestas al resto de la banda que, por mayoría, resolvía la cuestión planteada, sin perjuicio de que aquél podía tomar alguna decisión que surgiera imprevistamente porque el grupo le había otorgado esa facultad.

Por otra parte, no podemos soslayar las manifestaciones vertidas por Laura Mirta Fernández, quien mantuvo una relación de pareja con Eduardo Vázquez.

La testigo puso en conocimiento que el imputado mantenía reuniones con Aldana Aprea atento a que se ocupaba de hacer las credenciales, el formato de las entradas y redactar los avisos publicitarios. Sin perjuicio de lo cual, afirmó que aquellos aspectos vinculados a esas actividades eran consultados con los demás integrantes del conjunto musical.

Con relación a la forma en la que se tomaban las decisiones vinculadas a los sitios en los que realizarían los shows de la banda explicó que *"Diego proponía y entre todos decidían"*.

Lo expuesto pone de manifiesto el grado de participación e incumbencia de la totalidad de los imputados en las cuestiones atinentes al conjunto de música.

A partir de las consideraciones que han sido vertidas en los párrafos que anteceden, estamos en condiciones de concluir que, más allá de la estrategia de defensa que hayan asumido durante el juicio, esto es, que en lugar de haberse mantenido como un bloque con la asistencia de los mismos abogados se separaron en tres grupos, ha quedado suficientemente establecido que la totalidad de los miembros del grupo —entre los que incluimos al manager y al escenógrafo- intervenían en la adopción de las decisiones vinculadas a la banda.

Ahora bien, hemos arribado al convencimiento de que las determinaciones eran resueltas en grupo; sin embargo, esa sola circunstancia no basta para sostener que participaban de la organización de los recitales que brindaban, pues para ello hay que acreditar que fijaban las reglas de actuación.

Para demostrar ese aspecto consideramos de suma importancia establecer los hechos, condiciones, elecciones y

conductas llevadas a cabo por toda la banda que se vinculan con la puesta en escena de un show.

Con ese objeto recordemos, en primer lugar, el testimonio de Juan Carlos Blander quien refirió haber tenido contacto con Patricio Fontanet y Diego Argañaraz en dos ocasiones, la primera mientras era explotador del local "Hangar" y la segunda en el estadio "Obras" en circunstancias en las que estaba a cargo de la seguridad del lugar.

Expresó que el contacto inicial lo tuvo con motivo del recital a efectuarse en "Hangar". En ese encuentro se estableció el porcentaje que quedaría para cada parte y qué tipo de seguridad se llevaría a cabo. Asimismo, el testigo les hizo saber la prohibición de ingresar con pirotecnia —punto sobre el cual nos explayaremos más adelante- y les puso en conocimiento que el límite de espectadores era de mil seiscientas personas. Ante esta última situación Fontanet y Argañaraz le dijeron que querían expedir dos mil o dos mil quinientas entradas.

De los dichos de Juan Carlos Blander podemos obtener como conclusión que además de Argañaraz otros miembros del grupo tomaban decisiones sobre aspectos organizativos, pues aunque este testimonio no se refiere concretamente al evento del día de la tragedia nos sirve como pauta para tener en cuenta, por ejemplo, la intervención de Fontanet en la toma de una determinación referida a la voluntad de emitir entre cuatrocientas y novecientas entradas más de lo que les había sido indicado como máximo y en la negociación donde se arreglaron los porcentajes de ganancias.

Para acreditar el extremo que sostenemos resultan enriquecedores los descargos brindados por los imputados, que fueron incorporados por lectura al debate.

Así, Diego Argañaraz comentó que "...*era condición de la banda solicitar que el `sonido y luces´ fuese proporcionado por Jorge Leggio*".

Por su parte, Juan Alberto Carbone especificó que cuando los contrataban "*ellos exigían las luces, el sonido, el largo del escenario*" y "*todo lo referido al show*". También refirió que "*el tema de la seguridad siempre tenía que estar a cargo del productor, y ellos pedían que, dentro de lo posible, se contratara a cuatro o cinco personas para que controlen camarines y vigilen el corte de tickets. Ellos llevaban a unos chicos que tenían la*

remera 'Callejeros Control', uno era 'Lolo' Bussi y Claudio". Finalizó diciendo que la banda se encargaba de imprimir las entradas (conf. declaración indagatoria de fecha 26 de mayo de 2005 obrante a fs. 20204/24 incorporada por lectura).

Christian Eleazar Torrejón, en consonancia con las manifestaciones de Carbone, dijo que en los lugares en los que tocaban exigían el sonido, la iluminación y la presencia de Lorenzo Bussi para cuidar los camarines y los instrumentos musicales.

Así, de lo dicho queda en evidencia la participación de los integrantes del grupo en la organización de los recitales, pues no resulta creíble, y menos aún convincente, el argumento de que no tomaban parte en la puesta en marcha del espectáculo cuando exigían condiciones vinculadas a las luces, el sonido, el escenario y a la contratación de un grupo de personas que hasta vestía una remera con la inscripción "Callejeros Control" para cuidar los camarines y verificar el corte de tickets que ellos mismos imprimían.

Advertimos con nitidez que participaban de la determinación y definición de las particularidades que debían poseer los eventos y de los requisitos indispensables para llevarlos a cabo en el marco elegido; y que dicha intervención, sin duda alguna, excedía y por mucho la exclusiva presentación e interpretación del repertorio musical elegido por el grupo para cada evento.

Así, pues, no quedan dudas de que mediante sus elecciones los integrantes del grupo "Callejeros" intervenían activamente de la organización de los espectáculos que ofrecían. Por ese motivo, la circunstancia de que los imputados pretendan sostener que sus decisiones no se vinculaban con la actividad organizativa no es óbice para sencillamente advertir y reconocer en esta instancia que efectivamente participaban de tales acuerdos.

Ahora nos resta analizar si las pautas establecidas por los miembros del conjunto musical relativas al recital del día 30 del mes de diciembre del año 2004 tuvieron vinculación directa con la organización de dicho evento.

A ese fin, debemos mencionar, como acertadamente lo hiciera la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad en su resolución del 27 de septiembre

de 2005, que todo el grupo, en conjunto, estuvo de acuerdo en la elección de "República Cromañón" para llevar a cabo la serie de recitales de fin de año, porque era un buen lugar debido a la amplitud, a la vista que había desde el escenario y a los accesos.

Sumado a ello, designaron a Lorenzo Bussi, y a las personas que él convocara, para que llevaran a cabo la seguridad y el control de los ingresos durante el evento del 30 de diciembre y los dos anteriores (28 y 29 de diciembre de 2004).

No podemos pasar por alto que fue el grupo el que decidió la fecha y horario del show, la cantidad de entradas que se pusieron a la venta, el alcance que debía dársele al cacheo, la actitud a tomarse frente al ingreso de pirotécnia y a quienes la encendían en el interior del lugar.

Un dato relevante que aporta Torrejón y que nos brinda mayor sustento para afirmar que todo el grupo intervino en la organización de los recitales de los días 28, 29 y 30 de diciembre, es la decisión de poner a la venta una cantidad de entradas menor a la indicada por el gerenciador del local. En ese sentido, en la declaración indagatoria del 24 de mayo de 2005, expuso que ante la oferta de cuatro mil entradas efectuada por Chabán, el grupo, mediante votación, decidió poner a la venta tres mil quinientas.

Contamos, además, con los dichos de Omar Emir Chabán durante el debate, quien refirió que inicialmente iban a realizar una sola fecha pero Argañaraz le dijo que el grupo quería hacer tres ya que no sabía cuánta gente concurriría (conf. declaración indagatoria de Chabán de fecha 3 de abril de 2009).

El manager del grupo explicó en su descargo que *"Descontados los gastos del recital, luego de hacerse la liquidación, de las ganancias, a Omar le correspondía el 30 por ciento, mientras que a `Callejeros´ el restante 70"*. Asimismo, respecto a las entradas sostuvo que "*...mandó a imprimir la cantidad de 3500 para cada uno de los tres recitales*", ello puesto que *"En un momento, Omar se rectificó y le dijo que entraban 4000 personas. En base a ello, como tenían unos 100 o 150 invitados, decidieron imprimir 3500 entradas"*. Agregó que el "*...precio de las entradas (...) fue fijado de común acuerdo entre Chabán y el deponente y fue de diez pesos para las anticipadas y quince para las que se vendían en boletería la misma noche del evento*".

De forma conteste con el manager se expresó Patricio Fontanet, quien afirmó que *"Siempre nos propuso el mismo arreglo, el borderaux de 70% para la banda y 30% para CHABÁN, que se repartía tras cubrir los gastos (...) Cuando empezamos a crecer como banda, lo único que cambió, además de empezar a tener ganancias, fue que le empezamos a pedir que contratase a cierta gente de iluminación, sonido y control. Como aumentaba el número de asistentes necesitábamos gente que nos cuide los equipos, que vigile los camarines, que controle el corte de tickets y gente que no sea agresiva con el público"*.

También señaló que *"...el día que lo fuimos a ver nos dijo que entraban 4.000 personas"* y *"...decidimos hacer 3.500 entradas porque siempre va nuestra familia y nuestros invitados y pensamos que con eso el lugar iba a estar bien y no se iba a recargar de gente. Omar para las fechas de fin de año decía que hiciéramos 4.000 por día. Mandamos a hacer las entradas porque nos gusta que cada entrada tenga un dibujo distinto con un logo distinto, es una manera de tener el control en el corte del ticket"*.

Entonces, de las manifestaciones de los imputados advertimos que estuvieron encargados de aspectos centrales de la organización del espectáculo, pues ya explicamos que esa actividad se refería a fijar cómo se debe realizar el evento y preparar lo necesario para que tenga lugar en las condiciones pactadas, y, en el caso, los imputados directamente decidieron sobre la cantidad y precio de las entradas, y el personal que debía cuidar de los camarines y controlar los accesos.

No olvidemos que también se ocuparon de escoger la iluminación y la escenografía, de controlar la recaudación de la fecha, de la impresión de las entradas y de la puesta a la venta de las mismas.

También estuvo bajo su órbita la publicidad del espectáculo y el sonido. Esto último fue reconocido por el propio Jorge Fabián Leggio, quien al declarar durante el juicio contó que comenzó a trabajar con la banda por intermedio de Eduardo Vázquez que le solicitó que trabajara para "Callejeros".

Como quedó asentado en la resolución de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, a diferencia de lo que sucede cuando interviene una productora en el montaje del evento —tal es el supuesto de los recitales llevados a

cabo en “Excursionistas” y “Obras”- en los que ésta se encarga de llevar a cabo los trámites y contrataciones necesarios (a modo de ejemplo cabe mencionar el alquilar el lugar, contratar la seguridad, el sonido, las luces, pagar los impuestos, asegurar la presencia de la policía, los bomberos y los médicos, vender las entradas, entre otras cosas), en el caso de las presentaciones realizadas en “República Cromañón” fueron los propios integrantes de la banda, junto con Chabán, quienes se ocuparon de todos los aspectos vinculados a la preparación de tales espectáculos.

Prueba de ello es que incluso para asegurar que los shows se realizaran de acuerdo a las condiciones que pretendían debieron resignar parte de las ganancias que obtendrían al pago de emolumentos a personal policial de la Comisaría con jurisdicción en el lugar en donde está ubicado el local “República Cromañón”, en el marco del acuerdo previo que uno de los funcionarios que trabajaba allí mantenía con el gerenciador. Sobre este punto nos explayaremos más adelante.

Hasta aquí, apreciamos que existe un grupo de hechos objetivos en los que se advierte la activa intervención por parte de todos los integrantes del grupo para llevar adelante los recitales brindados los días 28, 29 y 30 del mes de diciembre del año 2004.

En consecuencia, no advertimos la existencia de un razonable soporte para la postura adoptada en la sentencia recurrida en lo referente a que a excepción de Diego Argañaraz los demás miembros de “Callejeros” no tuvieron intervención en la organización del evento que culminó con el incendio del local “República Cromañón”.

Ello es así puesto que, en concreto, las decisiones adoptadas por el conjunto resultan ser tanto o más importantes que aquéllas que podrían haber quedado en manos del manager debido a una situación imprevista.

Por esa razón, atribuirle en forma exclusiva la co-organización del recital a Diego Argañaraz no se presenta como una decisión equitativa ni ajustada a las comprobadas circunstancias de la causa. La totalidad de los miembros de la banda se presentan en las mismas condiciones que el manager, y afirmar lo contrario implicaría desoír lo manifestado por los testigos y por ellos mismos.

Lo dicho nos remite a la idea de que era la decisión tomada entre todos la que motivaba la intervención de Argañaraz y las acciones que éste debía desempeñar o desplegar, no al revés.

A esta altura de la argumentación estamos en condiciones de sostener que la puesta en escena del espectáculo estuvo en manos de todos los miembros del conjunto de música puesto que, como hemos explicado previamente, somos de la opinión que organizar un evento de esas características es, ni más ni menos, un acuerdo de voluntades entre las partes vinculado al despliegue de aquél, a través del cual se establecen los distintos aspectos que confluyen en el resultado final.

Entonces, se conformó en el supuesto en estudio una voluntad común respecto de los distintos aspectos -estructurales, artísticos, de difusión y seguridad- propios de la organización y ejecución de los shows.

Cada una de las cuestiones atinentes al espectáculo de las que se encargó Diego Marcelo Argañaraz, en cumplimiento de su actividad de manager, reflejaron la decisión conjunta de los miembros del grupo musical. Por ese motivo, es un desacierto cargar la responsabilidad sólo en cabeza de quien ejercía la comunicación de las resoluciones adoptadas por el grupo porque, antes bien, debe recaer sobre la totalidad de los intervinientes en tales decisorios.

En definitiva en el recital del 30 de diciembre de 2004 coparticiparon las voluntades de Omar Emir Chabán y de los integrantes de "Callejeros", ya que en el caso fueron ellos quienes podían tomar el tipo de decisiones al que hiciéramos referencia en los párrafos anteriores, que se vinculan estrechamente con la capacidad que efectivamente poseían y ejercieron para decidir "cómo" se desarrollaría el recital y "qué" es lo que necesariamente se debería llevar a cabo para que el evento transcurra según lo estipulado.

Ha quedado entonces suficientemente claro que en el caso, y de conformidad con el marco dogmático a la luz del cual estudiamos lo ocurrido, estamos en condiciones de aseverar que Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Cardell, al igual que Diego Marcelo Argañaraz, se hallaban en posición de garantes, pues en su calidad

de co-organizadores habían asumido un compromiso consistente en la obligación de brindar una serie de espectáculos para sus seguidores en condiciones que no fueran peligrosas para la seguridad común.

En otras palabras, y siguiendo las enseñanzas de Jesús M. Silva Sánchez, habían asumido el compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de los riesgos propios de la puesta en marcha de un espectáculo público masivo que amenazaba una esfera jurídica ajena, la del público que asistía a verlos tocar.

Aquí, en este punto central, radica la diferencia de nuestra perspectiva respecto a la postura asumida por los integrantes del Tribunal Oral, quienes entendieron que "...a excepción del manager Diego Argañaraz, no se probó que el resto de los músicos de la banda `Callejeros´ y su escenógrafo, hayan intervenido de manera alguna en la organización del espectáculo del 30 de diciembre de 2004; por ende no se puede sostener que fueran garantes, ni siquiera en sentido genérico, de la evitación del resultado" (Conf. fs. 67225 vta.).

1.b.5. Marco de la co-organización riesgosa que acordaron.

Habiendo establecido quiénes participaron de la articulación del espectáculo, debemos continuar con el razonamiento y analizar que, en ese contexto, una serie de circunstancias previas al desarrollo del evento se ordenaron para provocar el fatal incendio. Así se creó la situación peligrosa que conforma el primer eslabón de nuestra construcción.

Existen numerosos factores que influyeron en la determinación del resultado. A continuación trataremos aquellos que consideramos que guardan relación con la esfera de decisión y conocimiento de la banda musical.

Ha 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.

Así lo afirma el fallo al reconocer 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.).

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.

Al respecto 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 aún 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).

Ahora bien, reiteramos 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.

A modo de ejemplo podemos mencionar 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"*.

Por otra parte, obra 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”*.

En el 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 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...”*.

Asimismo, 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”*.

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.

No sólo el grupo estaba al tanto del uso de pirotecnia en sus recitales sino que tenía una postura muy definida al respecto: la permisión y el fomento de esa actividad.

Así, en una entrevista de fecha 2 de julio de 2004 con el periodista Juan Di Natale, en la que participaron Patricio Fontanet, Eduardo Vázquez y Diego Argañaraz, se trató el tema de las bengalas. En esa ocasión el cantante señaló *“No pueden prender más de cincuenta bengalas por tema”* y agregó *“Guárdenlas para el estadio abierto...se viene el estadio abierto...no falta mucho...”*. También dijeron en esa ocasión que *“...el problema con las bengalas es que...se las saca la seguridad de, de Obras” “Cuando nosotros tocamos tratamos de que puedan pasar las bengalas” “Pero esta vez no manejamos la seguridad y...y se complica...el tema de pasarlas”*.

El cantante en una nota en la revista "Si se calla el cantor" (número 7 del mes de octubre de 2004) expresó *"Nosotros no queríamos ir a ahí (a 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 esa misma línea, obra la nota correspondiente al 30 de diciembre de 2004, llevada a cabo por el mismo periodista a Eduardo Vazquez -simulando que los shows de fin de año habían finalizado- quien señaló: *"Muchísima bengala, fue la frutilla de...de la torta, la verdad que están cansados, pero muy satisfechos"*.

Párrafo aparte merecen los dichos vertidos por Sebastián Ruiz en una entrevista con el periodista Ignacio Girón. En esa oportunidad el integrante del grupo de seguidores de la banda llamado "La Familia Piojosa" comentó una charla que tuvo con el manager de la banda en la que relató: *"Dijimos Diego tenemos las bengalas. No bengalas Sebastián no entran. Bueno pero tenemos las bengalitas brasileras...Bueno tráeme una el día jueves cuando traigan las banderas. Listo le lleve una a Diego esta es la bengala, la prendió. Seba todo bien me dio el okay. Entrenla como puedan"*.

Otra prueba objetiva de lo que hemos expuesto hasta aquí son los audios incorporados al juicio en los que obran manifestaciones efectuadas por el cantante del grupo de rock durante otros recitales.

Recordemos lo dicho en los espectáculos llevados a cabo en "Showcenter" en el año 1999: *"Muchas gracias, bueno parece que no se puede prender bengalas tampoco, qué 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"*.

En el mismo sentido se pronunció durante el recital llevado a cabo en el estadio "Obras" el día 30 del mes de julio del año 2004: *"a todos aquellos que trajeron bengalas, yo se que lo hacen de corazón y nosotros lo valoramos un montón...cuando estemos en otro lugar vamos a poder hacer todo lo que queramos"*.

Así, pues, se equivoca el Tribunal de Juicio al afirmar que sólo el manager del grupo decidió que la nota distintiva del grupo "Callejeros" fuera la pirotecnia y que era el encargado

exclusivo de seleccionar quiénes podían ingresarla, mientras que los demás integrantes si bien toleraban tal circunstancia no la fomentaban.

Ya nos hemos detenido a analizar la forma en la que el conjunto tomaba las decisiones y, en ese contexto, no cabe otra conclusión que cada uno de sus miembros compartía la impronta pirotécnica que pretendía dársele. Además, como lo señalamos, así lo indica el plexo probatorio incorporado durante el debate.

Las entrevistas a las que hemos hecho alusión fueron brindadas por varios de los integrantes del grupo. Asimismo, todos estuvieron presentes en los espectáculos y jamás se opusieron seriamente al uso de pirotecnia por parte de sus seguidores.

Esa fue la razón por la que la noche de la tragedia los controladores de acceso habían dispuesto una serie de medidas de seguridad vinculadas al ingreso de elementos de pirotecnia; sin embargo, pese a ello, no lograron evitar su utilización en el interior del local.

Además de los carteles en los que se leía la prohibición del ingreso de fuegos artificiales, según algunos concurrentes el personal encargado del control de los accesos los revisaba exhaustivamente, como lo sostiene la defensa de Diego Argañaraz.

No obstante, muchos testigos dieron cuenta de que si bien el cacheo al ingresar era estricto, también fue selectivo, pues muchos asistentes no pasaron por él, particularmente quienes asistieron en calidad de invitados. Entre ellos podemos mencionar a Juan Daniel Bazan, Laura Barrios, Carlos Ariel Ferrero, Juan Masullo, Iván Manuel Leiva, María Luján Rossi y Carla Galeano.

De lo dicho podemos extraer que más allá de cualquier esfuerzo por mostrar que la noche de los hechos se llevó a cabo un control eficiente, circunstancia que a esta altura se torna abstracta ya que el incendio se produjo debido al ingreso de pirotecnia, la realidad es que la banda no tocaba sin que se detonara ese tipo de materiales y, por esa razón, debía asegurar su ingreso a los lugares donde se presentaba.

Ese era el distintivo que deseaban otorgarle al conjunto y se enorgullecían cuando sus seguidores utilizaban todo tipo de fuegos de artificio durante los espectáculos.

Raúl Alcides Villarreal lo dijo en su declaración indagatoria incorporada por lectura. En ese acto procesal señaló

que *"Diego suponía que si no había bengalas no era un show de Callejeros"*.

Precisamente, por ese motivo, el cacheo efectuado a los espectadores fue selectivo. Revisaban a los concurrentes para cumplir con la prohibición de utilización de pirotecnia dentro del local, pero mediante un mecanismo alternativo menos perceptible aseguraban su ingreso.

Por ese motivo, al momento de organizar el espectáculo la banda había requerido que el control estuviera a cargo de personal que conocía, de otra manera no iba a ser posible, o por lo menos resultaría más costoso, lograr el ingreso de la pirotecnia. Esto último ocurría cuando los shows eran organizados por una productora que no estaba vinculada a la banda, tal como surge palmariamente de los dichos de Patricio Fontanet, quien en una nota brindada en la revista *"Si se calla el cantor" señaló que "Sea el lugar que sea, siempre ponemos a nuestra gente y nuestro control. Lo que pasa con Obras es que está concesionado, entonces no podés hacer lo que vos querés"*.

Lo expuesto no es una conclusión arbitraria, por el contrario, el plexo probatorio permite e impone sostenerla.

En ese sentido, recordemos que Juan Carlos Blander explicó que en una reunión que tuvo con Patricio Fontanet y Diego Argañaraz con motivo de un recital a realizarse en el local "Hangar" les hizo saber sobre la prohibición de ingresar con pirotecnia, circunstancia que generó una discusión dado que ellos entendían que las bengalas eran parte del folklore del grupo.

Pese a que accedieron a acatar la pauta, el día del show se secuestró importante cantidad de pirotecnia, aún habiendo revisado a todas las personas que asistieron.

Aclaró que el manager le había comentado que la banda no iba a aceptar que se prohibiera el ingreso de bengalas porque era parte de la costumbre de su público.

Relató que en otro espectáculo de la banda, llevado a cabo en el estadio "Obras Sanitarias", en el que su empresa fue contratada para encargarse de la seguridad, se secuestró pirotecnia del interior de las cajas en donde guardaban los instrumentos.

Por otra parte, Aldana Aprea, quien tenía una relación cercana a los integrantes del grupo de rock por ocuparse de la

actividad de prensa, señaló al momento de declarar en el juicio que todos ellos reconocían que, más allá de que afectara la visibilidad de la escenografía, las bengalas le daban “color al show”. No dudó en sostener “sabía que el grupo estaba de acuerdo con las bengalas y banderas”.

Comentó, asimismo, que le expresó al manager que creía que no podían seguir tocando en lugares cerrados debido al humo que generaba la pirotecnia; sin embargo, la respuesta fue que era una característica propia del grupo.

Durante su relato recordó que el día anterior al recital en “Excursionistas” tres miembros del grupo de seguidores llamado “La Familia Piojosa” le dieron a Diego Argañaraz dos bolsos llenos de bengalas y tres tiros, con el objeto de que fueran guardados para entregárselos en el momento del show.

Vinculado a ello, indicó también que en ese recital el cantante le manifestó a los concurrentes que estaban en un lugar al aire libre y que podían tirar lo que quisieran.

Por esa razón, a esta altura, poco importa si el cacheo fue estricto y eficiente, porque no cabe sino concluir que quienes aseguraban el ingreso del material que originó el foco ígneo eran los propios miembros de la banda a través de distintos medios.

Así, la testigo Miriam Berruezo recalcó durante su declaración que observó que desde el sector VIP una mujer “de cabello corto teñido de rubio y busto grande” arrojaba “unos palitos del tamaño de una lapicera” que parecían ser bengalas sin encender.

Estas afirmaciones deben ser valoradas en armonía con lo expuesto por Emiliano Palacios, quien explicó que en el segundo de los shows realizados por la banda en el estadio “Obras” observó cómo la madre de Patricio Fontanet entregaba bengalas desde la platea a los seguidores.

De lo expuesto podemos extraer como conclusión lo que afirmamos unos párrafos atrás, que la pirotecnia fue ingresada a través de las personas invitadas que no fueron revisadas en la entrada y se ubicaron en el sector VIP.

La idea señalada por estos testigos queda latente también en las expresiones vertidas por los funcionarios de la Fiscalía Contravencional n° 8 que intervinieron en el marco del expediente n° 15822 caratulado “Estadio Obras Sanitarias s/infracción

artículo 61 del C.C." en atención a los recitales desarrollados en dicho lugar.

Recordemos aquí que Aldana Aprea hizo referencia a que en "Excursionistas" parte de la pirotecnia se ingresó a través de Diego Argañaraz y que Juan Carlos Blander afirmó que en el recital en "El Hangar" se secuestró pirotecnia del interior de los compartimientos donde se guardan los instrumentos musicales.

Si bien es cierto que las manifestaciones reseñadas aluden a espectáculos llevados a cabo con anterioridad al 30 de diciembre de 2004, no compartimos el criterio de los integrantes del Tribunal Sentenciante en cuanto a que no pueden ser valorados para el caso, pues, a diferencia de ellos, entendemos que constituyen pautas determinantes para dar sustento a la conclusión de que los miembros del grupo "Callejeros" aseguraban el ingreso de la pirotecnia y fomentaban su uso. De lo contrario, no se explica cómo pese a un estricto cacheo hubo pirotecnia en el interior del local.

En este aspecto asiste razón al grupo de querellantes encabezados por los doctores Susana Rico, Vanina Molina y Patricio Poplavsky en punto a que más allá de las declaraciones que sobre el tema hicieron los seguidores de la banda, quienes en gran medida sostuvieron que no estaban a favor de la pirotecnia, hay pruebas objetivas que acreditan lo opuesto.

Podemos afirmar sin hesitación que el incentivo por parte de los imputados fue una influencia decisiva en la configuración de la situación peligrosa.

Es indudable que el grupo conocía no sólo que el público utilizaba elementos de pirotecnia sino también el riesgo que esa situación ocasionaba cuando se suscitaba en un lugar cerrado.

Estaban al tanto de que en ocasiones previas a la noche del 30 de diciembre de 2004 se habían producido incendios en el local.

Diego Argañaraz, Patricio Fontanet, Juan Carbone y Daniel Cardell, refirieron en sus declaraciones que con anterioridad a los recitales del mes de mayo tomaron conocimiento de que en una presentación de "Jóvenes Pordioseros" se había producido un incendio.

Asimismo, está probado que estaban al tanto de lo ocurrido en los recitales de "La 25" una semana antes. Ello se desprende de

la declaración testimonial de Aldana Aprea, quien expuso que el día 28 de diciembre el manager le comentó que unos días antes en el recital de "La 25" hubo un principio de incendio.

También surge de la sentencia que una de las testigos que declaró en el juicio, trátase de Paola Vanesa Nieto, aseguró que en el recital del día 28 del mes de diciembre del año 2004 el cantante de la banda hizo saber lo que había ocurrido una semana antes en otro show realizado en el local.

Por otra parte, no podemos pasar por alto que Patricio Fontanet, durante ese evento, y delante de los demás miembros del grupo, efectuó una advertencia al público respecto de la peligrosidad de esos elementos.

En esa oportunidad dijo *"Che loco, aminoren con las bombitas esas porque van a lastimar a alguien de verdad, déjense de romper las pelotas, van a lastimar a alguien de verdad o se van a lastimar ustedes, pónganse las pilas"*. Asimismo, señaló *"es cerrado, le van a comer la cabeza a uno, una vez el bajista de esta banda se quedó sordo tres meses por una bomba de esas"* (Conf. pista 1).

Luego de que Chabán se quejara por el uso de "tres tiros", refirió *"Suena mal pero tiene razón Chabán, no se ve un carajo ¿Ustedes ven algo, alguien ve algo? Además, hace 10 días tocamos al aire libre para que pudieran prender todas las bengalas que quisieran"* y repitió *"No los veo, los quiero ver, saben lo que más me duele es no verlos, estoy cantando bajo la niebla, no veo un carajo, no veo nada, los quiero ver a ustedes, los quiero ver cantar, los quiero ver saltar, no los veo ¿Podrá ser algo, un ratito? Los quiero ver ¿Entendés? Veo hasta uno, dos, tres, cuatro, cinco, hasta la sexta fila de gente, se que hay más así que estaría bueno que los pueda ver el resto del show ¿Dale?"* (Conf. pista 2).

Pero ese tipo de avisos no era una situación novedosa, basta recordar lo dicho en los espectáculos llevados a cabo en "Showcenter" en el año 1999: *"Che che che...che che hay un techo" "Chicos en serio eh...se prende fuego el techo" "Somos muchos acá, entendés? es muy difícil salir...Fuego se lastiman ustedes no yo, yo no..." "Puede reventar el techo...explotar, por favor pero se prende fuego de verdad ya se prendió fuego hace tres semanas"*.

También de las manifestaciones llevadas a cabo por Chabán

durante el debate se desprende que *"el primer día de la serie de shows que `Callejeros´ brindó en `Cromañón´ en el mes de diciembre, en cierto momento estuvo en la puerta del hotel lindero hablando con Argañaraz, el saxofonista, la mujer del baterista y el más joven de los integrantes de la banda, y entre todos se pusieron de acuerdo en que el tema de las bengalas no podía ser, porque era imposible tocar en esas condiciones"* (ver fs. 67000).

De las consideraciones efectuadas podemos concluir que, en definitiva, no era posible que los integrantes del grupo desconocieran que la noche en que se desataron los hechos que dieron origen a esta causa los espectadores iban a hacer uso de material pirotécnico y que ello implicaba un riesgo pues el lugar era cerrado y se había incendiado en oportunidades anteriores.

Otro extremo que contribuyó a la formación del peligro es la existencia de materiales inflamables en el techo.

Se desprende de la sentencia que *"Otra premisa o factor básico para que se generara la situación de riesgo típica que hemos venido describiendo es la existencia de material inflamable en el cielorraso del local, el cual al entrar en combustión liberaba gases tóxicos"* (fs. 67170).

Sobre este aspecto, habremos de tener en cuenta que a través de los diferentes informes periciales se acreditó que los distintos elementos que había en el techo del local "República Cromañón" eran combustibles.

En ese sentido, surge que del local se extrajeron muestras de espuma de poliuretano, guata y fibra sintética (media sombra), todos ellos susceptibles de combustionar.

Cabe traer a colación lo asentado por el Tribunal Oral que, remitiéndose a lo explicado por los peritos, dijo que el local *"...poseía en el techo un revestimiento compuesto de espuma de poliuretano y, por debajo del mismo, se disponía una tela sintética tipo media sombra"*, además, que *"Pudieron determinar que entre la loza y esa espuma de poliuretano se disponía una segunda cubierta similar al producto denominado `guata´"* y que finalmente *"De la pericia realizada por los profesionales del I.N.T.I. pudo establecerse que los materiales extraídos del lugar del siniestro eran, tal como dijeron los peritos bomberos, espuma de poliuretano, `guata´ y fibra sintética `media sombra´"* (fs. 67170 vta.).

Asimismo, como ha quedado sentado en el fallo, los expertos afirmaron que *"...si bien la combustión de la `guata´ y la espuma de poliuretano fueron los factores perjudiciales determinantes, la quema de la media sombra aumentó la peligrosidad, por haber incrementado el humo y haber goteado sobre los asistentes (provocando quemaduras)"* (fs. 67171 vta.).

Previamente dijimos que los imputados tenían conocimiento de que el lugar podía incendiarse, circunstancia que ha sido probada gracias al conocimiento que tenían de que el público utilizaba pirotecnia y que había sufrido incendios previos en el mismo sector que fue afectado la noche del 30 de diciembre de 2004.

A partir de esa premisa, advertimos que Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell, más allá de que no conocieran específicamente cada uno de los materiales colocados en el local, estaban al tanto de que los mismos (los existentes), podían combustionar.

Ese conocimiento de que podía prenderse fuego, sumado a que era indiscutible que el público iba a detonar pirotecnia en el interior del local, alcanza para tener por verificado que los imputados eran conscientes del peligro que acechaba a los seguidores que habían asistido al show. Este fue el criterio aplicado por el *a quo* al resolver la situación del manager de la banda, que es perfectamente extendible al caso de los demás integrantes.

La sentencia refiere que *"...Argañaraz conocía que el techo tenía material —cualquiera sea- que era inflamable porque conocía la existencia de los incendios previos; tanto él como Patricio Santos Fontanet así lo aseguraron en lo que respecta al episodio ocurrido en mayo con motivo del recital del grupo Jóvenes Pordioseros"* (fs. 67201 vta.).

Esa aseveración es cierta y debemos adicionar que también Daniel Cardell y Juan Alberto Carbone reconocieron que estaban al tanto de lo sucedido en el show de "Jóvenes Pordioseros".

Por otra parte, debemos resaltar que incluso la sapiencia de que el sitio podía incendiarse provenía de la advertencia que había realizado Omar Chabán instantes antes de iniciar el recital,

que luego se tradujo en las palabras emanadas del cantante de la banda.

Para sostener esa conclusión simplemente basta recordar la advertencia efectuada por Patricio Fontanet previo a comenzar con el primer tema: *"Bombas de estruendo, rescátense un poco porque se prende fuego el lugar ¿Entendieron? ¿Les quedó claro a todos? ¿Se van a rescatar? ¿Se van a poner las pilas? Bueno, rescátense, tenemos que empezar el show loco"* (Conf. prueba 274 N, el subrayado nos pertenece).

A partir de lo expuesto por el cantante no quedan dudas de que la escena que tenían los integrantes de la banda a la vista mostraba con claridad el peligro existente en el lugar.

Reiteramos, ello no era una novedad, solía suceder en los recitales del grupo.

Traigamos nuevamente a colación lo expuesto por el redactor Matías Sánchez en el artículo "Merendando con Callejeros" de fecha 6 de mayo de 2004: *"...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"*.

De este extracto podemos concluir que la situación creada la noche del 30 de diciembre de 2004 era una constante en los eventos brindados por la banda, a punto tal que generaba preocupación en algunos espectadores acostumbrados al ámbito del rock, de modo que el peligro bajo ningún punto de vista podía ser desconocido por el grupo de música. Nótese que la referencia efectuada por el cronista guarda vinculación con lo ocurrido en el recital de "Jóvenes Pordioseros" en el local "República Cromañón", ocasión en la que se produjo un incendio en el techo.

En la misma línea, otra cuestión decisiva fue el exceso de concurrentes.

No podemos soslayar que, como sostiene el tribunal sentenciante, la cantidad de asistentes superaba con creces no sólo la capacidad establecida por la habilitación sino, incluso, la estructura propia del lugar.

Está probado que el comercio había sido habilitado para que ingresaran mil treinta y un personas y, sin embargo, el grupo decidió poner a la venta tres mil quinientas entradas.

Es verdad que según se desprende de los descargos

efectuados por los imputados, Omar Chabán les habría dicho que, cuanto menos, podían ingresar cuatro mil personas. No podemos ser categóricos en torno a la cifra porque ni siquiera entre ellos se han puesto de acuerdo sobre el número referenciado por el explotador del lugar.

Sin perjuicio de ello, no menos real es que era evidente que en el interior de "República Cromañón" no podía ingresar la misma cantidad de gente que en el estadio "Obras", sitio en el cual la banda había tocado con anterioridad, pues a simple vista y sin necesidad de recurrir a conocimientos especiales se advierte la superioridad espacial de ese lugar.

Es innegable que como surge en la sentencia *"esta cantidad abrumadora de concurrentes acreditada, tuvo una influencia decisiva en la configuración concreta del supuesto de hecho analizado, dado que atentó contra la evacuación del local y permitió que los asistentes se vieran expuestos a los gases nocivos producto de la combustión, es decir, al peligro común que comporta un incendio típico"* (fs. 67177).

Sobre este punto lo cierto es que, sin perjuicio de la cantidad de gente que Omar Chabán afirmara que podía ingresar, del número de entradas puestas a la venta o incluso de la cifra real y concreta de asistentes esa noche, la superpoblación era perceptible a simple vista y se sentía en el ambiente.

Aquí lo relevante no es si en otras presentaciones efectuadas en el local hubo bandas que hicieron ingresar más cantidad de público, pues ello no es materia de este juicio, sino que es un dato central que el grupo tenía conciencia de que sumaba cada vez más seguidores.

Prueba de ello es que diez días antes de la serie de recitales en "República Cromañón" había llevado a cabo una función en el club "Excursionistas" en la que hubo gran afluencia de público.

Asimismo, el crecimiento del conjunto surge de las crónicas realizadas en distintas y conocidas revistas de rock. Entre ellas podemos mencionar las tituladas "Callejeros desvirgó Cromañón", de la que se desprende que *"Callejeros sigue llenando lugares"*, y "Cromañón les quedó chico", en la que se advierte *"Ellos siguen cantando `No somos nadie´, pero saben que crecieron y ya no son lo que eran"*.

En la entrevista de fecha 28 de julio de 2004 Patricio Fontanet, haciendo referencia a que tocaron en el estadio "Obras", sostuvo: *"Se venía, se venía, o sea en realidad a medida que va creciendo la movida llega un punto en que por más que no...que no te gusten determinados lugares a que no te gusten todos los lugares a los que, a los que tenés que ir por una cuestión de comodidad para la gente tenés que llegar" "Y... bueno por suerte este año apareció Cromañón que [es] un lugar cómodo..."*.

De la nota efectuada a Eduardo Vázquez el 30 de diciembre de 2004, surge que el periodista Juan Di Natale, luego de repasar los lugares en donde el grupo brindó recitales y la cantidad de asistentes que hubo, le dice expresamente al baterista *"obviamente creo que debe ser uno de los crecimientos más vertiginosos, me animo a decir tal vez en la historia del rock"*.

Tal situación de crecimiento de la banda debió ser pauta a tener en consideración para prever que la capacidad del local "República Cromañón" no iba a ser suficiente para albergar a todos sus seguidores.

Entonces, la noche del 30 de diciembre se había configurado una situación evidentemente peligrosa, con motivo del uso de pirotecnia en el local que tenía colocado en el techo materiales combustibles, que se vio agravada por el exceso de concurrentes.

Los integrantes del grupo sabían la existencia de esa superpoblación pues, como explicamos anteriormente, era visible.

Además, de acuerdo a lo expuesto durante el juicio por uno de los empleados del lugar, Juan Carlos Bordón, *"Para dichas presentaciones Diego Argañaraz les pidió que el vallado que separa al público de la banda se instale más cerca del escenario para que en el salón entre una mayor cantidad de concurrentes"*, lo que demuestra que estaban al tanto de que el espacio del lugar no era suficiente para albergar con comodidad a la cantidad de público que asistiría.

De todo esto se desprende que, amén de un interés lucrativo, la situación que durante los recitales hubiera una importante cantidad de asistentes le otorgaba prestigio a la banda que estaba en ascenso.

Por esa razón, debían esforzarse para lograr el mayor número de concurrentes posible con el objeto de concluir

triunfalmente un año que había sido clave para el grupo.

Es imposible sostener que el exceso abrumador de público podía ser desconocido por los imputados, pues nadie mejor que ellos sabía el ascenso en el número de seguidores que habían obtenido gracias al éxito que tuvieron durante el año 2004.

Por otra parte, también ha quedado demostrado que no todos los medios de egreso estuvieron expeditos para la correcta evacuación del lugar una vez producido el siniestro.

Para evaluar este aspecto recordemos qué aberturas había en el local. Para ello habremos de echar mano a la sentencia recurrida en tanto explica 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)"*. Asimismo, señala que *"para ingresar al salón propiamente dicho hay que atravesar las puertas denominadas tipo `cine o vaiven´ (son un total de seis)"* y que *"[p]or 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´"*.

Resulta indiscutible, pues halla corroboración en los testimonios de quienes estuvieron presentes en el recital y declararon durante el debate, que los medios de egreso no estaban adecuadamente expeditos la noche del hecho.

El acceso principal había sido reservado esa noche para que ingresaran las mujeres y los invitados.

Asimismo, a través de los testimonios recabados en el debate se probó que la salida para casos de emergencia permaneció abierta para que ingresaran los hombres y, además, se encontraba obstaculizada por vallas metálicas que aseguraban la separación de ese sitio con el sector de las boleterías.

Surge de lo expuesto por Juan Carlos Bordón que esa noche *"...colocaron un vallado detrás de la columna que dividía los portones violeta de la entrada, a los fines de separar a las mujeres de quienes compraban sus entradas en boletería"*.

Además, todos los asistentes confluían en el sector de las

puertas vaivén que, por su estructura y dimensión, resultaban obstáculo para una correcta circulación debido a que los asistentes superaban abrumadoramente la capacidad del lugar.

Sumado a ello, como se desprende de la resolución del Tribunal de mérito, no está en tela de juicio que el portón alternativo de salida se encontraba cerrado con candado y alambre.

Ese dato se desprende, entre otras pruebas, de la declaración de Sergio Piñeyro, encargado de la iluminación, quien relató que pretendió salir por ese sitio porque recordaba que para el recital de "Callejeros" del mes de mayo por allí había ingresado un camión para descargar los equipos; sin embargo, esa puerta no se abrió pues estaba cerrada con un candado que no permitía accionar el barral antipánico.

Esta misma circunstancia surge en las declaraciones testimoniales de Pablo Gorgal de fs. 38157/9, 39936/8 y 45738, que fueron incorporadas por lectura. El nombrado es integrante del grupo de socorristas E.S.S.A. y refirió que el 30 de diciembre ingresó al local a las 19.30 horas aproximadamente y se ubicó del lado izquierdo del escenario —mirándolo de frente-, lugar desde donde apreció que la puerta de emergencia se encontraba cerrada con candado.

La situación de los medios de evacuación era conocida por el grupo.

Con relación al portón alternativo, el plexo probatorio indica que los imputados habían tomado conocimiento del estado en el que se hallaba.

En primer lugar porque se advertía a simple vista como lo afirmaron varios testigos y más aún en el caso de los miembros del grupo "Callejeros", quienes alrededor de las 17.00 horas realizaron la prueba de sonido en el escenario del local, situado a unos escasos metros de esa salida.

Otra razón finca en que los equipos que utilizaron para los recitales no pudieron ser ingresados por ese sector, pese a resultar de gran comodidad, puesto que, precisamente, se hallaba cerrado.

Asimismo, lo advirtió el grupo de socorristas E.S.S.A., que fue contratado por la banda debido a que se conocían y tenían trato fluido, a tal punto que está acreditado que el manager constantemente se acercaba a preguntarle si todo estaba bien.

En ese sentido, algunos de los miembros de E.S.S.A., como fue expuesto con anterioridad, habían notado que el portón estaba cerrado y lo consideraban un tema preocupante, de modo que no es factible que no hubieran hecho el comentario (véanse las declaraciones testimoniales de Gabriel Porticatto y Pablo Gorgal).

A lo dicho hasta el momento debemos agregarle que a lo ancho del salón, por delante del escenario, había sido colocado un vallado que, más allá de haber estado o no atado al portón, al obstaculizar el mecanismo del portón alternativo lo inutilizó para que cumpliera la función de medio de evacuación.

Así, pues, la señalada situación peligrosa creada por los imputados provocó la obligación de que evitaran que se convirtiera en lesión.

En esta instancia del análisis y siempre siguiendo la línea de pensamiento de los reconocidos autores citados, debemos evaluar si el peligro que contribuyeron a crear los imputados determinó al momento del hecho una situación de dependencia personal de los bienes jurídicos.

Para llevar adelante esa tarea creemos conveniente memorar lo resuelto por el tribunal sentenciante respecto de Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz.

Así, con relación al primero de los nombrados los integrantes del Tribunal Oral sostuvieron que debido a que ante el lanzamiento de una candela frenó la música y dirigió una advertencia al público *"...tenía en sus manos efectivamente el control sobre el recital"* puesto que *"Estando a su vista los factores de riesgo preordenados hacia la lesión del bien jurídico (...) asumió mediante una conducta activa el dominio sobre la situación peligrosa..."*. Asimismo, sostuvo que *"Desde su ubicación en la consola de sonido y con el micrófono en la mano, Chabán tenía concretamente el control absoluto del espectáculo. En todo momento pues, podía decidir si el evento continuaba o no en las condiciones en que se estaba realizando."* (conf. fs. 67185/6).

Desde otro ángulo, dijeron que *"...Diego Argañaraz, como ya probamos, fue visto el día 30 por el interior del local y en el hall de entradas. Incluso acreditamos que puntualmente impartió directivas sobre los medios de egreso, indicándoles a Mario Díaz que abriera los portones color violeta y a Leonardo Djerfy que cerrara la puerta que comunica el camarín con el estacionamiento*

del hotel" y, en consecuencia, que *"Estos comportamientos aunados a su calidad de coorganizador, permiten afirmar con certeza, que en el caso concreto, Argañaraz asumió también mediante un acto voluntario el dominio sobre la situación de peligro que estaba preordenada a la lesión del bien jurídico."* (conf. fs. 67186).

Ahora bien, si tales conductas son determinantes para establecer el dominio sobre la situación peligrosa —lo que equivale a decir que existió una dependencia personal de los bienes jurídicos-, debemos concluir que Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell también lo tuvieron.

Ello es así, toda vez que no podemos soslayar que los músicos estaban sobre el escenario y, justamente, de ellos dependía el inicio o continuidad del recital.

El cantante tenía en sus manos un micrófono y se dirigió al público haciendo una advertencia en el mismo sentido que el gerenciador del lugar.

Ya indicamos que en esa oportunidad dijo: *"Bombas de estruendo, rescátense un poco porque se prende fuego el lugar ¿Entendieron? ¿Les quedó claro a todos? ¿Se van a rescatar? ¿Se van a poner las pilas? Bueno, rescátense, tenemos que empezar el show loco"*. Luego, tras la presentación de Christian Daniel Cires refirió: *"Ahh ¿Se van a portar bien? ¿Se van a portar bien? ¿Estamos en condiciones de empezar estimado baterola? Terminaba con `Ilusión´ la cosa, así habíamos quedado ayer ¿No? Bueno, la historia del dos mil tres es mucho más reciente así que vamos"* (conf. prueba 274 N).

De la misma forma que en la sentencia recurrida se afirma para el caso de Omar Emir Chabán, en definitiva, los músicos también estaban situados sobre el escenario, con los factores de riesgo a la vista, y asumieron voluntariamente el dominio de la situación peligrosa al tomar la decisión de comenzar a tocar en esas condiciones.

De idéntico modo que Chabán, tuvieron la posibilidad de elegir entre continuar o no con el evento frente a los riesgos apuntados.

Si bien Daniel Horacio Cardell -por su función dentro de la banda- no tenía la misma ubicación espacial que los músicos,

estaba sentado al lado del escenario, de suerte que tenía visión de lo que sucedía en el local. A ello debemos agregar que, conforme apuntamos al tratar la forma en que tomaban las decisiones dentro del grupo, bien podría haberle sugerido a sus compañeros que no iniciaran el recital en esas condiciones peligrosas.

Con lo expuesto queda demostrado que hubo un acto concreto por el que asumieron la dependencia de los bienes jurídicos.

Pese al peligro existente el show comenzó y a los pocos instantes se produjo el incendio que provocó la muerte de 193 personas y alrededor de 1500 heridos.

Así, observamos cómo el peligro generado por la utilización de pirotecnia en el interior del local, la existencia de material inflamable en el techo, el exceso abrumador de concurrentes y la obstrucción de los medios de evacuación se concretó en el resultado.

Afirmada la posición de garante que tenían los integrantes de “Callejeros” y producido el resultado lesivo, se torna necesario evaluar si existía la posibilidad de que los imputados hubieran podido evitarlo de haber interpuesto la acción indicada, es decir, determinar si en el caso tuvieron capacidad de evitación de la lesión del bien jurídico, pues, de lo contrario, no podrá asignarse responsabilidad por lo sucedido.

Estamos de acuerdo con el *a quo* en que debido a la convergencia de varios factores de riesgo en la producción del peligro propio del incendio típico, la acción salvadora con aptitud para neutralizar a todos ellos no es otra que la suspensión definitiva del recital.

Ello es así, toda vez que, como sostuvimos al tratar los agravios vinculados a la constitucionalidad de la omisión impropia como estructura de imputación, el comportamiento esperado de parte del omitente es aquel tendiente a la evitación del resultado típico.

Ya explicamos que para establecer la imputación objetiva en esta forma delictiva no es necesario afirmar una relación de causalidad en términos naturalísticos, sino que es suficiente comprobar que el sujeto hubiese podido realizar la conducta que -con una probabilidad rayana a la certeza- hubiera evitado el resultado.

En nuestro caso, no hay duda alguna que los integrantes del grupo, hallándose en posición de garantía y pese a tener la capacidad para llevar a cabo la acción determinada, esto es suspender el recital, dejaron transcurrir los acontecimientos dirigidos hacia la lesión del bien jurídico.

La posibilidad cierta que tenían de llevar a cabo el comportamiento tendiente a evitar la concreción del peligro se desprende de la relación fluida que tenía la banda con el público que lo seguía.

Las personas a quienes Fontanet dirigió la advertencia eran seguidores del grupo, es decir, que esa noche habían adquirido la entrada para ver a sus integrantes y respondían a lo que ellos establecieran.

Esta situación fue percibida hasta por uno de los co-imputados. En ese sentido, Raúl Alcides Villarreal comentó en su descargo que los miembros del grupo "*son los que tienen el manejo del escenario y del público y me lamento que no lo hayan parado al segundo...*".

La banda, en general, había establecido un trato particular con sus seguidores. Recordemos el artículo publicado en "El Acople" titulado "Callejeros desvirgó a Cromañón", del que se desprende que *"CALLEJEROS sigue llenando lugares, con una propuesta que no escapa de las reglas naturales del rock, pero con un mensaje que llega de manera más directa que otras bandas, entablando de esta manera una relación más amigable y posible entre músico y espectador*".

Es claro que los seguidores respetaban al grupo y tomaban en cuenta las opiniones de sus integrantes, sobre todo las manifestaciones que efectuaba Fontanet, quien varias veces les había hecho referencia al uso de pirotecnia pues era asmático y se le dificultaba la respiración.

Ahora bien, es claro que la única opción viable para evitar que se produjera una lesión era que el show no se iniciara, puesto que más allá de que los espectadores mantenían una excelente relación con los integrantes del conjunto, la mera advertencia efectuada por el cantante no iba a ser efectiva para que cesaran con la utilización de los fuegos artificiales.

En otras ocasiones había sucedido exactamente lo mismo, esto es, que pese a los pedidos del grupo el público continuaba

encendiendo pirotecnia.

Basta con leer la crónica titulada "Cromañón les quedó chico" en la que surge que en el marco del recital brindado en el lugar en el mes de mayo *"PATO PIDIÓ: dénme una tregua de dos canciones, sin bengalas. Obvio, se cumplió sólo al principio"*.

Asimismo, en la nota "La fiesta de la gente", redactada por Aníbal Levaggi reza *"...el `PATO´ FONTANET agradeció a su público, y pidió que pararan un poco con las bengalas: `Vamos a cantar y divertirnos´ diría. Y vaya si la gente le hizo caso —a esto solo, las bengalas seguirían prendiéndose durante todo el set- ya que no pararon de bailar y cantar durante las tres horas del show"*.

En ese orden, los integrantes del grupo no podían esperar que sus seguidores acataran las pautas de conducta que pretendía fijarles Chabán a quien no lo tomaban en cuenta, sino también, porque el mensaje que la banda les transmitía era precisamente la transgresión a todas aquellas reglas vinculadas con la organización tanto de un espectáculo como de cualquier otro tipo de situación.

Ello surge claramente del artículo escrito por Yanina Mazzarella en "El Acople", quien parafraseando un tema del conjunto musical sostuvo *"...y las bengalas fueron las protagonistas, porque a pesar de las advertencias `sigo, y no escucho porque mucho de lo que está prohibido me hace vivir´"* (el subrayado nos pertenece).

Sin perjuicio de ello, el trato especial que el grupo tenía con el público determinaba la posibilidad de que los imputados pudieran suspender el inicio del recital debido a las condiciones riesgosas, sin que ello implicara consecuencias de gravedad.

El propio Fontanet en su declaración espontánea reconoció que no frenaron el comienzo del show pues la pirotecnia era una costumbre que estaba arraigada desde hace años al ambiente del rock y no porque creyeran que ello hubiera provocado una situación violenta. Puntualmente dijo *"con el tema de porqué no paramos el recital, hay una cuestión de hace doce años que se prenden bengalas en todos los recitales de rock"*.

Con esta simple frase reconoce que, como integrante del grupo, estaba entre sus facultades el suspender el inicio del

espectáculo; sin embargo, no lo hizo pues aceptaba la situación de riesgo en la que finalmente comenzó a tocar.

De la misma forma que en la sentencia recurrida se afirma para el caso de Omar Emir Chabán, en definitiva, los músicos estaban situados sobre el escenario, con los factores de riesgo a la vista, y asumieron voluntariamente el dominio de la situación peligrosa al tomar la decisión de comenzar a brindar el espectáculo en esas condiciones.

De idéntico modo que Chabán, tuvieron la posibilidad de elegir entre continuar o no con el evento frente a los riesgos apuntados. En este caso, como co-organizadores y banda principal convocante tenían la facultad y el deber de requerir a Chabán o al personal del local, que indefectiblemente procedieran a la apertura del portón alternativo situado a un lado del escenario sobre el que se encontraban cuyo cierre, como ya analizamos, les era conocido y visible.

Es que se trataba de una medida, como apuntamos al tratar la situación de Omar Chabán, básica y trascendental a la hora de aumentar la posibilidad de neutralizar el peligro latente. Una mínima preocupación por sus seguidores los hubiera llevado a imponer, cuanto menos y frente al panorama que tenían ante sí, esa condición antes de empezar su show. Recordemos que los fans habían concurrido a verlos y escucharlos *a ellos* no a Chabán, y los seguían adonde fuera por lo que, el cuidado hacia el público por parte de la banda debía cobrar una intensidad aún mayor que la del propio gerenciador del local para quien, en definitiva, no eran más que parte de un negocio cotidiano.

Como asentamos más arriba, tenían el manejo de sus seguidores por lo que, de imponer una condición, la misma se hubiera cumplido y, con seguridad, los resultados hubieran sido otros.

1.b.6. Aspecto subjetivo.

Desarrollamos de manera acabada el contenido del aspecto subjetivo de la figura prevista por el artículo 186 del Código Penal y la agravante del inciso 5°.

Concluimos que además del fuego el delito requiere que se produzca una situación de peligro común para los bienes y las personas.

Estos extremos, es decir, la forma en la que se creó la

situación riesgosa, han sido ampliamente explicados al exponer *ut supra* la forma en la que se organizó el recital del 30 de diciembre de 2004 en el local "República Cromañón".

Asimismo, apuntamos que el incendio agravado por el resultado muerte se trata de un delito cualificado por ese resultado, en el que la consecuencia lesiva más gravosa no debe estar comprendida en el dolo del autor, en tanto se atribuye de manera culposa.

En resumen, afirmamos que habrá dolo por parte del agente cuando sepa, porque conoce todas las circunstancias de hecho integrantes del tipo legal, que su comportamiento peligroso es capaz de generar el peligro común para bienes o personas.

Así, pues, dijimos también que si el autor decide continuar con su proyecto, en este caso concreto la omisión de suspender el recital debido a las condiciones de peligro, y no se advierte alguna chance racional de evitar que ese riesgo se materialice, habrá aceptado el resultado como consecuencia de su comportamiento y, por consiguiente, obrado dolosamente.

Por tratarse de un supuesto de comisión por omisión el dolo deberá abarcar tanto la ausencia de la acción debida como la capacidad de evitación del resultado, además de la situación que establece la posición de garante.

Entonces, con relación a las circunstancias fácticas que fundan la posición de garantía, debemos tener presente que, más allá de lo que pudieran expresar sobre el punto, no es factible sostener que desconocían su calidad de organizadores.

En ese sentido, ha quedado demostrado que intervenían activamente en la toma de determinaciones vinculadas a los aspectos centrales del montaje del show, porque establecían condiciones en las que debía llevarse a cabo, es decir, que fijaban las reglas de cómo debía estructurarse, y elegían los recursos indispensables para lograrlo, de modo que no pueden ahora negar su posición.

Cada una de las cuestiones que señalamos que formaban parte de las decisiones que atañen a la realización del espectáculo y a la distribución de las ganancias constituyen pruebas suficientes de que sabían que intervenían en la organización y, por consiguiente, que había obligaciones a su cargo relativas a la seguridad de los concurrentes.

Ello se desprende de los dichos de los imputados, quienes, pese a atribuirle ese compromiso de brindar seguridad sólo al explotador del local, reconocen que el organizador de un espectáculo debe también velar por ella para el bienestar de los asistentes.

Entendemos que ha sido acreditado también que eran conscientes de que en la forma que habían organizado el evento existía la concreta posibilidad de lesionar el bien jurídico, porque, como bien los hemos desarrollado, los integrantes del grupo conocían los factores de riesgo que se ordenaron para crear la situación de peligro que luego se tradujo en una lesión.

Al analizar *ut supra* los riesgos que conformaron la situación típica explicamos acabadamente el motivo por el que tenemos por acreditado que cada uno de ellos fue conocido por los imputados.

Lo que debemos destacar es que esa sapiencia, en tanto se refiere a circunstancias fácticas, está limitada a su configuración en el momento de los hechos. Es decir, que como lo sostuvimos anteriormente al tratar los agravios introducidos por la defensa de Omar Emir Chabán con relación al aspecto subjetivo del tipo penal, consiste en un estado de cosas que el autor debe conocer con relación al resultado típico. En nuestro caso, el sujeto debe saber que la existencia de ese marco fáctico puede derivar en la realización del incendio peligroso.

El conocimiento de las distintas fuentes de riesgo fue debidamente desarrollado al tratar cada una de ellas. No obstante, en unas pocas líneas, recordemos que por tratarse de un rasgo distintivo de la banda, sus integrantes conocían que durante sus shows necesariamente se detonaba pirotecnia y que, dentro del local "República Cromañón", su utilización representaba un claro peligro pues se había incendiado con anterioridad, en otros recitales.

Más allá de que Diego Argañaraz, Patricio Fontanet, Daniel Cardell y Juan Carbone indican en sus descargos que luego del evento de "Jóvenes Pordioseros" (oportunidad en la que se produjo un foco ígneo) Chabán colocó material ignífugo en el techo, lo cierto es que sabían que de todas formas se había incendiado nuevamente, de modo que el carácter ignífugo era relativo.

Entonces, hasta aquí quedó probado el uso de fuegos de

artificio y la existencia de materiales inflamables en el techo, ambas circunstancias conocidas por los imputados.

Por otra parte, hemos tenido por demostrado que el día del suceso, el local se encontraba abarrotado de personas, tal como se advertía a simple vista. Es decir, que como expusimos, el conocimiento de la cantidad de asistentes les fue adquirible por el solo hecho de estar presentes en el lugar.

En cuanto al estado de los medios de evacuación señalamos que aquellas salidas que estaban expeditas eran insuficientes y que el portón alternativo se encontraba cerrado con alambre y candado, todo lo cual era conocido por la banda, conforme se desprende de las explicaciones vertidas.

Si conocían todas las fuentes de peligro necesariamente debieron representarse la situación objetiva de riesgo que su conjunción denotaba.

Como dijimos respecto de Chabán, y en esto coincidimos con el *a quo*, no sólo se representaron la situación de riesgo, sino que reflexionaron sobre ella y realizaron un juicio de peligro, en tanto el cantante lo manifestó al público minutos antes de que se desatara el incendio. Esa actitud de Fontanet demuestra que desde donde se hallaban ubicados —el escenario-, todos los músicos y el escenográfo estaban en idénticas condiciones.

Las palabras emanadas en esa oportunidad demuestran inequívocamente que existió una clara representación del peligro común que existía en el local y de la posibilidad de que se produjera un incendio si las cosas continuaban de esa manera.

Dijimos que Chabán, luego de realizar su advertencia, no podía confiar en que los asistentes al recital se iban a comportar conforme a derecho, pues la realidad verificada demostraba sin lugar a dudas que el empleo de pirotecnia era incesante dentro del local. Menos aún podían hacerlo los integrantes de la banda dado que, como advertimos previamente, eran ellos quienes fomentaban la trangresión a esos avisos y destacaban el valor que les daban a los fuegos de artificio que su público llevaba.

Entonces, tal como lo analizamos precedentemente, estamos en condiciones de afirmar que a la luz de las circunstancias verificadas la noche del 30 de diciembre, las supuestas conductas “evitadoras” del peligro no eran tales, sino más bien lucían como medios irrisorios para conjurar el incendio que se avecinaba,

porque en las condiciones en que co-organizaron el evento, las mismas no eran serias, adecuadas ni oportunas.

Los autores sabían que su comportamiento era capaz de generar el peligro común para bienes o personas indeterminadas y, sin embargo, decidieron continuar con su proyecto sin contar con una oportunidad racional de impedir que ese peligro se materialice. De este modo aceptaron el resultado como consecuencia de su comportamiento (en el caso una omisión), y por tanto, obraron dolosamente respecto de la figura básica.

Pues bien, profundicemos esta afirmación. Como se ha demostrado los imputados sabían que el local estaba repleto de personas, que los medios de salida eran insuficientes, que el techo se podía combustionar y que ante el inicio del recital de "Callejeros" se utilizarían indefectiblemente elementos de pirotecnia, es decir, que se representaron la situación de peligro común, en tanto todo iba encaminado hacia la producción de un incendio.

A pesar de ello, y sabiendo de su posibilidad de detener el curso de los acontecimientos suspendiendo el espectáculo, escogieron comenzar a tocar y dejar transcurrir los hechos aun conociendo que luego no habría una posibilidad cierta de impedir que se configurara una situación de peligro común.

Entonces, reiteramos para que no quepan dudas, ello implica que aceptaron la situación de peligro común como resultado típico del delito de incendio y por tanto corrobora la existencia del elemento volitivo del dolo respecto de esta figura.

Teniendo en cuenta que, tal como lo adelantamos al tratar otros agravios, en nuestro caso el resultado que debe abarcar el dolo lo constituye el peligro común propio del incendio, queda por demás claro que aquellos que organizaron el espectáculo ante el cuadro fáctico de extremo peligro que denotaba el desarrollo del evento a medida que el local se colmaba de personas, conocían su falta de capacidad para evitar que el peligro típico del incendio se configurara si dejaban transcurrir los acontecimientos, sin detener el show en el momento oportuno.

El control de la situación por parte de los organizadores y, por ende, su capacidad de evitar el resultado (de peligro) existió hasta que comenzó el show de "Callejeros"; luego de ello, y como la pirotecnia indefectiblemente se iba a accionar, la

producción de un incendio era una cuestión que ya no iban a poder impedir.

Aquí nos permitimos efectuar una remisión a lo expresado al tratar el dolo de Chabán, donde pusimos en evidencia que podría haberse exigido a los co-organizadores como acción debida evitadora del resultado, la cancelación del evento ni bien se "dio puerta" y al advertirse el uso de pirotecnia con la banda soporte. Recordemos que el manager de la banda Diego Argañaraz, había estado en el local desde antes que sus compañeros salieran a escena, lo que le permitió conocer la situación previa y transmitirla conforme al orden natural de las cosas a sus compañeros, respecto de quienes en tal coyuntura ya podría señalarse que pudieron adoptar una actitud concordante con el deber de evitación en favor de la seguridad de los concurrentes que se les reprocha.

Aun cuando ello hubiera sido exigible, fijamos como punto final para suspender el show, en consonancia con el *a quo*, el inicio del recital de "Callejeros" propiamente dicho, valorando la situación a favor de los acusados, al brindarle un lapso considerablemente mayor de decidir en favor de la seguridad de los espectadores, extremo que como venimos exponiendo, nunca ocurrió.

Es que es indiscutible que al momento de subir al escenario, la situación de riesgo era palpable para todos los integrantes del grupo, no sólo para los músicos sino también para el escenógrafo Cardell -quien según expuso, se encontraba sentado en una escalera del escenario- y, como dijimos, obviamente para el manager.

En defintiva, los organizadores tuvieron la posibilidad de decidir y lo hicieron a favor del riesgo: continuaron el show en esas condiciones.

Y justamente los imputados eligieron el local "República Cromañón" para efectuar sus recitales porque eran conscientes de que allí podrían desarrollarlos en esas condiciones riesgosas, pues esa circunstancia estaba garantizada gracias al pacto espurio que Omar Emir Chabán mantenía con funcionarios de la Policía Federal Argentina.

Esta última circunstancia, nos introduce en el análisis de otra serie de agravios relativos a la participación de todos los miembros de la banda en la comisión del delito de cohecho activo.

1.c. Cohecho.

A continuación trataremos los agravios vinculados a la participación del grupo "Callejeros" en la comisión del delito de cohecho, para lo cual estaremos a los hechos que ha tenido por probados el *a quo* según los pusimos de manifiesto en el considerando octavo, apartado 1.b. de la presente.

Así, el letrado a cargo de la defensa de Diego Marcelo Argañaraz cuestionó la condena impuesta a su pupilo por los magistrados del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24, en orden al delito de cohecho, en calidad de partícipe necesario, por entender que tiene su base en un marco probatorio difuso ya que no existen pruebas que vinculen a alguno de los integrantes del grupo "Callejeros" con conductas que pudieran encuadrarse en ese tipo penal.

Señala que atribuirle la calidad de partícipe necesario con el solo sostén de las anotaciones de la agenda de su asistido no es suficiente para desvirtuar el estado de inocencia del que goza.

Refiere que se pretende endilgar su conocimiento en función del monto irrisorio por el pago de policía adicional, cuando el mismo razonamiento es aplicable para la cifra de una coima.

De manera subsidiria, considera que opera el principio de duda a favor del imputado.

Hemos expresado que ha sido debidamente probada la vigencia de un acuerdo de voluntades de esencia ilícita.

El plexo probatorio permite concluir que en noviembre de 2004, entre el Subcomisario Carlos Rubén Diaz y Omar Emir Chabán celebraron un acuerdo espurio en virtud del cual el primero de los nombrados se comprometió a brindar seguridad a República Cromañón y garantizó la omisión funcional de hacer cesar las numerosas contravenciones en la 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, queda claramente expuesto quiénes fueron las partes que comprometieron sus voluntades -Omar Emir Chabán y Carlos Rubén Díaz-, cuál fue el objeto del pacto ilícito —seguridad e impunidad a cambio de una suma mínima de 100 pesos-, y quién prestó su colaboración para que ello fuera posible -Raúl Villarreal, mediante la concreción del

pago de pesos 600 por los recitales de los días 28 y 29 de diciembre de 2004-.

En ese contexto, el Tribunal *a quo* consideró que *"existió en Diego Marcelo Argañaraz (...) conocimiento y voluntad de que se estaba efectuando un aporte a Omar Emir Chabán para el hecho doloso que llevó a cabo"*.

Por esa razón, estimó que el manager fue partícipe necesario del delito de cohecho activo puesto que sin su consenso no podría haberse cumplido con lo establecido en el pacto los días 28, 29 y 30 del mes de diciembre del año 2004.

En apoyo a esa postura indicó en la sentencia que *"Para abonar la responsabilidad del manager Argañaraz, resulta pertinente señalar que la elección del lugar donde se brindarían los recitales de los días 28, 29 y 30 de diciembre, fue un resorte sobre el que el sindicado tenía poder de decisión"*.

Asimismo, se expuso que *"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"* y que *"Sabía también Argañaraz que éste era un problema que en principio no cabía temer en `República Cromañón´, habida cuenta que allí no concurría ningún funcionario policial con intenciones de `molestar´ a esta estructura, en virtud del acuerdo que Omar Emir Chabán tenía con la policía y del que sin dudas el manager fue puesto en conocimiento"*.

Los magistrados sentenciantes también consideraron que *"Resultan prueba de su conocimiento, del pago a la policía, las anotaciones que surgen en las diversas hojas de la agenda que le fuera secuestrada"* y que *"Las distintas liquidaciones de gastos que allí ha realizado, en particular la referida al día 28 de diciembre del año 2004, nos convencen del acabado conocimiento que Diego Marcelo Argañaraz tenía de lo que representaba el pago de un canon a la Policía"*.

En definitiva, concluyen que *"el hecho de contemplar como gasto a `la policía´, habla de al menos un conocimiento de que éste era un rubro por el que era necesario abonar"* y que *"el monto que se estipulaba en todas las ocasiones y que oscilaba según las anotaciones de su agenda -prueba n° 116.1- entre las sumas $260,*

$300, $400 y $180, no podría obedecer nunca al pago de un costoso servicio adicional provisto de la Policía Federal Argentina".

Del fallo recurrido surge una palmaria distinción entre la posición de Argañaraz y la de Chabán frente al hecho, pues refiere que *"este último era el hacedor del pacto espurio con el Subcomisario Carlos Rubén Díaz, no pudiendo considerar que Diego Argañaraz hubiera pergeñado el acuerdo con ellos. Así entendemos que Omar Emir Chabán fue quien propuso la posibilidad de proceder de este modo y; Argañaraz, al consentirlo y permitir que el dinero suyo y de la banda abonara este rubro, participó activamente de la maniobra".*

Entonces, se desprende que de conformidad con esta explicación los magistrados llevaron a cabo el siguiente razonamiento para atribuirle al manager la participación necesaria en el delito de cohecho: *"Analicemos entonces la situación de Argañaraz. ¿Podía prescindir Chabán de su aporte como manager de la banda Callejeros en la co-organización del recital? La respuesta es no. Callejeros ya era una banda consagrada `la revelación de ese año´ según la radio especializada en rock (Rock & Pop). Se encontraba en situación de imponer sus condiciones, sus preferencias, sus gustos. No estaba sometida a los 'caprichos' del productor como en sus inicios. Tenía su sello, su marca registrada. Argañaraz pudo haber exigido la contratación de policía adicional por los carriles habituales, así como puso a su gente de seguridad. Chabán precisaba su conformidad para recurrir a Díaz y a la protección que le brindaba. El aporte de Argañaraz —contabilizar como costo el pago de coima al Jefe de calle de la Seccional del lugar- resultaba un `bien escaso´, una contribución necesaria para la operatividad del acuerdo".*

De la lectura del fallo cuestionado surge cuáles son los argumentos utilizados por los magistrados para decidirse respecto de la intervención de Diego Marcelo Argañaraz en el delito de cohecho.

Del análisis de ellos advertimos que no existe la orfandad probatoria alegada por la defensa del manager del grupo, puesto que la conclusión a la que arriba el *a quo* encuentra sustento en múltiples elementos que fueron recabados durante el debate.

La crítica efectuada por la asistencia letrada de Argañaraz obedece a una visión sesgada del plexo probatorio, en

consecuencia, evidencia una mera discrepancia en cuanto a la eficacia de los elementos de convicción y la conclusión arribada en ese contexto (conf. el criterio de esta Sala en la causa n° 8153 "Troncoso Alincastro, Carlos M. y otros s/ rec. de casación", reg. 1605, rta. el 20/11/07).

Tal como lo establecimos al tratar los planteos introducidos por las defensas de Omar Chabán y Carlos Rubén Díaz en torno al delito de cohecho, del significado de las anotaciones efectuadas en la agenda del manager, correspondientes al día 28 de diciembre se desprende un detalle de venta de entradas y una rendición de gastos.

Asimismo, indicamos que a los efectos de ubicar temporalmente esa liquidación se tuvieron en cuenta la planilla de SADAIC (prueba n° 182), cuyo pago registrado el día 28 coincide con el monto anotado por el manager como gasto. Dichas semejanzas permitieron al tribunal de mérito concluir que las cifras apuntadas de manera consecutiva se corresponden a los ingresos y egresos generados por la realización de la primera fecha.

A lo expuesto tenemos que agregarle que el monto consignado como gasto dirigido a la policía para la fecha de los shows brindados por "Callejeros" en el mes de diciembre es armónico con los dichos vertidos por Viviana Cozodoy sobre el punto, conforme fuera desarrollado al tratar la prueba de la existencia del pacto espurio entre Chabán y Díaz.

Así, pues, tenemos dicho en esta Sala que debe descartarse la arbitrariedad cuando el pronunciamiento impugnado se apoya en una selección y valoración de la prueba ajustada a las reglas de la sana crítica racional (Conf. causa n° 9472 "B., D. H. s/ rec. de casación", reg. n° 1878, rta. el 29/12/08).

En nuestro caso, la conclusión a la que llega el tribunal de juicio resulta acertada, pues han valorado en forma conjunta el plexo probatorio incorporado al debate, siendo la decisión de dar por cierto que Diego Marcelo Argañaraz participó de la comisión del delito de cohecho el resultado de un análisis racional de los elementos obtenidos en el juicio.

Con relación al planteo de aplicación subsidiaria del beneficio de la duda a favor del imputado, habremos de tener presente que esta Sala tiene dicho que *"El principio in dubio pro reo resulta ser un componente sustancial del derecho fundamental a*

la presunción de inocencia y la observancia por parte del tribunal de instancia del mismo, implica por parte de esta casación, principalmente, un control sobre la aplicación de las leyes lógicas y los principios de la experiencia" (Causa n° 6436 "Tessari, Patricia Lidia s/ recurso de casación", reg. n° 428, rta. el 11/05/06).

Además, no podemos soslayar que esta Cámara entiende, además, que *"La aplicación del principio in dubio pro reo —de carácter procesal- funciona en el área de la valoración de la prueba, es de exclusiva incumbencia del tribunal de mérito, y no es susceptible de control casatorio, salvo arbitrariedad debidamente evidenciada"* (Sala I, causa n° 5224 "Smaldoni, Jorge Marcelo y otros s/ recurso de casación", reg. n° 6704, rta. el 10/05/04).

Así, en este caso, ya explicamos que la decisión a la que arribara el *a quo* es una derivación razonable de la valoración conjunta y armónica del plexo probatorio sin que pueda ser tachada de arbitraria.

En consecuencia, no podrán prosperar las críticas sustentadas por la defensa de Diego Marcelo Argañaraz sobre este extremo.

No obstante ello, en los párrafos que siguen daremos respuesta a lo planteado en torno a la situación de los restantes miembros del grupo "Callejeros" y los argumentos que vertidos a ese fin arrojarán mayor claridad sobre la situación del manager.

Sobre este aspecto, el Fiscal General cuestiona la absolución de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell en orden al delito de cohecho activo, puesto que estima que el pago de sobornos a la policía era conocido, compartido y asumido por todos los integrantes de la banda.

El acusador público sostiene que la falta de control les era indispensable para llevar a cabo los espectáculos con presencia y utilización de pirotecnia y, por consiguiente, no se puede decir razonablemente que desconocían que se abonaba un canon por permitir que los recitales se realizaran con irregularidades.

En consonancia con lo expuesto por el Fiscal General la querella encabezada por el doctor Iglesias indica que los

integrantes del grupo de música sabían que la inmunidad que obtenían en “República Cromañón” exigía una contraprestación monetaria.

Por último, en igual sentido, se pronunció el doctor Poplavsky, al sostener que no es creíble que la banda desconociera que parte de la recaudación se destinaba al pago de coimas a la Policía Federal Argentina.

Así, tal como lo expusimos *ut supra*, ha quedado demostrado el conocimiento que tenía Diego Marcelo Argañaraz, en su carácter de manager, de la existencia del pago de emolumentos al personal policial y que, pese a ello, decidió incorporarlo como un gasto de los shows, toda vez que la ausencia de control era indispensable para concretar los eventos tal como la banda los había preparado.

Más allá de esa afirmación, el Tribunal Oral consideró que los demás miembros del grupo, eran ajenos a las liquidaciones que se confeccionaban y la presencia de personal policial uniformado, de un móvil y de un carro de asalto en la esquina del local pudo perfectamente sostener la creencia de que se trataba de la contratación de un servicio adicional. Esta es la conclusión de la que se agravian los acusadores que recurren.

A esta altura debemos señalar que no compartimos el razonamiento efectuado sobre el particular por los magistrados del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24 ya que, a diferencia de lo que sostuvieron, entendemos que el pago de sumas de dinero a funcionarios policiales por parte del explotador del local “República Cromañón” no era una circunstancia conocida y consentida sólo por el manager de la banda sino, antes bien, por la totalidad de los miembros.

Partimos de la base de que Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Rodrigo Delgado y Daniel Horacio Cardell, junto con Diego Argañaraz, co-organizaban los espectáculos. Ello puesto que entre todos tomaban las decisiones indispensables relativas a la preparación de aquéllos. Este extremo quedó suficientemente desarrollado *ut supra*, de modo que no hay dudas al respecto.

Como consecuencia, 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.

Hay 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. Se torna inconsistente afirmar que, 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. En relación a esto, debe tenerse en cuenta aquí el alto grado de injerencia que todos los miembros de la banda tenían en el proceso de toma de decisiones, extremo que permite descartar que el manager no hubiera transmitido al grupo también la cuestión relativa al pacto venal.

Además, no olvidemos que, tal como lo hemos demostrado, la decisión de realizar los espectáculos en el local "República Cromañón" fue del grupo y obedeció a que gracias al acuerdo que el explotador mantenía con el personal 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.

Las consideraciones vertidas nos conducen a aseverar que todos los integrantes del grupo de música participaron de manera necesaria en la comisión del delito de cohecho activo, porque esa clase de intervención no es otra cosa que un favorecimiento doloso de un hecho doloso ajeno, y aquí hemos demostrado que sin el consentimiento y entrega de parte de las ganacias del evento no hubiera sido posible que Chabán cumpliera con el acuerdo espurio que tenía con el Subcomisario Díaz.

DÉCIMO:

1. Situación de Raúl Villarreal.

Analizaremos ahora de manera conjunta aquellos agravios vinculados a la relevancia jurídica otorgada a la conducta del nombrado, a partir del rol que el mismo desempeñaba en el local de marras. Ello, tanto en el marco de la figura central de incendio doloso, como la de cohecho activo.

Es que en ambos casos, los agravios de los acusadores giran en torno a la relevancia de ese rol, si el mismo era

periférico y prescindible como se entendió en la sentencia o si, por el contrario, era de mayor trascendencia. Sobre el punto girará el análisis y, como se verá también, la solución involucrará las dos cuestiones, íntimamente relacionadas.

Entonces, debemos comenzar por tratar aquellos agravios que hacen hincapié en la subsunción legal de la conducta del nombrado en el tipo legal de homicidio en calidad de co-autor.

1.a. Coautoría. Inexistencia de requisitos básicos.

Vale resaltar que Raúl Villarreal, en lo que hace a la figura central de incendio doloso seguido de muerte, ha sido absuelto por el Tribunal de juicio por considerar que no podía ser co-autor porque no ocupaba una posición de garante, requisito indispensable para la aplicación de la figura desde la óptica de la comisión por omisión, según la descripción efectuada por la acusación.

Así, se dijo en la sentencia que quienes ocupaban dicha posición eran los co-organizadores del show, Chabán y Argañaraz y, respecto de Villarreal se concluyó acertadamente que "*no detentaba* [ostentaba] *esa posición de garantía que pregonan algunos acusadores... sólo los organizadores asumen el deber de custodia de la fuente de peligro que comporta un espectáculo y porque así la ley lo dispone. Esas personas son quienes detentan* [ostentan] *una posición de garantía desde un punto de vista material-formal conforme lo propone la doctrina dominante, no los empleados del lugar donde se realiza el evento, por más jerarquizados o independientes que puedan mostrarse en la estructura de trabajo. No estamos diciendo que Raúl Villarreal era una figura decorativa del lugar que no cumplía ningún tipo de actividad, estamos afirmando que no ocupaba una posición tal que lo equiparara a la de los recién nombrados, que organizaron el evento en las condiciones riesgosas que ya desarrollamos con amplitud*" (ver fs. 67233).

Se concluye en la sentencia "*...que ha quedado fuera de toda duda que Villarreal no se encargó de decidir el número de entradas ni de su comercialización o distribución, no contrató al sonido, ni a la iluminación, ni a la seguridad, ni a los socorristas, ni a la publicidad. Ello lo hicieron el manager del grupo 'Callejeros' Diego Argañaraz y el explotador del local Omar Chabán; ya fuimos claros al respecto*" (fs. 67233).

Entiende el Tribunal *a quo* que, descartado ese rol de garantía, no resulta ya de interés determinar si el acusado conocía o no la situación de riesgo existente al momento de llevarse a cabo el espectáculo porque de todas formas no estaba obligado jurídicamente a actuar. Además, no fue quien configuró con su accionar el cuadro de peligro que desembocó en el hecho investigado.

Finalmente, consideran los Magistrados que el nombrado no tenía la posibilidad de modificar la escena riesgosa encontrándose Omar Chabán en el lugar porque era éste, en su calidad de explotador del predio, junto al manager del grupo, quienes podían modificar el curso que tomaban los acontecimientos.

Con la salvedad que ya hemos hecho en relación a que fueron todos los integrantes del grupo Callejeros quienes intervinieron en la co-organización y realización del show y, por ende, podían adoptar alguna medida tendiente a evitar el riesgo generado (no sólo su manager), por lo demás y hasta aquí entendemos acertado el criterio rector desarrollado por el *a quo* respecto de Raúl Villarreal.

Ciertamente el nombrado no actuó decisivamente en la organización del show en cuestión, ninguna de las partes que actuaron en el mismo ya sea desde el aspecto técnico —iluminador y sonidista-, de seguridad —Bussi, Curcuy, Zerpa, Squilace y Porticado entre muchos otros- o de comercialización del espectáculo —Aprea, Hasmat y los demás empleados de la firma "Locuras"- lo mencionan con alguna injerencia relevante en la parte organizativa previa del espectáculo del 30 de diciembre de 2004. Tampoco lo hace el encargado del establecimiento Alfredo Mario Diaz.

Se debe sumar que quienes sí tomaron parte en la organización —el grupo Callejeros y Omar Chabán- no lo mencionaron a la hora de describir cómo se acordó la misma. Recordemos que según los dichos de Chabán y Argañaraz, todo se gestó a partir de una conversación entre ellos que luego el manager trasladó al grupo para que tomara la decisión correspondiente. Los demás integrantes del grupo tampoco lo mencionaron en ese aspecto.

Además, tampoco surge de la prueba colectada que el acusado Villarreal haya intervenido decisivamente en la génesis de la situación riesgosa, sin perjuicio que, como veremos más

adelante, estaba al tanto de ella: no mandó colocar el candado en la puerta alternativa para casos de siniestro (lo hizo Omar Chabán), no participó en la colocación de los paneles acústicos que se prendieron fuego en tres oportunidades previas al día de los hechos (fue Omar Chabán), tampoco decidió, indicó o sugirió la cantidad de espectadores que podían ingresar al lugar (lo acordaron los co-organizadores).

Lógicamente quienes se encontraban en condiciones de hacerlo y efectivamente lo hicieron fueron Omar Chabán, en su carácter de gerenciador del predio, y los integrantes del grupo musical, principales interesados en el espectáculo dado que eran sus seguidores quienes allí concurrirían.

Asimismo, más allá de haberse incautado material pirotécnico en su domicilio, no se observó una conducta activa en pos de la utilización de dicho material en el show (en el punto se encuentran involucrados directamente los integrantes del grupo Callejeros como ya dijimos), amén de que tanto él como Chabán tampoco adoptaron medidas serias y efectivas en pos de evitar dicha situación.

En definitiva y sin perjuicio de su activa intervención en el momento de la ejecución del recital o inmediatamente antes, lo cierto es que su papel no fue decisivo al acordarse la realización del mismo en esa situación riesgosa.

Es que, como más arriba dijimos, entendemos la co-organización como un acuerdo al que se llegó desde dos vertientes que, aportando desde ambas, se dirigieron a un objetivo común: la realización del recital, en una situación de riesgo tal que a los pocos minutos de iniciado se materializó en el hecho que motiva la presente.

Por un lado Omar Chabán como gerenciador del comercio y por otro el grupo musical con su horizontalidad a la hora de decidir todas las cuestiones.

Si bien ya analizamos la cuestión en profundidad, aquí diremos que en las tratativas previas ambas partes aportaron sus puntos de vista desde su posición y acordaron la forma en que se realizaría el recital. Se pusieron de acuerdo sobre la fecha, el número de presentaciones, la cantidad de entradas a vender en cada una, el valor de las mismas, etc.

En el caso de “Callejeros” se realizó su aporte en el

aspecto técnico, toda vez que el iluminador y el grupo de sonido actuante fue el de su confianza, también en lo que hace al personal de control de los concurrentes (escogiendo a Lorenzo Bussi y al personal que este convocara, aunque como veremos, bajo el mando de Raúl Villarreal), o de selección del grupo soporte. Chabán, por su parte, mantuvo la seguridad interna del boliche —Luciano Otarola o Patricia Gonzalez-, el manejo de las barras y, de mayor trascendencia, la garantía de funcionamiento del local en ese estado: el acuerdo espurio con un funcionario policial. Todos aportaron algo con el fin de realizar el recital y entre ambas partes, Chabán por un lado y el grupo musical por el otro, le dieron la forma definitiva al evento.

Villarreal, si bien como dijimos no era un simple empleado jerárquico "fungible", aunque hubiese sido un socio menor, podía llegar a brindar alguna opinión en algún aspecto como el mismo dijo en su declaración indagatoria ante la sede de instrucción, pero lo cierto es que era Chabán quien acordaba con el grupo musical (sin perjuicio de lo señalado oportunamente respecto de la situación de Rafael Levy, dueño del local) las condiciones de realización del espectáculo.

En ese marco, eran los co-organizadores del show quienes también se encontraban en condiciones de realizar la acción exigida: detener la realización del recital. Recordemos que cuando se inició la actuación de "Callejeros" Chabán ya había llegado al lugar y se había hecho cargo de su parte en la organización o, más bien, ejecución del show (ello es claro a partir de que se dirigió al público antes de que comenzara a tocar la banda, como él mismo dijo), por lo que el rol de Villarreal pasaba a segundo plano y, además, éste se encontraba fuera del recinto propiamente dicho.

Por todo lo expuesto y resultando acertado el criterio esgrimido por el *a quo*, consideramos que no es posible responsabilizar a Raúl Villarreal en calidad de autor —o coautor- respecto de la figura principal, ni menos aún por la de homicidio simple propugnada por un grupo de acusadores, porque no ocupó un rol de garante.

1.b. Grado de intervención en los hechos.

Entonces, es momento de analizar si puede ser responsabilizado en calidad de partícipe, en algunas de sus modalidades primaria o secundaria, tal como lo postularon el

representante del Ministerio Público por un lado, y la querella encabezada por los doctores Poplavsky y Rico por el otro.

Debemos comenzar por analizar la primera de las hipótesis: la participación primaria en el hecho.

En este punto el fallo, luego de desarrollar distintas actividades y funciones desplegadas por el acusado en el local, consideró que las mismas, ya sea previamente o al momento del show, no tenían trascendencia alguna en la configuración del hecho principal. Se argumentó que el acusado tenía un ámbito de libertad acotado y daba algunos consejos, pero siempre bajo las directivas de Omar Chabán.

Entiende la sentencia que *"Raúl Villarreal tampoco intervino en forma central el día de los hechos en lo que hace a la parte operativa del desarrollo del espectáculo. No dominó el desarrollo del show ni directa ni indirectamente. Insistimos, pudo haber dado algún consejo sobre las filas de personas o favorecer el ingreso de algunos concurrentes, pero volvemos a interrogarnos ¿son esos aportes principales o trascendentes al hecho central?, ¿implican la remoción de un obstáculo? Evidentemente no. Sobre este punto volvemos a la concepción dogmática de la participación criminal y la exigencia de un dolo doble del partícipe y nos preguntamos ¿Alquien puede afirmar con certeza que cuando Villarreal daba consejos en las filas de ingreso o favorecía el ingreso de algún allegado, sabía que con ello estaba colaborando en forma intencionada con las omisiones dolosas que momentos después iban a realizar los autores Chabán y Argañaraz?¿De dónde surge un dolo doble en la voluntad de Villarreal? Al menos en este juicio, este extremo no ha surgido"* (fs. 67237).

Es menester señalar desde ya que consideramos errónea la relevancia otorgada en el fallo a la conducta de Raúl Villarreal, especialmente en lo que hace a los aportes que realizaba, en el contexto del rol concreto que desempeñaba en el lugar. Ello, tanto en lo referente a la situación general del local como en lo que hace puntualmente al día del hecho.

Claro está que, a diferencia de lo sostenido en la sentencia y de acuerdo con lo postulado por las acusaciones, 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 sitio y Flavio Heredia (empleado de mantenimiento del hotel), dijo que el propio Chabán se lo presentó como su "mano derecha".

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.

En efecto, 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 Dego y Mauricio Lezcano).

Por otra parte, 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. 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.

En igual sentido se manifestó el iluminador de esa noche Sergio Piñeiro, quien aseguró que si tenía que hacer alguna consulta sobre ese tema se la hacía al nombrado. Por su parte, Gustavo De Jesús y Mauro Veloso (concurrentes) lo observaron dando indicaciones al personal de control.

En ese mismo orden, 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.

Mirta Enriquez —se desempeño 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.

Claro es entonces 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.

Además, 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”.

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.

Como se puede observar, 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. Claro está que ello no influye sobre lo ya expuesto en relación a que eran los co-organizadores, en este caso el grupo “Callejeros” quienes de antemano habían fijado en la lista de invitados quienes podían estar exentos del cacheo. En el ejemplo nos referimos a una persona que no se encontraba anotada en dicha lista.

En otro orden, 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 Ramirez y Julio Garola) y controlando el ingreso y egreso de público (Jorge Leggio).

En tanto, 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-.

Asimismo, 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.

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.

Asimismo, se ha dicho 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".

Inclusive y según lo dicho por Lorenzo Bussi, el día del hecho se demoró el inició de la venta de entradas porque el acusado llegó tarde; es que, según dijo, "hasta que Raúl no llega no pasa nada".

Por su parte, Maximiliano Chaparro, conserje del hotel aledaño, señaló que si Chabán o Villarreal preguntaban por Garola o por el mismo Levy, tenía orden de comunicarlos. Además, destacó 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".

También intervino en la contratación y formación de nuevos empleados. En efecto, Viviana Cozodoy 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.

Como conclusión de lo hasta aquí reseñado, podemos afirmar 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.

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.

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.

Recuérdese 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.

En esa inteligencia, podemos destacar 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.

En el marco trazado podemos decir que si los testigos no coinciden en las actividades que le asignan, no es por contradecirse entre 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.

Así y 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.

Todo ello podía hacerlo justamente por ser el hombre de confianza de Chabán, su mano derecha, quien estaba en todo (según Lucas Hasmat), aun en las reuniones con el dueño del predio Rafael Levy, con quien podía comunicarse directamente si lo necesitaba,

como dijo el conserje Chaparro.

Como se aprecia 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.

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 lo demás, 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.

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 Diaz 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.

Consideramos 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.

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. Más aun, 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. 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.

Entonces, conforme hemos analizado 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.

Ahora bien, ¿esas actividades centrales que el nombrado desarrollaba en ese amplio margen de libertad decisoria otorgado por Chabán, eran un aporte necesario al hecho doloso de los co-imputados como lo exige el artículo 45 del Código Penal? Consideramos que así lo era.

Es que en definitiva, el show no podría haberse llevado a cabo en las condiciones impuestas por el gerenciador del local y la banda musical, sin la necesaria colaboración de Raúl Villarreal.

Omar Chabán no podía estar en varios sitios a la vez ni solucionar la multiplicidad de situaciones que pueden desarrollarse en un evento que convoca a unas 4000 personas ansiosas por ver a su banda favorita. Necesitaba indefectiblemente de una persona de suma confianza que manejara la parte operativa del lugar como ocurrió en el caso. Alguien de suma experiencia y cierto prestigio en el ambiente, conocido de quienes allí actúan. Recordemos que el acusado fue manager de varias bandas, inclusive del grupo “Callejeros”.

Entonces, Villarreal tenía autoridad para resolver con libertad respecto de las distintas facetas del desarrollo del espectáculo que ya mencionamos no sólo porque era el hombre de confianza de Chabán, sino también porque era una persona reconocida en el ambiente, especialmente en el caso del grupo “Callejeros” del cual fue su manager cuando recién se iniciaban; fácil es imaginar que el grupo escucharía su opinión y la tendría en cuenta a la hora de resolver alguna cuestión.

Sentado ello y a la hora de analizar el aspecto subjetivo conviene recordar lo dicho por Jescheck en cuanto a que "*El dolo del cómplice debe referirse tanto a la ejecución del hecho principal mismo como también a su favorecimiento por lo que, también aquí como en la inducción, el dolo debe ser doble*" ("Tratado de Derecho Penal, Parte General", 5ª edición, ed. Comares, Granada, 2002, p. 748).

En esa inteligencia, creemos que está fuera de discusión que Villarreal cuando realizó las acciones arriba mencionadas lo hizo a sabiendas de que las mismas estaban destinadas o tenían como objetivo la realización del recital en cuestión en condiciones riesgosas para quienes allí concurrían y, por ello, el pago del canon policial. Es decir, en este aspecto no se ha discutido que actuó dolosamente, tanto al favorecer la realización del recital como de la vigencia del acuerdo espurio.

En lo que hace al pacto, es claro que una persona experimentada en el ambiente no podía desconocer que los recitales podían realizarse en esas condiciones únicamente por la existencia del pacto ilícito. Además, realizar ese pago sin ningún tipo de documentación que le de un respaldo formal, parece indicar a las claras la marginalidad del mismo.

Ahora bien, ¿podemos afirmar ese mismo grado de conocimiento respecto del hecho principal, en este caso de la realización del show en esas condiciones peligrosas? Entendemos que sí.

En primer término y como adelantamos, si bien no intervino decisivamente en la génesis de la situación riesgosa, cierto es que era plenamente consciente de la misma. Respecto a los cuatro factores de riesgo valorados en la sentencia como aquellos que generaron la situación típica, él mismo lo puntualizó en relación a tres de ellos, a saber: el cierre de la puerta alternativa, la utilización de pirotecnia en el lugar y el material colocado en el techo.

A ello se debe añadir que conocía la existencia de los incendios que se habían sucedido en otras oportunidades dado que allí se desempeñaba y, además, era comentario entre muchas personas; -tan es así que incluso uno de los episodios fue mencionado en el artículo "Merendando con Callejeros" publicado en la revista "El Acople" el 6 de mayo de 2004, prueba N° 116.3.47 -

por tanto era consciente del riesgo que se generaba ya a partir de la conjunción de dos de esos factores: la pirotécnia y el material del techo, teniendo en cuenta el cierre del portón que no dispuso pero que conocía.

En lo que hace al abarrotamiento de espectadores en el lugar, es poco serio afirmar que como existía el comentario de que en una oportunidad determinada ingresaron al lugar 5000 personas, ese era el número adecuado. Sorprende que una persona con 20 años en el ambiente del rock y desempeñándose particularmente en un ícono del mismo como fue "Cemento", pretenda excusarse de esa manera; el argumento es inverosímil y se parece más a un desesperado intento por mejorar una comprometida situación procesal.

Debemos resaltar a esta altura que no es de mayor importancia determinar la cantidad específica de espectadores que había, sino más bien que el local se encontraba desbordado en su capacidad desde lo fáctico, la percepción de los involucrados así lo indica.

Veamos lo dicho sobre el particular en la sentencia cuestionada.

"... sin aventurar una cantidad pero siendo por demás contundente Sergio Piñeyro, el iluminador, aclaró que 'el salón estaba tan lleno de gente que tarde aproximadamente diez minutos en realizar el trayecto desde el escenario hasta la consola'. Diez minutos para hacer algunos metros. De igual manera el nombrado Bordón aseguró que el lugar era 'inaguantable' y que había tanta gente que le impedía subir la escalera que conduce a la barra situada en el primer piso. Ivan Leiva comentó que 'no se podía caminar por la cantidad de gente'; Graciela Acuña contó que de tanta gente que había en el interior 'costaba respirar y se le dificultó el acceso a los baños'; Leonardo Almirón sostuvo que 'se sintió sofocado, que había gente por todos lados y que no se podía estar cerca del escenario'; María Arana dijo que 'en comparación con otros recitales había mucha gente'; Juan Bazán aseguró que 'no era posible moverse libremente por el local... el salón estaba lleno y seguía entrando gente'; y Oscar Cesar Díaz dijo que había tanta gente en el local que 'impedía transitar libremente'..." (fs. 67175/6).

Se citó en la sentencia también que "*Ezequiel Carrizo fue*

muy gráfico: dijo que hacía mucho calor 'y que había mucha gente, tanta como dentro de 'un colectivo en hora pico'. Andrea Farinola narró que al ingresar al salón 'no se podía ver como consecuencia del humo y la cantidad de gente que había, por lo que debía empujar para lograr pasar'. María Sol Demergasi aseguró que 'no se podía ni ver bien ni respirar fácilmente, motivo por el cual decidieron bajar al piso inferior'. Adrián Nieto dijo que 'había muchísima gente y resultaba difícil 'respirar' y trasladarse dentro del recinto. Sólo podía avanzar a los empujones'. Diego Monges Torres sostuvo que 'había muchísima gente... las escaleras estaban saturadas de jóvenes'; en sentido similar se manifestó Sebastián Sandoval" (ver fs. 67175).

Y en el mismo sentido se dijo que *"Muy gráfica también fue Gisela Andrea Contrera quien comentó que 'había mucha gente en el salón —las personas estaban pegadas unas con otras- y que hacía mucho calor'. Que fue hacia el sector de arriba porque sería más tranquilo, pero una vez allí advirtió 'que también estaba lleno de gente y por ello comenzó a sentirse ahogada... la sensación del lugar le daba miedo, por la cantidad de personas y porque no conocía el local'. Acotó que como la situación era similar en el entrepiso decidió descender nuevamente cuando estaba por comenzar a tocar 'Callejeros', pero 'había tanta gente que se quedaron apostadas en el descanso de la escalera'... Entonces, finalizado el análisis de la prueba la conclusión es obvia: el sitio estaba desbordado de gente"* (fs. 67176).

Consideramos acertado el análisis efectuado por el *a quo* respecto de la situación, por lo que basta agregar que si tanto los empleados del lugar, como los técnicos o los concurrentes percibían una situación de esa magnitud, cuanto más podemos asegurar que lo hacía Raúl Villarreal, con su dilatada experiencia en el rubro. Quizá haya sido esa percepción la que lo llevó a disponer el cierre de los portones principales para que no ingresara aún más gente.

En esa inteligencia, se encuentra probado que Raúl Villarreal estaba al tanto del cuadro riesgoso en que se iba a desarrollar el show, de todas las falencias estructurales y de funcionamiento con que se había organizado, es más, Aldana Aprea narró que el día del hecho el nombrado estuvo chequeando las instalaciones, por lo que con ello actualizaba su conocimiento

sobre la situación en que se desarrollaría el espectáculo. También estaba al tanto de la impronta pirotécnica que imponía el grupo musical, es que *"si no hay bengalas no es show de 'Callejeros'"* le comentó Diego Argañaraz. En ese marco sabía que las medidas que se tomaban para contrarrestar ese extremo no eran eficaces.

Una prueba más de dicho conocimiento es su también activa y necesaria participación en el cumplimiento del pacto espurio con la autoridad policial. Dicho acuerdo solo tenía un sustento lógico a partir de dichas deficiencias, de lo contrario no hay una explicación racional para su existencia.

Ahora bien, ese conocimiento incluía también el de la actitud pasiva de Chabán y el grupo frente al peligro. Es que tras tantos años trabajando juntos —unos 20 junto al primero y habiendo sido manager de la banda- el acusado era una parte indispensable del proyecto comercial y conocía las reglas de juego.

Se representaba la forma de actuar de los co-organizadores frente al peligro creado porque se repetía asiduamente; aunque con diversas formas, lo cierto es que hacían saber al auditorio que el riesgo existía pero continuaban adelante con su proyecto asumiendo todas sus circunstancias. Por lo que surgió de los relatos, el día 30 de diciembre no fue la primera vez que ese cuadro se configuró, al contrario, casi podría decirse que era una constante y, sin embargo, ni una sóla vez se suspendió el show, por lo que el acusado no tenía motivos para suponer que el día del hecho los co-organizadores actuarían en forma diversa a como lo hacían siempre.

A modo de hipótesis podemos decir que existía la posibilidad de que Chabán o los integrantes de la banda variaran su conducta y, frente al peligro, decidieran suspender el show, como ya dijimos tenían el poder para hacerlo. Sin embargo, esa posibilidad era demasiado remota para que Villarreal la considerara como válida. En todo caso tenía presente que ello era muy difícil que ocurriera por lo que asumió y aceptó como altamente probable la situación de que, ante el peligro ya configurado, los co-organizadores del evento siguieran adelante, brindando su imprescindible colaboración para que ello ocurra.

La totalidad del cuadro descripto permiten tener por cierto que Raúl Villarreal, tanto en lo que hace al episodio central del incendio peligroso como del cohecho activo, actuó con el dolo doble requerido al participe, bastando con que el mismo

sea de carácter eventual (MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 412). Por un lado conocía la situación riesgosa en que los co-organizadores realizarían el show y el acuerdo espurio existente con la policía federal para que pudiera llevarse a cabo en dichas condiciones, y por otro, colaboraba activamente en ambas cuestiones, resultando un sujeto imprescindible para que se configuren.

En la moderna doctrina española es Robles Planas quien intenta encontrar una distinción entre las distintas formas de intervención en el delito, no ya desde un plano naturalístico, sino estrictamente normativo.

En esa línea, explica el mencionado jurista que *"es cierto que cada cual responde por sus propios hechos, pero debe abandonarse la perspectiva anclada en la causalidad físico natural, según la cual los propios hechos son únicamente aquellos que se ejecutan de mano propia. Si fuera así, quedaría excluida toda posibilidad de intervención en un hecho. Un entendimiento normativo del principio de responsabilidad por el propio injusto comporta admitir un injusto como propio pese a que (en el plano físico natural) no se ejecute de mano propia. El injusto típico no sólo es injusto del autor, sino que también pertenece al partícipe. Lo único que los diferencia es la forma en que cada uno de ellos responde por el injusto típico. Mientras que el autor aparece como el responsable más inmediato, el partícipe responde de una manera mas laxa"* (ROBLES PLANAS, Ricardo, "La participación en el delito: fundamentos y límites", Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 178).

De esta manera, sostiene que *"también al partícipe se le imputa el hecho. El cómplice responde de la existencia (si bien en grado distinto) de la actividad tanto como el autor, puesto que también a él le pertenece el hecho principal. La aportación del partícipe forma parte del proyecto antinormativo conjunto y con ella manifiesta un ataque a la vigencia de la norma idealmente comparable al que lleva a cabo el autor, que puede concretarse en la fundamentación de la idoneidad de la comisión del delito. La aportación del partícipe fundamenta la idoneidad de la comisión del delito haciendo suyo el hecho. O con otras palabras: con su aportación dispone una razón para acceder al hecho típico"* (Ibídem, p. 180).

En la búsqueda de la diferenciación de aquellos intervinientes en la realización de un hecho típico, continúa diciendo que *"los tipos de la parte especial no describen conductas de autoría (o, más concretamente, sólo las describen de manera indirecta), sino que simplemente definen los supuestos en los que concurre un interviniente"*; por esta razón *"cuando concurre una pluralidad de sujetos en un mismo delito, sólo acudiendo a las reglas de la Parte General podría determinarse la responsabilidad de cada uno de los intervinientes"* (Ibídem p. 266).

Es decir, que para Robles Planas, recién una vez que se ha afirmado la existencia del injusto típico con arreglo a la teoría de la conducta típica o la imputación objetiva con pluralidad de intervinientes, corresponde analizar, ya en un segundo nivel, cómo habrán de responder cada uno de ellos, esto es, si tiene lugar la atribución a título de autor o de partícipe. Esta atribución *"se lleva a cabo mediante un juicio especial que tiene por objeto la valoración de las conductas de intervención"* (Conf. ob. cit. p. 267).

Aplicando dichos conceptos, queda claro que arribaríamos a la misma conclusión, pues descartada la posibilidad de que Raúl Villarreal responda como autor del hecho principal en comisión por omisión por la inexistencia de posición de garante que hemos afirmado, vemos como la cualidad de los aportes ya descriptos realizados con conocimiento y voluntad, lo coloca como partícipe primario en tanto ha colaborado de manera imprescindible en el proyecto antinormativo conjunto que importó la organización del recital del 30 de diciembre de 2004.

Entonces, tendrán acogida favorable los postulados del Fiscal General respecto a la participación necesaria que le cupo a Raúl Villarreal en ambos hechos imputados, conclusión que, por lo demás, torna innecesario el análisis sobre la participación secundaria en el delito de incendio doloso que le atribuye la querella encabezada por el doctor Patricio Poplavsky.

DÉCIMO PRIMERO:

En el presente acápite trataremos la situación de los ex funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires acusados, para lo cual resulta necesario primero establecer la estructura y competencia de los órganos de control, la modalidad en que se

ejerció el poder de policía, describir las alertas que fueron recibidas sobre la situación en la que se encontraban los locales de baile; como así también poner de manifiesto las irregularidades generales y estructurales del local "República Cromañón", para finalmente abordar la conducta concreta desplegada por los acusados.

1. El área de control.

1.a. Estructura y competencia de los organismos de control del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Con anterioridad al 30 de diciembre de 2004, los organismos de control de la actividad comercial desarrollada en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han presentado distintas modificaciones.

A fin de determinar el estado de situación en el transcurso del 2004 corresponde reseñar las diferentes reformas practicadas y referirse a las razones que motivaron las continuas variaciones en la estructura de los órganos de contralor, según surge de los considerandos de las normas que se citarán.

Así, por **decreto n° 2012/01 del 27 de noviembre de 2001**, se dispuso la intervención de la Dirección General de Verificaciones y Habilitaciones, dependiente de la Subsecretaría de Trabajo y Empleo de la Secretaría de Desarrollo Económico. Dicho organismo tenía asignadas responsabilidades primarias de relevancia, entre ellas las de otorgar habilitaciones y permisos de uso para locales, elementos y actividades en lugares públicos o de uso público y verificar y llevar adelante su inspección posterior. También se encontraba facultado para aplicar sanciones.

La intervención tuvo por objetivo regularizar el funcionamiento de la Dirección General de Verificaciones y Habilitaciones, que en mayo de 2002 fue transferida a la Subsecretaría de Regulación y Fiscalización de la Secretaría de Gobierno y Control Comunal, mediante el decreto n° 430/02.

A través del dictado de la **resolución n° 15 del 27 de junio de 2002**, la Secretaría de Gobierno y Control Comunal creó la Unidad Polivalente de Inspecciones (UPI), bajo la dependencia directa del Subsecretario de Regulación y Fiscalización.

La creación de la UPI tuvo en miras una mayor eficiencia en el ejercicio del poder de policía local y por ello se la destinó a la concentración y seguimiento de las inspecciones

llevadas a cabo por todas las Direcciones Generales de la Subsecretaría de Regulación y Fiscalización (artículo 1° de la resolución n° 15/GCABA/SGYCC/02).

Posteriormente, el **decreto n° 919/02 del 31 de julio de 2002** dispuso suprimir la Dirección General de Verificaciones y Habilitaciones que se hallaba intervenida y distribuyó sus competencias en la Dirección General de Habilitaciones y Permisos y en la Dirección General de Verificaciones y Control, ambas dependientes de la Subsecretaría de Regulación y Fiscalización y creadas por el decreto mencionado, a las que se les asignó "Función Crítica Alta", de conformidad con lo previsto en los artículos 5 y 10 del decreto n° 726/GCBA/2001 y su decreto modificatorio n° 761/GCBA/2001.

Dicha decisión se dictó en el marco de las políticas abordadas por la administración a través de la Secretaría de Gobierno y Control Comunal creada por el ya citado decreto n° 430/02 y a efectos de fortalecer sus facultades de control y verificación, garantizar transparencia en los procesos aplicados a su gestión de gobierno, imprimir mayor capacidad y agilidad de respuesta a las demandas sociales y generar una mejor utilización de los recursos.

El **decreto n° 2115/03 del 10 de noviembre de 2003** creó en el ámbito de la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, el Servicio de Contralor de Locales por Habilitar y Habilitados en el ejido de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual se conformaría por Profesionales Verificadores de Habilitaciones -PVH-, que debían integrar el Registro de Profesionales Verificadores de Habilitaciones y tendrían a su cargo las verificaciones especiales que en cada caso les sean encomendadas.

En los considerandos del decreto aludido se destacó la necesidad de verificar periódicamente el cumplimiento de lo autorizado en las habilitaciones por parte de los establecimientos comerciales, industriales, depósitos y de servicio, a fin de constatar que la actividad que se desarrolla sea la efectivamente habilitada, que la configuración física del establecimiento mantenga las características de su habilitación y que cumpla con condiciones de higiene y seguridad aceptables.

El decreto n° 2115/03 fue modificado el **29 de marzo de**

2004 por el decreto n° 467/04, que admitió la inscripción de maestros mayores de obras en el Registro aludido y dispuso que el plazo en que debían practicarse las verificaciones periódicas sea dispuesto por la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, al tiempo que la autorizaba a delegar dicha facultad en la Dirección General de Habilitaciones y Permisos (artículo 5 del decreto n° 467/04).

A su vez, por su artículo 6 dispuso que en el caso de establecimientos habilitados con anterioridad a su vigencia, el procedimiento de verificaciones periódicas con intervención de los PVH empezaría a regir en el plazo de un (1) año, contado desde el funcionamiento del Registro, facultando a la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana a disponer a partir de tal fecha la incorporación progresiva de todos los establecimientos habilitados, proceso que debía culminar en un plazo máximo de treinta y seis (36) meses, pudiendo delegar tal facultad en la Dirección General de Habilitaciones y Permisos.

Posteriormente, la **disposición n° 968** suscripta por el Director General de Habilitaciones y Permisos estableció el día 22 de junio de 2004 como la fecha de inicio del nuevo régimen de verificación de habilitaciones otorgadas y por otorgar con intervención de los profesionales verificadores de habilitaciones y aprobó los plazos de las verificaciones periódicas del artículo 5 del decreto 467/04.

Por su artículo 2 dispuso que *"Resultarán actuaciones alcanzadas por el nuevo régimen las habilitaciones comprendidas en los arts. 2.1.5, 2.1.6 y 2.1.7 del CHyV* [Código de Habilitaciones y Verificaciones] *obtenidas al amparo del decreto n° 2516-GCABA/98 y otorgadas a partir de la fecha establecida por el art. 1 y aquellas iniciadas con la misma fecha para el desarrollo de las actividades comprendidas por el art. 2.1.8 del CHyV"*.

Mediante el **decreto n° 2116 del 10 de noviembre de 2003** se suprimió la Dirección General de Verificaciones y Control y se transfirió a sus agentes al Registro de Necesidades Operativas.

En punto a ello, se destacó que los objetivos perseguidos con la creación de la mencionada "Dirección" no pudieron ser alcanzados, y que en su funcionamiento persistían prácticas disfuncionales que conspiraban contra la calidad del servicio público.

Como contrapartida se creó 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, y sus Coordinaciones Generales Administrativa y Operativa, a las que se les asignó "*Función Crítica Alta*" (**decretos nº 726/01 y 761/01**) y se le transfirió el patrimonio, presupuesto y personal de la Unidad Polivalente de Inspecciones creada por resolución nº 15/SGYCC/2002, la que fue suprimida en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º del decreto en análisis.

Asimismo, por su artículo 9 se autorizó a la señora Secretaria de Gobierno y Control Comunal a asignar a los profesionales que se desempeñen en el Organismo fuera de Nivel 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 nº 1363/02 (facultad de disponer clausuras cuando se encuentren gravemente afectadas las normas de higiene, seguridad y orden público).

En la misma fecha y por resolución nº 612/03 de la Secretaría de Gobierno y Control Comunal, se encomendó a la Escribanía General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la realización de un inventario de las actuaciones de la ex Dirección General de Verificaciones y Control, autorizándola a proceder al franjado de las oficinas que correspondían a la citada repartición hasta la culminación de la tarea.

Por **decreto nº 2696/03 del 10 de diciembre de 2003** se dispuso el cambio de denominación de la ex Subsecretaría de Regulación y Fiscalización por la de Subsecretaría de Control Comunal y se transfirió la Dirección General de Habilitaciones y Permisos y la UPI al ámbito de competencia de dicha Subsecretaría, dependiente de la Secretaría de Justicia y Seguridad.

Dos días después, Fabiana Gabriela Fiszbin fue designada titular de la Subsecretaría de Control Comunal (decreto nº 2718/GCBA), cargo en el que se desempeñó hasta el 2 de enero de 2005 (decreto nº 3/GCABA/05).

El 13 de enero de 2004, en aras de evitar la superposición de funciones y coadyuvar a una más dinámica y eficiente gestión, se suprimieron las Coordinaciones Generales Administrativa y

Operativa de la UPI y se creó la Coordinación General, mediante el dictado del **decreto n° 37/04**, que le asignó "Función Crítica Alta" y en su artículo 4 designó a Ana María Fernández como Coordinadora General, estableciendo sus responsabilidades primarias.

El **decreto n° 366 del 9 de marzo de 2004** creó el organismo fuera de nivel Área de Contralor de Espectáculos dependiente de la Subsecretaría de Justicia y Trabajo de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, orientado al contralor de los espectáculos deportivos, artísticos o de otra índole, capaces de producir una amplia concentración de asistentes.

La necesidad de la creación de dicho organismo surgió como consecuencia de la supresión de la Dirección General de Verificaciones y Control —ocurrida el 10 de noviembre de 2003-, atento que al momento del dictado del decreto mencionado no existía un órgano que tuviera como misión específica la de preservar la seguridad y verificar las condiciones de funcionamiento en los estadios de las entidades deportivas y civiles, ya sean abiertos o cubiertos.

También se emparenta con la desaparición de la mencionada Dirección la creación de la Unidad de Proyectos Especiales denominada Unidad de Evaluación y Resolución de Actuaciones (UERA) dispuesta por el decreto n° 345/04, que dependió de la Subsecretaría de Control Comunal y tuvo como responsabilidad primaria analizar, organizar y resolver las actuaciones relevadas y pendientes de resolución por parte de la ex Dirección General de Verificaciones y Control.

Posteriormente, el **decreto n° 1563/04 del 26 de agosto de 2004** suprimió la UPI y la UERA, debido a que ambas habían adquirido competencias que en su momento ejercía la ex DGVyC y su actuación se superponía en algunas actividades. La misma norma creó la Dirección General de Fiscalización y Control -DGFyC-, dependiente de la Subsecretaría de Control Comunal de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, asignándole "Función Crítica Alta" (de conformidad con los decretos n° 726/01 y n° 761/01) y las competencias, patrimonio, personal y presupuesto de los organismos disueltos.

Por el artículo 6 del decreto mencionado se 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 es como 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, por la Subsecretaría de Control Comunal y por la Dirección General de Fiscalización y Control.

Corresponde entonces, atento las funciones desempeñadas por Fabiana Gabriela Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Juan Torres, referirse a las competencias de la Subsecretaría de Control Comunal, de la Unidad Polivalente de Inspecciones creada por el decreto n° 2116/03 y de la Dirección General de Fiscalización y Control.

La Subsecretaría de Control Comunal dependía de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana y de acuerdo a lo establecido en el Anexo II/IV del decreto n° 2696/03 tenía asignadas las siguientes responsabilidades 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 -a partir del 26 de agosto de 2004 la UPI fue reemplazada 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.

De la Subsecretaría de Control Comunal dependían las Direcciones Generales de Higiene y Seguridad Alimentaria, Habilitaciones y Permisos, Fiscalización de Obras y Catastro, Control de la Calidad Ambiental y Fiscalización y Control.

La Dirección General de Fiscalización y Control estuvo a cargo de Gustavo Juan Torres desde el 12 de octubre de 2004 hasta

el 11 de febrero de 2005, fecha en la que por decreto n° 178/05 se aceptó su renuncia.

El decreto n° 1563/04 asignó a la DGFyC las siguientes responsabilidades primarias:

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 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.

Ana María Fernández se desempeñó como Directora General Adjunta de la DGFyC desde el 26 de agosto de 2004 hasta el 11 de febrero de 2005 (decretos n° 1563/04 y n° 178/05) y tuvo a su cargo la responsabilidad primaria de asistir al Director General de Fiscalización y Control en los temas de su competencia y reemplazarlo en caso de ausencia.

Sin perjuicio de ello, mediante el dictado de la disposición n° 424/DGFyC/2004 se crearon seis unidades de coordinación -Operativa, Legal, Auditoría Interna, Mesa de Entradas, Administrativa y Dirección General- y *"a efectos de dinamizar la operatoria de la Dirección General"*, se delegó en la Directora General Adjunta las siguientes funciones:

a) estructurar un esquema que permita determinar eventuales violaciones de clausuras impuestas por la Dirección General y solicitar, en su caso, el reimplantamiento de éstas;

b) verificar y conformar las facturas que por honorarios presenta el personal de la Dirección General;

c) intervenir en toda tramitación vinculada con la contratación del personal;

d) supervisar la comparecencia del personal de la Dirección General ante citaciones judiciales o de otros organismos públicos;

e) supervisar el cumplimiento del horario del personal de la Dirección General.

Asimismo, la funcionaria mencionada prestó funciones previamente como Coordinadora General de la UPI, con las siguientes responsabilidades primarias -Anexo II/4 del decreto n° 37/04-:

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.

De acuerdo a las normas reseñadas, no cabe más que coincidir con la conclusión expuesta por los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 en la sentencia recurrida en cuanto a que, al momento del hecho *"en la Ciudad de Buenos Aires el ejercicio del poder de policía en materia de seguridad, salubridad e higiene de los establecimientos de comercio, industria, depósito y servicios... estaba en el catálogo de competencias de la Subsecretaría de Control Comunal y de la Dirección General de Fiscalización y Control, que a partir del 26 de agosto de 2004 absorbió las competencias que tenía asignada la Unidad Polivalente de Inspecciones"* (fs. 67291 vta./2).

1.b. Recursos de las áreas de control.

La ausencia de recursos humanos y materiales en los organismos que debían fiscalizar las habilitaciones y permisos otorgados, fue un extremo invocado por las defensas de los funcionarios del Gobierno de la Ciudad acusados en el marco de esta causa. Por esa razón, estimamos de utilidad establecer con precisión cuál era la realidad de las áreas en lo relativo a esta temática.

1.b.1. Recursos humanos.

Aquí conviene recordar, en primer término, que por decreto 2116/03 (del 10/11/03) se suprimió la Dirección General de Verificaciones y Control encargada precisamente de ejercer el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos.

La mayor parte de sus agentes fue trasladada al Registro de Necesidades Operativas, por haberse configurado la causal prevista por el inciso a) del artículo 57 de la ley 471, y su patrimonio fue transferido a la Unidad Administrativa de Control

de Faltas y a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos.

No podemos soslayar que en el ámbito de la DGVyC contaban para el desarrollo de la tarea de fiscalización con una planta de aproximadamente 500 agentes. De esa cifra debemos distinguir que 300 eran inspectores que poseían las correspondientes credenciales para ejercer funciones de inspección y 200 se trataban de empleados administrativos. Además, poseían un sistema informático que permitía actualizar el seguimiento de las actuaciones y un presupuesto para afrontar los gastos.

La información en punto a los recursos que le habían sido asignados a la DGVyC se desprende del descargo de Ana María Fernández y encuentra corroboración en el informe trimestral 2592/UPI/2004, de fecha 1 de abril de 2004, suscripto por Rodrigo Cozzani en su carácter de Coordinador Operativo de la dependencia que reemplazó al área mencionada.

Ahora bien, al mismo tiempo en que fue suprimida la DGVyC se creó el organismo fuera de nivel denominado Unidad Polivalente de Inspecciones (UPI) con el objeto de ejercer las funciones de verificación y control en materia de habilitaciones y permisos que se refirieran a los locales, anuncios publicitarios y actividades en la vía pública, y a las cuestiones vinculadas a la seguridad, salubridad e higiene de los establecimientos de comercio, industria, depósito y servicios.

Tal como lo expusimos *ut supra* esta nueva dependencia no recibió los recursos de los que disponía su antecesora en la función, la DGVyC, sino que le fueron transferidos aquellos pertenecientes a la UPI que había sido creada por resolución n° 15/SGyCC/02 -suprimida por al artículo 2° del decreto 2116/03-, que según explicó Horacio Santinelli -quien había estado a cargo de ese organismo- eran escasos.

Entonces, a diferencia del área suprimida, la UPI en sus comienzos no dispuso de un cuerpo de inspectores amplio. Basta recordar que hacia fines del año 2003 tan sólo poseía un plantel de aproximadamente 20 empleados de los cuales 12 tenían autorización para ejercer el poder de policía (conforme se desprende del informe n° 197/DGFyC/2004 -prueba n° 51-).

Las credenciales de los inspectores que justamente le otorgaban autorización para el ejercicio del poder de policía vencían el 31 de diciembre de ese año y las 12 fueron prorrogadas

por Ana María Fernández, en su calidad de Coordinadora General, mediante la disposición n° 006/UPI/2004, de fecha 6 de enero de 2004 -prueba n° 326-.

De la señalada norma surge que a principios del año 2004 los profesionales con poder de policía eran Pablo José Beverina, María Virginia Brizuela, Rodrigo Mario Cozzani, Daniel Alejandro Díaz, Carlos Heraldo López, Hugo Norberto Leandrini, Alicia Majlis, Elisa Ema Mangin, José Francisco Marco del Pont, Mariela Beatriz Volando, Nicolás Walsoe y Adrián Rivero.

Esa nómina de agentes son los que se hallaban dados de alta en el "*Registro de agentes afectados a tareas de verificación y/o inspección*", conforme lo resuelto por la Secretaría de Gobierno y Control Comunal.

La prórroga de las credenciales obedeció a la necesidad de asegurar que los profesionales que se desempañaban en la UPI cumplieran con las funciones de verificación e inspección asignadas por el artículo 9° del decreto 2116/03.

Posteriormente, a comienzos del mes de febrero del año 2004 nuevamente Ana María Fernández prorrogó las credenciales, en esta ocasión sólo de 10 inspectores, ello a través de la disposición n° 282/UPI/2004 —véase prueba n° 326-. La nómina de agentes fue igual a la anterior, con excepción de Beverina y Rivero.

De lo que hasta el momento hemos expuesto se sigue que al 4 de febrero de 2004 la UPI contaba tan sólo con esos 10 inspectores autorizados a ejercer el poder de policía.

Sin embargo, esa situación se vio sustancialmente modificada con el dictado de la resolución 95 de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, de fecha 23 de febrero de 2004 —BOCBA n° 1890 del 01/03/2004-, que le asignó poder de policía a 43 agentes contratados para prestar servicios en el ámbito de la UPI, entre los que se hallaban las 10 personas a las que Fernández le había prorrogado las credenciales —prueba n° 47-.

Con posterioridad, mediante resolución 285 de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, de fecha 21 de mayo de 2004 -BOCBA n° 1952 del 01/06/2004-, se le asignó poder de policía desde el 1° de marzo a 10 agentes de la UPI y, asimismo, a otros 31 inspectores a partir del 1° de mayo —prueba n° 47-. Entonces,

al mes de mayo del año 2004 la Unidad Polivalente de Inspecciones contaba con un plantel de 84 inspectores con autorización para ejercer el poder de policía.

Las cifras antes mencionadas coinciden estimativamente con aquellas brindadas por la imputada Ana María Fernández al momento de efectuar su descargo durante el debate y ponen de manifiesto que cuando el organismo comenzó a funcionar contaba con escasos recursos humanos y materiales para desarrollar las funciones asignadas. No obstante, a medida que trascurrió el año 2004 se incrementaron paulatinamente hasta conformar un nuevo cuerpo de inspectores con poder de policía para el cumplimiento de la función de verificación y control que reemplazara a los agentes removidos.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que con fecha 25 de junio de 2004 fue creado un cuerpo de inspectores en el ámbito de la Unidad de Evaluación y Resolución de Actuaciones, cuya existencia comenzó con el dictado del decreto n° 345/04 a fin de dar trámite a más de cincuenta mil actuaciones pendientes que pertenecían a la DGVyC, que contó en su inicio con una dotación de 10 inspectores que fueron seleccionados de la UPI (conforme resolución n° 27/SSCC/2004). Es decir, entonces, que al mes de junio de 2004 esta última dependencia desarrollaba sus tareas con 74 inspectores con poder de policía (cifra que concuerda con lo indicado por la imputada Ana María Fernández).

Así, pues, la UPI fue suprimida a fines del mes de agosto de 2004 mediante el decreto n° 1563 que creó en su lugar a la Dirección General de Fiscalización y Control.

Hasta esta fecha no había logrado alcanzar el objetivo de formar un cuerpo inspectivo de igual envergadura que su antecesora, aunque desde el comienzo de su existencia incrementó sustancialmente la cantidad de agentes que cumplían tareas de fiscalización.

Esta última circunstancia fue beneficiosa para la nueva dependencia creada por el decreto n° 1563/04, pues ese plantel de personal fue transferido para cumplir funciones allí.

Una primera conclusión de lo dicho es que, a diferencia de la UPI, la DGFyC comenzó a desarrollar las tareas de fiscalización y control de los comercios con un cuerpo de inspectores con poder de policía de 84 -74 correspondientes a la UPI y 10 que se

desempeñaban en la UERA-. Al poco tiempo de su existencia -14 de septiembre de 2004- fue dictada la resolución n° 550 de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana —BOCBA n° 2031 del 23/09/2004- que le asignó poder de policía a 32 agentes con efecto retroactivo al 17 de mayo y a 20 con efecto retroactivo al 14 de junio.

A mayor abundamiento, recordemos en punto a este extremo que el decreto n° 1563/04 explica que el motivo de la supresión tanto de la UPI como de la UERA radica en la superposición de competencias entre ambas. Entonces, para evitar dispendios administrativos, se tomó la decisión de unificar las competencias en una dependencia denominada DGFyC.

El nuevo organismo es en realidad una continuación de sus antecesoras y por esa razón recibe el patrimonio, presupuesto y personal con que contaban la UPI y la UERA.

De lo expuesto se sigue que la DGFyC, más allá de que tuviera algunas necesidades propias por ser un ente recién creado, comenzó a desplegar funciones en mejores condiciones que la UPI. Ello es así, por cuanto a esta última no le transfirieron el patrimonio y presupuesto de la DGVyC, por el contrario, ni siquiera contó con el personal que formaba parte de esa Dirección.

Entonces, estamos en condiciones de concluir que a la fecha de asunción de Gustavo Torres en el cargo de Director de la DGFyC, el organismo tenía a su disposición un total de 136 inspectores autorizados a ejercer el poder de policía, además del personal que no cumplía funciones de verificación y control.

Para tener una idea más acabada de los recursos humanos con los que contaba el área que reemplazó a la UPI, podemos recurrir a la prueba identificada con el n° 300. De ella se desprende que al día 31 del mes de diciembre del año 2004 la DGFyC poseía 328 agentes que formaban parte del cuerpo de personal. Dentro de esa cantidad había 238 personas que cumplían funciones de inspección, aunque de ese total cuanto menos eran 102 las autorizadas a ejercer el poder de policía, tal como se desprende de la disposición n° 930/DGFyC/2005 que prorrogó las credenciales de esos agentes —todos ellos incluidos en las diferentes nóminas anexadas a las resoluciones de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana-.

La cifra de inspectores con poder de policía asignado que

obtuvimos es la mínima posible que había al momento del hecho, pues arribamos a ella a partir de la disposición que renovó las credenciales, pero nada obsta a que entre los meses de septiembre y diciembre de 2004 se hubiera contado con una cantidad mayor y que no a todos se les prorrogó esa facultad. Ello, conforme las cifras que precedentemente analizamos.

Todo lo que hasta aquí hemos expuesto halla corroboración en los testimonios recabados durante el juicio.

En ese sentido, de los inspectores a quienes se les asignó poder de policía mediante resolución n° 95/SJySU/2004 declararon Alicia Majlis, Mario Esteban Mazzilli, Oscar Soler, Pablo Marcelo Sánchez, María Virginia Brizuela y Silvia Irene Almeijeiras, quienes coincidieron con Ana María Fernández -que en su momento fue Coordinadora General de la UPI-, en sostener que en el inicio de su actividad el organismo no contaba con insumos y recursos humanos suficientes, toda vez que el personal para inspeccionar no alcanzaba o no tenía las respectivas credenciales, las que llegaron hacia los meses de febrero y marzo aproximadamente.

Por su parte, Pedro Leopoldo Rosón y Magalid Luján Cutiña, a quienes se les asignó poder de policía mediante resolución n° 285/SJySU/2004 y comenzaron a desempeñarse en la UPI en el mes de marzo de 2004, señalaron que para esa fecha había alrededor de 50 inspectores y además el primero de los nombrados hizo hincapié en la falta de una base con datos de la anterior gestión.

1.b.2. Recursos materiales.

Lo dicho en última instancia nos introduce en otra cuestión, la referente a la carencia de recursos materiales para trabajar.

Sobre este punto debemos destacar que ocurrió lo mismo que con los recursos humanos. La UPI comenzó con escaso presupuesto y materiales de trabajo, pues sólo recibió lo que había sido asignado en un principio a la originaria UPI creada por resolución n°15/SGyCC/02 que luego fue suprimida.

Esta situación fue puesta de manifiesto por Oscar Soler y José Zacarías Alanis, quienes puntualmente expresaron que los primeros materiales con los que contaron los compraron los empleados en una librería.

En concordancia con ello, Claudia Noemí Molina Capdevilla señaló que *“tenían problemas con los insumos, pues en el Área*

había sólo dos computadoras, una impresora compartida y además faltaban hojas" y, asimismo, Viviana Bustos explicó que *"disponían en ese sector de muy pocos recursos humanos y materiales para trabajar. Contaban, `a lo sumo´, con 2 computadoras y eran el Área dentro de `legales´ que menos empleados tenía"*.

En resumidas cuentas, no podemos soslayar que en lo que atañe a recursos humanos y materiales la situación inicial de la UPI era sustancialmente diferente a la de su continuadora, la DGFyC, puesto que esta última tuvo a su disposición tanto el personal como los insumos que a lo largo del año 2004 logró obtener el organismo suprimido.

Así lo han manifestado, incluso, los empleados del área, de cuyos testimonios se desprende que con la creación de la DGFyC se estableció un circuito administrativo y ciertos aspectos vinculados a los recursos mejoraron.

Al respecto basta con recordar que Claudia Molina Capdevilla sostuvo que a consecuencia de la fusión de la UERA con la UPI se incrementó la cantidad de personas y de insumos en el sector.

En igual sentido, la ya citada Viviana Bustos, dijo que con la creación de la DGFyC se incorporaron más abogados y se los dotó de mayores medios materiales de trabajo. Asimismo, señaló que también se les dio un mayor espacio y se creó una coordinación legal, que estaba a cargo de la Dra. Lobo.

La cuestión en torno a la obtención de un mayor espacio físico de trabajo fue idénticamente destacada por Tomasa del Carmen Roldán y Ana Clara Taboada.

Estas consideraciones merecen ser tenidas en cuenta pues fueron vertidas por personas que desarrollaron tareas funcionales tanto en la UPI como en la DGFyC.

Lo expuesto no significa reconocer que la nueva dependencia tuviera las condiciones óptimas de trabajo, puesto que seguramente también poseía necesidades que debían ser contempladas -tal como se desprende de las notas 18/DGFyC/2004 y 102/DGFyC/2004, y de la nota de fecha 4 de enero de 2005 dirigida a la Dirección Técnica Administrativa y Legal de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, por las que el Director solicita un incremento del presupuesto e incorporación de personal-; no obstante, es insoslayable que tenía recursos para destinar al

desarrollo de las tareas propias del área desde el comienzo de la actividad.

Entonces y por todo lo expuesto podemos afirmar que, al iniciar sus funciones, la UPI estando a cargo de Ana Fernández contó con 12 inspectores en el mes de enero de 2004, que se redujeron a 10 en el mes siguiente.

Sin embargo y a partir de allí, los recursos fueron en paulatino ascenso hasta llegar a los 84 inspectores con que contaba la dependencia a la fecha en que ingresó formalmente la Actuación 631.

Ya con la desaparición de la UPI y la creación de la DGFyC, tras el nombramiento de Gustavo Torres, el área pasó a contar con 136 inspectores con poder de policía.

1.c. Ejercicio del poder de policía.

1.c.1. Selección de objetivos.

Resulta necesario precisar la forma en que los responsables de las reparticiones a cargo del ejercicio del poder de policía en materia de habilitaciones y controles del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires llevaban a cabo la selección de los objetivos a ser inspeccionados.

En principio debe mencionarse que con anterioridad al dictado del decreto n° 2116/03 la Dirección General de Verificaciones y Control se habría visto involucrada en casos de corrupción.

Sobre dicha situación se explayó Silvana Myriam Giudici (ex Secretaria de Gobierno y Control Comunal del GCBA), quien afirmó haber promovido numerosos sumarios administrativos, y dispuesto nueve cesantías, tres suspensiones y una exoneración.

Asimismo, manifestó que la adopción de distintas medidas de índole administrativa para mejorar los procedimientos, el sistema informático y el sistema de control, no resultaron suficientes para eliminar las prácticas corruptas.

Ello dio lugar al dictado del decreto n° 2116/03 que disolvió la Dirección General de Verificaciones y Control y dispuso el pase a disponibilidad de sus inspectores.

Con miras a evitar que se repitan los actos de corrupción verificados en la Dirección disuelta, tanto en el ámbito de la Unidad Polivalente de Inspecciones, como posteriormente en el de la Dirección General de Fiscalización y Control, se implementó un

sistema según el cual los inspectores únicamente podían ejercer sus funciones en aquellos objetivos que les hubieran sido previamente asignados, los cuales les eran revelados momentos antes de salir a inspeccionar. Es decir, los inspectores ya no tenían asignada una zona determinada de la ciudad y los objetivos eran establecidos por sus superiores jerárquicos.

La nueva modalidad de trabajo implicó la participación directa en la selección de los objetivos de los más altos funcionarios del área. En efecto, en las reuniones llevadas a cabo los días lunes en la sede de la Subsecretaría de Control Comunal (de las que participaban su titular Fabiana Fiszbin, el Coordinador de Inspecciones de la Subsecretaría de Control Comunal, Alfredo Ucar -resolución n° 7-SSCC-2004-, Ana María Fernández, en calidad de coordinadora general de la UPI, Rodrigo Cozzani, como coordinador operativo y Juan Carlos Loupias, en su calidad de asesor de la Subsecretaría de Seguridad) se elegían los locales que serían inspeccionados en el transcurso de la semana, determinación que se hacía en función de las denuncias que se hubieran recibido en las distintas áreas.

Vale aclarar que luego de la disolución de la UPI, que fue reemplazada por la DGFyC, primero Oscar Lucangioli (por un breve lapso) y luego Gustavo Juan Torres, al decir de Alfredo Ucar —indagatoria incorporada por lectura- se agregaron a las reuniones aludidas, sin que se hayan observado cambios en el modo de seleccionar los objetivos ni en la coordinación operativa, que continuó a cargo de Rodrigo Cozzani.

Respecto al origen de dichas reuniones, Fabiana Gabriela Fiszbin sostuvo que a partir de algunos inconvenientes generados en la organización de inspecciones planificadas por la UPI y que requerían de apoyo policial o de Gendarmería Nacional o de la Prefectura Naval Argentina, acordó con Carelli y Juan Carlos Loupias reunirse todos los días lunes.

Explicó que los directores generales informaban las denuncias provenientes de distintas zonas de la ciudad, con relación a locales comerciales y vía pública. Además, se fijaban nuevos operativos y se evaluaban y procesaban las denuncias (ver indagatoria de fs. 16055/168, incorporada por lectura el 1 de septiembre de 2008).

Además, precisó que la decisión acerca de los locales que

debían inspeccionarse la tomaba la Coordinación General de Operativos a cargo de Cozzani, quien participaba de las reuniones, al igual que Ana María Fernández, cuando estaba a cargo de la UPI, y Gustavo Juan Torres, cuando estuvo a cargo de la DGFyC (ver indagatoria del 12 de abril de 2005, incorporada por lectura al debate).

En la audiencia de debate del 25 de agosto de 2008, Ana María Fernández se expidió en idéntico sentido. En dicha ocasión puntualizó que Juan Carlos Loupias aportaba las denuncias provenientes de las comisarías, Rodrigo Cozzani llevaba las denuncias que ingresaban en el circuito administrativo de la UPI y Alfredo Ucar trabajaba con el padrón de locales habilitados y, posteriormente, con el listado de bomberos. Refirió que en los encuentros de los días lunes se analizaban los reclamos y denuncias, y se decidían las inspecciones a realizar en el área Nocturna y Vía Pública.

Agregó que durante la semana se reunían con Ucar, Loupias y Cozzani para terminar de definir las inspecciones, porque no se sabía con qué apoyo policial se iba a contar.

Por último, afirmó que los viernes Ucar bajaba el listado definitivo y Cozzani informaba todos los lunes el resultado de las inspecciones programadas para el fin de semana.

De manera coincidente se expidió el agente Oscar Soler, quien puntualizó que Alfredo Ucar *"les hacía llegar las hojas de la guía con los objetivos marcados"*. En forma similar se expresó el inspector Carlos Heraldo López.

Es decir, el criterio que orientaba la decisión acerca de qué lugares serían objeto de inspección se basaba únicamente en la respuesta frente al estímulo que significaba una denuncia formulada por un tercero. Además, tampoco se contaba con una instancia de inspección que permitiese hacer un seguimiento ulterior de lo actuado, de manera que ante el fracaso de la inspección por algún motivo —por ejemplo, que el lugar se encontrara cerrado-, se efectuare una nueva visita al local.

El esquema organizativo reseñado ha sido claramente reflejado por quienes prestaban servicios en las dependencias de los órganos de control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

El inspector de la UPI Diego Gabriel Mayochi explicó que trabajaban en base a denuncias y elegían de manera aleatoria zonas

determinadas.

En similares términos se pronunció Marcela Beatriz Velazco, quien sostuvo que en el turno noche "*por una cuestión logística*" trabajaban por zona y que los inspectores no tenían posibilidad de decidir la circunscripción a inspeccionar ni contaban con un mapa de riesgo.

Por su parte, Mario Esteban Mazilli criticó el sistema de inspecciones y a modo de ejemplo de lo que creía inconveniente refirió que el local "Molliere", que desarrollaba una actividad distinta a la habilitada, era un supuesto emblemático porque se fiscalizaba al momento de la cena y no en el horario en que desvirtuaba el rubro.

Indicó que no había un mapa de riesgo y que ignoraba los motivos por los que no se inspeccionaban los locales en otro horario ni cuáles eran los criterios de elección de los locales. Además, aclaró que los inspectores no tenían asignada una zona y no podían practicar inspecciones de oficio o de manera unilateral.

Las testigos Alicia Majlis de Szurman y Paula Verónica Trunzo dijeron desconocer cómo se elegían los establecimientos a inspeccionar y que no estaban autorizados a controlar locales ajenos a la lista que se les entregaba.

También han quedado en evidencia falencias administrativas que incidían negativamente en la actividad de control.

Así, al referirse al sistema de ingreso de actuaciones adoptado por la UPI, Martín Galante mencionó que al presentarse en el mes de octubre de 2004 en la DGFyC comprobó que subsistían dos mesas de entradas separadas, una de la UPI y otra de la UERA.

Precisó que ingresaron todos los expedientes de las dependencias mencionadas a un nuevo sistema y advirtieron que había locales que por una única cuestión tenían asignadas dos o tres actuaciones distintas. A modo de ejemplo, indicó que podía ocurrir que en una de ellas conste una intimación y en otra el descargo correspondiente.

Tomasa del Carmen Roldán detalló que por la precariedad del sistema implementado en la UPI, el registro de descargo no coincidía con el número dado a las actuaciones principales.

En términos similares se expresó María Rita Kuiyan.

La desorganización que imperaba en el área de control también puede colegirse de lo expresado por la propia responsable

de la Subsecretaría, quien refirió —en su declaración de fs. 16537/65, incorporada al debate mediante su lectura-, que *"además de las denuncias, a las que se le daba prioridad, no existía un plan sistemático dentro de la Subsecretaría para dar respuesta en forma oficiosa a los puntos conflictivos, es decir que se actuaba a instancia de parte. No existía un sistema de investigación propio sobre los lugares conflictivos en el ejido de la Ciudad"*.

La organización administrativa de la DGFyC tampoco mejoró la situación.

En tal sentido, la declaración de Ana Clara Taboada revela que no se centralizaba la información, dado que cada Área pasó a tener sus propios registros en "Excel" y la carga de informes no era global. El primer sistema de fiscalización integrado se puso en práctica a fines de 2006 o principios de 2007.

Por su parte, María Angélica Lobo indicó que no confiaban plenamente en el sistema informático, por lo que en oportunidad de buscar el expediente correspondiente a la habilitación del local donde funcionaba "República Cromañón" cada área revisó *"lo que tenía en su despacho"*. La desconfianza aludida estaba plenamente justificada, pues las actuaciones estaban inventariadas pero no figuraban registradas en el sistema informático. Finalmente, ubicaron las actuaciones en una oficina donde se hallaban los expedientes correspondientes a la ex UERA.

El desorden administrativo también se vio reflejado en el hallazgo de dos cajas azules con la documentación correspondiente a la actividad desarrollada por la UPI, a partir del requerimiento efectuado por Atilio Alimena en torno al funcionamiento de los locales de baile (Registro 7256/UPI/2004), que pese a pertenecer a la DGFyC no estaba registrada en el sistema informático, no tenía número de trámite interno y no estaba inventariada por el área de Intimaciones.

Así lo sostuvo María Angélica Lobo, quien además agregó que dichas actuaciones debían estar en el área de Intimaciones y tenían que seguir sustanciándose.

Todas estas particularidades nos llevan a sostener, ahora con la certeza que esta etapa requiere, lo dicho oportunamente en la causa n° 7052, "López, Juan Carlos y otros s/recurso de casación", reg. 1092, del 15/8/07, que *"basta un somero análisis sobre el funcionamiento del área de inspecciones, para concluir en*

el deficiente funcionamiento del mismo, especialmente en lo que se refería al modo en seleccionar objetivos, dado que -reiteramos- se actuaba sólo ante denuncias de particulares, de la Defensoría del Pueblo o a requerimiento de las autoridades policiales, no existiendo -en cambio- un esquema preventivo que tuviera sustento en una estrategia planificada. Naturalmente, lo expuesto no implica desconocer la utilidad de la realización de controles al azar, pues este método -al no estar sujeto a regla alguna que permita al administrado prever la inspección- puede aparecer como el más eficaz teniendo en miras una finalidad preventiva. Sin embargo, el grado de informalidad para designar los puntos a verificar no puede llegar al extremo -como sucedió- que se sucedieran varias inspecciones en un mismo local, cuando paralelamente la gran mayoría de ellos no eran visitados por los fiscalizadores".

1.c.2. Criterios en el ejercicio de las inspecciones. Locales de baile clase "c".

Ya se dijo que en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires el ejercicio del poder de policía en materia de seguridad, salubridad e higiene de los establecimientos de comercio estaba a cargo de la Subsecretaría de Control Comunal, de la UPI y, tras la desaparición de ésta, de la Dirección General de Fiscalización y Control.

En este acápite desarrollaremos puntualmente, los criterios que tenía el área de inspección y que eran aplicados por aquellos agentes con credencial que les otorgaba el poder de policía, específicamente en lo que hace a locales de baile clase "c" y otros comercios nocturnos que desarrollaban actividades afines, especialmente en los meses previos a la ocurrencia del hecho.

Así, en lo atinente a las inspecciones a los locales clase "c", Carlos Heraldo López precisó que en las mismas verificaban el funcionamiento del local y su seguridad e higiene.

Explicó que siempre pedían el certificado de bomberos y si el responsable del establecimiento no lo presentaba o estaba vencido, procedían a clausurar el comercio. Añadió que la misma determinación adoptaban ante el incumplimiento de la ley 118.

Además, manifestó que en los casos en que el titular del permiso de uso no coincidía con la persona que lo usufructuaba, se

cursaba la intimación correspondiente a fin de que se regularice la situación. Posteriormente, si se persistía en el incumplimiento, se procedía a clausurar el local.

El considerando de la disposición n° 257/DGFyC/2004 otorga pleno respaldo a la declaración del inspector Carlos Heraldo López, por cuanto acredita que el local de baile clase “c”, ubicado en Nazca 55 de esta ciudad, fue clausurado en forma inmediata y preventiva por hallarse afectadas las condiciones mínimas de seguridad y funcionamiento (prueba n° 295). Entre otras irregularidades, se dejó asentado que el establecimiento no exhibía el certificado final otorgado por la Superintendencia de Bomberos ni la solicitud de transferencia de habilitación.

Posteriormente, una vez presentado el certificado aludido y previa intimación a iniciar el trámite de transferencia de la titularidad de la habilitación, bajo apercibimiento de ser sancionado con la caducidad de la habilitación otorgada, se dejó sin efecto la clausura impuesta.

Tanto Paula Verónica Trunzo como Marta Susana Cali coincidieron en señalar que controlaban la vigencia del certificado de bomberos y que en caso de encontrarse en infracción clausuraban el local.

Dicho proceder se encuentra reflejado en el acta obrante a fs. 15410 que acredita la clausura del local ubicado en la calle Bartolomé Mitre 2737, denominado “Popularísimo”, por no poseer el certificado de condiciones contra incendio, fundamentándose la medida en la ordenanza n° 50250 -prueba n° 196-.

La misma norma se invoca en la disposición n° 336/DGFyC/2004, que ratificó la clausura inmediata y preventiva del local sito en la avenida Rivadavia 7217, por encontrarse afectadas las condiciones mínimas de higiene, seguridad y funcionamiento. El establecimiento, entre otras irregularidades, carecía de certificado anual expedido por la Superintendencia de Bomberos (prueba n° 295).

También era objeto de control la autenticidad de las tarjetas o marbetes correspondiente a los matafuegos y su vigencia. La primer hipótesis motivó que al inspeccionarse el local “Cemento” en julio de 2004, Marta Susana Cali labrara el acta de comprobación correspondiente, la cual se encuentra agregada a la causa n° 30386/04 de la Fiscalía Contravencional N°

1 -prueba n° 56-.

Por su parte, María Angélica Lobo refirió que en su desempeño como Coordinadora Legal aplicaba la ordenanza n° 50848 -modificatoria de la ordenanza n° 50250- y se expedía respecto a la regularidad de las inspecciones.

Mario Esteban Mazzilli explicó que en un momento y ante la falta del certificado de condiciones contra incendio, los inspectores debían labrar el acta de comprobación correspondiente y que posteriormente recibieron la orden de clausurar.

Asimismo, indicó que si detectaban que un local de baile no cumplía con los requisitos exigidos por la ley 118 sólo labraban el acta de comprobación correspondiente.

Al respecto, la disposición n° 272/DGFyC/2004 del 2 de noviembre de 2004, da cuenta que el incumplimiento de dicha ley también podía dar lugar a la clausura inmediata y preventiva del local, si se trataba de un establecimiento que con anterioridad había sido intimado a cumplirla o si se consideraban afectadas las condiciones mínimas de higiene, seguridad y funcionamiento (disposición n° 336/DGFyC/2004, prueba n° 295).

Por su parte, Silvia Irene Ameijeiras sostuvo que era habitual solicitar planos, plancheta de habilitación, certificado de condiciones contra incendio y certificado de fumigación y desinsectación.

En el mismo sentido se expidió José Zacarías Alanis, quien además mencionó que las cuestiones inherentes a las condiciones de higiene y seguridad podían derivar en una clausura inmediata y preventiva. A modo de ejemplo, mencionó el caso de un local de baile que presente obstruida la puerta.

Lo expuesto encuentra corroboración con la sanción impuesta al local ubicado en la avenida Rivadavia 7217, que entre otras irregularidades presentaba vallas de contención en su puerta de ingreso, en infracción al artículo 4.7.1.2 del Código de Edificación (disposición n° 336/DGFyC/2004, del 9 de noviembre de 2004).

La desvirtuación del rubro para el cual estaba habilitado el local constituía otro de los aspectos a controlar por los inspectores.

En tal sentido, cabe mencionar que por disposición 387/DGFyC/2004 se dispuso la clausura inmediata y preventiva del

local sito en Yerbal 1609/1617, en razón de hallarse afectadas las condiciones mínimas de funcionamiento (prueba n° 295). El comercio se encontraba habilitado para los rubros café, bar, casa de fiestas privadas infantiles y sala de patinaje sobre hielo pero desarrollaba la actividad de música y canto y sala de recreación.

Casos similares se observan en las disposiciones n° 286/DGFyC/2004 y n° 688/DGFyC/2004, correspondientes a los locales emplazados en la avenida Córdoba 937 y Carlos Calvo 3740, respectivamente (prueba n° 295).

La venta de bebidas alcohólicas a menores tampoco escapaba a la acción de los órganos de control del GCBA.

El informe trimestral elevado por Ana María Fernández a la Subsecretaria de Control Comunal (prueba n° 319, fs. 17820/4) da cuenta que la competencia de la UPI comprendía el control de la prohibición de venta de bebidas alcohólicas impuesta por el decreto de necesidad y urgencia n° 3/03.

Por medio de dicha norma se pretendió limitar las bocas de expendio de bebidas alcohólicas, a fin de garantizar el efectivo cumplimiento de la prohibición de venta de alcohol a menores de 18 años dispuesta por la ley nacional 24788, conducta que también se encuentra contemplada en el artículo 51 del Código Contravencional y en el artículo 4.1.17 de la ley 451, cuando dicha actividad se efectúe en un local de baile clase “b” o “c”.

Un ejemplo del ejercicio del poder de policía en la materia lo constituye la disposición n° 450/DGFyC/2004, que ordenó la clausura preventiva del local sito en la calle José María Moreno 714 por hechos que involucraron a menores con ingesta excesiva de alcohol en horario nocturno, en infracción a los artículos 4.1.3 y 4.1.16 de la ley 451.

También era objeto de verificación y sanción la colocación de media sombra como cielorraso, por infringir el artículo 7.2.11.1 del Código de Edificación, situación que se configuró en el local ubicado en la calle Brasil 1348 de esta ciudad (ver disposición n° 272/DGFyC/2004, del 2 de noviembre de 2004, que ratificó la clausura inmediata y preventiva dispuesta —prueba n° 295-).

De manera coincidente a lo relatado por los inspectores citados, el informe n° 37/DGFyC/2004 —sobre n° 21 del índice de

prueba- explica que los operativos se realizaban de manera integral.

De ello da cuenta el formulario denominado "Informe de Inspección" que era proveído especialmente a los inspectores para los operativos que se realizaban en locales de baile clase "a", "b" y "c", que entre sus ítems incluían la exhibición de los libros, certificados y planos del lugar (por ejemplo: plancheta de habilitación, certificado de transferencia, Libro de Registro de Inspección, plano de habilitación aprobado, plano de ventilación mecánica, certificado de impacto ambiental, certificado de habilitación anual de la Superintendencia de Bomberos, plano final de incendio, certificado de tratamiento ignífugo -en caso de tener revestimientos de madera, cielorrasos, cortinas, etc.-), la verificación de sus aspectos arquitectónicos (entre ellos cabe destacar la constatación de salida propia e independiente a la vía pública, las condiciones de iluminación y la cantidad de sanitarios en proporción adecuada a la cantidad de concurrentes), de seguridad y funcionamiento (por ejemplo: señalización de los medios de salida, cantidad, ubicación y condiciones de uso de los matafuegos e hidrantes, número y condiciones de los medios de salida, iluminación de emergencia y cumplimiento de la ley 118) y de higiene y funcionamiento (libretas sanitarias, condiciones de uso, conservación y funcionamiento de las instalaciones eléctricas, sanitarias y de servicio de agua potable).

La sobre ocupación de un local bailable encuadra en la falta prevista en el artículo 2.1.3 de la ley 451 y constituía otro de los puntos a fiscalizar en las inspecciones. Con acierto se señala en la sentencia, que el personal verificador debía consignar la capacidad del local y realizar el correspondiente cotejo con la cantidad y medidas de los medios de salida y con la cantidad de sanitarios existentes en el lugar, que variaban según el número de asistentes permitido, resultando dichos aspectos factores a considerar para evaluar si el establecimiento cumplía con las condiciones de seguridad e higiene requeridos por las normas vigentes.

En la misma inteligencia, Jorge Luis Pérez, colaborador y asesor de la Dirección de Habilitaciones y Permisos, explicó que el factor de ocupación de las distintas actividades se encontraba establecido en el artículo 4.7.1.2 del Código de Edificación y que

dicho coeficiente podía sufrir alguna restricción debido al ancho de los medios de salida o a la cantidad de servicios sanitarios.

Es cierto que en caso de tratarse de un espectáculo de asistencia masiva el exceso de asistentes a un local y la obstrucción de medios de salida pueden configurar las contravenciones previstas en los artículos 57 y 70 del Código Contravencional, pero ello no libera a los inspectores del órgano de contralor del deber impuesto por el artículo 10 de la ley 471/00 -Ley de Relaciones Laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- de dar conocimiento del hecho a sus superiores, conducta que también se encuentra señalada en el "Manual de Inspecciones", que orientaba la labor de los inspectores en el ejercicio de sus funciones -sobre n° 21 del índice de prueba-, pues justamente era el material que se les proveía en los cursos de capacitación y que estaban obligados a conocer y respetar.

2. Alertas sobre la situación crítica de los locales de baile.

Varios fueron los extremos que alertaron a las áreas competentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sobre la situación crítica que atravesaban los locales de baile clase "c".

2.a. Al respecto, cabe mencionar en primer término lo actuado por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de comprobar el cumplimiento de las medidas de prevención de incendio en los citados locales bailables.

A los fines señalados, la Defensoría 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).

Asimismo, en esa última fecha se solicitó al Jefe de la División Prevención de Incendios de la Superintendencia Federal de Bomberos de la Policía Federal Argentina que detalle la nómina de locales que habían solicitado la inspección y "*certificación inicial*" como así también los locales que cumplían con la ordenanza n° 50250.

En fecha 5 de febrero el Comisario Alberto Corbellini dio

respuesta a la requisitoria cursada informando los locales que tenían vigente el certificado de condiciones contra incendio, detallando cuáles no lo habían renovado y los que nunca habían sido aprobados, en orden a lo previsto por la mentada ordenanza.

Por su parte, 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.

Efectuado un entrecruzamiento de la información recibida se constató un *"alto incumplimiento a las normas vigentes por parte de los responsables de los locales de baile"*.

Por ello y teniendo en consideración la resolución n° 2022/03 en virtud de la cual la Defensoría recomendó 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"*.

En dicha resolución 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-.

La solicitud ingresó a la Subsecretaría de Control Comunal en fecha 17 de mayo de 2004, disponiendo Fabiana Fiszbin la intervención de la Unidad Polivalente de Inspecciones, donde recibieron las actuaciones el 26 del mismo mes y año (conf. Providencia n° 5/110/DGCOOR/2004 e informe n° 2123-SSCC-2004 —sobre n° 5 del índice de prueba-).

Ante la preocupación por la situación advertida y en virtud de la falta de noticia alguna por parte de la Unidad Polivalente de Inspecciones, el 5 de agosto del referido año, en el marco de la actuación administrativa en estudio Julio O. Spina, Director General de Áreas Temáticas de la Defensoría del Pueblo de

la Ciudad de Buenos Aires, requirió a la unidad que remita un listado de los locales de baile clase “c” inspeccionados en el transcurso del año 2004, detallando las clausuras impuestas, los motivos y los que mantienen la sanción.

Más allá de la referida presentación efectuada, la Defensoría del Pueblo continuó recibiendo información por parte de la Superintendencia de Bomberos y mediante nota fechada el 18 de noviembre de 2004 se asentó que hasta el mes de octubre del citado año, “*sobre un total de 200 locales que hoy se encuentran habilitados y en funcionamiento, el 70% no cumple con lo normado en la Ordenanza 50.250*”.

Lo expuesto denota 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.

Ahora bien, además de la tramitación propia de la citada Actuación que luego detallaremos, también se verificaron reuniones en torno a esta cuestión.

Así, se encuentra acreditada la existencia de tres encuentros entre el Defensor Adjunto y la Subsecretaria de Control Comunal. El primero, tuvo lugar en el mes de enero del año 2004 y participaron en él Atilio Alimena, junto con su colaborador Antonio Fernández y la Subsecretaria de Control Comunal Fabiana Fiszbin siendo la temática planteada los locales de baile, las estaciones de servicio, los shoppings y todo aquello vinculado con la problemática relativa a la probabilidad de incendio, medios de escape y prevención en dichos sitios. Puntualmente, le manifestaron a la funcionaria que se encontraban trabajando sobre las referidas cuestiones y que consideraban un tema sensible a la habilitación de los locales de baile, adelantándole que le iban a solicitar un informe al Gobierno de la Ciudad y a la Superintendencia de Bomberos.

En dicha reunión se hizo referencia a la normativa aplicable expresando el testigo Alimena que la funcionaria tomó nota de ello pero no tenía “*claro conocimiento*” del tema ni de las resoluciones anteriores de la “Defensoría” y, por ello, le pidió unos días para ponerse al tanto y ver como estaba “*la situación*”.

Por su parte, el testigo Fernández declaró que le transmitieron a la responsable del área la problemática de muchos

años referente a la seguridad de las personas y que querían tomar conocimiento de la información que la repartición venía recabando sobre el tema.

Destacó que en el año 2002 o 2003 la Defensoría del Pueblo ya le había pedido al Gobierno de la Ciudad que se verifique el cumplimiento de la ordenanza n° 50250. Que se había emitido una resolución similar donde se detallaba la problemática de los locales de baile. Si bien no recordó si expresamente le refirieron a la funcionaria dichas resoluciones, manifestó que le impusieron claramente el motivo de la entrevista.

Asimismo, el Defensor Adjunto declaró que en el marco de la reunión comentó lo ocurrido en el caso "Kheyvis" con el fin de despertar el interés de la funcionaria y lograr que la misma cumpla con lo requerido. Atento a la demora en la tramitación de un pedido de informes al Poder Ejecutivo, le envió a Fiszbin una copia de la solicitud, que agilizó la respuesta.

La segunda reunión tuvo lugar en el mes de mayo de 2004 y participaron Atilio Alimena, Antonio Fernández, Fabiana Fiszbin y la coordinadora de asesores de la nombrada, Carmen Prusak, oportunidad en la que le entregaron a la funcionaria una copia de la resolución dictada en fecha 5 del citado mes en el marco de la Actuación nro. 631/04, para agilizar el curso formal de la misma que demoraba sesenta días en llegar al funcionario y unos seis meses para obtener una respuesta.

Al respecto, Alimena declaró que en virtud de la sanción de la ordenanza n° 50250, a los efectos de habilitar un local, debía presentarse el certificado de condiciones contra incendio extendido por la Superintendencia de Bomberos. La vigencia de dicho documento era anual no obstante ello el Gobierno de la Ciudad desconocía las fechas de vencimientos de los certificados correspondientes a cada local y les llamó la atención que había locales cuyos certificados se encontraban vencidos, conforme los registros de la Superintendencia de Bomberos, y seguían funcionando.

En efecto, detalló que en virtud del entrecruzamiento de la información se verificó que sólo el doce por ciento de los locales cumplían con las exigencias del Código de Habilitaciones, que había locales que funcionaban que no se encontraban incluidos en la lista confeccionada por la Superintendencia de Bomberos y

otros que tenían el certificado vencido de larga data.

Dijo que les sugirió publicar un aviso en el diario estableciendo un plazo de diez días para que los boliches regularicen la situación y en caso de incumplimiento, se debía proceder a su clausura. Asimismo, les explicó que la regularización de los locales no se podía prolongar en el tiempo y que se debía actuar rápido. Le manifestó a Fiszbin que si los locales no cumplían con la normativa no podían seguir funcionando, por cuanto se estaba legitimando una anormalidad.

Por su parte, el testigo Antonio Fernández declaró que se reunieron por segunda vez con la funcionaria, ocasión en la que Atilio Alimena le transmitió la situación de riesgo relevada, puesto que la mayoría de los locales no cumplían con la exigencia del certificado de bomberos. Detalló que los informes requeridos y el entrecruzamiento efectuado en el marco de la Actuación 631, motivó el reporte de situación de los locales de baile.

La testigo Carmen Prusak refirió que participó de la reunión en la que el Defensor llevó una nota informal en la que le solicitaba a Fiszbin que se intime a los locales de baile a cumplir con la normativa vigente, reconociendo como tal al requerimiento exhibido agregado en la Actuación 631.

Expresó que le explicaron al Defensor que ya estaban trabajando sobre el tema y que habían realizado inspecciones. Destacó que, con anterioridad a la reunión, la Subsecretaria había sido informada sobre la existencia de una lista confeccionada por la Superintendencia de Bomberos de los locales de baile, en tanto que el Defensor refirió que el padrón era obsoleto porque se registraban algunos que no funcionaban como locales de baile por lo que Fabiana Fiszbin solicitó a “Habilitaciones” que lo depure sin saber cuando culminó dicha tarea.

Declaró que la Subsecretaria no tomó una medida específica respecto a los locales de baile por cuanto el requerimiento fue derivado a la Unidad Polivalente de Inspección, responsable de dar respuesta a la requisitoria efectuada por la Defensoría del Pueblo.

Agregó que Fiszbin le solicitó verbalmente a la Coordinadora General, y previo al ingreso formal de la solicitud de la defensoría, que comience a trabajar sobre las intimaciones a los locales de baile a fin de dar respuesta inmediata.

Expresó que no hubo un seguimiento de las tareas encomendadas a Ana María Fernández por cuanto el deber de contestar los requerimientos constituye una responsabilidad primaria de las Direcciones Generales.

La última reunión tuvo lugar en junio de 2004 con motivo de la nota periodística del diario "Clarín" efectuada para sensibilizar a los funcionarios y a la sociedad sobre la problemática en cuestión. La publicación en el periódico del día 26 de mayo del citado año, fue 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*" (prueba n° 17).

En relación a dicha nota, el Defensor Adjunto declaró que la difusión pública del tema ayudaba a que el Gobierno de la Ciudad "*se apure*". Ello no fue bien tomado por la Subsecretaria quien le manifestó que el artículo no era justo teniendo en cuenta la tarea llevada a cabo en comparación con otras gestiones.

Refirió Alimena que hasta ese momento, el Gobierno de la Ciudad "*visitaba los locales*" e intimaba al cumplimiento de la ordenanza. En virtud de lo requerido por intermedio de la Actuación 631, se solicitó que se intime a los locales a cumplir con la ley y para ello había dos opciones: "la clausura del local" o la "intimación con suspensión de actividades". Expresó que incluso la suspensión de actividades podía ser "controlada".

Aseguró que se podía cumplir con dicha sugerencia sin necesidad de clausurar, atento a que se podía fijar un plazo para "*regularizar*" y disponer "*en cada caso*" el cese de la actividad hasta que se cumpla con lo normado. La funcionaria le dijo que tomar dicha medida implicaba parar "a todos" y "*eso se me escapa, no puedo cortar todo*".

El testigo Antonio Fernández declaró que en esta última reunión la funcionaria le recriminó a Atilio Alimena los términos de la publicación y sostuvo que éste último consideraba que si bien entendía que Fiszbin había comenzado a hacer algunas cosas, pretendía un corte más serio, no permitiendo la apertura de los locales que no contaran con el permiso de bomberos. En relación a

ello la Subsecretaria dijo que, de acuerdo a la situación, debía disponer la clausura de un centenar de locales y para ello requería de una decisión política que la excedía, argumentando que no tenía capacidad para disponerla.

Asimismo, el testigo citado hizo referencia a las gestiones realizadas en torno a la problemática en tratamiento, declarando también que habló con la responsable de la Unidad Polivalente de Inspección, la Coordinadora General Ana María Fernández, no pudiendo establecer si las charlas fueron una o dos, y si se materializaron antes o después del inicio de la Actuación 631. Las cuestiones tratadas con la nombrada versaban sobre los mismos temas conversados con Fiszbin.

Corresponde entonces analizar la actuación concreta de los funcionarios del Gobierno de la Ciudad a partir de la denuncia y el requerimiento efectuado por Atilio Alimena, más allá de las citadas reuniones.

Tal como fuera reseñado precedentemente, con anterioridad al ingreso formal de la Actuación n° 631/04 en la Unidad a cargo de Ana María Fernández, en virtud de las reuniones mantenidas entre el Defensor Adjunto y la Subsecretaria en los meses de enero y mayo, se había solicitado la lista de los locales de baile que la Superintendencia de Bomberos le había remitido a Alimena en el mes de febrero, la que ingresó en la UPI el 18 de mayo, se registró bajo el número 7256 y de la que surge la existencia de 177 locales de baile clase "c", tanto con el certificado anual al día, en trámite, con el mismo vencido o que "*nunca fueron aprobados*" (conf. prueba n° 5).

Ahora bien, teniendo como base dicho catálogo remitido la Coordinadora General Ana María Fernández libró 164 intimaciones. Fue así que, en el marco de dichas misivas cursadas bajo el registro 7256/UPI/2004 se requirió *"al titular del local sito en Bartolomé Mitre n° 3060/72 presente, ante esta Unidad Polivalente de Inspecciones la documentación que acredite el cumplimiento de la normativa vigente relativa a la actividad comercial que desarrolla, otorgándole a tal efecto un plazo de 15 (quince) días hábiles contados a partir de su notificación, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2116/GCBA/2003 y 37/GCBA/2004. Asimismo se pone en su conocimiento que en caso de incumplimiento podrá ser pasible del régimen de penalidades vigentes. Queda Ud.*

Notificado. Dra. Ana María Fernandez Coordinadora General Unidad Polivalente de Inspecciones". Tal como surge de dicho instrumento el mismo fue recibido en fecha 24 de mayo de 2004, por Mario Díaz (prueba n° 243). El mismo requerimiento se efectuó a los restantes 163 locales.

De tal manera, la administración otorgó un cauce meramente formal a la Actuación de la Defensoría del Pueblo, limitando su reacción al libramiento de los referidos requerimientos. Y lo que comprueba ello, es fundamentalmente la actitud posterior a las medidas adoptadas, dado que una vez que la mayoría de las intimaciones fueron diligenciadas no se efectuó ningún seguimiento, ni sistematización, ni análisis de los silencios o las respuestas obtenidas.

La tarea de control se redujo a cargar algunos datos en una planilla de "Excel" y a la reserva de las respuestas en una caja azul y de las pendientes de contestación en un bibliorato.

Sobre el particular, la testigo Carolina Albela declaró que se efectuaron alrededor de un centenar de intimaciones a locales de baile clase "c" para que cumplieran con la normativa vigente. Su tarea en este aspecto, consistió en separar las distintas intimaciones, indicando que los requerimientos no contestados los colocaba en un bibliorato y respecto de aquellos que eran respondidos, adjuntaba la documentación, los cargaba en una planilla de "Excel" y los guardaba en una caja azul.

Narró que en las contestaciones o descargos de las intimaciones, señaló que las miraba personalmente junto con su jefa, María José Castro, quien le indicaba si habían contestado. Luego se adjuntaba a la Actuación y se guardaba en la caja, aún cuando se presentaran certificados de bomberos vencidos.

Agregó que si el documento estaba en el descargo, no se verificaba con otra actuación. En relación a las intimaciones no contestadas que iban al bibliorato, manifestó que estaban a la espera de la respuesta. Expresó que no sabe si tenían plazo y que eran guardadas arriba de un armario en el área de "Intimaciones".

Refirió que se informaba a la Subsecretaría acerca de las contestaciones de las intimaciones en forma periódica, pero que en cierta ocasión "*la Dra. Varone le solicitó la planilla de 'Excel' para remitirla en el mes de junio a la Subsecretaría*". Allí constaba la fecha de la intimación y quien había contestado,

reconociendo a dicho listado como el incorporado en el Anexo X de la prueba n° 33.

De una lectura de dicha planilla, que se encuentra titulada *"Listado de requerimiento a locales bailables"*, se advierte la existencia de una mera enunciación de datos, pues en el apartado que se titula *"observaciones"* surge que varios de los domicilios a los que fueron dirigidas las intimaciones resultaron inexistentes, que los locales habían cerrado o que en dicho lugar se desarrollaba una actividad diversa a la del local de baile (tales como banco, supermercado, empresa, garage, obra en construcción o casa de familia).

Por otra parte, en los espacios titulados como *"cumplimentación del requerimiento"* en algunos se asentaron fechas y detalles de cuestiones que no aclaran el estado concreto de cada situación y por último se verifican direcciones que no poseen anotación alguna.

La testigo Albela declaró que, según le manifestara Ana María Fernández, había que esperar que la Subsecretaria decidiera qué hacer con las actuaciones.

Asimismo, en relación a la modalidad de actuación respecto al resultado de las diligencias cursadas, el testigo Walter Entelman recordó que mientras la UPI se encontraba en la calle Lavalle, pudo observar una caja azul colocada sobre un armario, que contenía "requerimientos especiales".

Agregó que *"esos requerimientos de locales de baile, había que tenerlos al día porque los utilizaba la subsecretaría"*. Asimismo, manifestó que debido a su estatura en varias oportunidades le alcanzaba esa caja a Carolina Albela, quien se encargaba de la recepción y clasificación de esas actuaciones.

Expresó que cuando la DGFyC se encontraba ubicada en la Avenida Regimiento de Patricios, también observó una *"caja plástica de color azul"* ubicada arriba de los armarios que pertenecían al área Técnico Legal. Declaró que las intimaciones que posteriormente eran guardadas en la caja referida, nunca fueron revisadas por él, que desconocía su contenido, y que su relación con ella se limitaba únicamente al hecho de alcanzarle la caja a Albela; asimismo indicó que tales *"actuaciones eran ingresadas por la mesa de entradas de la Dirección, al igual que el resto de los expedientes que le pertenecían"*.

Continuando con el relato, manifestó que la Dra. Varone también estaba en conocimiento de la existencia de esa "caja azul", porque las intimaciones salieron del área que ella coordinaba.

Por su parte, la testigo María Angélica Lobo, declaró que con posterioridad al incendio ocurrido en "Republica Cromañón" apareció la documentación relacionada con el local, destacando que el expediente correspondiente a la habilitación se encontró en una oficina del sexto piso, donde estaban las actuaciones correspondientes a la Unidad de Evaluación y Resolución de Actuación. No figuraba ingresado en el sistema pero estaba inventariado. Con posterioridad apareció la restante documentación.

En relación a ello, manifestó que se trataban de intimaciones que se habían dirigido a los distintos locales de baile detallando que en una caja estaban las que habían tenido respuesta a los requerimientos y en otra las que *"no habían comparecido al pedido de intimación"*. La caja detallada en primer término fue hallada sobre un armario que dividía el área "Legal y Técnica" del área "Intimaciones" y escuchó que Vanesa Berkowski "*gritaba porque había aparecido una caja en su sector y que quería estar presente cuando se abriera*".

Refirió que la caja estaba cerrada y tenía "*algo pegado arriba*" con leyenda "*Personal*". Expresó que dichas cajas pertenecían a la DGFyC pero no figuraban registradas y que la leyenda aludida "*sería de quien estuvo a cargo*" de las intimaciones, que se encontraban firmadas por Ana María Fernández.

Manifestó que la información hallada en las cajas no estaba cargada en el sistema y las actuaciones no tenían número de trámite interno.

Vinculado con este extremo también depuso la testigo Vanesa Berkowski, quien describió la situación por medio de la cual se encontraron las intimaciones cursadas en el marco de la Actuación n° 631.

Expresó que mientras estaba en su escritorio advirtió que Ana Fernández le solicitó a un empleado de nombre Claudio que le alcanzara una caja que se situaba sobre un armario que dividía las áreas pero ubicándose más próxima al sector "*intimaciones*". Agregó que ante dicha circunstancia se aproximó a fin de constatar lo que

ocurría.

Efectuada la lectura de la declaración vertida en la sede instructoria ratificó "…*que al acercarse a la Directora Adjunta y preguntarle que estaba sucediendo, ésta le dijo que nada y que, ante su insistencia, fueron al escritorio de aquélla y revisaron el contenido de la caja*".

Relató la forma en que se produjo la apertura de la caja y, en relación a las cédulas reservadas en ella, destacó que las mismas estaban acompañadas por descargos y que se diferenciaban de las utilizadas en su trabajo pues no poseían la transcripción de los derechos de los vecinos. Inmediatamente dio noticia de lo ocurrido a la doctora Lobo, quien se hizo cargo de la caja y dispuso la certificación de su contenido por medio de un escribano público. Las intimaciones en cuestión no se encontraban inventariadas ni informatizadas. Detalló que la caja de plástico azul poseía en su exterior la inscripción "*personal*" efectuada con "*liquid paper*".

Por último, reconoció el informe realizado y refirió que la coordinadora de legales le solicitó su confección a pedido del doctor Torres (conf. prueba n° 84).

En ese marco podemos afirmar que el comercio sito en la calle Bartolomé Mitre 3060/72 de esta ciudad fue uno de los locales intimados a presentar la documentación, habiendo recibido el referido requerimiento el señor Alfredo Mario Díaz el 24 de mayo de 2004. En cumplimiento de lo solicitado por la Administración Pública, el 10 de junio de 2004 el señor Raúl Lorenzo -en representación de Lagarto SA, titular de la habilitación- respondió el requerimiento cursado por la unidad y entregó a la UPI una copia de la plancheta de habilitación, el certificado de inspección final de bomberos, dos carátulas de fotocopias de los planos de habilitación y tres de los planos de bomberos.

De la lectura del certificado presentado se desprende que el mismo fue extendido el 24 de noviembre de 2003, como así también el término de su vigencia (prueba n° 33). Dichos documentos corrieron la misma suerte que las restantes intimaciones, algunos datos fueron volcados en la planilla y luego fueron resguardadas en la caja.

Tal como fuera descripto precedentemente, en el marco de

la Actuación 631 y con motivo del requerimiento efectuado mediante la resolución de fecha 5 de mayo, sólo se libraron algunas intimaciones a los locales de baile clase "c", sin que se efectuara seguimiento alguno de la cuestión.

Por otra parte, en el marco de la referida Actuación la Defensoría del Pueblo solicitó, en fecha 5 de agosto de 2004, que se informe lo actuado en relación a los locales de baile clase "c", es decir que se reporte cuáles fueron inspeccionados por la UPI, cuáles fueron los clausurados, los motivos de ello y si subsistían dichas sanciones. La solicitud firmada por Julio Spina y haciendo referencia a la Actuación 631, ingresó en fecha 13 de agosto de ese año en la UPI, manteniendo la referencia a dicha Actuación.

Fue así que la Coordinadora del área Legales, María Angélica Lobo, en fecha 5 de noviembre derivó el pedido al Coordinador Operativo, quien adjuntó el listado de los locales de baile clase "c" inspeccionados, los clausurados y las actas de comprobación labradas. Luego la doctora Lobo elevó el informe técnico n° 611/DGFYC/04 en fecha 15 de noviembre al Director General Gustavo Torres, sin hacer referencia a la Actuación de la Defensoría.

Posteriormente, en fecha 26 de noviembre, el Director General de Fiscalización y Control Gustavo Torres remitió a la Subsecretaria de Control Comunal el informe requerido. Adviértase que en el encabezamiento de esta última pieza nuevamente se hace referencia expresa a la "Actuación n° 631/04".

La nota referida ingresó en la oficina a cargo de Fiszbin en fecha 14 de diciembre de 2004, quien en la misma fecha la remitió a su superior, el Secretario de Justicia y Seguridad Urbana, Juan Carlos López mencionando como motivo de la misma *"S/solicitud Listado de Locales bailables Clase C inspeccionados en el 2004"*, sin referenciar la Actuación de la Defensoría. Luego de diversos pases, la información ingresó en el organismo requirente en fecha 3 de enero de 2005 (prueba n° 18).

Asimismo, cabe señalar como otro acto llevado a cabo por parte de los funcionarios de la administración, al relevamiento efectuado por el CEVIP (Cuerpo de Emergencias en la Vía Pública) cumplido entre el 16/08/2004 y el 01/10/2004 (conf. prueba n° 316.6). En relación al mismo la testigo Prusak manifestó que

Fabiana Fiszbin pidió a *"Habilitaciones"* que depure el padrón y que desconocía cuando se terminó la tarea encomendada. Dijo *"creer"* que se enteraron a través del Director de *"Habilitaciones"* que el padrón de locales estaba desactualizado y que al concurrir a diferentes establecimientos advirtieron que varios salones de baile ya no continuaban en actividad.

Tal como surge de la nota n° 675 del 1° de diciembre de 2004 dirigida al Director de Habilitaciones y Permisos, contador Miguel Ángel Figueroa, Fabiana Fiszbin envió la información recabada por el CEVIP a la dependencia mencionada, para que se depure el padrón de locales.

2.b. La Actuación detallada precedentemente no fue la única denuncia efectuada por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires a las autoridades locales en relación a los comercios en estudio. Al respecto de ello, cabe traer a colación diversas resoluciones anteriores a la Actuación 631 que, si bien hacían referencia a determinados boliches en particular y versan sobre diversas irregularidades, no es menos cierto que revelaban la situación por la que atravesaba el rubro desde antigua data. Es decir, que la problemática planteada no era una cuestión novedosa.

Así, cabe señalar 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, detalladamente expuestas en la sentencia (pruebas n° 2 y 16).

Por otra parte, la Actuación n° 631 citó como precedente a 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 resolvió: *"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" (conf. prueba n° 2).

Asimismo, otras instituciones alertaron al Gobierno de la Ciudad.

En este sentido, con fecha 12 de abril de 2004 el Jefe de la División Prevención de la Superintendencia de Bomberos envió un oficio a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos por medio del cual remitió la lista que detalla los locales de baile que, según los antecedentes de la superintendencia, no cumplían los términos previstos por la ordenanza n° 50250.

Asimismo, en tal oportunidad señaló que "*consideraba de vital importancia el accionar de ambos organismos con el fin de hacer cumplimentar la legislación vigente*". Por último, solicitó a la mencionada Dirección que remita el padrón actualizado de los locales que debían cumplir con la ordenanza citada.

Dicha nota fue dirigida a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos ingresando por mesa de entradas en fecha 13 del mismo mes y año, tramitándose bajo el Registro 495/DGHP/2004.

El área mencionada en fecha 22 de abril le agregó las constancias de habilitación obrantes en el padrón sistematizado e histórico de los locales e ingresó a la Unidad Polivalente de Inspecciones en fecha 27 de mayo de 2004 (Anexo II prueba 33).

La solicitud remitida por la Superintendencia de Bomberos a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos no resulta aislada, pues con anterioridad (mediante notas fechadas 21/04/03 y 31/10/03) el Departamento de Actividades Nocturnas de la Dirección General de Verificaciones y Control había recibido similar información y solicitud, pero obviamente con los datos correspondientes a esas fechas (conf. prueba 18).

Más allá de los cursos formales otorgados a los requerimientos y a la Actuación nro. 631, como así también de las reuniones mantenidas, la situación alertada adquirió estado público a través de la referida 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" (*prueba n° 17*)*.

La nota resalta que, a criterio de la Defensoría del Pueblo, de aplicarse la ley deberían cerrar alrededor de 222 locales de baile, puesto que poseen vencido el certificado expedido por la Superintendencia Federal de Bomberos en los términos de la O.M. 50250.

En dicho informe el defensor expuso que mediante una nota de fecha 5 de mayo había requerido a la Subsecretaría de Control Comunal que se regularizara esa situación. Por otro lado, el periódico entrevistó a Daniel Vazquez, Presidente de CEDEBA (Cámara de Empresarios de Discotecas y Entretenimientos de la Ciudad de Buenos Aires), que reúne a 16 boliches de la ciudad, quien refirió que los integrantes de dicha cámara cumplían con tales requisitos. Por último, Fabiana Fiszbin aseguró al diario que la Subsecretaría de Control Comunal realizaba operativos para revisar las habilitaciones de los locales.

A raíz de la publicación el cuerpo legislativo local dispuso el 30 de septiembre cursar un detallado pedido de informes al respecto.

Tal como surge de la 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) 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).

De una compulsa de las actuaciones administrativas labradas con motivo del requerimiento legislativo se advierte asimismo la intervención de los encartados.

La resolución fue remitida por oficio al Jefe de Gobierno de la Ciudad, dándose intervención a la Secretaría de Justicia y

Seguridad Urbana del citado cuerpo. Por su parte, el doctor Miguel Echeverría, Director General de Coordinación de la Secretaría referida, canalizó la tramitación a través de la Dirección General de Fiscalización y Control.

Fue así que Gustavo Torres solicitó, en fecha 16 de noviembre de 2004 a la Subsecretaria Fiszbin, la remisión del listado de los locales relevados a fin de dar cumplimiento a la petición (Informe 181-DGFYC-2004). En relación a ello Fabiana Fiszbin suscribió la nota, datada el 24 de noviembre de 2004, por medio de la cual dio intervención a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos a fin de que informe lo solicitado por la legislatura en el punto a) y asimismo ordenó que, una vez cumplido, vuelvan las actuaciones a la Dirección General de Fiscalización y Control, a efectos de completar la respuesta.

En fecha 5 de enero de 2005, el Contador Miguel Figueroa adjuntó los listados de los diversos locales habilitados y, contando con dichos datos y el listado de las inspecciones realizadas durante el año 2004, la Dra. María Angélica Lobo confeccionó el informe técnico n° 382/DGFyC/2005, el que fue remitido por Gustavo Torres al Director General de Coordinación Legal mediante nota del 19 de enero de 2005 (prueba n° 21).

Resta destacar, que el motivo consignado en las notas administrativas que los funcionarios tuvieron a la vista, fue: "*informe de medidas de seguridad en locales bailables*" o "*informe medidas de seguridad c/incendio en locales bailables*".

Por último, cabe traer a colación los dichos del testigo Omar Néstor Fernández. El nombrado declaró que actuó como abogado de algunas personas que se dedican a la explotación de locales de baile y asesoró a la fundación "Alfa Más". Expresó que comenzaron a notar que tales comercios sobre-ocupaban sus salones de manera reiterada y sostenida en el tiempo. En virtud de lo cual, llevaron a cabo diversas denuncias y se reunieron con los funcionarios responsables del área.

Sobre el particular detalló que en primer término se entrevistaron, de manera fugaz, con los asesores de Fabiana Fiszbin, quienes refirieron que la manera de abordar la problemática era a través de la interposición de la denuncia pertinente. Al formular la misma decidieron imputar solamente a dos locales y no a la totalidad de los boliches, por razones de

practicidad.

Luego de concretar la citada denuncia se reunieron con Gustavo Torres, Ana María Fernández y dos personas más, donde les explicaron que los locales operaban sin resguardar las condiciones de seguridad. Agregó que los funcionarios permanecieron en silencio y les solicitaron que elaboren un listado de los comercios en riesgo.

Asimismo, expresó que, por segunda vez, lo vio a Torres en un pasillo y le dijo "*voy a llamar a los locales de baile para limar asperezas*". Dicha expresión le llamó mucho la atención porque consideraba que no era un tema que debía plantearse de esa manera.

Por último, existió un tercer encuentro con Torres a fines del mes de diciembre donde le dijo "*va a haber una tragedia y viendo que el jefe de gobierno toma medidas drásticas, va a cerrar y va a quedar gente en la calle*".

3. El local "Repúblic a Cromañón".

3.a. La actividad inspectiva.

Conforme surge de los elementos probatorios, el local sito en la calle Bartolomé Mitre n° 3060 fue inspeccionado, por última vez, por el área de control comunal el día 29 de marzo de 2003. Dicha diligencia fue llevada a cabo por el Inspector Ricardo Capello, ello según se desprende del libro de inspecciones reservado en el sobre n° 20 y de la declaración prestada por el funcionario.

Al respecto, el nombrado manifestó que en cumplimiento de sus funciones concurrió al local denominado "El Reventón" y reconoció su firma impuesta en la página 13 del libro de actas del local de baile. Refirió que su trabajo se limitaba a realizar la inspección, entregar su parte diario con los datos del local y el informe respectivo. También señaló que la inspección se asentaba en el libro del establecimiento.

Al año siguiente el Subcomisario José Daniel Federico de la Comisaría 7ma., en fecha 10 de febrero, requirió a la Unidad Polivalente de Inspecciones colaboración a fin de que, de manera conjunta, el personal de ambas dependencias concurra a inspeccionar los comercios del rubro confiterías bailables de la jurisdicción de esa comisaría. En dicha misiva se puntualizaron objetivos a verificar, encabezando el listado el local sito en la

calle Bartolomé Mitre n° 3060.

Asimismo se consignó, a los fines de la fiscalización, a los locales "Latino 11" sito en Ecuador y Bartolomé Mitre, "Stadium" ubicado en Ecuador 31, "Chevecha" de Ecuador 46 y "Popularísimo" de Bartolomé Mitre 2737. En la nota se hacía referencia a una modalidad específica de realización de las inspecciones, en el sentido que las mismas fueran nocturnas y los fines de semana (conf. fs. 529 Expediente n° 2/2005 de la Procuración General -prueba n° 332-).

En virtud de los procedimientos efectuados de manera coordinada entre el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las autoridades policiales, se hicieron presentes en la sede de la Comisaría 7ma. los inspectores Marta Cali, Pablo Sánchez, María de la Vega, María Virginia Brizuela, Roberto Chiesa, Víctor Daniel Telias y Carlos Gustavo Herrera. Los nombrados, junto al 2do. Jefe de la dependencia y el personal de la Brigada concurrieron a inspeccionar "Latino 11" y luego "Popularísimo bailable", conforme da cuenta el memorando de fecha 21 de marzo de 2004 (prueba n° 196).

En relación al referido operativo en particular, la testigo María Virginia Brizuela declaró que la noche del 20 de marzo de 2004 recibió una orden de trabajo integrada por una fotocopia y un mapa con las ubicaciones de los lugares, donde se consignaban tres boliches a examinar.

Contó que se constituyeron junto con el personal de la Comisaría 7ma. en la zona y, encontrándose en la intersección de las calles Ecuador y Bartolomé Mitre -alrededor de las 22:00hs-, distribuyeron las tareas. Recordó que uno de los locales consignados en la orden era el situado al lado del hotel "Central Park", denominado "El Reventón". En relación a dicho local el personal policial informó que se encontraba cerrado, circunstancia ésta que fue confirmada por el inspector Víctor Telias, quien concurrió hasta la puerta para verificar el extremo.

Expresó que dejaron constancia en la orden de trabajo que no iban a confeccionar informe alguno por cuanto el lugar no había abierto sus puertas. La citada orden fue entregada el día lunes al personal administrativo del área (señalando que en aquel entonces se desempeñaban en tal función Ana Clara Taboada y Virginia Lamberta, quienes al prestar su testimonio no pudieron aportar

datos al respecto), que se encargaban de cargar los resultados en el sistema. La misma no era una actuación formal por cuanto no se encontraba firmada.

Relató que los otros dos locales de baile que debían examinar en ese operativo eran “Latino 11” ubicado sobre la calle Ecuador y “Popularísimo” que quedaba en Bartolomé Mitre, individualizando a los agentes que intervinieron en cada caso.

Asimismo, declararon en el debate los testigos Marta Cali y Pablo Sánchez, inspectores del Gobierno de la Ciudad que poco pudieron aportar a la cuestión. Incluso, es claro que el último de los nombrados brindó un relato confuso y que no se condice con el resto de las probanzas del sumario, tal como lo valoró el Tribunal de Juicio.

Así, pese a haberse frustrado la inspección del local de Bartolomé Mitre n° 3060 planificada en el mes de marzo, no se incluyó al mismo en el procedimiento efectuado en la zona en la que intervinieron los inspectores de la UPI la madrugada del 1 de agosto de 2004. Pues bien, en esta oportunidad se volvieron a incluir como objetivos a los dos lugares que ya se habían inspeccionado en marzo de ese año -“Latino 11” y “Popularísimo”- pero no a Bartolomé Mitre n° 3060, lugar que ya era conocido como “República Cromañón” y era promocionado en medios de comunicación.

Asimismo, en fecha 2 de septiembre de ese año uno de los mentados locales —específicamente el denominado “Latino 11”-, fue visitado por los inspectores que, nuevamente, no tuvieron la indicación de hacer otro tanto con el nunca inspeccionado “República Cromañón” —ver pruebas n° 21 sobre “c” y 184-.

En virtud de lo expuesto se desprende que, el 29 de marzo de 2003, fue la última inspección efectivamente realizada al local de baile sito en la calle Bartolomé Mitre 3060 y que durante todo el año 2004 no se concretó ninguna verificación del comercio.

Si bien en tres oportunidades se constituyeron los inspectores en la zona con la finalidad de realizar operativos sobre los locales de baile, lo cierto es que “El Reventón”, luego denominado “República Cromañón”, no fue examinado. En una primera oportunidad por la imposibilidad material de llevarlo a cabo, por cuanto el boliche no se encontraba funcionado, y en las otras por la falta de inclusión dentro de los objetivos.

3.b. Normativa aplicable a los locales de baile clase “c”.

La situación del local "República Cromañón" al 30 de diciembre de 2004.

A fin de establecer cuál era la actuación exigible a los funcionarios de los organismos de control del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de inspecciones, corresponde referirse a la normativa aplicable a los locales de baile clase "c" y, en ese marco, a la situación concreta del local "República Cromañón" en lo que al cumplimiento de aquélla se refiere.

En principio, habremos de señalar que conforme se desarrollará *ut infra* estamos en condiciones de aseverar que "República Cromañón" presentaba una serie de importantes anomalías y falencias vinculadas tanto a la estructura arquitectónica del lugar como a su utilización que contravenían a las exigencias previstas por la normativa vigente.

3.b.1. Irregularidades generales y estructurales.

3.b.1.a. Habilitación. Exigencia del certificado de bomberos.

Comencemos por destacar que de acuerdo a lo establecido por el inciso a) del artículo 10.2.3 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, dichos locales no pueden funcionar si no cuentan con la habilitación correspondiente. A su vez, a partir de la modificación introducida por la ordenanza 50250/95, su otorgamiento requiere 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, el cual debe ser renovado anualmente y ante refacciones o cambios en el local, que puedan afectar las condiciones de seguridad.

En relación a ello, cabe señalar que el dictamen n° 26073/04 de la Procuración General del GCBA establece que la certificación resulta exigible a los locales de baile, aun a los habilitados con anterioridad a la vigencia de la ordenanza n° 50250.

Dicho dictamen fue puesto en conocimiento de la Subsecretaría de Control Comunal y de la UPI el 15 y el 16 de junio de 2004, respectivamente (Prueba n° 5).

El incumplimiento de la exigencia introducida por la ordenanza 50250 se encontraba sancionado con la inmediata clausura

del local.

La sanción referida fue modificada por la ordenanza 50848/96, que reprimió dicha infracción con multa y clausura, cuya severidad se incrementaba con la reiteración de la infracción, hasta llegar a la clausura definitiva con pérdida de la habilitación, en caso de tratarse de tercera infracción.

Posteriormente, el Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires (Ley 451, Libro II, Sección II, Capítulo I, artículo 2.1.4) estableció la sanción de multa de $300 a $ 10000 y/o clausura del local, para el caso de incumplimiento por parte del titular o responsable de un local bailable de la renovación del certificado anual expedido por la citada Superintendencia.

Teniendo en cuenta estas exigencias normativas recordemos que el comercio de Bartolomé Mitre 3060 efectivamente estaba habilitado como local de baile clase “c” y se encontraba registrado en el padrón respectivo de la Dirección General de Habilitaciones y Permisos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Como dijimos, la ordenanza 50250, modificada por la 50848, impone a los locales de baile la obligación de contar con el certificado expedido por la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal, respecto al cumplimiento de la ley 19587.

Recordemos que el referido certificado tenía validez anual y en el caso del local “República Cromañón” se encontraba vencido desde el 24 de noviembre de 2004, atento que la última renovación databa del 24 de noviembre de 2003.

Con relación al punto, Alfredo Mario Díaz refirió que una tarde, cuando estaba cerrando el local para retirarse, se hizo presente un hombre joven que le indicó que era bombero y que concurría a revisar las instalaciones.

Explicó que como ese sujeto no le mostró ninguna credencial ni se identificó de manera alguna, le manifestó que no lo podía dejar pasar y le aconsejó que volviera un día martes o cuando se estuviera realizando un recital, pues en esas ocasiones estaba Omar Chabán en el lugar.

Precisó que por esa época se estaba esperando una inspección de bomberos y que la persona que realizó la visita no dejó ningún tipo de aviso o notificación.

Dicho relato se encuentra corroborado con las constancias

obrantes en el legajo de la Superintendencia Federal de Bomberos n° 12430 (prueba n° 244), pudiéndose comprobar que dicha visita se originó en el pedido de renovación del certificado anual realizado en fecha 5 de noviembre ante dicha dependencia por Daniel Ripa, como representante de la firma Lagarto S.A. En fecha 23 de ese mes concurrió el oficial Marcelo Esmok pero, según dijo, el portero no le permitió el ingreso.

Por otra parte y según lo reseñado, apreciamos que el titular formal del permiso de uso del local, "Lagarto S.A.", (ver prueba n° 20) no coincidía con la persona que lo usufructuaba (Omar Emir Chabán), por lo que se infringía el artículo 2.2.3 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, situación que hacía procedente el libramiento de la intimación correspondiente a fin de que se inicie el trámite de transferencia de la titularidad de la habilitación, bajo apercibimiento de ser sancionado con la caducidad de la habilitación otorgada y la inmediata clausura de la actividad (al respecto ver lo ordenado en la disposición n° 257/DGFyC/2004, -prueba n° 295-). Ello, teniendo en cuenta lo que se habría verificado de realizarse un control, pero sin que implique ingresar a tratar ciertamente si tales circunstancias respondían a la realidad.

3.b.1.b. Conexiones con otros locales.

Asimismo, entre varios requisitos el artículo 10.2.3 del Código de Habilitaciones y Verificaciones en su inciso d) dispone que los locales de baile clase "c" no deben contar con comunicación de ninguna naturaleza con otros locales.

En ese sentido, en lo atinente a la estructura del establecimiento "República Cromañón", los peritos oficiales mencionaron la existencia de una puerta que comunica el sector de camarines con el garage del hotel lindero. Según los planos estaba clausurada pero en la inspección se la visualizó operativa.

Además, se corroboró la existencia de un portón de grandes dimensiones al que en la habilitación se lo denominó "alternativo" (al que ya hemos hecho sobrada referencia al tratar la organización del show), que comunica el local de baile con la zona de ingreso y egreso de vehículos del mentado garage.

En ese sentido, los peritos intervinientes sostuvieron que la denominada puerta "*alternativa*" no presenta elemento alguno que permita su apertura desde el exterior, por lo que tampoco puede

entenderse como *“una segunda salida de escape fácilmente accesible desde el exterior”*, tal como lo requiere el primer párrafo, parte final del artículo 4.7.3.1 a) del Código de Edificación. La norma se refiere a los casos de locales con una ocupación mayor a 300 personas, y en que algún punto del comercio diste más de 40 metros.

Asimismo, expresaron que la puerta referida comunica a un sector de circulación vehicular y que ello dificulta una eficaz evacuación del lugar. Detallaron que el inconveniente se agrava porque allí también existe un portón precario y un desnivel en el suelo.

Es decir, es claro que normativamente el lugar infringía la exigencia de no contar con comunicación con otros predios. Ello, sin perjuicio de lo oportunamente señalado al tratar la situación de los co-organizadores, para quienes el portón existía en la realidad y debía ser mantenido operativo, como se disponía en la habilitación, más allá de la validez de ésta, que en aquél momento no estaba controvertida.

3.b.1.c. Irregularidades estructurales vinculadas con la seguridad de los concurrentes.

Aquí haremos referencia al metraje del local, a las medidas de las salidas y de los pasillos, al entresuelo y a la tela “media sombra” colocada.

En tal sentido, además de lo que hasta aquí hemos expuesto, los peritos constataron irregularidades en la estructura del establecimiento que se hallan vinculadas a la seguridad de los concurrentes.

Así, pues, manifestaron que la superficie total del local es de 1840 m², la cual difiere con la asentada en el expediente de habilitación -1447,5 m²-.

Este punto es de suma relevancia ya que los peritos afirmaron que la medida real del establecimiento superaba a la máxima permitida por el Código de Planeamiento Urbano -1500 m²- y que ello impedía la habilitación del local, sea como actividad complementaria o individual.

Los profesionales señalaron como “*llamativa*” la enmienda que obra en la escritura de habilitación relativa a la superficie del salón y explicaron que ella parece haber sido introducida para ajustar el contenido del plano a los requerimientos normativos.

Asimismo, especificaron que la superficie del entresuelo del local -410 m²- excede la superficie máxima prevista en el artículo 4.7.3.3 del Código de Edificación -300 m²- y por ello debió ser tratada como un piso independiente.

Tal circunstancia hacía exigible que el piso superior contara con un acceso directo a un medio general de egreso vinculado con la vía pública y que cualquier punto del establecimiento no se encontrara a más de 40 metros de distancia de las salidas existentes, requisitos que tampoco cumplía el local.

Verificaron también que las seis puertas de entrada al salón miden 1,26 metros de ancho, pese a que en el plano se les adjudica un ancho de 1,5 metros; que el ancho del pasillo principal de acceso al local es de 5,51 metros y en el plano de habilitación consta un ancho de 6,5 metros; que el pasillo correspondiente a otra de las salidas mide 2,93 metros —que a su vez se encuentra reducido por el emplazamiento de una columna a 2,62 metros- y en el plano figura un ancho de 3 metros.

Al referirse a las denominadas puertas "*tipo cine*" que comunicaban el vestíbulo con el salón, el licenciado Eduardo Lucio Frigerio explicó que las posibilidades de flujo de personas se ven disminuidas si el ancho de salida no responde a un portón único, sino a seis puertas distintas.

Por su lado, el ingeniero Juan María Cardoni afirmó que esas aberturas "*tipo cine*" tenían 7,56 metros de ancho y no cumplían con la medida requerida por la normativa vigente -9,21 metros-.

Los peritos destacaron además que *"Como las 12 hojas no tienen límite en sus respectivos desplazamientos angulares, al abrir cualquiera de ellas, baten sobre la que se encuentra al lado, de modo que invaden parte del espacio que les corresponde reduciendo su ancho útil y dificultando la salida"*.

En este punto, destacamos lo expuesto por Eduardo Hugo Vázquez, Jefe de Departamento de Incendio de la Dirección General de Registro de Obras y Catastro. En dicha oportunidad sostuvo que en caso de denuncias o por la previa intervención de alguna Dirección que detectara alguna irregularidad, la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro —así denominada al momento del hecho- realizaba inspecciones a los locales que ya tenían

aprobadas las condiciones contra incendio. Si detectaban alguna falencia procedían a intimar al propietario a ejecutar las mejoras y a presentar la documentación correspondiente. Si el particular no cumplía con lo ordenado o había peligro o riesgos de importancia, solicitaban la clausura del establecimiento a la repartición competente, dado que la DGFOC carecía de poder de policía.

3.b.2. Irregularidades de uso.

Sin perjuicio de lo expuesto, apreciamos que a las irregularidades mencionadas que presentaba el local se sumaron una variada gama de anomalías relativas a su uso, entre las que cabe mencionar la desvirtuación de la habilitación, la existencia de matafuegos con el marbete vencido, la obstrucción, desnaturalización y cerramiento de los medios de salida, el uso de pirotecnia, la sobre ocupación, el incumplimiento de las exigencias previstas en la ley 118 y la venta de bebidas alcohólicas —pese a la presencia de menores-.

3.b.2.a. La realización de recitales como actividad principal.

En cuanto a la actividad autorizada a realizarse en los locales de baile clase "c", el artículo 10.2.20 del Código de Habilitaciones y Verificaciones establece que en ellos: "*a) se ejecuta música y canto hasta las 4 horas; b) se ofrecen bailes públicos; c) se expenden bebidas; d) se sirven o no comidas; e) se realizan o no números de variedades con o sin transformación*".

Distintas interpretaciones se han efectuado en torno al significado del término "variedades". La defensa de Fabiana Fiszbin postula que la norma aludida autorizaba la realización de recitales en los locales de baile clase "c".

A fin de determinar su justo alcance, resulta acertado el camino sugerido por el Defensor Adjunto Atilio Alimena, que al recurrir a una interpretación histórica de la norma, expresó que ella tuvo origen en la década del '60, época en la que era común el desarrollo de un número vivo *"en los cines para amenizar al público, al término de cada película, con la presencia de un pianista o un guitarrista"*.

Decimos acertado porque no sólo responde a su origen histórico sino a la propia letra de la ley. Consideramos que la norma al admitir la presentación de "*variedades*" sólo contempla la

posibilidad de que se desarrolle una actividad complementaria no abarcada por la principal -el baile-, la que no resulta posible suprimirla sin desvirtuar la habilitación.

En cuanto a este último punto, la norma transcripta resulta clara y menciona expresamente las actividades que a criterio del explotador pueden o no ofrecerse al público, incluyendo entre ellas a las "*variedades*" y el "*servicio de comidas*", no encontrándose en la misma situación el ofrecimiento de bailes públicos. Lo contrario supondría el funcionamiento de locales de baile donde no se realizan bailes, un verdadero contrasentido.

Ello cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que la organización de un recital conlleva la verificación de medidas de seguridad diferentes a las exigidas a los locales de baile, que se encuentran comprendidos entre los denominados locales de "*diversión pública*".

Al respecto resultan contundentes las explicaciones brindadas por el Jefe de Departamento de Incendio de la Dirección General de Registro de Obras y Catastro, Eduardo Hugo Vázquez quien precisó que en la dependencia mencionada se había presentado un proyecto para el local donde funcionó "*República Cromañón*" que se correspondía al de un "*local de baile*" y no de "*espectáculos públicos*", que está preparado para recibir otro tipo de funcionamiento.

Aclaró que el Código de Edificación define a los locales de espectáculos públicos como aquellos en los cuales los asistentes tienen una actividad expectante y no participan del desarrollo del evento. Justamente dicha situación es la que caracteriza a los recitales.

El testigo indicó que, por el contrario, en los locales de diversiones públicas los concurrentes participan de alguna forma en la actividad. Ejemplificó el caso con los establecimientos de baile.

Explicó que en la Dirección General de Registro de Obras y Catastro analizaron el edificio, sus instalaciones y los medios de salida y que de haberse iniciado el trámite para realizar eventos de características diferentes a la actividad de baile, los requisitos exigidos hubieran sido distintos, tanto en lo que hace a la determinación de la población como a los medios de salida,

entre otros ítems.

Lo hasta aquí expuesto, resulta coincidente con la existencia de normas específicas que establecían distintas exigencias que debía cumplir el organizador de un recital, las cuales, siguiendo la interpretación propuesta por los impugnantes, se verían fácilmente eludidas por quienes contaban con la habilitación correspondiente a un local de baile clase "c".

Ejemplo de ello, lo constituye la resolución 996/94 de la Subsecretaría de Inspección General, modificada por la disposición n° 2749/98 de la Dirección General de Registros y Certificaciones, que regula el trámite y las obligaciones a cumplir por el organizador de un recital en un estadio destinado a la práctica de fútbol o en lugares no habilitados a tal fin, los cuales han sido ampliamente detallados en la resolución recurrida.

Al explicar la aplicación de dichas normas, Jorge Luis Pérez, colaborador y asesor de la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, sostuvo que el organizador del evento y el titular del lugar debían solicitar, con 30 días de anticipación, un permiso especial para la realización de un recital y presentar estatutos, las constancias tributarias, los seguros de responsabilidad civil, los certificados de instalaciones eléctricas, las constancias de inscripción de empresas, los planos de distribución del evento, de ubicación del escenario, del público y de los medios de salida.

No se encuentra en discusión que las mencionadas exigencias superaban ampliamente a las requeridas para el funcionamiento de un local de baile clase "c" y ello encuentra explicación en que las distintas características que presentan ambas actividades determinan la adopción de diferentes medidas de seguridad.

En relación a ello, resultan acertadas las consideraciones efectuadas en la sentencia impugnada, en la que se sostuvo que *"La concentración de público es notoria en el caso de los recitales y por tratarse de un evento que tiene una hora de inicio y de finalización predeterminadas, genera que los concurrentes se desplacen en forma masiva, tanto al ingresar como al egresar del recinto donde se lleva a cabo el espectáculo musical. Además, el público de un recital de rock tiende a agruparse en una zona específica cercana al escenario, produciéndose determinados*

movimientos masivos -los denominados 'pogos'- que suelen provocar en sus participantes desmayos o sofocamientos y la consecuente necesidad de intervención de profesionales de la salud y frecuentemente de personal de seguridad que debe estar muy alerta para que esos desplazamientos no desborden la separación entre el artista y el público. Por el contrario, la actividad bailable se desarrolla sin mayores complicaciones y no produce la necesidad de concurrir y retirarse de manera masiva a una determinada hora, lo que hace que el ingreso y la evacuación del salón resulten menos problemáticos en términos de seguridad" (ver fs. 67293 vta.).

La aplicación de la resolución n° 996/94 también ha sido afirmada por Fabiana Fiszbin y Gustavo Torres, en sus respectivas indagatorias. En suma, la propia actuación de los organismos de control resulta coherente con la interpretación realizada respecto al alcance que corresponde otorgar a la habilitación correspondiente a los locales de baile clase "c".

En virtud de lo expuesto, los agravios relativos a la invalidez de la resolución mencionada por no haber sido publicada en el Boletín Oficial del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no resulta una circunstancia que pueda tener algún tipo de incidencia para otorgar a la habilitación de un local de baile clase "c" un alcance distinto, pues se trata de una norma reglamentaria que no modifica la actividad establecida para dichos establecimientos en el Código de Habilitaciones y Verificaciones.

Ya se dijo que la realización de recitales implicaba desvirtuar la habilitación y que sólo podía efectuarse dicha actividad solicitando la correspondiente autorización.

La alegada invalidez del procedimiento establecido en la resolución 996/94 para el otorgamiento del permiso especial no puede alterar las normas que regulan la actividad de los locales. Es por ello que el planteo efectuado por la defensa de Fabiana Fiszbin, más allá de su acierto o error, deviene inconducente, en tanto resulta estéril a los efectos de rebatir los argumentos expuestos en el presente decisorio y en la sentencia recurrida en torno a las actividades comprendidas en la habilitación de un local de baile clase "c".

Sentado ello, corresponde que aquí demos respuesta a los planteos efectuados por la defensa de Fiszbin, basados en que la resolución n° 996 se refiere *"a recitales a celebrarse en estadios*

y no en locales de baile”.

Al respecto advertimos que los recurrentes omiten considerar la resolución n° 43/GCABA/SSJYT/04 del 12 de noviembre de 2004, dictada, precisamente, por Fabiana Gabriela Fiszbin, en su carácter de Subsecretaria de Control Comunal y por el Subsecretario de Justicia y Trabajo, Marcelo Antuña.

En el considerando de dicha resolución se expresa que mediante el dictado del decreto n° 366/GCBA/04 se creó el organismo fuera de nivel Área de Contralor de Espectáculos, que fue concebida como un sector orientado al contralor de los espectáculos deportivos, artísticos, religiosos o de otra índole, capaces de producir una amplia concentración de asistentes, que se realicen en estadios, campos de deportes, canchas de vóley, básquet, polo, etc., habiendo quedado reservada a la Dirección General de Fiscalización y Control la facultad de fiscalizar todos aquellos eventos que se realicen en otras ubicaciones.

Seguidamente se afirma que *“a los efectos de una mejor fiscalización de los eventos en cuestión, se hace necesario unificar en una sola área el control de todos los encuentros masivos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”*, entendiéndose que por razones que hacen a la especificidad y especialidad de las modalidades, métodos, técnicas y prácticas referidas a la fiscalización que debe practicarse, dicho control debía ser ejercido por el organismo fuera de nivel Área de Contralor de Espectáculos.

En base a dichas consideraciones, el artículo 1 de la resolución mencionada amplía la facultad de fiscalización del Área de Contralor de Espectáculos a *“todos los eventos masivos de índole deportivo, artístico y/o religioso que se realicen en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya sean en estadios deportivos como en cualquier otro predio”*.

Es así que la interpretación que aquí se postula respecto a la actividad autorizada mediante la habilitación correspondiente a los locales de baile clase “c” viene a resultar coincidente con la inteligencia que exhibe la resolución n° 43, que fuera suscripta por Fabiana Gabriela Fiszbin y deja sin sustento las afirmaciones efectuadas por su defensa, en cuanto sostienen que *“lo cierto es que el Área de Contralor de Espectáculos, NADA TIENE QUE VER CON LOS LOCALES DE BAILE”*.

En efecto, de acuerdo a las normas mencionadas el Área de Contralor de Espectáculos era la autoridad encargada, junto a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, de realizar un control de las condiciones de seguridad del lugar en el que se desarrollaría el evento de concurrencia masiva, a efectos de autorizar su realización, ya sea en estadios deportivos como en cualquier otro predio (decreto n° 366/04 y resolución n° 43/GCABA/SSJYT/04).

Asimismo, dicho organismo tenía a su cargo el control de las actividades que se desarrollan antes, durante y finalizado un encuentro deportivo o espectáculo musical, religioso o de otra índole que congregan gran cantidad de público, a efectos de preservar el cumplimiento de las normas relativas a la seguridad del evento, actividad que sólo es compatible con la existencia de un previo pedido de autorización.

Pretender lo contrario es ir contra toda lógica de prevención y seguridad. Es que no parece razonable que un determinado predio cuente con una innumerable cantidad de requisitos a cumplir cada vez que pretende realizar un recital (en virtud de la resolución 996) y otro, por el solo hecho de ser un boliche de determinada clase, frente a la misma actividad, no observe directamente ninguno.

Es que la mentada resolución impone innumerables requisitos a cumplir, en vistas a la seguridad de los espectadores, a saber: presencia policial, de personal de bomberos, sanitario, de seguridad, etc. Además, de contar con la presencia de funcionarios municipales del Área Contralor de Espectáculos durante toda la duración del show.

Frente a ello, ¿que exigencias debe cumplir un boliche clase "c" si pretende realizar un recital? Según la interpretación de la defensa de Fiszbin, absolutamente ninguna, el término "variedades" todo lo permitía y no requería ningún tipo de control o verificación especial. De hecho, no es discutido que en República Cromañón se hicieron recitales sin ningún tipo de control durante la mayor parte del año 2004. Como se ve, de aplicarse ese criterio, la desigualdad hubiera sido manifiesta.

Ha señalado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que "*la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen y por ende, se reconoce como principio*

que las leyes han de interpretarse siempre evitando conferirles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto" (Fallos: 300:1080; 315:727; 320:1090). También ha señalado el Alto Tribunal 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*", comprendiendo ello "*no sólo la armonización de sus preceptos sino también su conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico*" (Fallos: 287:79).

No resulta razonable pensar que el legislador concibiera a los estadios —abiertos o cerrados-, con construcciones previstas para el ingreso y concentración de gran cantidad de gente —al menos en las gradas- que cuenten con una importante cantidad de exigencias en materia de seguridad y, por otro lado, que los boliches bailables -que en general son locales cerrados-, no deban cumplir con ninguna.

En ese marco y de manera coincidente con el criterio que sostenemos, el propio acusado Gustavo Torres responsable del área de Fiscalización y Control, sostuvo que de ningún modo puede afirmarse que la actividad de "variedades" prevista en la norma contemple la realización de un recital.

Agregó que no existe texto legal que otorgue respaldo a dicha interpretación y que a su entender un local de baile clase "c" podía realizar un recital si previamente pedía un permiso ante la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, que evaluaba si la documentación presentada por el peticionante se ajustaba a la normativa y, en caso de otorgar la autorización solicitada, daba intervención al Área de Contralor de Espectáculos Públicos.

Lo expuesto no resulta controvertido por el dictado del decreto de necesidad y urgencia n° 1/GCABA/05, del 8 de febrero de 2005, que estableció la prohibición de realizar espectáculos musicales en vivo en los locales de baile clase "c".

Los recurrentes indican que con anterioridad a su dictado dicha prohibición no estaba contenida en ninguna norma.

Si bien resulta claro que la prohibición de presentar espectáculos musicales en vivo no era absoluta, pues la normativa vigente al momento del hecho autorizaba la realización de "números vivos" en los locales de baile clase "c" bajo la modalidad de "variedades", fuera de ella la actividad se encontraba vedada, máxime si no mediare la referida autorización o puntual habilitación.

En efecto, de acuerdo a las consideraciones efectuadas en torno a las normas aplicables a la actividad de los locales de baile y a los espectáculos públicos masivos, puede afirmarse que si la actividad del local de baile clase "c" se limitaba a ofrecer recitales, el titular del establecimiento no ejercía su derecho a presentar "variedades" sino que desvirtuaba la habilitación, conducta que claramente infringía el artículo 4.1.1 del Régimen de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, que prevé la sanción de multa y/o clausura del local.

En sintonía con lo expuesto y lejos del alcance que los recurrentes le otorgan al término "variedades", en el considerando del decreto n° 6/GCABA/05 del 5 de enero de 2005, se dijo *"Que en la actual situación resulta necesaria la adecuación razonable de las normas a las prácticas vigentes, toda vez que la normativa aplicable al caso no previó la realización de espectáculos musicales en vivo, tales como recitales, con las características de masividad que éstos pueden tener y la imposibilidad de que se desarrollen dentro de los locales encuadrados bajo lo dispuesto en el Capítulo 10.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones"*.

Entonces, el comercio "República Cromañón", por tratarse de un local de baile clase "c", sólo podía ofrecer "variedades" como actividad complementaria a la principal -el baile-, pero no se encontraba habilitado para la realización de recitales, actividad que requería de un permiso especial, pues ello guarda vinculación con las condiciones de seguridad que las normas y, consecuentemente los órganos de control exigían para la realización de un recital.

Fue Jorge Luis Pérez quien inclusive detalló que durante el año 2004 hubo muchas presentaciones de distintos organizadores solicitando permisos para desarrollar dicha actividad en diferentes establecimientos. Entre ellos recordó el estadio "Obras", "Luna Park", "Club Atlético River Plate", "Velez

Sarfield" y "Excursionistas", en éste último caso, justamente para una presentación del conjunto musical "Callejeros".

Está fuera de controversia que el día del hecho y en las dos jornadas anteriores el local "República Cromañón" sólo ofreció recitales, sin contar con autorización alguna y, por ende, eludiendo el control del Área de Contralor de Espectáculos, que verificaba las actividades que se desarrollan antes, durante y una vez finalizado el espectáculo musical.

Dicha actividad no importó una situación aislada en el funcionamiento del local. Por el contrario, Omar Emir Chabán reconoció que los recitales constituían la actividad habitual del establecimiento.

La actividad del local no resultaba clandestina, y así lo acredita el reportaje promocional publicado en la edición del 23 de marzo de 2004 del diario "La Razón", en la que Chabán anuncia que se dedicaría a organizar recitales y festivales de rock en "República Cromañón", con la idea de pelearle un lugar en el mercado al estadio "Obras", calculando la capacidad de ocupación del local entre 3000 y 3500 personas, muy por encima de la que indica la habilitación —prueba n° 152 del índice-.

La gran cantidad de concurrentes que caracterizaron a las jornadas del 28, 29 y 30 de diciembre de 2004 tampoco se compadece con una actividad oculta, con mayor razón aún si se tiene en cuenta que los recitales fueron promocionados con un aviso en el "Suplemento Joven" del diario "Clarín" (ver indagatoria de Omar Emir Chabán, del 3 de abril de 2009), en la revista "Llegás a Buenos Aires" (prueba n° 27) y anunciados públicamente por Patricio Santos Fontanet en la presentación de "Callejeros" en el "Club Excursionistas", tal como lo expresaron los concurrentes (Gisela Andrea Contrera, Eduardo Martín Di Pascua, Fabián Galeano, Nicolás Garro, entre otros), oportunidad en la que también se repartieron volantes publicitarios de los recitales de fin de año en "República Cromañón" (así lo sostuvo Victoria García), todo ello en presencia de funcionarios gubernamentales.

En definitiva un boliche clase "c" como "República Cromañón" no podía brindar un show de las características señaladas *ut supra* sin pedir una autorización previa, en cuyo caso hubiera intervenido el Área Contralor de Espectáculos. Era la DGFyC la que debía controlar que ello ocurriera de esa manera.

3.b.2.b. Clausura, obstrucción y desnaturalización de medios de salida. Estado de los matafuegos.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 4.7.1.2 del Código de la Edificación *"ninguna puerta, vestíbulo, corredor, pasaje, escalera u otro medio exigido de salida, será obstruido o reducido en su ancho exigido"*.

Así, pues, con relación al estado de los medios de salida, en el caso de "República Cromañón" ya dijimos que ha quedado demostrado que no estuvieron expeditos para la correcta evacuación del lugar una vez producido el siniestro.

Resultan numerosas las pruebas analizadas por los magistrados de la instancia anterior respecto al estado en que se encontraba el portón alternativo de salida. Por resultar todas coincidentes, sólo mencionaremos algunas de ellas.

Tanto Darío Salgado como Luis Alberto Areco, integrantes de la dotación de bomberos que se hizo presente en el local el día del hecho, explicaron que la resistencia que ofreció la puerta obedeció a la colocación de un candado y a la atadura de un alambre que sujetaba la barra antipánico.

De manera concordante, el peritaje elaborado por el ingeniero Guillermo Larroque, auxiliar de la División Siniestros de la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina, da cuenta que al momento del siniestro la puerta referida se encontraba cerrada y que no pudo abrirse por estar colocado un candado que impedía bajar el barral y liberar la hoja correspondiente, la que a su vez mantuvo a la otra hoja cerrada.

El referido estudio concluye que *"el portón antipánico que permitía la salida de emergencia se encontraba bloqueado, pudiendo abrirse posteriormente a lo sucedido mediante herramientas adecuadas y no por el esfuerzo simple de las personas al tratar de salir del local"* (fs. 185 del legajo de la pericia de bomberos). La situación descripta se encuentra reflejada en las fotografías obrantes a fs. 181/5 del citado peritaje.

A ello cabe agregar que en oportunidad de declarar ante el Tribunal, el ingeniero Larroque indicó que la denominada puerta alternativa tampoco contaba con mecanismo alguno que hiciera posible abrirla desde el exterior.

La existencia del candado en la puerta alternativa también ha sido afirmada, entre otros, por Juan Carlos Bordón y Alfredo

Mario Díaz -encargados de mantenimiento del local-, por Sebastián Miguel Meniño y Ricardo David Vázquez, asistentes de sonido, por Sergio Fernando Piñeyro, iluminador del evento y por Mariano Ezequiel Bohuier y Maximiliano Ramón Chaparro, quienes prestaban servicios en el hotel lindero.

Por su parte, Juan Carlos Torres, quien cumplía tareas de seguridad en el local, precisó que esa puerta estuvo cerrada con candado y alambre los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004.

En base a lo reseñado, las conclusiones expuestas por los sentenciantes resultan inobjetables: *"la colocación del candado desnaturalizó el funcionamiento del sistema de apertura, impidiendo el egreso de una cantidad importante de personas que, guiados por el cartel encendido que decía 'SALIDA', se aglomeró en ese sector"* (ver fs. 67180 vta.).

Respecto a la visualización de dicho cartel y a su operatividad, es incontrastable la fotografía obtenida por un corresponsal del diario Clarín mientras se realizaba el rescate de las víctimas, lo que da por tierra con la postura de la defensa de Chabán respecto a que había estado tapado por una bandera (prueba n° 140).

Por otra parte, los empleados de seguridad Fernando Horacio Zerpa, Héctor Zerpa, Claudio Edgardo Curcuy, Javier José Coria, Carlos Jacobo Avila y Claudio Adrián Ruiz manifestaron que la puerta de emergencia —la situada del lado derecho del acceso principal al local-, se utilizó como vía de acceso del público masculino.

De la misma manera, se expresaron varios asistentes, entre otros, Guillermo Daniel Caro, Ariel Reynaldo Chávez, Gastón Basualdo, Federico Claramut, Nicolás Papolla, Adrián José Nieto, Juan Ignacio Paz, Pedro Lagües, Daniel Vigiano y Alejandro Martín Villa.

El uso dado a la vía de escape predeterminada para situaciones de emergencia contrarió los fines de su emplazamiento, al hacerle perder la función que le fue asignada por la autoridad estatal al momento de conceder la habilitación del establecimiento.

En efecto, para cumplir su propósito, la salida de emergencia debe permanecer en todo momento libre de obstáculos para garantizar una eficaz evacuación del lugar en caso de un

siniestro.

Sin embargo, la situación expuesta no fue la única irregularidad que se presentó en la vía de egreso referida.

José Gabriel Porticatto, integrante del grupo "E.S.S.A.", indicó que unos vallados obstaculizaron la salida.

De manera coincidente, Natalia Karina Aguirres relató que antes de alcanzar la vía pública tropezó con varias vallas existentes en el lugar y María Victoria Arana señaló que dicho sector no estaba "limpio" y que la gente se tropezaba.

Idéntica situación se presentó en el hall de boleterías.

Tal como surge de lo expuesto por Juan Carlos Bordón, en dicho sector se emplazaron vallas a efectos de separar a las mujeres que ingresaban por las puertas principales de quienes adquirían sus entradas en la boletería.

La manera en que la existencia de vallas en los medios de egreso atenta contra una rápida evacuación del lugar resultó plasmado en la declaración de Sebastián Alexis Lezcano, quien indicó que en el hall había una o dos vallas que quedaron arriba de unos chicos y les impedía acceder al exterior.

Sin lugar a dudas, puede afirmarse que la puerta de emergencia también estaba desnaturalizada y que la existencia de vallas en las vías de egreso constituyó un importante obstáculo que dificultó la evacuación.

Por otra parte, el Principal José Orlando Ibarra, perteneciente a la División Ensayos y Análisis Pericial de la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina, refirió que los matafuegos secuestrados en el local, identificados a fs. 432/443 del peritaje de bomberos con los números 10, 11, 12, 14 y 15, poseían el "Marbete Indicador" vencido.

Explicó que los matafuegos cuentan con marbetes que deben ser obligatoriamente renovados anualmente y que su incumplimiento impide otorgar el certificado de condiciones contra incendio.

Respecto del estado de los extintores de fuego, el Principal Alfredo Daniel Cocco y el Principal Marcelo Gabriel Ochoa hicieron saber que no pudieron determinar si poseían la presión correcta debido a que habían sido desplegados por alguna persona. En ese sentido, hubo concurrentes como Ivan Leiva que intentaron utilizar uno de los matafuegos pero no funcionó.

Por otra parte, numerosos testigos han afirmado que el salón del local se encontraba decorado con una media sombra. Entre ellos, cabe mencionar a Ivan Manuel Leiva, Graciela Acuña, Gastón Amor, Miriam Berruezo, Jorge Alberto Barzola, entre muchos otros.

También el informe técnico obrante a fs. 117/76 del peritaje de bomberos, indica que el material involucrado en el proceso combustivo desarrollado en el local correspondía a paneles acústicos de espuma de poliuretano y guata y de ornamentación, conocida vulgarmente como “media sombra”.

La colocación de media sombra como cielorraso infringía el artículo 7.2.11.1 del Código de Edificación y tal como se observa en la disposición n° 272/DGFyC/2004, del 2 de noviembre de 2004, daba lugar a la clausura inmediata y preventiva del establecimiento (prueba n° 295).

3.b.2.c. Utilización de pirotecnia dentro del salón.

Otra de las innumerables circunstancias que atentaron contra la seguridad de los asistentes fue la existencia de pirotecnia el día del hecho.

El empleo de fuegos de artificio se encuentra regulado en el Capítulo 11.14 del Código de Habilitaciones y Verificaciones. Específicamente del artículo 11.14.12 se desprende que la pirotecnia de venta libre deberá usarse de acuerdo a las indicaciones del fabricante.

En ese sentido, los fuegos de artificio secuestrados fueron contemplados dentro del grupo B3 (artificios pirotécnicos de riesgo limitado), por lo que resultaban de venta libre conforme lo normado por el artículo 79 del decreto 302/83, reglamentario de la ley 20249 (Armas y Explosivos) -véase informe pericial de la Superintendencia Federal de Bomberos fs. 275-.

Entonces, tenemos presente que un gran número de concurrentes ha referido la utilización de elementos de pirotecnia en el local. Entre muchos otros, cabe mencionar a Iván Manuel Leiva, Leonardo Andrés Almirón, Marta Fabiana Fernández, Vanina Soledad Arancibia, Ricardo Jonathan Arellano, Juan Daniel Bazán, Federico Claramut, Sergio Bogochwal, Alejandro Antonio Bravo, Viviana Noemí Carro, María Sol Aguilera, Guillermo Ariel Armango, Miriam Berruezo, Gastón Maximiliano Basualdo, Alfredo José Balderramo, Sandra Verónica Bruno, Brenda Alicia Caetano Amborebieta, Yanela Sola Capucheti, César Guillermo Colque, Gisela

Andrea Contrera y Nadia Yolanda Betancourt. Algunos de ellos manifestaron que los fuegos de artificio que se accionaron fueron abundantes y mencionaron el uso de candelas, tres tiros y bengalas.

De la misma manera se expidió Fabián Leggio, quien prestó tareas como sonidista, al afirmar que en el transcurso del show de "Ojos Locos" se detonó "*todo tipo de pirotecnia*".

En términos similares se expresaron Javier José Porticatto y María Laura Squillace, miembros del grupo "E.S.S.A." y el personal del local que trabajó en las barras - Héctor Damián Albornoz, Viviana Cozodoy, Patricia Desch y Hernán Gustavo Albornoz-.

Todo ello resulta coincidente con lo expuesto por el principal Sergio Ramón Santillán, quien refirió que en los procedimientos que se realizaron en las instalaciones de "República Cromañón" los días 31 de diciembre de 2004 y 3 de enero de 2005, se encontraron restos de cartón y plástico pertenecientes a elementos pirotécnicos accionados (fs. 273/6 del legajo de la pericia de bomberos).

Con acierto sostuvo el Tribunal *a quo* que los residuos del material pirotécnico secuestrado del interior del local pertenecen al recital que se realizó el día 30 de diciembre de 2004, atento que Alfredo Mario Díaz y Juan Carlos Bordón explicaron que horas antes del inicio del show habían limpiado el salón.

Por otra parte, como ya dijimos, la detonación de fuegos artificiales en el lugar no era una situación desconocida. En anteriores recitales realizados en el local por el conjunto "Callejeros" y por otras bandas, se había registrado de manera incesante el uso de fuegos artificiales.

Tanto el cantante del grupo "La 25", Mauricio Lezcano, como Juan Carlos Bordón, Alfredo Mario Díaz y el concurrente, Sergio Bogochwal, sostuvieron que el incendio que se generó en el local el 25 de diciembre de 2004 obedeció a la detonación de un artefacto de pirotecnia.

Los hermanos Hernán Gustavo y Héctor Damián Albornoz coincidieron en señalar que en el marco del show de "Sexto Sentido", el 1° de mayo de 2004, también se incendió el techo del local como consecuencia del uso de pirotecnia.

Resulta ilustrativo lo afirmado por Matías Arcori, quien

aseveró que en “República Cromañón” y en otros lugares, siempre se utilizaba todo tipo de fuegos de artificio durante los recitales de rock.

Del peritaje de la Superintendencia de Bomberos se desprende 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 aún 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-“* (fs. 276/vta.).

El informe comparativo obrante a fs. 9/20 del peritaje de bomberos da cuenta que los elementos pirotécnicos utilizados en el local debían usarse al aire libre y alejado de personas, construcciones y elementos combustibles, *“estando indefectiblemente las instrucciones de uso y prevención inscriptas en el etiquetado de cada uno de los elementos pirotécnicos”*.

De acuerdo a lo expuesto, y teniendo en cuenta la forma en la que el Código de Habilitaciones y Verificaciones regula el tema, resulta claro que el uso de elementos pirotécnicos en “República Cromañón” constituía una actividad prohibida, pues tanto la presencia de público como su característica arquitectónica -cerrado- y revestimientos, tornaban al lugar altamente inseguro para la integridad física de los concurrentes.

3.b.2.d. Sobreocupación del local.

La ley 451, en su artículo 2.1.3, prevé la sanción de multa para el titular o responsable de un local bailable que permita el ingreso de *“una cantidad de personas superior a la tolerada por la capacidad del lugar”*.

De acuerdo a la información que obra en la plancheta de habilitación agregada al libro de inspecciones —prueba n° 20-, el local “República Cromañón” tenía permiso de uso para una capacidad máxima de 1031 personas.

Así, pues, ya hemos referido que el establecimiento se encontraba desbordado de asistentes y también mencionamos el

peligro que ello representaba. Dicha circunstancia ha sido puesta de manifiesto por numerosos concurrentes. Esto significa que el exceso de personas era evidente.

Resultan ilustrativos los dichos de Ezequiel Carrizo, quien relató que hacía mucho calor *"y que había mucha gente, tanta como dentro de 'un colectivo en hora pico"*.

Sergio Piñeyro, el iluminador, puntualizó que el salón estaba tan lleno de gente que tardó aproximadamente diez minutos en desplazarse desde el escenario hasta la consola.

Miriam Berruezo, dijo que la baranda de la escalera le ejercía presión a la altura del estómago y Emilce Bravo aseguró que le llamó la atención la cantidad de gente que había y que por ello *"debió levantar por sobre sus hombros las bebidas que había comprado en la barra del fondo para que no se las derramaran"*.

Por su parte, Juan Carlos Bordón indicó que el lugar era "*inaguantable*" y que la cantidad de gente le impedía subir la escalera que conduce a la barra situada en el primer piso.

En similares términos se expidieron Ivan Leiva, Graciela Acuña, Leonardo Almirón, María Arana, Juan Bazán, Oscar Cesar Díaz, Andrea Farinola, María Sol Demergasi, Adrián Nieto, Diego Monges Torres, Gisela Andrea Contrera y Sebastián Sandoval.

Por otra parte, Daniel Vicente Giménez, de SADAIC, mediante el instrumento que utilizaba denominado "cuenta ganado", contabilizó 2811 concurrentes al recital del día 30 de diciembre de 2004, contando tanto invitados como quienes abonaron la entrada.

De acuerdo a lo expresado por Ezequiel Orlandi y por Bruno Díaz, la cantidad total de entradas comercializadas o entregadas -en el caso del talón para invitados-, en lo que a la cadena de locales "Locuras" se refiere ascendió a 3026.

Por su parte, Alfredo Mario Díaz señaló que cuando faltaba media hora para el inicio del show *"ya no había más entradas"* del remanente que se comercializaba en la boletería del boliche. Ello, permite concluir que se habían vendido alrededor de 3000 entradas por anticipado y unas 500 remanentes en el local, pues tanto Lucas Hasmat como Diego Argañaraz afirmaron que para cada fecha se habían puesto a la venta un total de 3500 boletos.

En base a lo reseñado y más allá del número exacto de concurrentes al local "República Cromañón" el día 30 de diciembre

de 2004, compartimos las conclusiones expuestas por los sentenciantes al afirmar que se *"excedió con holgura a las posibilidades determinadas por las condiciones edilicias propias del lugar más allá que, por ende, también excedió con creces a la habilitación otorgada en consecuencia"* (fs. 67172 vta.).

La situación descripta resulta coincidente con lo expresado en el debate por Omar Emir Chabán en torno al modo en que explotaba el salón. Al respecto, señaló que *"sí una persona concurría a un recital y no había cinco mil personas, eso era para bajonearse y no se cubrían los gastos. La gente quiere ir a un lugar que esté lleno"*.

El poder de convocatoria de las bandas y su rendimiento desde el punto de vista económico no era un tema menor para el nombrado y así lo revela la ya mencionada nota publicada el 23 de marzo de 2004 en el diario "La Razón". En dicha oportunidad, sostuvo *"Con Soda Stereo y Ataque 77 me equivoqué. Pensé que nunca podían tener éxito. Por eso, desde entonces no escucho más demos de las bandas. Sólo pregunto: ¿Cuánta gente mueven? Esto lo hago para ganar guita. Así es el comercio, aunque algunos digan que lo económico no es poético"* (prueba n° 152).

Las palabras del acusado reflejan fielmente la forma en que llevó adelante durante décadas la explotación del local "Cemento", que tenía una capacidad máxima de 500 personas (puntos 19 y 317 del índice de prueba).

En tal sentido, la constancia policial obrante a fs. 48 del expediente n° 36519/04 del registro de la Fiscalía Contravencional n° 1 -prueba n° 56-, suscripta por el Comisario Luis Mansilla, a cargo de la Seccional 4ª de la P.F.A., da cuenta que con fecha 31 de octubre de 2004 se habían realizado diligencias policiales en relación al local "Cemento", pudiéndose determinar que los concurrentes en esa oportunidad fueron aproximadamente 2500 personas.

Además de ello, a fs. 2 y 5 del citado expediente obran denuncias formuladas en el mes de mayo de 2004 por ante la mentada Comisaría, en las que ya se mencionaba una concurrencia de entre 1000 y 1500 personas.

Las noticias periodísticas de la época informaban que en junio de 2003 el grupo "Callejeros" se presentó en "Cemento" ante más de mil espectadores (página de Internet el Acople, prueba n°

116.3.4).

Todo ello autoriza a concluir que los locales de baile explotados por Omar Emir Chabán tenían una característica común: la sobre ocupación.

Pese a que muchos de los datos reseñados se encontraban en los medios de difusión pública, el local "República Cromañón" funcionó, desde su inauguración en marzo de 2004 hasta el día del hecho, sin ser objeto de inspección alguna por parte de los organismos de control del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3.b.2.e. Aplicación de la ley 118.

Párrafo aparte merece lo atinente a la contratación de personal de seguridad por parte de un local de baile. Esto al momento del hecho se encontraba regulado por la ley 118, modificada por la ley 1262 y por su decreto n° 1764/GCBA/2004 (B.O. n° 2041, del 7 de octubre de 2004).

A través de dichas normas se creó el Registro Especial del Personal de Seguridad de locales bailables, discotecas y establecimientos de concentración masiva de personas, en el cual se debía inscribir toda persona que preste servicios de seguridad privada en dichos lugares.

El artículo 4 de la ley 118 estableció los requisitos que debían cumplir las personas físicas para prestar servicios de seguridad y conforme a lo estipulado en su artículo 25 debían prestar tareas con vestimenta que posea en lugar visible un logo del local y una tarjeta identificatoria, en la que debía constar su nombre, apellido, tipo y número de documento de identidad, número que le ha dado el Registro, nombre o razón social de la empresa para la cual presta funciones y tareas que desempeña.

Asimismo, de acuerdo a lo normado por el artículo 27 de la ley citada, el titular de la explotación comercial sólo podía emplear como personal de seguridad a quienes se encontraban inscriptos en el "Registro" referido.

Entre las penalidades previstas por el Código de Faltas para el incumplimiento de dicha norma se encuentra la multa y/o clausura del local —artículos 11.1.1 y ss.-.

Apreciamos que el establecimiento "República Cromañón" el día del hecho contó con personal de seguridad que no se hallaba anotado en el citado registro.

En tal sentido, es oportuno reproducir lo manifestado por parte del personal que cumplió dichas tareas en el local el 30 de diciembre de 2004.

Leonardo Djerfy refirió desconocer la ley 118 y que nunca se le solicitó que se inscriba en ningún registro del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Fernando Horacio Zerpa señaló que no recibió ninguna clase de capacitación para desarrollar su trabajo, ni tampoco realizó curso alguno. Su hermano, Héctor Zerpa, precisó que nunca recibió entrenamiento o instrucción sobre cómo realizar las tareas y que nunca solicitaron sus antecedentes policiales.

Carlos Jacobo Avila sostuvo que no estaba inscripto en ningún registro para realizar tareas de control y que no recibió instrucciones sobre el uso de matafuegos o mangueras ni sobre la forma de actuar en situaciones de emergencia o evacuación.

Claudio Edgardo Curcuy expresó no tener conocimiento de la manera en que deben utilizarse los elementos de protección contra incendio, ni haber recibido instrucciones acerca de lo que debía hacer frente a una situación de emergencia que requiriera la evacuación del lugar.

En similar sentido, se expidieron Sebastián Pattenden, Oscar Ramón Ortiz y Javier Schiavoni, entre otros.

Asimismo, el informe del 11 de enero de 2005, presentado por el Director General de Servicios de Seguridad Privada del GCBA, Osvaldo Rizzo, en la Actuación n° 3491 de la Defensoría del Pueblo, señala que el local de baile ubicado en la calle Bartolomé Mitre 3066 de esta Ciudad no se encuentra registrado como objetivo de empresa alguna habilitada para prestar servicios de seguridad privada en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y tampoco ha registrado personal en virtud del articulo 23 de la ley 118 (prueba n° 49).

Dicho artículo fue incorporado por la ley 1262 (B.O. n° 1854, del l9 de enero de 2004), que creó un registro especial de personal de locales bailables, discotecas y establecimientos de concentración masiva de personas e incorporó la figura del personal en relación de dependencia, a efectos de regular la actividad de custodia y portería de locales bailables.

Si bien las normas citadas no obligaban al explotador de un local bailable a contratar servicio de seguridad, en caso de

contar con él debía estar integrado por personal inscripto en el registro referido (Nota n° 6-DGSSP-2005 y actuaciones presentadas por Macarena Gallareta, prueba n° 1).

A su vez, de acuerdo al decreto n° 1764/GCBA/2004 (B.O. n° 2041, del 7 de octubre de 2004), reglamentario de la ley 1262, el local de baile que contrataba servicios de seguridad privada debía, entre otras obligaciones, proveer al personal una credencial identificatoria, verificar que haya realizado el curso básico de capacitación inicial y el de adiestramiento anual con la especialidad "Locales Bailables", de conformidad a lo establecido en la disposición n° 132/DGSSP/2003 (B.O. n° 1728).

Tal como surge del relato efectuado por quienes prestaron servicio de seguridad en el local y del informe efectuado por el Director General de Servicios de Seguridad Privada del GCBA, Osvaldo Rizzo, todas las exigencias previstas en la ley 118 y en el decreto 1764/04, que tienen por objetivo brindar seguridad a los concurrentes a un local bailable, fueron incumplidas.

3.b.2.f. Presencia de menores de edad y venta de bebidas alcohólicas.

Tal como lo afirmáramos anteriormente, el establecimiento sito en la calle Bartolomé Mitre 3060/66 fue habilitado para funcionar como local de baile clase "c" y le estaba vedado la producción de recitales como actividad central, pues la realización de "número de variedades" debe ser siempre como complementaria de la principal, que es el baile.

No obstante ello, se encuentra acreditado que en dicho comercio se llevaban a cabo recitales, se vendía alcohol y se permitía el ingreso de menores, entre otras irregularidades. Las actividades apuntadas fueron desplegadas al margen de la normativa vigente.

Las características propias de los espectáculos musicales que se realizaban en "República Cromañón" vedaban la posibilidad de expendio de bebidas alcohólicas. Ello no sólo por el tipo específico de la exhibición ofrecida sino también por la afluencia de público estipulada.

Teniendo en cuenta la actividad verdaderamente desplegada en el local, debemos observar que el artículo 68 del Código Contravencional de la Ciudad que prohíbe *"suministrar bebidas alcohólicas en el lugar donde se desarrolle el espectáculo*

deportivo o artístico masivo, o en sus adyacencias, entre cuatro horas previas a la iniciación y una después de su finalización...”, sin hallarse vedado el acceso a menores de edad.

Por otra parte, en atención a que estaba habilitado como local de baile clase “c”, debemos tener en consideración pautas diferentes.

El Código de Habilitaciones y Verificaciones en su artículo 10.3.1, inciso a), establece que sólo se podrá permitir el ingreso de menores de edad a los locales de baile clases “b” y “c” los días feriados, sábados y domingos en el horario especial comprendido entre 16 y las 22 horas.

Asimismo, esa norma en su inciso c) prescribe que en dicho lapso está expresamente prohibido el expendio o consumo de bebidas alcohólicas.

Otro tanto prevé el artículo 50 del Código Contravencional cuando proscribe “Suministrar, vender o permitir el consumo de alcohol, dentro del establecimiento, a personas menores de dieciocho años, por parte del titular, responsable o encargado del comercio”.

Por su parte, la ley 451, en el Libro II, Sección IV, Capítulo II, establece en el artículo 4.1.16 una sanción de multa de $ 100 a $ 1000 y/o clausura para el titular de un establecimiento que admita el ingreso o permanencia de menores de edad en contravención con las normas vigentes, por ejemplo, fuera del horario especial previsto para esos casos.

En el artículo 4.1.17, asimismo, se prescribe que es pasible de sanción con multa de $1000 y/o clausura del establecimiento el *“…titular o responsable de un establecimiento habilitado como local de baile clases B y C en el que, en horario habilitado exclusivamente para menores, se vendan o entreguen bebidas alcohólicas, ya sea que lo hagan los concurrentes o personal del establecimiento, sean personas menores de edad o no, o en el que personas mayores de edad consuman bebidas alcohólicas…”*.

De la normativa podemos extraer que el acceso a menores de edad se encuentra permitido en un horario especial, término durante el cual está prohibido el suministro de bebidas alcohólicas y su consumo.

Ahora bien, en el caso de “República Cromañón” no se

encuentra controvertida la efectiva realización de recitales ni la masiva asistencia a los eventos, como tampoco la venta de alcohol y el ingreso de menores al local, lo que significa que allí aprovechaban los beneficios de todos los regímenes legales posibles.

La propia realidad del desgraciado hecho ventilado en las presentes actuaciones corrobora los dos primeros extremos, respecto a los cuales ya nos hemos referido.

El suministro de alcohol en el interior del local y la presencia de menores, se encuentra acreditada por los testimonios de los propios concurrentes como así también por los dichos de los empleados del comercio.

Sobre el punto cabe traer a colación los dichos del testigo Andrés Alvar Chabán quien aseveró que el día del hecho funcionaron las tres barras, en las que vendían gaseosas, cerveza y otras bebidas alcohólicas. Además, expresó que estas últimas bebidas sólo se expendían a los mayores de edad, sin que fuera costumbre del local requerir documentos a los clientes para efectuar dichas ventas.

De manera coincidente el testigo Alfredo Mario Díaz se expidió en el sentido que en las barras se vendían bebidas alcohólicas, que no se solicitaba documento para su expendio y que al local ingresaban menores de edad sin restricción alguna.

Corrobora dicho testimonio la declaración de Nicolás Papolla, quien señaló que el día del hecho tenía diecisiete años y que concurrió a "República Cromañón" junto a su hermano de catorce años de edad. Asimismo, refirió que en el lugar vendían cerveza, coca y agua.

A ello cabe agregar que del acta de allanamiento de fs. 19 y de la prueba documental n° 90.4, surge que en el local se secuestraron tres facturas emitidas por la "*Cervecería y Maltería Quilmes*" por la compra de cerveza a nombre de Yamil Chabán.

En relación a la existencia de niños en el local, también declararon los testigos María Sol Demergasi, Nelson Alejandro Pailos, Gastón Omar Rey, María Celeste Espíndola, Emilce Lorena Bravo, Yanela Sol Capucheti, Hernán Ruiz, Verónica Schamann, Amelia Esperanza Ramella, Héctor Zerpa y Daniel Vicente Jiménez, entre otros.

La lamentable existencia de víctimas de corta edad

(Abosaleh Yasmin Alejandra, Bordón Naun Leandro Ezequiel, Bordón Solange Milagros, Zerpa Gustavo Ariel, Chaparro Leonardo David, Borras Gabriela Alejandra, Ledesma Luisana Ailén y Flores Alejandro Nicolás, entre otros) corroboran las declaraciones citadas y es por ello que reconocer y señalar el ingreso de menores de edad al local no admite cuestionamiento alguno.

La prueba documental y las declaraciones apuntadas ponen de manifiesto que en los recitales que se realizaban en el local "República Cromañón", al que asistían personas menores y mayores de edad, se vendían bebidas cuyo suministro no se encontraba permitido. Asimismo, la prueba ventilada en las audiencias de debate pone de manifiesto que la venta de las mismas se efectuaba en función de la demanda, sin que se compruebe la edad del solicitante.

Ello se llevaba a cabo sin perjuicio de las prohibiciones establecidas por el Código de Habilitaciones y Verificaciones, por la ley nacional 24788, por las normas contravencionales citadas y por la ley 451.

Las consideraciones efectuadas plasman la irregularidad manifiesta en la que se desplegaba la actividad recreativa en desprecio absoluto de las normas tendientes, entre otras cosas, a garantizar la seguridad de los asistentes.

Los espectáculos musicales eran llevados a cabo desvirtuando la habilitación del local República Cromañón por una persona que no era el titular de la misma, con las salidas bloqueadas o desnaturalizadas, sin observar las normas preestablecidas para la realización de los recitales y permitiendo la utilización de pirotecnia, el expendio de bebidas alcohólicas, el ingreso de menores y la sobre ocupación del lugar.

En resumidas cuentas, podemos concluir con absoluta seguridad 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.

DÉCIMO SEGUNDO:

1. Ausencia de dolo y prohibición de regreso.

En este apartado trataremos la situación procesal de los

funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que fueron acusados.

Para comenzar habremos de recordar que al momento de la discusión final las querellas encabezadas por los doctores Patricio Poplavsky y Susana Rico, y por los doctores Marcelo Parrilli y María del Carmen Verdú, acusaron a los imputados por la autoría dolosa del delito de homicidio simple.

El grupo de los doctores José Iglesias y Beatriz Campos acusó a Fabiana Gabriela Fiszbin como autora del delito de estrago doloso seguido de muerte, mientras que a Ana María Fernández y a Gustavo Torres les imputó la autoría culposa del delito de estrago agravado por el resultado de muerte.

Por último, la querella ejercida por los doctores Mauricio Castro y Patricia Núñez Morano consideraron que los ex-funcionarios debían responder como autores del delito de estrago culposo seguido de muerte.

Por su parte, los integrantes del Tribunal Oral n° 24 descartaron la posible subsunción de las conductas atribuidas a estos imputados en los tipos penales de estrago y homicidio, sea en su forma dolosa o culposa.

Así, pues, como veremos a continuación, compartimos el criterio de que no resulta posible calificar al comportamiento de dichos funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires acusados en el marco de esta causa como doloso respecto de los delitos de incendio y homicidio en comisión por omisión.

Al analizar el episodio central, hemos establecido que cabe subsumir la conducta de quienes organizaron el recital en el delito de incendio doloso seguido de muerte, previsto por el artículo 186 inciso 5° del Código Penal, habiendo estructurado la imputación a partir de la modalidad de comisión por omisión.

Asimismo, explicamos que estamos frente a un delito de omisión impropia cuando el autor hubiese podido impedir un resultado lesivo de haber interpuesto la acción indicada -pues basta con la existencia de capacidad de evitación cuando se halla en una determinada posición de garantía- y que sólo en los casos en los que el omitente ostente un control del proceso lesivo de tal intensidad que pueda ser equiparado al que se obtiene por vía de la acción podrá establecerse el disvalor del injusto típico necesario para subsumir la omisión en el tipo penal de la parte

especial de que se trate.

En el caso, dejamos en claro que quienes se encuentran en esa especial relación jurídica son los acusados que poseen la calidad de organizadores del espectáculo, toda vez que provocaron voluntariamente una situación de peligro para un bien jurídico y, en consecuencia, tenían la obligación de evitar que ese riesgo se convirtiera en lesión.

Oportunamente analizamos el aspecto subjetivo de la figura prevista por el artículo 186 del Código Penal y la agravante del inciso 5°, concluyendo que habrá dolo por parte del autor cuando éste sepa (porque conoce todas las circunstancias de hecho integrantes del tipo legal) que su comportamiento peligroso es capaz de generar un peligro común para bienes o personas.

Ese conocimiento al que nos referimos guarda vinculación con las circunstancias fácticas que se configuran al momento del hecho, de modo que el dolo tiene que estar dado al tiempo del suceso y el autor tiene que haber dejado de controlar voluntariamente un riesgo, existiendo el deber de hacerlo, en forma que equivalga valorativamente a su creación. Es decir, no observar a sabiendas el cuidado debido en el ámbito en el que se desempeña, extremo que en términos normativos significa la creación de un riesgo penal relevante. Obviamente, por haber conocido o consentido los factores de aquel peligro que se realiza luego en el curso causal hacia el resultado.

Entonces, a partir de las premisas expuestas mal podríamos concluir que los funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires obraron dolosamente, puesto que desconocían las concretas circunstancias fácticas que reinaban al momento del hecho, toda vez que no se encontraban en el lugar el 30 de diciembre de 2004.

De acuerdo al marco teórico que hemos expuesto anteriormente, para responder penalmente en comisión por omisión dolosa, resulta necesario que el sujeto gobierne el control del proceso lesivo y que conozca todas las circunstancias del hecho en su concreta configuración.

Sólo así, el garante estará en condiciones de decidirse, con conocimiento y voluntad, en contra del bien jurídico y, por ende, su omisión resultará subsumible en el tipo comisivo de la parte especial de que se trate.

Ese control del curso lesivo y su conocimiento, presupone

necesariamente que el garante asuma el dominio de los factores causales de una situación determinada, lo que exige como consecuencia lógica indispensable su presencia en el lugar de los acontecimientos.

Es que en todo tipo doloso, sea por acción u omisión, la autoría se funda en el dominio del hecho, extremo que no puede predicarse respecto de quienes ni siquiera conocen que el suceso se está desarrollando.

Por lo tanto, aún cuando se sostenga que los encargados de ejercer el poder de policía resulten garantes de la evitación del resultado producido, no es posible que respondan por un tipo penal de resultado (sea homicidio, incendio o estrago) doloso en la modalidad de comisión por omisión.

Y ello es así, incluso, cualquiera sea la teoría del dolo de la que se participe, pues *"existe unidad de criterio acerca de que el dolo tiene que estar dado al tiempo del hecho y de que ni el dolus antecedens ni el dolus subsequens fundamentan un delito doloso"* (PUPPE, Ingeborg, "La distinción entre dolo e imprudencia", traducción de Marcelo A. Sancinetti, 1° edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 132).

En esta dirección, debe tenerse presente que *"si la producción de un resultado o de un peligro concreto pertenece al tipo legal"*, como ocurre en el delito de homicidio y en el de incendio, *"entonces el dolo debe extenderse a su acaecimiento* [y] *además debe abarcar en sus rasgos esenciales al curso causal que conduce a la realización del resultado"* (Conf. JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5° edición, Comares, Granada, 2002, P. 317). Por los motivos que venimos exponiendo, mal podría sostenerse que los funcionarios se representaron efectivamente los rasgos esenciales del hecho concreto del 30 de diciembre de 2004.

Incluso, autores que ubican el dolo en la culpabilidad son contestes al decir que *"es necesario que el dolo subsista al momento del hecho y perdure durante todo el tiempo en que la conducta se encuentra bajo el poder de señorío del agente, de manera que, para que exista configuración del dolo, la voluntad debe abarcar la conducta típica hasta el último acto"* (Conf. FIANDACA, Giovani/MUSCO, Enzo, "Derecho Penal Parte General",

traducción de la 4ta. Edición Italiana por Luis Fernando Niño, Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia, 2006, p. 357).

Como veremos más adelante, todo lo expuesto no resulta óbice para tratar la posible responsabilidad por negligencia o imprudencia con relación al resultado, porque en estos supuestos el dominio y el conocimiento efectivo de la situación concreta no resultan necesarios.

Sentado ello, y por otra parte, del fallo recurrido se desprende que al tratar la situación de Fabiana Gabriela Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Juan Torres, el Tribunal *a quo* entiende que en razón de que el dominio del fundamento del resultado recayó sobre los que consideró los co-organizadores y habiendo sido la producción del mismo obra voluntaria de esos autores dolosos, no cabe la configuración de otra imputación con relación al hecho del 30 de diciembre de 2004, toda vez que entienden inadmisible un aporte culposo al hecho doloso de un tercero. Ello puesto que, según sostiene el *a quo* con cita de doctrina *"Si el autor principal actúa libremente entonces no hay nada más que haya de ser causado"* (fs. 67215 vta.).

Por ese motivo, sólo analizan la situación de los funcionarios a la luz de la conducta que les imputara el representante del Ministerio Público Fiscal, consistente en no haber cumplido con los deberes que sus cargos les imponían.

Ahora bien, debemos aquí detenernos a fin de efectuar algunas consideraciones, habida cuenta que no compartimos la solución adoptada por el Tribunal de Juicio en este aspecto.

Es cierto que en su formulación más remota y antigua la teoría de la prohibición de regreso afirma que es impune el aporte de una intervención imprudente en la realización dolosa de un tipo penal.

La primera elaboración fue llevada a cabo por Frank a comienzos del siglo XX y tuvo como idea central establecer una limitación a la responsabilidad penal sobre la base de que un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico que le ha sido encomendado. En ese contexto desarrolló la idea de que *"no pueden tenerse por causa las condiciones previas a una condición que libre y conscientemente es dirigida a la causación de un resultado"* (REYES ALVARADO, Yesid, "Imputación objetiva", 3° edición, Temis, Bogotá,

2005, p. 332 y 339). En definitiva, se entiende que quien colocó esa condición previa sólo puede ser considerado un partícipe, no obstante, la participación criminal imprudente no se encuentra prevista legalmente.

En la etapa en la que la teoría de la equivalencia de las condiciones fundaba los juicios de responsabilidad, resultaba en cierta medida esperable que se alegara que la intervención posterior de un tercero interrumpía el nexo causal inicial y, por consiguiente, el primer autor no podía responder.

Sin embargo, esta concepción se demostró equivocada, ya que desde el punto de vista de las leyes naturales la causalidad existe o no existe, sin que pueda alegarse que el posterior aporte de otro sujeto modifique esa realidad empírica y, por tanto, interrumpa la relación de causalidad. Es que como dice Enrique Gimbernat Ordeig *"la teoría de la interrupción del nexo causal, además de operar con criterios confusos y contradictorios, no tiene nada que ver con el problema causal"* (en "Delitos cualificados por el resultado", Madrid, 1966, p. 93).

También se ha tratado de explicar el fundamento a través del concepto de dominabilidad o conducibilidad del suceso, sosteniendo que el primer autor no tiene dominio sobre el curso por él desencadenado debido a la intervención de un tercero que es quien debe responder por el resultado producido.

Ahora bien, estas formulaciones estrictas de la prohibición de regreso que, con distintas razones, nos conducen a la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal al primer causante cuando media la intervención dolosa posterior de un tercero, actualmente se han flexibilizado a partir de los postulados de la teoría de la imputación objetiva.

Recordemos que un resultado es objetivamente imputable a un agente cuando por su acción fue creado un riesgo jurídicamente reprobado y éste último se realiza efectivamente en el resultado.

Así, pues, explica Reyes Alvarado que para la correcta solución de los problemas planteados como consecuencia de la aplicación estricta de la prohibición de regreso hay que comenzar por la determinación de los riesgos jurídicamente desaprobados que hayan sido creados en la situación concreta y terminar con el análisis de si alguno de dichos riesgos desaprobados se realizó en el resultado o si éste fue producto de un riesgo tolerado (ob.

cit., p. 365).

Este criterio es compartido por Bernardo Feijóo Sánchez, quien explica que *"La `teoría de la prohibición de regreso´, al igual que todas las teorías que parten de una visión causal del tipo objetivo, intenta solucionar problemas de imputación que no se pueden resolver con meras consideraciones causales (`interrupción del nexo de causalidad´). E intenta resolverlas mediante criterios subjetivos. Pero si se parte de un tipo objetivo más rico que la pura causalidad como hace la moderna `teoría de la imputación objetiva´, los problemas se pueden solucionar sin tener que hacer referencia al carácter doloso o imprudente de un hecho"* (en "Límites de la participación criminal ¿Existe una 'prohibición de regreso´ como límite del tipo en derecho penal?", 1° edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 35/6).

Esto nos conduce a sostener que no es válido afirmar genérica y simplemente que cada vez que un tercero interviniente en el desarrollo del suceso lo haga en forma dolosa se excluye necesariamente la imputación al primer autor, puesto que, el principio de confianza autoriza a confiar —valga la redundancia- en que nadie se valdrá del accionar de otro para cometer un delito, pero sólo en cuanto no existan circunstancias especiales que invaliden ese principio general de confianza (REYES ALVARADO, Yesid, ob. cit., p.363/4).

En esa misma línea encontramos a Roxin quien entiende que el principio de confianza ha de regir también en cuanto que por regla general se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos, puesto que de lo contrario la vida social moderna sería imposible. Así la venta de cuchillos, cerillas, mecheros, alcohol de quemar, hachas y martillos y la transmisión de tales objetos no serían posibles si se hubiera de contar con la comisión de delitos dolosos por los compradores o por los demás receptores. En esta medida, según su parecer, se trata también de un caso de riesgo permitido, en el que los peligros evitables se soportan en atención a las ventajas individuales y sociales que el principio de confianza ofrece también en este terreno.

Así, pues, sostiene que "[a]*quí radica el núcleo correcto de la antigua teoría de la prohibición de regreso, aún defendida en la actualidad con distintas fundamentaciones, según la cual la*

cooperación no dolosa en delitos dolosos es impune. 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 principio de confianza y por tanto del riesgo permitido" (ROXIN, Claus, "Derecho Penal Parte General", edición 1997, reimpresión 2007, Civitas, Madrid, p. 1006/7). De lo expuesto se sigue que la prohibición de regreso admite excepciones pues *"el principio de confianza no puede regir ya cuando una conducta fomenta la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso"* (Ibídem, p. 1007).

En consonancia con lo que hemos expuesto, y con relación a este principio, Frister señala que *"[n]i siquiera la mayor responsabilidad de un autor doloso impide imputar lesiones de bienes jurídicos, adicionalmente, a aquel que las ha causado en forma mediata por su propia conducta. Por ello, la así llamada prohibición de regreso, según la cual —dejando de lado los casos de participación- el posibilitar hechos dolosos de otros no configuraría, en forma general, un riesgo no permitido de que se realice el tipo, es rechazada, con razón, por la opinión dominante. Al menos cuando el potencial autor doloso ya se ha inclinado a cometer el hecho de modo reconocible, el posibilitarle a otro un hecho doloso debe ser valorado como riesgo no permitido"* (FRISTER, Helmut, "La imputación objetiva", publicado en "Causalidad, riesgo e imputación", compilación de Marcelo A. Sancinetti, 1° edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 509).

Pero además, como veremos, Frister va aún más lejos y para

desarrollar su posición, explica el famoso caso tratado en los manuales del sujeto que en una taberna cuelga su arma en el perchero, sin prestar mayor atención, aunque allí precisamente, un huésped, ha amenazado de muerte a otro en el marco de una acalorada discusión.

Según el citado autor, aquí se crea sin duda alguna un riesgo no permitido para la vida del cliente que ha sido amenazado; en consecuencia, si este riesgo se realiza, el sujeto que dejó colgada el arma deberá responder por homicidio imprudente, más allá de la responsabilidad del autor doloso (Ibídem, p. 509).

Incluso Frister considera que, en el hipotético caso en que aunque todavía no hubiera habido ninguna discusión en el bar, cuando se cuelga un arma en el perchero, *"el riesgo creado por esa acción debe ser valorado correctamente como un riesgo no permitido de que se produzca una muerte"* (Ibídem, p. 510). Ello así, pues según el citado autor, *"el trato con armas de fuego está reglamentado también para que con tales armas no sean cometidos delitos dolosos. Los dueños de armas de fuego están obligados, entre otras cosas por esa razón, a guardar cuidadosamente sus armas y asegurarse que no sean usadas indebidamente (…) Quien al vulnerar esa obligación, le da a otros ocasión de cometer un delito doloso, crea un riesgo no permitido para la vida de sus congéneres, del mismo modo que aquel que le da a otros la posibilidad de un trato imprudente con el arma"* (Ibídem). En pocas palabras, este autor estima que si el riesgo creado por el primer agente se concreta hay que castigarlo por la comisión del delito imprudente sin perjuicio de la responsabilidad del autor doloso.

También Puppe coincide en que la prohibición de regreso no puede regir de manera ilimitada. A su juicio *"la teoría de la imputación objetiva no es el lugar sistemático donde se decide la cuestión de la responsabilidad por la contribución imprudente a hechos dolosos de terceros. La cuestión que lógicamente hay que plantearse primero es si —y bajo que presupuestos- existe un deber de cuidado de no exponer a otro al peligro de un delito doloso. Si la prohibición de regreso rigiese ilimitadamente, nunca existiría un deber de cuidado tal. El lugar sistemático del problema del regreso es, por ello, la determinación del deber de cuidado. Esta idea se está imponiendo cada día más en la doctrina jurídico*

penal, incluso entre los partidarios de la prohibición de regreso. A ella está vinculada la idea adicional de que no existe una vigencia absoluta de la prohibición de regreso, ya que puede que existan precisamente deberes de cuidado para impedir delitos de terceros". (PUPPE, Ingeborg, "La imputación del resultado en Derecho Penal", traducción de Percy García Cavero, 1° edición, Ara Editores, Perú, 2003, p. 214).

Desde una concepción funcionalista moderna, la doctrina española se ha mostrado crítica acerca de la posibilidad de fundar una vigencia irrestricta de la prohibición de regreso como la seguida por el tribunal *a quo*, puesto que *"del hecho de que un sujeto controle o domine un determinado suceso no se deriva la exclusión de la imputación a otro que no lo controla o domina"* en la medida en que *"la creación de riesgo de que se realice un suceso que no será dominable puede ser precisamente la razón por la que se prohíba la conducta"* (ROBLES PLANAS, Ricardo, "La participación en el delito: fundamentos y límites", Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, ps. 88 y 89).

Entonces, más allá de los diferentes matices que estas posturas pueden denotar, estamos de acuerdo en que la denominada ***prohibición de regreso no puede fundarse de manera universal*** para todos los supuestos donde exista una actuación dolosa posterior de un tercero. Por el contrario, a los efectos de deslindar la responsabilidad penal del primer causante debe evaluarse su propia intervención ***en el caso concreto*** en miras a establecer si el favorecimiento del hecho doloso ajeno constituyó para él una violación al deber de cuidado que comporte un riesgo no permitido y, en su caso, analizar si concurren las reglas generales de la imprudencia para completar el juicio de subsunción.

Y justamente, esto es lo que el tribunal *a quo* ha renunciado considerar, pues al tomar partido por una prohibición de regreso absoluta e ilimitada con validez irrestricta de carácter general para todos los casos, se negó a ponderar la posible relevancia jurídico penal por imprudencia de la conducta de los funcionarios públicos que reclamaban algunos de los acusadores.

Esta omisión de evaluar la situación en el caso concreto, conceptuamos que torna arbitraria la decisión, máxime cuando en el deber de cuidado de los funcionarios públicos se encuentra ínsito

el control de la actuación de terceras personas, extremo que ni siquiera fue mencionado en la sentencia y que tal como corresponde oportunamente desarrollaremos.

En consecuencia, es por demás evidente, que no podemos descartar de plano y por irreflexiva aplicación de la prohibición de regreso, la subsunción de la conducta de los funcionarios en el tipo penal imprudente por el que fueron acusados, toda vez que —reiteramos- en nuestro concluído concepto corresponde analizar la situación de conformidad con el caso concreto.

2. Consideraciones generales sobre el delito imprudente.

Establecido pues que la categoría dogmática de la denominada "prohibición de regreso" no impide en el caso concreto atribuir responsabilidad a los funcionarios públicos encargados del ejercicio del poder de policía en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires por el hecho producido el día 30 de diciembre de 2004; descartada como se ha visto *ut supra* la posibilidad de considerar dolosa la actuación de estos imputados a ese respecto y, en atención a que han sido acusados por algunas querellas en orden a una figura culposa, corresponde que nos avoquemos al tratamiento teórico de los elementos del delito imprudente, para luego verificar si es posible la subsunción de las conductas de Fabiana Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Torres, bajo esta modalidad delictiva.

Es sabido que en su función protectora de bienes jurídicos, el Derecho Penal no castiga únicamente comportamientos dirigidos conscientemente a la producción de lesiones o peligros penalmente relevantes, sino que también reprime aquellas acciones (u omisiones) que, por realizarse de manera descuidada, pueden llegar a producirlos.

En tal sentido, enseñaba la doctrina finalista clásica que *"el ordenamiento jurídico impone que en la realización de toda acción que puede tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe el cuidado necesario en el tráfico para evitar dichas lesiones"* (WELZEL, Hans, "El nuevo sistema del derecho penal, una introducción a la teoría de la acción finalista", traducido por José Cerezo Mir, BDF, Montevideo-Buenos Aires, 2001, p. 111).

En la misma línea explica Jescheck que *"toda norma jurídica que declara punibles comportamientos imprudentes exige de*

cualquier persona el empleo del cuidado objetivamente debido que resulta necesario para evitar la realización del tipo." (JESCHECK, Hans Heinrich/WEIGEND, Thomas, "Tratado de Derecho Penal", Parte General, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5° edición, Comares, Granada, 2002, p. 622).

Por ello, afirma con razón Mir Puig que "*en el delito imprudente el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por la infracción a la norma de cuidado (es decir, por inobservancia del cuidado debido)*" (MIR PUIG, Santiago, ob. cit. p. 31).

Resulta por demás claro, entonces, que la acción u omisión típica de todo ilícito imprudente estará dada por la inobservancia del deber de cuidado que debe existir en el ámbito donde el autor interviene.

La multiplicidad de formas en que una conducta descuidada puede provocar lesiones o peligros para bienes jurídicos resultan inimaginables; es por ello que los tipos imprudentes limitan su descripción a fórmulas genéricas, y reprimen a quien "*por imprudencia, negligencia o impericia, etc*." produce algún resultado disvalioso.

Ello no implica que el injusto típico esté dado únicamente por el acaecimiento del resultado, pues al igual que en el caso de los delitos dolosos, el objeto de la prohibición está constituido por una conducta (sea acción u omisión) que es lo único que el derecho penal puede sancionar.

De ahí que el primer paso para realizar el juicio de subsunción al tipo penal imprudente de que se trate, sea determinar la tipicidad de la conducta, la cual estará dada, como venimos exponiendo, por la violación al deber objetivo de cuidado que el autor debía observar en el ámbito de relación en que se desempeña.

El problema naturalmente consiste en establecer cuándo existe tal violación al deber de cuidado como primigenio elemento de todo tipo culposo.

Al respecto, enseña Jescheck que "*el primer deber que se deriva del mandato general de cuidado consiste en identificar y valorar correctamente los peligros que acechan al bien jurídico protegido, pues todas las precauciones destinadas a evitar un daño dependen de la clase y medida del conocimiento del peligro*

amenazante” (JESCHECK, Hans Heinrich, ob. cit., p. 622).

A este deber de identificar y ponderar los peligros los denomina *“cuidado interno”* y consiste en *“la observación de las condiciones bajo las cuales tiene lugar la acción* [u omisión]*, en el cálculo de su evolución y de las posibles modificaciones de las circunstancias concomitantes así como la reflexión acerca de cómo puede desenvolverse y repercutir en el riesgo identificado”*; en este punto, para el grado de atención exigible *“son especialmente importantes la cercanía del peligro y el valor del bien jurídico puesto en riesgo”* (Ibídem).

Las posibles formas de infringir el deber de cuidado no se agotan en la observancia del denominado “*cuidado interno*”, es decir, de aquel deber general de identificar los peligros que pueden derivarse para los bienes jurídicos, sino que de éste se desprende también *“el deber de desarrollar un comportamiento externo adecuado, con la finalidad de evitar así el acaecimiento del resultado típico”* (Ibídem, p. 624).

Es lo que se conoce como *“deber de cuidado externo”* y que puede tener tres manifestaciones, a saber: 1. deber de abstenerse de desarrollar una acción que es adecuada para la realización del tipo imprudente (cuidado como omisión de acciones peligrosas); 2. deber de actuar prudente en situaciones peligrosas, donde la acción peligrosa puede ser llevada a cabo a causa de la utilidad social de la actividad, pero al ejecutarla habrá que tomar todas las medidas necesarias de precaución, control y supervisión para así eliminar el riesgo vinculado a aquella o, al menos, para mantenerlo dentro de sus límites (cuidado como actuación precavida en situaciones de peligro); y 3. deberes de preparación e información antes de la ejecución de una acción peligrosa (cuidado como cumplimiento de un deber de información), donde el autor debe procurarse a tiempo de los conocimientos, experiencias y capacidades sin los cuales la realización de la acción sería una irresponsabilidad a causa del riesgo vinculado a ella (JESCHECK, ob. cit. p. 624/5).

En cuanto al criterio que debe tenerse presente para ponderar esa atención exigible al autor para la identificación del peligro como asimismo en el desarrollo de su conducta, explica Jescheck que es *“el de una persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor y, en verdad, en*

la situación concreta en la que aquél se ha colocado" (Ibídem, p. 623).

Para ello *"el tribunal debe indagar la peligrosidad de la situación y basar su decisión desde una perspectiva ex ante, esto es, con anterioridad al acaecimiento del daño"* (Ibídem).

Asimismo, *"en el enjuiciamiento de la identificación de la situación objetiva del peligro hay que tener también en cuenta los especiales conocimientos causales del autor"* (Ibídem).

Esta última afirmación del citado jurista, nos rememora la tradicional discusión que se plantea en la doctrina alemana, en cuanto a si el criterio para identificar la violación al deber de cuidado debía realizarse valorando la conducta del hombre medio y prudente en la situación del autor, o también ponderarse los conocimientos o capacidades individuales del sujeto actuante para determinar el contenido de la norma de cuidado.

Sin entrar en profundidad en el análisis de las argumentaciones esgrimidas para estas posturas, compartimos la posición sostenida por Corcoy Bidasolo, en cuanto a que una concepción de injusto que parte de la base del disvalor de la acción para afirmar la tipicidad del comportamiento, es decir, en el sentido de la peligrosidad *ex ante* de la conducta que hace previsible la producción del resultado lesivo —conocido o cognoscible por el sujeto-, *"exige atender desde el primer momento al poder individual del autor"* (Conf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado", 2° edición, IBDF, Montevideo-Buenos Aires, p. 106).

Ello así, por cuanto la capacidad como los conocimientos de que pueda estar dotado el autor *"determina ya la propia existencia del peligro creado por la conducta"* (Ibídem). Pensemos si no, en los ejemplos clásicos del conocimiento que tiene el maestro de que el alumno al que golpea es hemofílico o del conductor que conoce que a una hora determinada los niños salen del colegio en forma apresurada.

Es que para la configuración típica es necesario que el peligro sea cognoscible por el sujeto, de forma tal que *"el deber subjetivo delimita el contenido del deber objetivo de cuidado, al mismo tiempo que no puede determinarse el deber subjetivo de cuidado sin atender al peligro objetivo concurrente"*; de ahí que *"esta interrelación explica la necesidad de acudir a un concepto*

de previsibilidad que no sea objetivo ni subjetivo, sino individual" (GALLO, Patricia, "Pirotecnia: una fiesta de riesgos. Imprudencia y riesgos concurrentes", publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, vol. 2008-8, p. 1324).

Resulta evidente entonces que para enjuiciar la infracción al deber objetivo de cuidado y con ello afirmar la tipicidad de la conducta, no puede prescindirse de la situación individual del autor; como así también que esa ponderación debe realizarse *ex ante*, es decir, colocándose en la situación concreta del sujeto al momento del hecho.

En este último sentido, debe tenerse presente que *"la norma de cuidado penal persigue evitar la producción de aquellas lesiones del bien jurídico que, ex ante, el autor tenía la posibilidad de prever y evitar"*, razón por la cual *"en cada supuesto en particular, el deber de cuidado comprende todos aquellos deberes genéricos de cuidado reglados o de común experiencia que, ex ante, aparecen como adecuados para evitar la lesión del bien jurídico"* (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "El delito imprudente", ob. cit., p. 123/4; en la misma línea ver C.N.Crim y Correc. Sala IV, c. 1269.10 "SLA s/homicidio culposo", rta. 10/9/2010).

Pero además a la hora de establecer ese deber de cuidado *"el autor ha de atender a todas las reglas generales de cuidado que se le exigen en razón del peligro que está creando con su propia conducta, de las que se derivan del peligro que suscitan los factores físicos concurrentes en el hecho (…) y/o por último, de las que proceden del peligro creado por un tercero o por la propia víctima, siempre que todo ello sea conocido o cognoscible por él"* (Ibídem).

Ahora bien, *"una vez establecido el deber objetivo de cuidado, de acuerdo a los riesgos concurrentes en el hecho y la capacidad del autor, hay que ponerlo en relación con la conducta realizada por éste"* (Ibídem). Si la acción es coincidente con el cuidado jurídicamente debido no estará prohibida; se trata de un juicio de atribución *"que constituye el presupuesto de la imputación objetiva y en el que se comprueba la existencia o no de una realización típica"* (Ibídem).

Siempre siguiendo a Corcoy Bidasolo, es dable afirmar que

"el proceso para la determinación del deber de cuidado puede dividirse en dos fases; en una primera se buscan las reglas generales de cuidado-reglas técnicas- que debería observar el autor, es decir, una medida general de cuidado; en la segunda fase, se ha de preguntar cuál sería la conducta necesaria en el tráfico atendiendo a la capacidad del autor y a las circunstancias exteriores concurrentes" (Ibídem, p. 125).

Es que *"en el proceso de concreción de la medida de cuidado se ha de atender a los principios de la experiencia que vinculan determinados peligros a ciertas actividades y a las medidas de seguridad que, ex ante, aparecen como adecuadas para evitar dichos peligros"* (Ibídem p. 203).

Para determinar la contrariedad al deber de cuidado también serán útiles los conceptos de riesgo permitido (el riesgo creado debe ser aquel que la norma infringida pretendía evitar) y, en los casos como el nuestro donde interactúan varias personas, el principio de confianza, cuyos límites deberán ser trazados en el apartado correspondiente.

Lo que debe quedar en claro es que para todo delito imprudente el primer juicio de imputación y que se valora *ex ante*, tiene por finalidad determinar el carácter de injusto típico de la conducta (sea acción u omisión), pues se trata de la infracción a la norma de cuidado, para lo cual habrá de ponderarse los conceptos que hasta el momento hemos desarrollado.

Ahora bien, una vez establecida la tipicidad de conducta imprudente, corresponde realizar el segundo juicio de atribución, que no es otro que la imputación del resultado al comportamiento, o lo que en palabras de Corcoy Bidasolo se denomina "*juicio de imputación objetiva strictu sensu*" o "*relación de riesgo*".

Este juicio de imputación, a diferencia del realizado para determinar la tipicidad de la conducta, *"es esencialmente ex post, ya que sólo puede realizarse una vez producido el resultado y conocidas todas las circunstancias que han contribuido a su efectiva realización"* (GALLO, Patricia, ob. cit., p. 1326).

Para ello, se requiere un primer paso, esto es, determinar *la clase* de riesgo que el autor creo al infringir la norma de cuidado, pues *"en definitiva, se trata de probar que la clase de riesgo que se ha clasificado como típico en el primer juicio de imputación es el que se ha realizado en el resultado. O sea, que*

el riesgo típico creado por la conducta y no otro sea el que se ha realizado en el resultado" (Ibídem).

En este punto, Corcoy Bidasolo propone tener en cuenta a los fines de probar esta relación de riesgo los criterios del incremento del riesgo y del fin de protección de la norma, utilizándolos de modo complementario.

En esa dirección explica que *"cualquier incremento del riesgo, propio del sujeto, del que se pruebe que, ex post, se ha realizado en el resultado, es suficiente para fundamentar la relación de riesgo y, por tanto, eventualmente, la imputación del resultado"* (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "El delito imprudente", ob. cit., p. 519).

Sin embargo, aquí corresponde evaluar para excluir la imputación del resultado, la consideración del comportamiento alternativo a derecho, el cual resulta admisible a tales fines *"sólo si es seguro, con una probabilidad rayana a la seguridad, que la conducta hipotética hubiera igualmente causado el resultado"* (Ibídem).

Pero además la prueba de esta relación de riesgo *"sólo se puede obtener por medio del criterio del fin de protección de la norma"* (Ibídem, p. 520), lo cual significa que *"para poder imputar el resultado también es necesario que el riesgo que se ha realizado en éste sea uno de los que el deber objetivo de cuidado trataba de evitar"* (GALLO, Patricia, ob. cit., p. 1326).

Naturalmente a la hora de ponderar la existencia de esta relación de riesgo en el caso concreto, habrá de tenerse presente como influyen en su configuración la intervención posterior de terceros, es decir, si éstas comportan una interrupción del nexo de imputación, lo que abordaremos en el punto correspondiente.

Finalmente, habrá de considerarse si concurren en el caso algunas de las figuras típicas previstas en el artículo 249 del Código Penal.

3. La situación de los ex funcionarios del Gobierno de la Ciudad.

3.a. El deber de actuar en el marco del ejercicio del poder de policía.

Conforme quedara acreditado en la determinación de los hechos, Fabiana Gabriela Fiszbin fue designada como Subsecretaria de Control Comunal por decreto nro. 2718/03 con fecha 12 de

diciembre del año 2003.

Asimismo, también se encuentra fuera de discusión que ese órgano tenía asignada como funciones primarias, entre otras, las siguientes: a) ejercer y coordinar en forma integral el poder de policía en el ámbito de la ciudad autónoma de Buenos Aires y b) 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, conforme ese último anexo también competía a la Subsecretaría de Control Comunal "*supervisar y coordinar acciones polivalentes con la Unidad Polivalente de Inspecciones*".

En este último sentido, recordemos que el 13 de enero de 2004, mediante el dictado del decreto 37/04 se creó la Coordinación General del organismo fuera de nivel "*Unidad Polivalente de Inspecciones*", que dependía de la Subsecretaría de Control Comunal y donde se designara a Ana María Fernández como Coordinadora General.

En el anexo II/4 del mencionado decreto se establecieron las responsabilidades primarias de dicha funcionaria, entre las que se encontraban, tal como ya hemos detallado, "*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... verificar* [su] *cumplimiento*"; entre otras.

Inequívocamente pues, desde el día 13 de enero de 2004 hasta el 26 de agosto de ese mismo año, Ana Fernández era la encargada directa de ejercer el poder de policía en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, conforme las competencias asignadas.

Con relación a esto último, recordemos que por decreto del Gobierno comunal n° 1563/04 la UPI fue disuelta y en su reemplazo se creó la Dirección General de Fiscalización y Control.

Esta última Dirección, de conformidad con dicho decreto publicado en el Boletín Oficial el 1° de septiembre de 2004 (n° 2015), ostentaba, entre otras, la siguiente responsabilidad primaria, a saber: "*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 órdenes de inspección e instrumentarlas en la órbita de su competencia; Practicar intimaciones; Disponer las clausuras cuando las circunstancias así lo requieran y ratificar las clausuras inmediatas y preventivas; Verificar el cumplimiento de las clausuras impuestas, entender sobre las violaciones de clausuras y efectuar las denuncias correspondientes...; Coordinar operativos de verificación y control que requieran de un abordaje integral de poder de policía que ejerce el Gobierno de la Ciudad...; Tramitar las denuncias recibidas".

De acuerdo al decreto 1874/04, Gustavo Juan Torres fue designado a cargo de éste organismo a partir del 21 de septiembre de 2004, según solicitud de la mentada Subsecretaría.

En lo que respecta a la nueva Dirección establecida en reemplazo de la UPI, el decreto 1563/04 disponía también la creación de una instancia adjunta a la cual se le asignaba función de criticidad alta y le establecía como responsabilidades primarias las consignadas en el Anexo II/4.

Este último, disponía que la instancia adjunta debía "[a]*sistir al Director General de Fiscalización y Control en los temas de su competencia y reemplazarlo en caso de ausencia*".

Conforme el artículo 6 del decreto 1563, la imputada Ana María Fernández fue designada como Directora General Adjunta de la Dirección General de Fiscalización y Control.

Ahora bien, en los considerandos del decreto de creación de la Dirección General de Fiscalización y Control, el Jefe de Gobierno explicaba los motivos de la creación de la instancia adjunta al decir que *"dada la complejidad operativa y los objetivos que se pretenden alcanzar, es menester dotar al organismo que se crea de una instancia adjunta de asistencia a la Dirección General"*.

Si tenemos en cuenta pues que en los fundamentos del decreto 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-, resulta por demás evidente que el

espíritu de la norma no era otro que asignarle al Director Adjunto también el ejercicio del poder de policía, al menos para coadyuvar la tarea del Director General.

Ello resulta coincidente con lo establecido en el Anexo II/4 cuando dispone como responsabilidad primaria de la Dirección Adjunta, asistir al Director General de Fiscalización y Control *"en los temas de su competencia"*, es decir, asistirlo en materia de ejercicio del poder de policía, entre otras funciones que le competían.

Es que de otro modo, 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 no ostentaba la posibilidad de intervenir en los asuntos de competencia del área.

Es por ello, que más allá de que Gustavo Torres haya dictado la resolución 424 estableciendo ciertas funciones de índole administrativa para la Dirección General Adjunta, esta última 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.

Por lo tanto, entendemos 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 cuando de la normativa no surge que la Dirección Adjunta dependa jerárquicamente de la Dirección General de Fiscalización y Control.

Prueba de esta afirmación, lo constituye la circunstancia que, como afirmó el nuevo director Oscar Lucangioli, Ana Fernández continuara asistiendo a las reuniones de 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.

De todo lo expuesto se colige que aún cuando el 26 de agosto de 2004 la Unidad Polivalente de Inspecciones haya sido disuelta, Ana Fernández continuó vinculada al ejercicio del poder de policía, puesto que al ser designada Directora Adjunta estaba

dentro de sus funciones asistir al Director de Fiscalización y Control, entre otras cuestiones en aquellas vinculadas al ejercicio del poder de policía; por estos motivos caen los agravios ensayados por su defensa sobre estos extremos.

Resulta claro entonces que, al 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 que sus titulares, Fabiana Fiszbin, Gustavo Torres y Ana María Fernández, tenían la obligación y la facultad de actuar frente a los alertas descriptos.

En este último sentido, siendo los encargados por ley de controlar las condiciones de seguridad, salubridad e higiene de los locales bailables, era su deber adoptar aquellas medidas que resultaran adecuadas para neutralizar los peligros que los denominados alertas les anunciaban.

Por tanto, es posible sostener que los funcionarios eran garantes de la evitación de resultados típicos como los producidos en locales como "República Cromañón", al menos en sentido formal, ya que era la ley misma la que establecía su deber de control.

Es que debe tenerse presente que "*los principios relativos al origen del deber de garante rigen también para funcionarios públicos que tienen que cuidar de un determinado círculo de deberes y que, en este marco, deben evitar con carácter general los peligros que se ciernen sobre determinados bienes jurídicos*" (Conf. JESCHECK, ob. cit., p. 672).

Naturalmente y habiendo descartado la posibilidad de aplicar a su respecto un tipo penal de comisión por omisión dolosa, ese deber sólo podrá fundar una responsabilidad jurídico penal de los funcionarios en caso de concurrir los requisitos de la imprudencia, lo que pasaremos a considerar en los apartados siguientes.

3.b. El conocimiento del peligro en que se encontraban inmersos los concurrentes a los locales de baile clase C.

3.b.1. Fabiana Fiszbin.

Sobre el particular, en el acápite respectivo hemos acreditado que desde el mes de enero del año 2004, Fabiana Fiszbin

se encontraba al tanto de la problemática que generaban los locales de baile clase "c" en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, por cuanto en esa fecha se produjo la primera reunión con el Defensor del Pueblo Atilio Alimena donde se trataron tales cuestiones.

En efecto, surge de la prueba fijada por el *a quo* que Atilio Alimena declaró en el debate que le había comentado a la nombrada que *"la habilitación de locales de baile era un tema sensible sobre el que se tenía que trabajar"* como así también que le recordó *"el caso Keyvis porque quería despertar su interés con un hecho sensible para lograr que se cumpliera con el pedido de la Defensoría"*.

En la misma dirección, debemos poner de resalto que el testigo Antonio Fernández también hizo hincapié en lo sucedido en esa primera reunión entre ambos funcionarios, cuando depuso que a Fiszbin *"le explicaron claramente los motivos de la visita, es decir, la problemática de muchos años referente a la seguridad de las personas"* donde *"el caso de los locales de baile era el problema más serio"*.

Pero además, ya hemos explicado que Alimena 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, con fecha 5 de mayo del año 2004 realizó 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.

Apuntaba allí el Defensor del Pueblo claramente 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 ello, Alimena 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"*.

Esta solicitud fue entregada en mano a la Licenciada Fiszbin en una segunda reunión que mantuvo con Alimena, ocasión en que se volvió a tratar la problemática de los locales de baile.

Es dable destacar que en este segundo encuentro y de acuerdo a lo que surge de la prueba fijada por el tribunal de juicio, Alimena declaró que le sugirió a Fiszbin *"publicar un aviso en el Diario estableciendo un plazo de diez días para que los boliches regularicen la situación y al cabo de dicho plazo los establecimientos que no cumplieran con las condiciones exigidas por las normas debían ser clausurados"*. Incluso se desprende que también le hizo saber que *"la regularización de los locales de baile no se podía dilatar en el tiempo"*, que *"le habló sobre la necesidad de profundizar y actuar rápido"*, como asimismo que *"si los locales no cumplían con la normativa no podían estar funcionando"* pues *"se estaba legitimando una anormalidad"*.

De igual modo se expidió Antonio Fernández cuando al relatar lo sucedido en esta segunda reunión dijo que *"Alimena le explicó a Fiszbin que existía una situación de riesgo, puesto que había una ordenanza que decía que para contar con la habilitación correspondiente, los locales debían tener un permiso de bomberos, que la mayoría carecía"*.

Este testigo además puso de resalto que a Fiszbin se le comentó la situación advertida en cuanto a las diferencias que existían entre la cantidad de locales bailables informados en los listados remitidos por la Superintendencia Federal de Bomberos y por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Las advertencias realizadas a Fabiana Fiszbin sobre la situación de peligro que comportaban los locales de baile del ejido de la ciudad no terminaron allí, sino que además, con fecha 26 de mayo de 2004, y a raíz de la gestión que venía desarrollando Alimena, salió publicado en el Diario Clarín un artículo titulado *"Una señal de Alarma: Capital Federal Relevamiento de la Defensoría del Pueblo. El 86% de las discos no cumplen con las medidas contra incendios"*.

Del contenido del artículo se desprende que, según el informe de la Defensoría del Pueblo, sólo 36 locales de baile de un total de 258 cumplían con la normativa vigente sobre medidas de prevención contra incendios; asimismo allí se hace referencia, entre otras cosas, al hecho producido en el local "Kheyvis" donde

murieron 17 personas a consecuencia de un incendio.

El conocimiento del artículo mencionado de parte de Fiszbin se encuentra acreditado, no solamente porque del texto pueden leerse declaraciones formuladas sobre el tema por la imputada, sino también porque la publicación de la nota generó una tercera reunión con Alimena.

En efecto, el testigo Antonio Fernández explicó que *"la tercera reunión con Fiszbin tuvo lugar a consecuencia de un artículo del diario Clarín que había salido con motivo de la problemática de los locales de baile. Fiszbin le recriminó a Alimena los dichos que el nombrado había vertido en esa nota periodística, diciéndole que no correspondían porque ella había trabajado en el tema"*.

De todo lo expuesto, 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.

En este último sentido, el contenido de la resolución de Alimena y del artículo periodístico, como así también las reuniones mantenidas con el Defensor del Pueblo, no dejan lugar a dudas.

3.b.2. Ana María Fernández.

Respecto de la nombrada, tampoco cabe ninguna duda de que estaba al tanto del contenido de la Actuación 631 y, por ende, de la situación de peligro en que se encontraban inmersos los concurrentes a locales bailables cada fin de semana.

En efecto, en primer lugar, recordemos que el Defensor del Pueblo Atilio Alimena, en la resolución de fecha 5 de mayo de 2004 dirigida a la Subsecretaría de Control Comunal que ya hemos ponderado extensamente, puso de manifiesto que la inobservancia de tales normas *"ponía en peligro la vida de mas de 400.000 personas por fin de semana"* (ver prueba nro. 230).

Asimismo, se encuentra plenamente acreditado que una vez ingresada esa Actuación, 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).

Es decir, 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.

Pero además, cabe destacar, que 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.

En efecto, surge de la prueba fijada por el tribunal de juicio que el testigo Antonio Fernández, asesor del Defensor del Pueblo, explicó que mantuvo reuniones con Ana María Fernández en las cuales *"hablaron los mismos temas que se trataron con Fiszbin, es decir, de los locales de baile, estaciones de servicio y shoppings"*.

Además, la testigo Carmen Prusak, asesora de la licenciada Fiszbin, tras explicar como se sucedieron las distintas reuniones con el Defensor del Pueblo y los detalles del pedido formulado con relación a los locales bailables, explicó que a partir de ello *"Fabiana Fiszbin le solicitó verbalmente a la Directora General Ana Fernández que comience a trabajar sobre las intimaciones a los locales de baile, porque al momento de ingresar formalmente el pedido de la Defensoría se debía dar una respuesta inmediata"*.

De lo expuesto, surge indudablemente el conocimiento que Ana Fernández tenía de toda la problemática vinculada a la Actuación 631 y, naturalmente, de la situación sensible que atravesaba el control de los locales bailables.

Pero además, nótese que las intimaciones cursadas con motivo del requerimiento de la Defensoría a los titulares de los locales bailables que surgían del listado remitido por la Superintendencia Federal de Bomberos, fueron firmadas por Ana Fernández, razón por la cual la actuación que tenía la nombrada está fuera del margen de toda duda racional.

Súmese a todo lo expuesto que Ana Fernández en ningún momento negó ese conocimiento, motivo por el cual no cabe en este

punto efectuar mayores consideraciones al respecto.

3.b.3. Gustavo Torres.

En lo que respecta al nombrado, comenzaremos por reseñar que el día 5 de agosto de 2004 la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires le solicitó a la UPI que le remitiera un listado de los locales bailables clase "c" que fueron inspeccionados durante ese año y en el que se señalara, además, cuáles fueron clausurados y por qué motivos, como así también cuantos de ellos mantenían la clausura vigente a esa fecha.

Vale poner de resalto que esa solicitud fue hecha en el marco de la Actuación n° 631, ya que así quedó referenciado -en negrita y subrayado- en la nota mediante la cual la Defensoría cursó ese requerimiento.

El 26 de noviembre del mismo año, Gustavo Juan Torres, por entonces Director General de la DGFyC (continuadora de la UPI, y que además absorbió al grueso de sus integrantes) elevó a su superior jerárquico, en este caso la Subsecretaria de Control Comunal, Fabiana Fiszbin, 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 en relación a la Actuación n° 631/04.

De un primer vistazo, ya podemos observar que los dichos de Torres no tienen sustento siquiera en los elementos objetivos que fueron aportados como prueba, ya que si encontramos notas firmadas por él donde adjunta informes a su superior y a su vez lo hace en el marco de la citada Actuación, sus manifestaciones quedan sin sustento para afirmar que no tenía conocimiento acerca de la existencia de la misma.

En este mismo sentido tenemos que agregar que dicha Actuación estaba radicada ante el área de control —primero UPI y luego DGFyC-, a cargo de Torres a partir de su nombramiento; o sea, tramitaba en la órbita de su oficina.

Principalmente por ello es que no otorgaremos credibilidad a sus dichos. En lo que sigue haremos mención a otros elementos que permiten arribar a la misma conclusión.

En tal sentido, como dijimos, Torres negó conocer la Actuación 631 y toda la problemática evidenciada en la misma. Sin perjuicio de ello, según sus propias manifestaciones, en el sector de Fiscalización y Control debían enfrentar actividades

inspectivas de gran magnitud, destacando al control de los locales bailables como una de las dos *más significativas* (ver nota n° 86 DGFyC-2004, prueba n° 6 del índice).

Entendemos aquí que haberle dado esa denominación a la cuestión de los locales de baile no obedece a una elección arbitraria por parte de Torres, sino más bien que para llegar a catalogarla de esa manera se basó en algún tipo de información que permitía valorarla en ese sentido, esto es, ni más ni menos que en la Actuación 631, ya que en ella fue en donde se puso de relieve la grave y deficiente situación de esos locales de baile.

Prueba de ello es la mentada nota, en la que Torres le requiere a la Subsecretaria Fiszbin que gestione la compra de unas cámaras fotográficas para equipar a los inspectores de su área. Allí el acusado emplea los términos "*urgencia y necesidad*" para contar con los elementos solicitados porque sabía perfectamente cómo estaba la situación con los locales de baile, en especial los de clase "c", ya que desde esta óptica resulta corroborante que estaba al tanto de los términos en los que el Defensor Adjunto Atilio Alimena había confeccionado la ya nombrada Actuación 631.

En concreto y vinculado a la citada nota podemos afirmar que si en ella, fechada poco tiempo después de su asunción en el cargo, Torres ya requiere recursos urgentes para enfrentar la problemática de su área representada, según señala, principalmente por el control de expendio de alcohol y de *discotecas*, es claro que tenía conocimiento de las tareas más relevantes a realizar. En ese marco, surge indiscutible la situación en que se encontraban los boliches clase "c".

Vinculado con esto último, no podemos dejar de mencionar también que en las denominadas "reuniones de los lunes", a las que Gustavo Torres concurría, era tratado el tema de las inspecciones en los locales bailables y, por ende, no podía desconocer la problemática que presentaban esos lugares.

Esta situación nos demuestra que en esas reuniones de trabajo -que como ya dijimos, eran coordinadas por Fabiana Fiszbin- se hablaba, además de otros temas vinculados al control de los locales comerciales, en particular de la actividad de las discotecas clase "c" -el propio Torres así lo reconoció-, por lo que la importancia del tema se encontraba presente en el seno del área y se repetía constantemente.

Por otro lado, y para apreciar mejor lo que venimos sosteniendo, resulta ilustrativo ver el expediente n° 30386/04 de la Fiscalía de primera instancia en lo Contravencional n° 1 de la ciudad de Buenos Aires, toda vez que allí se investigaron las posibles contravenciones en las que habría incurrido el local denominado "Cemento" cuyo titular era Omar Emir Chabán, y en particular obra agregada a dicho legajo la copia de la intimación efectuada por la UPI donde se le solicitó que acompañara la documentación que acreditase el cumplimiento de la normativa vigente relativa a la actividad comercial que desarrolla, como así también obra copia del descargo de aquél requerimiento, piezas que con fecha 25 de noviembre de 2004 Torres remitió a la Fiscalía Contravencional n° 1.

En otras palabras, esa intimación con el correspondiente descargo, relativa a "Cemento", fue cursada en el marco de la Actuación registrada bajo el número 7256/UPI/2004 (como el resto de las intimaciones), siendo que esta última tuvo su génesis con motivo de la Actuación 631 ya aludida.

Reiteramos entonces, que Gustavo Torres conocía a la perfección cómo estaba la situación de los locales de baile; y además, que la misma tenía que ser tratada con mucha importancia y otorgarle gran atención porque la Actuación 631 y, en particular, sus conclusiones habían generado un escenario tal en el que resultaba prácticamente imposible no llevar adelante un esquema de trabajo adecuado para resolver la problemática allí aludida.

Demás está decir, que al margen de no concretar ese plan de trabajo sólo se dedicó a mencionar que nada sabía acerca de la problemática vigente con los locales bailables y que nadie le avisó sobre la existencia de la Actuación 631.

En la sentencia se afirma -con criterio que compartimos-, que la misma fue una grave denuncia, y que dada su magnitud no es posible encontrar siquiera otra que se le parezca dentro del área de control durante aquél año 2004.

También se dijo que dado el contenido de la Actuación de Alimena, se requería el inmediato despliegue de todas las facultades de los funcionarios competentes para su abordaje hondo y urgente, y no el tratamiento puramente burocrático que a la postre se le dio. Estamos también de acuerdo con ello.

Ahora bien, con lo que no acordamos es con que, luego de

dichas afirmaciones, se lo desvincule a Torres con el argumento de que hay dudas sobre que él, en particular, haya conocido la existencia de la Actuación 631, porque de lo que se trata, en fin, no es el conocer la Actuación por su numeración, sino de estar al tanto y comprender la gravísima problemática puesta de manifiesto en aquel documento que fue reflejada hasta en los medios de comunicación, como veremos *ut infra*.

Se afirmó que la prueba para demostrar que Torres conocía la 631 debía ser contundente, y que no era posible desmentir los dichos de éste al decir que no fue advertido de alguna situación especial relacionada con la denuncia de Alimena.

Sobre esto, debemos remarcar que la contundencia a la que se refiere el Tribunal Oral deriva principalmente de que la Actuación en cuestión tramitó dentro de la esfera de competencia de Torres -cuando la DGFyC continuó a la UPI-, y no sólo eso, sino que como ya vimos, hasta él mismo confeccionó y firmó una nota que luego se incorporó a dicha Actuación.

Entender lo contrario es desconocer las pruebas objetivas y documentales que así lo demuestran, de ahí que a esta altura no podamos conceptuar admisible un desconocimiento de Torres respecto del contenido de la Actuación 631 dentro de la DGFyC.

Otro de los puntos relevantes en lo que venimos exponiendo lo conforma el pedido de informes (Res. 359/2004) de la Legislatura de la ciudad, identificado con el número de expediente 63514/2004.

Como ya dijimos al momento de tratar las alertas vinculadas al funcionamiento irregular de los locales clase “c”, ese cuerpo legislativo requirió al Poder Ejecutivo de la ciudad de Buenos Aires que informe en el plazo de quince días todo lo relativo a los locales de baile (clases A, B y C), como ser cantidad de inspecciones llevadas a cabo, si se labraron actas contravencionales y en caso positivo cuantas de ellas habían sido por incumplimiento a las medidas de seguridad contra incendio, etc.

Pero lo más llamativo de este pedido de informes es que el cuerpo legislativo tomó conocimiento de la situación problemática en la que se encontraban los locales bailables a raíz de la publicación del diario Clarín del día 26 de mayo de 2004, y por contrapartida, Torres como titular de la Dirección General de

Fiscalización y Control nunca se dio por aludido sobre el clima de incumplimiento de las normas de seguridad en los locales de baile clase "c".

O sea que lo que Gustavo Torres alegó ignorar fue conocido y tenido en cuenta hasta por miembros de otro poder estatal, quienes se enteraron de aquella situación de inseguridad e incumplimiento de las normas de los locales bailables a raíz de la publicación en un medio masivo de comunicación, ya que el 26 de mayo de 2004 el diario Clarín publicó las conclusiones de lo que había sido la Actuación de Alimena.

Esta publicación fue lo que motivó al cuerpo legislativo a efectuar el pedido de informes al Poder Ejecutivo, con lo cual 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.

Para comprender el impacto de esa noticia en la sociedad y en los funcionarios debemos tomar en consideración que el diario en cuestión tiene una tirada por día de cientos de miles de periódicos en todo el país, y más todavía si valoramos que el adelanto de ese informe fue reproducido en la tapa de ese matutino.

En consecuencia, conceptuamos 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, conforme fuera reflejada en el influyente periódico. No debe perderse de vista la notoria gravitación en la vida política que el matutino en cuestión posee, extremo que conduce a que las noticias que presenta a sus lectores sean también cuidadosamente atendidas por los funcionarios de diferentes reparticiones gubernamentales, máxime en aquellos casos -como el que nos ocupa- en que el contenido de la publicación conlleva una severa crítica a la labor de un determinado funcionario, que en este supuesto era nada menos que la antecesora de Torres, y aquella persona que luego fue su directora adjunta. En tales condiciones, insistimos, resulta 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.

A ello se suma que al momento de la publicación, Torres se desempeñaba como Controlador Administrativo de Faltas en la órbita del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, es decir, prestaba servicios en una dependencia altamente relacionada con la cuestión ventilada en la referida publicación, extremo que también permite racionalizar que en ese ámbito laboral debió haberse comentado tanto la publicación como las ya reseñadas repercusiones que la misma tuvo en la gestión de gobierno.

Por otro lado, no debemos perder de vista que cuando fue creada la DGFyC, el grueso del personal de la UPI incluido quien fuera su titular, Ana Fernández, pasaron a formar parte del nuevo organismo; o sea, el área mantuvo una continuidad con independencia del nombre que recibiera posteriormente y el personal siguió siendo el mismo (los de la UPI y la UERA, ver artículos 2 y 3 del decreto 1563/04), sumándosele muchos otros empleados.

Este dato no es menor ya que algunas de las personas que trabajaban primero en la UPI y luego en la DGFyC manifestaron que la caja azul donde eran precisamente 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” —Conf. declaración de Claudia Noemí Molina Capdevilla en la audiencia de debate-.

En línea con lo que venimos argumentando, declararon Carolina Albela y Walter Daniel Entelman, ambos empleados de la UPI y luego de la DGFyC.

La primera refirió encargarse específicamente de las intimaciones que se cursaban a los locales de baile clase “c” para que cumplieran con la normativa vigente. Estimó que esos requerimientos tuvieron origen en una resolución de la Defensoría, agregando que ella era la encargada de separar las intimaciones, colocando las que no eran respondidas en un bibliorato, y a aquellas que eran contestadas, luego de adjuntarles la documentación y cargarlas en una planilla informática, las

guardaba en una caja azul. También precisó que cuando la DGFyC se mudó al edificio de la calle Patricios, vio esa caja con las intimaciones en el armario que separaba el área de Legales.

Para reforzar lo que venimos diciendo, esto es, que Torres conocía los términos de la Actuación 631, se agregan a lo anterior los dichos del ya nombrado Walter Entelman, quien dijo ser inspector de la UPI y que mientras esta 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 había que tenerlos al día porque los utilizaba la Subsecretaria, agregando que en varias oportunidades le alcanzaba esa caja a Carolina Albela, porque ésta por su estatura no alcanzaba a agarrarla, ya que era ella quien se encargaba de la recepción y clasificación de esas actuaciones.

Asimismo dijo que cuando se mudaron a la calle Patricios con motivo de la absorción por la DGFyC volvió a ver una caja plástica de color azul arriba de los armarios del sector Técnico Legal.

En virtud de lo expuesto, entendemos desacertada la afirmación efectuada en la sentencia en cuanto a que esa caja azul se hallaba "resguardada". Quién o por qué hizo esto, en su caso, es una pregunta que nos hacemos y que el Tribunal Oral ni siquiera contestó, como así tampoco entendemos el motivo por el que se enmarcó la palabra "resguardada" sugestivamente entre comillas. Pareciera que para el Tribunal Oral la distinción de esa palabra respondería a un ocultamiento malicioso de parte de un tercero para evitar que Torres tome conocimiento de la Actuación 631, lo cual no es otra cosa que una situación inverosímil, toda vez que por lo menos una circunstancia con estas características no fue suficientemente sostenida o fundada en la sentencia.

En lo que respecta a los dichos de María Angélica Lobo y Vanesa Berkowski, respecto de la aparición de la caja en cuestión de la que dijeron no tener conocimiento previo, vale poner de resalto que en lo que hace a su labor específica dijeron no tener vinculación con esas actuaciones, por lo que era factible que pudieran estar ajenas a la cuestión sin que eso implique contradecir lo dicho por Albela, Entelman y Molina, quienes sí estaban, reiteramos, al tanto de las intimaciones y, en el caso de

Albela, trabajaba en las mismas.

En este sentido, adviértase que las mentadas eran nuevas en la dependencia, habían ingresado luego de que Torres se hiciera cargo de la misma. Además, los empleados que tenían conocimiento de la existencia de las intimaciones no refirieron que tanto Lobo como Berkowski hubieran sabido de ellas.

Sobre quien sí recaía el deber de conocer y controlar la actividad que se había desarrollado con relación a las intimaciones era, naturalmente Gustavo Torres, jefe de la Dirección y, como tal, de todos los empleados que venimos mencionando. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad de la Directora Adjunta, Ana Fernández, cuya conducta es tratada en un acápite por separado.

Es más, con el nombramiento de Torres y la incorporación de recursos al área, la situación de la misma parece no haber variado en demasía con lo que se venía observando. La supuesta organización que se intentó con la disposición 424/04 en la práctica no se concretó. Según reconoció el propio acusado, en el área de "*Intimaciones de la Coordinación Legal*" luego del hecho, puntualmente en fecha 3 de enero de 2005, advirtió "*…la existencia de gran cantidad de actuaciones en las que habiéndose notificado debidamente la Disposición de Intimación dictada, no se ha generado trámite alguno con posterioridad*" —ver disposición 916-DGFyC-2004 -prueba n° 6 del índice-. Más allá de la fecha en que esas intimaciones se dispusieron o realizaron, lo cierto es que durante los meses que duró su gestión permanecieron sin tratamiento y no surge de la disposición de referencia que hubieran estado también "escondidas", sino que por el contrario se encontraban en el área donde ya se desempeñaba gente de su dependencia y confianza.

Lo que queremos señalar es que el área lejos estaba de encontrarse organizada como pretende demostrar el acusado y, justamente, esa desorganización es la que permite entender que unos empleados trabajaran con unas actuaciones ubicadas en un sitio y otros desconozcan literalmente su existencia.

Para finalizar con lo expuesto en este punto, no podemos dejar de lado la situación puesta de manifiesto por Omar Néstor Fernández, en la que se encontraban algunos locales de baile del barrio de Constitución, relativa a las condiciones de higiene,

funcionamiento y seguridad.

Así, a raíz de las insistentes denuncias efectuadas por el nombrado Fernández, la DGFyC en el mes de noviembre de 2004 procedió a clausurar una serie de locales bailables que no cumplían con los requisitos establecidos en la ley 118 como así también porque presentaban graves defectos vinculados con la seguridad, como por ejemplo la no exhibición del certificado de aplicación de tratamiento ignífugo en la madera del escenario y del telón, *existencia de media sombra utilizada como cielorraso sobre el salón*, ausencia de un tramo de baranda en el entrepiso, existencia de cables expuestos de 220 voltios al alcance de la mano, como así también poseer menor cantidad de matafuegos de acuerdo a la superficie habilitada (ver Disposiciones de la DGFyC nros. 272, 326 y 327 todas del mes de noviembre de 2004).

Con motivo de su intervención en los casos citados —tres boliches cercanos entre sí, entre ellos el local "Bronco" destacado por Fernández y otro que éste representaba-, Torres tomó conocimiento directo del alto grado de incumplimiento de las normas de seguridad que presentaban los locales de baile.

Vemos que de un simple muestreo de locales inspeccionados ninguno de los tres (sólo por citar el caso de Omar Fernández) cumplía con la normativa para poder estar en funcionamiento, o sea que le bastó con ir a unos pocos lugares para tener una noción de cómo funcionaban los locales de baile clase "c" de la ciudad de Buenos Aires.

Todo esto permite tener por probado el conocimiento real que tenía el acusado de la situación alarmante en que se encontraba el rubro de los locales bailables, tal cual lo dejáramos asentado en los párrafos precedentes.

Conforme a todo lo analizado, nuestra conclusión sólo puede sostener que Gustavo Juan Torres conocía efectivamente la situación de peligro en que se encontraban los locales de baile clase "c" de la ciudad de Buenos Aires, sin perjuicio del número que llevaba la Actuación donde se denunció esta situación (Act. 631 DPCBA), porque la argumentación del nombrado referida al desconocimiento de una Actuación con el número 631 nos resulta irrelevante, amén de vacía de contenido. A modo de ejemplo, se nos ocurre pensar en una situación en la que alguien que comete homicidio pretenda defenderse diciendo que no conocía el número

del artículo del Código Penal donde se encuentra reprimida esta conducta.

Pero además, aun cuando el acusado ejerza su defensa argumentando esa falta de conocimiento, formaba parte de su conducta diligente arbitrar los medios para informarse y conocer cuáles eran los temas sensibles del área que encabezaba.

En este sentido, recordemos que una de las posibles formas de violar el deber de cuidado en el marco de la imprudencia, es la inobservancia de los deberes de información y preparación en el ámbito de relación donde el autor se desempeña, lo que significa que *"antes de emprender ciertas acciones que pueden resultar peligrosas, deben ser tomadas medidas externas* (…) *de preparación e información"* (Conf. MIR PUIG, Santiago, ob. cit. p. 292), entre las que cabe incluir la comprensión del *"alcance de disposiciones jurídicas y otras normas de comportamiento impuestas a una actividad determinada"* (Conf. JESCHECK, ob. cit. p. 625).

Aplicado ello al *sub lite*, se advierte que si Gustavo Torres pretendía ejercer correctamente el poder de policía como Director General de la DGFyC, formaba parte de su deber de cuidado procurarse de la información necesaria para conocer las problemáticas más trascendentes del área cuya titularidad ostentaba, entre las que se encontraba naturalmente la situación de los locales bailables y, por supuesto, la Actuación 631 de la Defensoría del Pueblo como, asimismo, las intimaciones labradas a consecuencia de ella.

En definitiva, la excusa diligentemente ensayada por la defensa sobre el desconocimiento de la Actuación 631, lleva en si misma ínsita la impericia e imprudencia con la que actuó Gustavo Torres en lo inherente al deber de control de los locales de baile clase "c".

3.c. La conducta debida requerida a los funcionarios públicos.

Entonces, siendo Fabiana Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Torres los encargados del ejercicio del poder de policía en la Ciudad de Buenos Aires y encontrándose a su cargo el control de esta clase de locales, debían adoptar todas aquellas medidas de seguridad necesarias para evitar que de este incumplimiento de la normativa en general y de prevención contra incendios en particular por parte de los explotadores de tales comercios, se

derive la lesión al bien jurídico seguridad pública, es decir, a la seguridad de las personas que concurrían en forma masiva a los boliches bailables de la ciudad y que corrían un serio peligro, como lo anticipó el Defensor del Pueblo Atilio Alimena y como se verificó a los pocos meses en el local "República Cromañón".

En este punto, al estudiar los elementos del delito imprudente, dijimos que la conducta típica está dada por la violación al deber de cuidado que el autor debe observar en el ámbito en que se desempeña.

Asimismo, explicamos que para establecer el contenido de ese deber de cuidado correspondía realizar un juicio de valor *ex ante*, es decir, colocándonos en la posición del autor al momento del hecho.

También expusimos que en el proceso de concreción de la medida de cuidado había que atender a los principios de la experiencia que vinculan determinados peligros a ciertas actividades y a las medidas que *ex ante* aparecen como adecuadas para evitar dichos peligros.

De igual modo, aclaramos que en la determinación del deber de cuidado se deben ponderar los peligros que pudieran crear los terceros o las víctimas siempre que ello sea conocido o cognoscible por el autor.

En este último sentido, afirmamos que el deber de cuidado no puede establecerse únicamente en base a parámetros objetivos sino que ha de atenderse concretamente a las capacidades y conocimientos del autor, porque sólo así obtendremos una concepción del injusto respetuosa del disvalor de acción como juicio de atribución del carácter típico de una conducta.

De esta manera, corresponde que este tribunal determine en base a las consideraciones que venimos efectuando, cuál era la conducta que, en la situación concreta del autor, se ajustaba al deber de cuidado que debía observarse frente al peligro que se había advertido sobre la situación de los locales bailables y que resultaba la adecuada para evitar que esos riesgos se conviertan en lesión.

En otras palabras, establecer la conducta debida que se les imponía realizar a Fiszbin, a Fernández y a Torres como encargados del ejercicio del poder de policía en materia de seguridad de los locales comerciales y ante los peligros que

conocían a partir de las reuniones y advertencias, documentales y periodísticas, realizadas por el Defensor del Pueblo.

3.c.1. Fabiana Fiszbin.

Pues bien, colocándonos en la posición de la acusada al momento de conocer las advertencias y valorando su situación individual para ese entonces, entendemos que la conducta debida, es decir, la ajustada al deber de cuidado, 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 que, como ya desarrollamos, el área a su cargo tenía en su poder.

Es que 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.

Si bien es cierto que los funcionarios que materializaban las inspecciones no eran personal a cargo directamente de Fiszbin, no lo es menos que quienes sí estaban a cargo de ellos dependían de la Subsecretaria y sus tareas tenían como uno de los criterios rectores, las políticas que surgían de la Subsecretaría de Control Comunal, tal como lo afirmó el propio Gustavo Torres —ver informe 18/DGFyC/2004, prueba n° 6-. Ello, amén de la reunión celebrada los días lunes coordinada por Fiszbin y en la cual se establecían cuáles serían los locales bailables a inspeccionar.

En consecuencia apreciamos que la acusada se encontraba convocada y fácticamente en condiciones y disponibilidad de cumplir la conducta debida.

Debe tenerse presente que la cuestión inherente a los locales bailables era un objetivo prioritario para la funcionaria. Lo afirmamos situándonos meses antes del hecho, y más allá que por la propia problemática inherente a los locales comerciales con gran afluencia de público, como son los boliches de baile, y que de por sí los tornarían un objetivo de especial atención para los funcionarios. En efecto, a partir de la citada alerta (que implicó sendas reuniones personales de la Subsecretaria con un Defensor

del Pueblo —adjunto-, una publicación en uno de los principales matutinos con el consiguiente "enojo" por parte de la funcionaria, un pedido de informes de la Legislatura, etc.) la cuestión se tornó absolutamente indiscutible y evidente.

Inclusive, al decir de Alimena, el propio Jefe de Gobierno, Aníbal Ibarra, ante su inquietud, le dio a entender que del tema ya había hablado con "Fabiana", en obvia referencia a Fiszbin.

En ese mismo orden la nombrada, durante su exposición con motivo del denominado "congreso de CEDEBA" llevado a cabo a principios del mes de noviembre de 2004, destacó que "*la parte más importante de la faceta de control es la prevención en materia de seguridad e higiene*", y que era lo que más les preocupaba. En ese marco, mencionó las irregularidades vinculadas a los boliches bailables y allí destacó las condiciones para tener habilitado el local, las condiciones en cuanto a las salidas de emergencia, al incumplimiento de la ley 118, el consumo de alcohol en menores y a la cantidad de personas que ingresaban en relación con las salidas existentes. Como puede observarse, una descripción precisa de varias de las irregularidades observadas en República Cromañón. Finalmente, en esa charla reconoció que habría unos 200 locales clase "c", de los cuales 50 "*no están habilitados*" -pruebas n° 24 y 25 del índice-.

Lo que queremos dejar en claro es que no fue a partir de lo ocurrido en "República Cromañón" que la problemática de los locales bailables cobró relevancia. Dicha particularidad, como dijimos, ya la tenía desde antes del hecho y los funcionarios lo sabían, por lo que la cuestión presenta una singular gravedad.

Es que, entonces, 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 sin perjuicio de la responsabilidad que en la misma le pudiera caber al secretario Juan Carlos López, lo que deberá ser adecuadamente analizado en un juicio oral) y en el marco de esa necesaria *prevención en materia de seguridad* a la que ella misma hizo alusión en el citado congreso, 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.

Ello hubiera derivado en el control efectivo del local “República Cromañón” en tanto figura en dichos listados y, asimismo, hubiera comportado su segura clausura ante el cúmulo de irregularidades normativas en que se enmarcaba su estructura y funcionamiento. De esta manera, el recital del 30 de diciembre nunca se habría podido realizar en ese lugar y en esas condiciones.

Debe quedar claro que aquí no resulta relevante la naturaleza jurídica de la Actuación 631 ni la calificación de “*vaga*” que al respecto habría hecho durante el debate el especialista en derecho administrativo Tomás Hutchinson, extremos estos últimos alegados por la esforzada defensa de Fiszbin como excusa en su escrito recursivo.

Lo que interesa a los fines de ponderar la responsabilidad de la acusada, es el peligro que esa Actuación denunciaba y la consecuente necesidad de actuar en forma eficaz para neutralizarlo.

Así, colocándonos al momento del alerta recibida por la Subsecretaria de Control Comunal, nos resultan imaginables cinco criterios de actuación que la funcionaria podría haber seguido, a saber: 1. no hacer nada; 2. actuar arbitrariamente sobre algunas denuncias de particulares; 3. actuar sobre todas las denuncias de particulares; 4. realizar un muestreo de oficio sobre un puñado de locales; y 5. inspeccionar todos los locales de baile que se tenía registrados. Queda claro que hemos circunscripto los posibles cursos de acción que podía tomar Fiszbin, abarcando únicamente aquellos que la funcionaria reconocía como dentro de sus atribuciones políticas; es decir, no habremos de considerar otras alternativas -tal como la sugerida por Alimena de disponer la prohibición provisoria de toda la actividad, hasta tanto se completara un programa de inspecciones-, pues Fabiana Fiszbin negó tener el poder político necesario para adoptar una medida de esa envergadura. Nuevamente, efectuamos aquí nuestro análisis sobre la situación de la encartada valorando exclusivamente las variables

que le resultan más favorables, y que se presentan como absolutamente incontrovertibles.

Conforme venimos exponiendo, la última opción era la conducta debida, es decir, la que exigía el peligro que era conocido por la autora y la que hubiera permitido evitar la lesión.

Incluso, aún si se tomara la alarma de Alimena como una denuncia más de un particular, pero que involucraba a la totalidad de los locales bailables, la forma de actuación número 3, cercana a la que la Subsecretaria había articulado (trabajando en base a denuncias), hubiera permitido actuar correctamente dado que se hubieran verificado todos los locales involucrados por el nombrado, entre los que se encontraba el regenteado por Chabán.

Sin embargo, 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, aún 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.

En esta dirección, no advertimos qué finalidad concreta y de eficacia pudieron haber tenido las intimaciones, si luego de vencidos los plazos para contestarlas por parte de los particulares, no se adoptó ningún tipo de medida al respecto, ni se actuó en consecuencia.

En ese orden apreciamos que haber pretendido responder a la denuncia de Alimena cursando intimaciones pero sin efectuar un seguimiento serio de ellas, fue como si en los hechos no hubiera sido tratada. La prevención que Fiszbin pregonaba en los foros quedó en una cuestión meramente discursiva, y en los hechos no tuvo ninguna concreción en ese sentido.

Aquí cae el argumento ensayado por la defensa de Fiszbin

en cuanto a que su asistida ante el requerimiento de Alimena de intimar a los locales de baile efectivamente actuó y que la decisión de cursar tales intimaciones obedeció a la falta de recursos como asimismo a un dictamen de la Procuradora General de la Ciudad (referido a la situación de los locales habilitados con anterioridad a la vigencia de la ordenanza n° 50250, que ya desarrollamos).

Ello así, por cuanto, la supuesta actividad que implicaba realizar las intimaciones a los locales de baile, deja de ser tal, si en los hechos nada se hace o actúa luego de obtenidas las respuestas o al vencimiento del plazo otorgado para cumplirlas.

Si el funcionario no evalúa los resultados, es decir, no verifica mínimamente qué locales se encontraban en infracción y cuáles no, como así tampoco se avoca a realizar una inspección para determinar que los establecimientos se adecuaran en la realidad a la documentación presentada, las intimaciones pierden todo tipo de sentido y no responden a un control eficaz destinado a conjurar el peligro que se denunciaba sobre la actividad. Parece más bien una actividad meramente formal destinada a simular que se brinda una respuesta frente a un pedido serio, urgente y concreto, cuando ello en realidad no es así porque en los hechos, esa forma de proceder no tiene un efecto real, ni consecuencia alguna para tan grave señalamiento propuesto.

Podría argumentarse que el relevamiento encomendando al CEVIP fue una medida tendiente a actualizar el padrón de habilitaciones con el objeto de poder inspeccionar con datos certeros los locales que realmente desplegaban la actividad de baile en la ciudad. La medida, si bien puede considerarse correcta y necesaria para realizar una política de control a largo plazo o para facilitar la utilización de los recursos existentes, no resulta una excusa razonable para dilatar la inspección de los locales registrados o denunciados por Alimena, en tanto el peligro evidenciado por el Defensor del Pueblo requería una actuación expedita si es que se pretendía neutralizarlo.

Es más, la constatación del CEVIP finalizó el 1 de octubre de 2004 y la inspección general de los locales clase “c” tampoco se hizo en base al nuevo padrón, que reducía considerablemente el número de objetivos. Según el padrón de habilitaciones había 279 locales de baile clase “c” -como actividad principal o

complementaria-, en tanto que luego del relevamiento, Fiszbin remitió un listado con 134 locales para que fueran dados de baja del listado de la DGHyP (Dirección General de Habilitaciones y Permisos) lo que dejaba vigentes unos 145 locales habilitados para ejercer ese rubro -pruebas 18 y 33 del índice-.

En suma, queda por demás claro que en la situación concreta, la conducta conforme al deber de cuidado, era inspeccionar los locales de baile registrados, en tanto resultaba la única que *ex ante* lucía como idónea para evitar el peligro que la denuncia de Alimena evidenciaba.

También es indiscutible que esta situación le era conocida a Fabiana Fiszbin y que conforme su situación individual, estaba en condiciones de ejecutar la conducta debida. Los recursos del área de control resultaban suficientes para inspeccionar todos los locales registrados.

Así, 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, 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.

Es verdad que las distintas áreas bajo su cargo llegaron a varios locales de ese tipo, pero tampoco es menos cierto que no lo hicieron respecto de muchos otros, entre ellos "República Cromañón", que funcionaba como micro-estadio para la realización de recitales (con sus medios de salida bloqueados, obstruidos y desnaturalizados), y no como su habilitación lo indicaba: local de baile clase "c". Ello, entre muchas otras irregularidades ya

descriptas.

Además, corresponde señalar que a los locales que sí llegaron, no lo hicieron en un marco de actuación coordinado del ejercicio del poder de policía y con el objetivo de neutralizar los peligros puestos de manifiestos por Alimena, sino que ocurrió en forma aleatoria a partir de lo que surgía de la reunión de los lunes encabezadas por Fiszbin y de acuerdo al listado que confeccionaba e imprimía el "Coordinador de Inspecciones" de la Subsecretaría, Alfredo Ucar. Todo ello en base a denuncias de diversa índole y sin un orden de prioridades claro y concreto, ni propio de un control sistemático y exhaustivo como lo exigían las conocidas circunstancias.

Claro ejemplo de ello es el propio local República Cromañón. En efecto, al mismo concurrieron inspectores de la UPI el 20 de marzo de 2004 —según narró la testigo María Virginia Brizuela- y estaba cerrado, siendo que a la postre nunca más regresaron, a pesar de que algunos meses después sí lo hicieron —y en dos ocasiones- respecto de locales próximos del mismo rubro que ya habían sido inspeccionados en aquella oportunidad.

En definitiva, si se concurre a una inspección a un comercio y está cerrado, lógico sería determinar fehacientemente si ese cierre es definitivo dado que, de no ser así, corresponde por sentido común, regresar en otra oportunidad con el local en funcionamiento. Ninguna de las dos cuestiones se realizó sino más bien, todo lo contrario.

En efecto, nunca se dispuso una verificación posterior -en el lapso de más de 9 meses- pese a que, indirectamente por el relevamiento realizado por el CEVIP, se pudo concluir que el local se encontraba entre los que seguían en funcionamiento pero, reiteramos, ninguna medida se tomó al respecto.

3.c.2. Ana María Fernández.

Con relación a la nombrada y a fin de ponderar cuál era la conducta debida que se le imponía realizar para conjurar el peligro anunciado por el alerta de Alimena, corresponde que efectuemos una clara división del comportamiento que hubiera lucido como cuidadoso en el caso concreto, ello en virtud de los diferentes cargos que ocupara durante el transcurso del año 2004.

En este sentido, debemos aclarar que existen dos momentos diferenciados respecto de la nombrada en los organismos de control

del gobierno de la ciudad que, en razón de las competencias asignadas, modifican en cierta medida la conducta diligente que, según las circunstancias del caso, debía adoptar, si es que pretendía obrar conforme al deber de cuidado.

En efecto, tal como hemos ponderado anteriormente, está fuera de discusión que Ana María Fernández fue designada como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones en fecha 13 de enero del año 2004 y que por tanto, hasta la fecha de la disolución de ese organismo -producida el 26 de agosto de ese mismo año- era la encargada directa de ejercer el poder de policía en materia de seguridad, salubridad e higiene de establecimientos comerciales, entre los que naturalmente se encontraban los locales bailables clase "c".

Asimismo, también ha quedado claro que con la creación de la Dirección General de Fiscalización y Control, nuevo órgano encargado de ejercer el poder de policía, la Unidad Polivalente de Inspecciones fue suprimida. No obstante ello, el decreto 1563/04 de creación de la nueva dependencia establecía una Dirección General Adjunta para cumplir con los objetivos y que tenía como una de sus funciones primarias la de *"asistir al Director General de Fiscalización y Control en los temas de su competencia"*; tuvimos por cierto que a cargo de esta dependencia adjunta fue nombrada Ana María Fernández (artículo 6 del decreto referido).

Por tanto, si bien hemos ponderado en el acápite correspondiente que esta designación importaba para Ana Fernández una continuidad en las funciones vinculadas al ejercicio del poder de policía, no es menos cierto que a partir de la existencia del cargo del Director General de Fiscalización y Control, su facultad de intervención se veía en cierta medida disminuida con relación al cargo de ostentaba en la UPI, donde era la única funcionaria de ese nivel que ejercía la coordinación del área.

Es por todo lo expuesto, que la normativa administrativa aludida impone hacer la diferenciación de momentos para ponderar en cada uno de los períodos en que se desempeñó Ana Fernández cuál era su conducta debida.

Aclarado ello, y colocándonos al momento en que Ana Fernández se desempeñaba como Coordinadora General de la UPI, consideramos que la conducta debida tendiente a neutralizar el peligro anunciado por Alimena, no era otra que, al igual que para

Fiszbin, 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.

En este sentido y tal como lo expusiéramos al ponderar la situación de Fabiana Fiszbin, 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.

En este punto, 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. Ella era quien tenía la facultad de inspeccionar y disponer las clausuras como asimismo era la encargada directa de ordenar la actividad de los inspectores.

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.

Desde el mes de mayo del año 2004, momento en que fue notificada formalmente de la existencia de la Actuación, hasta el 26 de agosto de ese mismo año, contó con tres meses para disponer la inspección generalizada y, de esta manera, actuar de manera diligente, racional y prudente, conforme las circunstancias del caso.

Sin embargo y frente a la gravedad de la denuncia, se limitó a cursar intimaciones a los locales bailables para que presentaran la documentación inherente a las normas de prevención de incendios, sin realizar un seguimiento específico y serio de las actuaciones que se labraban en consecuencia.

Sobre esto último, adviértase 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, al igual que hicimos al tratar la situación de Fiszbin, 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.

Es por todo lo expuesto que, aún cuando tuviéramos por cierto el relevamiento del 70 por ciento de los locales de baile que insistentemente menciona la defensa de Ana Fernández en su escrito recursivo, tal proceder no se ajusta al deber de cuidado que la situación demandaba sino que era insuficiente, si se tiene en cuenta que, como venimos afirmando, la única conducta que *ex ante* lucía racionalmente idónea para conjurar el peligro denunciado por Alimena era inspeccionar todos los locales registrados.

En este último sentido, conviene recordar que al momento de ponderar los elementos del delito imprudente, explicamos que una vez fijada la conducta debida, hay que realizar una comparación entre ésta y la realmente desplegada por el sujeto, de modo que si la segunda no se adecua a la primera, resulta típica del tipo imprudente de que se trate.

Y esto es lo que ocurre en la especie, pues la actuación de Fernández verificada en la realidad comprobada evidenció ser

deficitaria en relación al deber objetivo de cuidado que el tratamiento de la situación de los locales de baile clase “c” requería, conforme hemos ponderado extensamente.

Es decir, aquí no negamos que hubo actividad inspectiva durante la gestión de la UPI ni pretendemos afirmar tampoco que la funcionaria incumplió los deberes a su cargo de manera dolosa como lo hizo el *a quo*; sino mas bien, creemos que la conducta desarrollada durante su gestión no se ajustó al deber de cuidado que la gravedad de la denuncia de Alimena exigía, atento al grave peligro puesto de manifiesto en ella.

Por lo tanto, advertida de la situación de los locales bailables, conociendo que esta actividad ponía en peligro la vida de una cantidad inmensa de jóvenes cada fin de semana y sabiendo que se trataba de un tema prioritario y que se valoraba como tal, entendemos que la realización de una simple intimación de los locales sin un seguimiento serio de las actuaciones como asimismo el relevamiento en base a otras denuncias tomadas al azar, significó una conducta negligente, imprudente e irracional, que motivó una ausencia de control serio y efectivo sobre la actividad y, por ende, violatoria del deber de cuidado que las circunstancias del caso demandaban.

Y para demostrar la impericia que existió en la conducción general de la Unidad Polivalente de Inspecciones, vayamos sino al ejemplo de la actividad inspectiva desarrollada en el local “República Cromañón”.

En efecto, recordemos que tal como ya explicáramos en la determinación de los hechos, el Subcomisario José Daniel Federico de la Comisaría 7ma., en fecha 10 de febrero de 2004, requirió a la Unidad Polivalente de Inspecciones colaboración a fin de que, de manera conjunta, el personal de ambas dependencias concurra a inspeccionar los comercios del rubro confiterías bailables de la jurisdicción de esa comisaría, es decir en la zona de Once.

En dicha misiva se puntualizaron objetivos a verificar, integrando el listado el local sito en la calle Bartolomé Mitre n° 3060. Sabemos que esta inspección se frustró porque el local estaba cerrado.

Quiere decir que ya en el mes de febrero del año 2004, la UPI tuvo en sus manos un requerimiento específico de la autoridad policial de inspeccionar el lugar.

Va de suyo que si se hubiera pretendido efectivizar el control que se había demandado, la Coordinadora de la UPI debía haber dispuesto de oficio que en algún momento de toda su gestión los inspectores regresaran y lo verificaran.

Pero siendo generosos con la actuación de la funcionaria, podríamos pensar que atento al cúmulo de tareas que debía afrontar, jamás tuvieron la oportunidad de volver al lugar porque pretendían darle prioridad a otras zonas de la ciudad aún no visitadas.

Sin embargo, la realidad verificada nos impide hacernos eco de semejante concesión, puesto que sabemos que efectivamente los inspectores de la UPI regresaron el 1° de agosto de ese año a la zona de Once e inexplicablemente el local sito en Bartolomé Mitre 3060 de esta Ciudad no se encontraba entre los objetivos a inspeccionar.

Ello demuestra, inequívocamente, el desorden administrativo que presentaba el área, puesto que evidencia la inexistencia de una forma de trabajo planificada y eficiente que permitiera desarrollar la actividad inspectiva como las circunstancias requerían.

Ahora bien, como ya hemos aclarado anteriormente, el día 26 de agosto del año 2004, la UPI fue suprimida y se creo mediante el decreto 1563/04 la DGFyC, órgano éste que ostentó las mismas competencias que su predecesora en materia de ejercicio del poder de policía.

Sabemos también que fue designado inicialmente como Director General, el doctor Oscar Lucangioli y que, tras la pronta renuncia del nombrado, fue reemplazado por el coimputado Gustavo Torres.

También hemos asentado en el apartado correspondiente que la nueva DGFyC, fue dotada de una Dirección General Adjunta, cuyas responsabilidades primarias eran *"asistir al Director General de Fiscalización y Control en los temas de su competencia y reemplazarlo en caso de ausencia"*.

En este último puesto fue designada Ana María Fernández (artículo 6 del decreto 1563/04), cargo que desempeñó hasta luego de la fecha de los hechos objeto de esta investigación.

De igual forma, explicamos en el apartado pertinente, que teniendo en cuenta que en los considerandos del decreto 1563 se

aclaraba que la Dirección General Adjunta se creaba en razón de la complejidad operativa del área y los objetivos que se pretendían alcanzar, como así también que se le encomendaba a esa dependencia la asistencia del Director General, era razonable entender que el espíritu de la norma no era otro que asignarle a la Directora Adjunta el ejercicio del poder de policía, al menos para coadyuvar al Director General.

Ello así, afirmamos, porque de otro modo 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 DGFyC, si el Director Adjunto no tenía la posibilidad de intervenir en los asuntos de competencia del área, entre ellos, ejercer el poder de policía en materia de seguridad, salubridad e higiene, que era el principal.

También aclaramos que mas allá que Gustavo Torres haya dictado la resolución 424 estableciendo ciertas funciones de índole administrativa para la Dirección General Adjunta, esta última 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 al Director de Fiscalización y Control "*en los temas de su competencia*" y con el fin de cumplir los objetivos asignados, es decir, asistirlo en materia del ejercicio del poder de policía.

Pero además, estas conclusiones se vieron verificadas en la realidad comprobada, dado que de otra manera no se explica el motivo por el cual Ana María Fernández continuó concurriendo a las reuniones de los días lunes en las cuales, como dijimos, se seleccionaban los objetivos a inspeccionar. Así lo aseguró el primer Director de la DGFyC, Oscar Lucangioli.

Por lo tanto, siendo la responsabilidad primaria de Ana Fernández asistir al Director General de Fiscalización y Control en aquellos asuntos relativos a la competencia funcional del área -entre ellos, claro está, el ejercicio del poder de policía-, debemos establecer, cuál era la conducta debida que la nombrada debía haber realizado durante su gestión como Directora Adjunta, si es que pretendía neutralizar el peligro que la denuncia de Alimena anunciaba respecto de los locales de baile clase "c" y que no había sido cumplida diligentemente durante toda su labor como Coordinadora de la UPI.

En este sentido, 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.

Es que debemos tener presente que Ana María Fernández conocía a la perfección la situación de extremo peligro que rodeaba la problemática de los locales bailables como asimismo que las intimaciones formuladas con motivo de la Actuación 631 carecían de todo seguimiento racional. Por lo tanto, en su nuevo cargo de Directora General Adjunta, debió haber arbitrado todos los medios necesarios para lograr que el Director de Fiscalización y Control, se involucre activamente en la situación y ordene la inspección oficiosa que aquí se reclama y que era la única conducta diligente, prudente y racional que la situación demandaba.

En tal sentido, Ana María Fernández podía haber cursado notas internas al Director General de Fiscalización y Control actualizando su conocimiento de todo lo actuado con relación a la Actuación 631 durante su gestión anterior e instándolo a realizar la conducta debida para conjurar el peligro que se anunciaba y conocía respecto de los locales de baile.

Sin embargo, pese a tener esa posibilidad como asimismo a estar obligada funcionalmente a asistir al Director General en los temas de su competencia, se limitó a ejercer funciones de índole administrativa escudándose en la disposición 424.

Afirmamos, sin temor a equivocarnos, que Ana Fernández no podía abdicar de su responsabilidad primaria de asistir al

Director General en el ejercicio del poder de policía, simplemente porque éste mediante una disposición interna le había delegado ciertas funciones administrativas; ello así, en la medida en que el decreto de creación del cargo de Directora Adjunta particularmente le asignaba, además, otras tareas.

En consecuencia, no pueden tener asidero aquellos agravios expuestos por su letrado defensor -en su afán de desligarla de las actividades vinculadas al ejercicio del poder de policía- relativos a que el concepto de asistencia era indeterminado y que las funciones fueron concretadas por la disposición 424.

Y decimos esto, puesto que las responsabilidades primarias asignadas eran otras, de mayor importancia, esto es, asistir al Director de Fiscalización y Control en temas entre los que corresponde incluir el ejercicio del poder de policía. Más aún cuando esto último, precisamente, había sido el motivo principal de creación de la Dirección Adjunta, conforme lo expresaba claramente el Jefe de Gobierno en los fundamentos del decreto 1563.

Durante la vigencia de la Dirección General de Fiscalización y Control, Ana Fernández era la Directora Adjunta, es decir, ostentaba un cargo de alta jerarquía, razón por la cual la funcionaria, si es que pretendía cumplir diligentemente con sus tareas, no podía dejarse relegar y limitarse a desempeñar el rol de cualquier empleado administrativo, máxime cuando continuaba percibiendo el sueldo de un funcionario jerarquizado. Además, no resulta verosímil que fuera simplemente desplazada a cumplir funciones de segundo orden porque, por ejemplo, María Angélica Lobo, a cargo de la coordinación del área jurídica de la DGFyC y convocada por Torres, testimonio en el debate que Fernández estuvo en varias reuniones de trabajo.

Su situación procesal se agrava en este punto, cuando se repara que no era nueva en las áreas de control y porque estaba al tanto de la problemática de los locales bailables ya que durante los meses anteriores se había desempeñado como Coordinadora General de la UPI, también de manera negligente.

Con su designación en la nueva Dirección, tuvo una segunda oportunidad de conducir su conducta conforme al cuidado debido, instando a que el Director General del área se involucrara seriamente en la temática y diera algún tipo de utilidad a las

famosas intimaciones que ella misma había cursado y dejado inconclusas, de modo tal que se dispusiera de una vez por todas la debida inspección *in situ* de todos los locales bailables.

No obstante, su accionar se mostró nuevamente negligente, imprudente, irrazonable y deficitario, al dejar todo como estaba, pese al cargo jerárquico que ostentaba, sin cumplir con lo que expresamente le imponían sus legítimas competencias.

Ello contribuyó naturalmente a que la actividad de los locales de baile continuara -tal como había ocurrido durante su gestión a cargo de la UPI- desarrollándose en condiciones de extremo peligro, dado el alto grado de incumplimiento de la normativa de prevención contra incendios por parte de los explotadores de esos comercios, todo lo cual le era conocido desde hacía muchos meses.

Por todo lo expuesto, entendemos que su comportamiento durante este segundo período, tampoco se ajustó al deber objetivo de cuidado que debía observar para conjurar el peligro que la denuncia de Alimena había anunciado y, por ende, su conducta también contribuyó a la creación normativa de un riesgo de incendio respecto de los locales bailables "c", entre los que se encontraba naturalmente "República Cromañón".

3.c.3. Gustavo Torres.

En consonancia con lo que expusimos hasta aquí, estamos en condiciones de afirmar que para el caso de Gustavo Juan Torres 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.

Ello es así, pues tal como lo explicamos precedentemente era la única medida razonablemente efectiva —además de posible- para evitar la concreción del peligro puesto de manifiesto por Atilio Alimena.

Oportunamente señalamos que la DGFyC, organismo creado por decreto 1563/04, tenía entre sus responsabilidades primarias "*ejercer el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos*"; es decir, que efectivizaba la fiscalización de los establecimientos de la Ciudad de Buenos Aires para controlar que

fueran observadas las disposiciones vigentes relativas a la seguridad, salubridad e higiene. Para desplegar esa labor, podía confeccionar órdenes de inspección e instrumentarlas, practicar intimaciones y clausuras, coordinar operativos de fiscalización y tramitar denuncias, entre otras cosas.

Gustavo Juan Torres había sido designado como Director General de esa dependencia a partir del 21 de septiembre de 2004 mediante decreto 1874/04, lo que significa que al momento del hecho ocurrido en "República Cromañón" era quien estaba al frente del área que ostentaba el control de los locales de baile clase "c".

Explicamos en profundidad por qué era prioritario brindar tratamiento a la problemática vinculada a la actividad de baile, por lo que tenemos por reproducidos dichos argumentos en este apartado.

Si bien fue Fabiana Fiszbin quien se involucró personalmente en la cuestión, no menos cierto es que resulta inevitable trasladar ese objetivo primordial a Gustavo Juan Torres pues, en definitiva, es quien estaba a cargo de la DGFyC que, como sabemos a esta altura, se ocupaba de la fiscalización y control de las habilitaciones y permisos otorgados mediante un cuerpo de profesionales autorizados a ejercer el poder de policía.

Es decir, Torres al momento del hecho estaba en condiciones de ejecutar las políticas que se adoptaran en el área de control respecto de los locales de baile. Esa es la razón por la que afirmamos que justamente Fiszbin, Fernández y él tenían el deber y la posibilidad de actuar frente a la situación alarmante.

Ahora bien, más allá de las consideraciones precedentes, veamos a continuación el motivo que nos conduce a aseverar sin hesitación que la conducta debida requerida al funcionario era la de disponer la inspección de todos los comercios que desarrollaran la actividad de baile.

A esos fines, recordemos que la relevancia de la temática de los locales de baile data de mucho antes de ocurrido el incendio en el local "República Cromañón" e, incluso, es previa a la reunión de Alimena con la Subsecretaria de Control Comunal.

De todos modos, dijimos que, en concreto, frente al alerta recibido por parte del Defensor Adjunto de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires se 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, conducta que como indicamos anteriormente hubiera derivado en el control efectivo del local "República Cromañón" en tanto figuraba en los listados. Esto hubiera comportado la clausura del lugar debido al cúmulo de irregularidades normativas en el marco de las cuales desarrollaba su actividad.

La alarma de Alimena fue recibida en el ámbito del organismo de control en la época en la que aún funcionaba la UPI, a cargo de Ana María Fernández, y con motivo del requerimiento sólo se libraron intimaciones a los locales de baile clase "c", sin que luego se efectuara seguimiento alguno de la cuestión.

Ahora bien, 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 continúo con las actividades que previamente desarrollaban la UPI y la UERA, prueba de ellos 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.

El imputado pretendió evadir su responsabilidad alegando el desconocimiento de la existencia de la Actuación 631; no obstante, hemos visto que en realidad no era así. Por el contrario, numerosos elementos nos conducen a afirmar que efectivamente estaba al tanto de la problemática de los locales bailables, y que la misma representaba una cuestión "significativa" para el área a su cargo.

Asimismo, 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 en el "Congreso de

CEDEBA", llevado a cabo a principios del mes de noviembre del año 2004, oportunidad en la que no sólo existía la DGFyC sino que Torres estaba en funciones. Recordemos que se trato de un congreso de trascendencia dado que asistieron el Secretario del área, Juan Carlos López, y el Fiscal General Contravencional, doctor Luis Cevasco, entre otros funcionarios y personalidades políticas.

Teniendo en cuenta que la temática era a tal nivel importante que la Subsecretaria la mencionó durante una conferencia, resulta imposible imaginar que el imputado la desconociera como para que la inspección de esa clase de locales no constituyera un objetivo prioritario en el contexto de la actividad desplegada por la Dirección que encabezaba.

A esta altura, y al margen incluso de la Actuación de referencia, ha quedado corroborado que el riesgo existente en torno a los locales bailables era conocido por Torres y lo consideraba una prioridad, pues él mismo así lo puso de manifiesto en la ya mencionada nota 86/DGFyC/2004. Allí, señaló la *urgencia* en contar con máquinas fotográficas para cumplir con las actividades inspectivas planeadas hasta el 31 de diciembre de 2004, destacando -reiteramos- *la continuación de las inspecciones de control de expendio de alcohol y de discotecas* en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires como las actividades más "significativas".

Entonces, parece claro que una de las dos prioridades temáticas de Torres, por su significancia, era el control de los locales bailables o discotecas. Así lo afirmó mediante la nota a su superior, Fabiana Fiszbin, con cuyo criterio -como más arriba desarrollamos- coincidía.

Ahora bien, al igual que lo expresamos al tratar la situación de la Subsecretaria Fiszbin, no pretendemos afirmar que el imputado permaneció inactivo en el marco de sus funciones, puesto que no quedan dudas que hubo un despliegue de labores en el organismo de control durante su gestión.

Tal como surge de la sentencia recurrida fueron dictados y firmados varios actos administrativos que responden a la realización de inspecciones impulsadas por Centros de Gestión y Participación Ciudadana, por la Secretaría de Desarrollo Social, por la Dirección de Higiene y Seguridad Alimentaria, por la Dirección General de Control de Calidad ambiental, por la

Dirección General de Habilitaciones y Permisos, por la Dirección de Tránsito y Transporte, por pedidos judiciales y también por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

Asimismo, advertimos que entre el 25 de octubre y el 30 de diciembre de 2004 el imputado suscribió disposiciones vinculadas a imposición, ratificación y levantamiento de clausuras, autorizaciones para retirar fajas de interdicción con el objeto de realizar mejoras, resoluciones de recursos y retiro de puestos de la vía pública.

En el marco de esa labor fueron inspeccionados algunos locales de baile, o establecimientos que sin contar con la debida autorización desarrollaban esa clase de actividad.

Así, en los meses de octubre y noviembre podemos mencionar que fueron visitados aquellos ubicados en Virrey Aviles 2903 (246 y 470/DGFyC/2004); Beruti 2424 (247/DGFyC/2004), Nazca 55 (257/DGFyC/2004); Guardia Vieja 4083/5 (260/DGFyC/2004); Monroe 2315/17/21 (265/DGFyC/2004); Riobamba 1020 (266/DGFyC/2004); Brasil 1348 (272/DGFyC/2004); Córdoba 937 (286/DGFyC/2004); Borges 2450/4 (304/DGFyC/2004); Figueroa Alcorta 7536 (305/DGFyC/2004); Gallo 769 (310/DGFyC/2004); O´Brien 1232 (326/DGFyC/2004); O´Brien 1160 (327/DGFyC/2004); Rivadavia 7217 (336/DGFyC/2004); Figueroa Alcorta 7474 (368/DGFyC/2004); Rivadavia 4751 (383/DGFyC/2004); José María Moreno 714 (450/DGFyC/2004); Rivadavia 8823 (468/DGFyC/2004); Juan B. Justo 5902 (469/DGFyC/2004); Tte. Gral. Juan Domingo Perón 1496 (480/DGFyC/2004); Adolfo Alsina 919/21 (491/DGFyC/2004); Anchorena 1676 (561/DGFyC/2004).

En el mes de diciembre concurrieron a los locales sitos en Ventura Bosch 7285 (633/DGFyC/2004); Ibarrola 7184/86 (637/DGFyC/2004); Cabildo 4653/63/65/67 (657/DGFyC/2004); Chile 1998 (678/DGFyC/2004); Díaz Vélez 4820 (689/DGFyC/2004); Sarandí 1338 (690/DGFyC/2004); Cabrera 2927 (694/DGFyC/2004); Santa Fe 2517 (779/DGFyC/2004).

No podemos dejar de mencionar que de las actuaciones se desprende también que esas inspecciones no obedecieron a una planificación sistemática y exhaustiva del área para afrontar la situación general vinculada a los locales bailables sino, por el contrario, a requerimientos específicos o producto del azar.

Consideramos oportuno aquí hacer una mención de la labor realizada por Torres en torno a la verificación del cumplimiento

de las previsiones de la Ley 118.

En ese sentido, en el fallo del *a quo* fue destacada la actuación del ex funcionario, que habría sido motivada por una solicitud del Defensor Adjunto del Pueblo Gustavo Tirso Lesbegueris. Sin embargo, a diferencia de lo estimado por los magistrados sentenciantes, entendemos que de la documentación que acredita la actividad de Torres se desprende que la fiscalización de la observancia de esa norma obedeció a la rutina propia de las inspecciones o, en algún caso, a un requerimiento específico de la Subsecretaría de Seguridad Urbana, mas no a una organización establecida por el director del área.

En otro orden debemos mencionar que para la época en que el acusado asumió sus funciones, a través de las resoluciones n° 613 y n° 656 de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana se dispuso el cese administrativo de las tareas de su dependencia entre el 5 y el 22 de octubre de ese año debido a la mudanza al edificio de la Avenida Patricios 1142 de esta ciudad.

Como consecuencia de ello, según expuso Gustavo Torres durante su declaración indagatoria, al inicio de su actividad como director al frente de la dependencia debió afrontar dos problemas centrales, la desorganización y la carencia de recursos.

Este último punto fue tratado anteriormente y la conclusión a la que arribamos fue 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.

Recordemos que al momento en que se hizo cargo de la DGFyC tenía a su disposición un total de 137 inspectores con autorización para ejercer el poder de policía, más el personal administrativo.

No podemos soslayar que Ana Fernández, a pesar de su negligente accionar, mientras estuvo al frente de la UPI logró superar el trabajo de fiscalización realizado por Torres en lo que a boliches clase “c” se refiere, aún con clara inferioridad de recursos.

En este punto basta compulsar el listado de inspecciones realizadas a ese tipo de locales durante el año 2004 (ver sobre n° 15) para dar sustento al aserto.

De ese catalogo se desprende que durante el mes de febrero

de 2004 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 —ver listado y síntesis aportada por la imputada, prueba n° 32-. 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.

La comparación nos permite sostener con claridad la pobre actuación de la Dirección a cargo de Torres en lo que al control de locales clase "c" se refiere, especialmente en el mes en que se produjo el hecho motivo de la presente. Más pobre aún que la deficitaria Unidad Polivalente de Inspecciones.

Tal como lo sostuvimos al tratar el tema de los recursos de las áreas de control, no pretendemos 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.

Podemos destacar incluso que la cantidad de empleados con los que contaba le permitió organizar la Dirección en diferentes áreas con tareas específicas a cumplir.

Esta circunstancia necesariamente nos introduce en el

análisis de la disposición 424/DGFyC/2004, de fecha 17 de noviembre de 2004, que es la normativa por medio de la cual Torres estableció una estructura interna de trabajo para la DGFyC.

El objeto del dictado de esa disposición fue brindar a la dependencia un organigrama de funciones para lograr *"un mayor orden, fluidez, armonía y transparencia en el resultado de la gestión"* (Conf. considerandos de la disposición arriba mencionada).

Así, decidió crear seis coordinaciones en el ámbito de la DGFyC, a saber: operativa, legal, auditoría interna, mesa de entradas, administrativa y general.

A su vez, cada una de esas coordinaciones fue dividida en áreas internas a las que se le asignaron funciones específicas.

También estableció un circuito administrativo para dar trámite a las actuaciones que por diferentes canales ingresaran a la dependencia.

De lo expuesto se desprende que la carencia de recursos afirmada por Torres no era tal, puesto que de no haber contado con una cantidad razonable de personal a su disposición mal podría haber efectuado una distribución en áreas claramente diferenciadas. Reiteramos, en este sentido, que si bien es cierto que el número de empleados con los que contaba para desarrollar las tareas propias del organismo de fiscalización y control quizás no fue el ideal, no menos lo es que resultaba apto y suficiente para cumplir con la conducta debida.

Aquí debemos hacer hincapié —y reiterar- en que la DGFyC se vio beneficiada con la transferencia de los recursos humanos y materiales que habían obtenido paulatinamente a lo largo del año la UPI y la UERA, organismos a los cuales reemplazó.

Además, el decreto que creó el área estableció la existencia de una Dirección General Adjunta para asistir al director en los temas de su competencia. En ese cargo fue designada la acusada Ana María Fernández, con experiencia en el rubro pero con quien, lejos de articular un nuevo sistema de prevención eficaz para llegar a todos los locales bailables —con la urgencia que el tema requería-, mantuvieron —e incluso podría afirmarse que agravaron- el sistema de trabajo deficitario, imprudente y negligente, implementado y llevado a la práctica desde la creación de la UPI.

De lo expuesto, resulta claro que su accionar al frente del organismo fue negligente y tal como lo hemos sostenido al inicio, el Derecho Penal también reprime aquellas acciones u omisiones que por realizarse de manera descuidada pueden producir lesiones o peligros relevantes.

Tal fue el descuido de Torres que delante de sus ojos los empleados, que tenían experiencia pues en su mayoría pertenecían a la UPI, utilizaban la caja en la que habían sido guardadas la intimaciones que se cursaron con motivo de la denuncia de Alimena para actualizar los registros -véase declaración de Carolina Albela y Walter Entelman- y constatar requerimientos de organismos judiciales -véase declaración de María Angélica Lobo y el expediente contravencional n° 30386/04-. Es claro que no hacían otra cosa porque no recibían ninguna directiva, principalmente por parte del acusado, como tampoco por parte de Ana Fernández, involucrada personalmente en el tema.

Lo cierto es que 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. La cual, reiteramos, era una de las dos cuestiones más significativas (junto al expendio de alcohol), según la nota firmada por el propio Torres ya mencionada.

En ese sentido no parece que, para ese entonces, resultara una tarea de imposible cumplimiento puesto que no sólo contaba con una cantidad suficiente de recursos sino que, además, tenía a su disposición el resultado del relevamiento efectuado por el CEVIP a solicitud de la Subsecretaria. Recordemos que esa diligencia finalizó el 1 de octubre de 2004 y arrojó como resultado que de un total de 279 locales de baile clase "c" tan sólo funcionaban en la realidad 145 de los habilitados para ejercer ese rubro.

Así, habremos de destacar una vez más que "República Cromañón" figuraba como vigente en su actividad pese a que con fecha 20 de marzo de 2004 un grupo de inspectores concurrió a la zona y constató que estaba cerrado. Entre dichos funcionarios se encontraba Víctor Telias que fue quien concurrió personalmente al

local en concreto (el operativo incluyó otros cuatro locales aledaños), y a quien el imputado designó al frente del área nocturna.

Entonces, es claro que con el simple contraste de la información obtenida por el CEVIP respecto de aquella recabada por sus propios inspectores, la conclusión posible era sólo una: se debía haber vuelto a inspeccionar el local. Más aún si se tiene en cuenta que a los pocos meses se regresó en dos oportunidades a la zona sin que nada se hiciera respecto de "República Cromañón".

Ello es así, puesto que es claro que las meras intimaciones no eran suficientes para dar una respuesta seria a lo requerido por Alimena, si además con el resultado no se dispuso la diligencia que *ex ante* lucía como idónea para conjurar el peligro denunciado.

El imputado tenía claro que una simple intimación no era suficiente, así lo reconoció en el informe 18/DGFyC/2004 en el que reza *"Merece resaltarse en este aspecto que la labor inspectiva no se agota en absoluto en la verificación pertinente y el eventual labrado de las actas de comprobación que pudieran corresponder. Es menester llevar adelante, entre otras diligencias intimaciones y clausuras de establecimientos a efectos de que éstos se ajusten a las normas vigentes"*.

De la trascripción se desprende con nitidez que intimar es una diligencia posible pero no suficiente para agotar las posibilidades frente al incumplimiento de las disposiciones vigentes por parte de los explotadores de los locales, el sentido común así lo indica y Torres estaba de acuerdo con ello pero, en concreto, no efectivizó el debido proceder consecuente.

En definitiva, la negligencia del acusado radica en que, frente a un objetivo prioritario reconocido en los hechos por él mismo, no adoptó la conducta adecuada, generando de esa manera un riesgo jurídicamente desaprobado que a la postre se cristalizó en el resultado luctuoso motivo de la presente.

En ese sentido, Torres se limita a alegar un supuesto desconocimiento de la situación de los boliches, sin embargo, hasta cierto punto, ello podría ser considerado una forma de prestar la función aún más negligente.

Es que por lo reseñado según Torres, él nada sabía o conocía de cuestiones inherentes al área a su cargo: no conocía la

Actuación de la defensoría, no sabía lo que su superior inmediata decía en congresos específicos donde exponían otros funcionarios sobre cuestiones de gran importancia para el gobierno comunal, no conocía ni sabía que hacían sus empleados con las intimaciones a los locales bailables, no conocía el relevamiento del CEVIP y, por último, no sabía que era lo que firmaba.

Aunque no lo parezca, estamos refiriéndonos al encargado directo de ejercer el control de la actividad comercial y bregar por la seguridad de las personas que intervienen en la misma.

Por todo lo expuesto, es dable afirmar que las conductas desarrolladas por los funcionarios no se ajustaron al deber de cuidado que debían observar en el ámbito donde se desempeñaban, esto es, ni más ni menos que en el ejercicio del poder de policía en materia de seguridad, salubridad e higiene.

Como transmitió Alimena, estaban en peligro las vidas de cientos de miles de jóvenes que concurrían a boliches bailables por la situación en que estos se encontraban, ello exigía medidas urgentes y concretas de quienes tenían el deber y la facultad para tomarlas con el objeto de poner fin y acotar con eficacia ese riesgo. No está de más resaltar que la función de los acusados no era para nada intrascendente sino todo lo contrario, pues eran ellos lisa y llanamente, los responsables de velar por la integridad de los ciudadanos y, frente a una situación como la que se les denunciaba, no podían dejar de actuar como las circunstancias puntuales lo exigían, ¿quién sino ellos?

En rigor, advertimos que —lamentablemente- frente al peligro que denunciara Alimena, los funcionarios públicos en cuestión se limitaron a practicar "intimaciones" sin que, hasta la fecha, se haya podido explicar seriamente la finalidad de las mismas.

No medió una respuesta sistemática y exhaustiva, acorde al deber de conjurar la grave situación puesta en evidencia y, consecuentemente, un accionar diligente, razonable y prudente a tenor de las circunstancias denunciadas.

En ese orden, veamos a título de ejemplo, cuan posible era ordenar la inspección generalizada que aquí se reclama a los funcionarios. Si bien podemos considerar que nos encontramos ante una única gestión en el área, dado que tanto Fiszbin como Fernández permanecieron en ella durante todo el año 2004, para que

resulte más ilustrativo realizaremos el cálculo en dos etapas.

Para la primera de ellas, tomaremos 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.

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.

Ello, utilizando todos los parámetros en forma favorable a los acusados, de lo contrario podría decirse que ante la urgencia podría haber concurrido un único inspector (acompañado quizá por algún administrativo) a verificar dos locales por noche. Es claro, en dos noches se verificaba la totalidad del padrón.

Para el caso de que las funcionarias hubieran decidido inspeccionar por lo menos todos los locales que figuraban en el listado de la Superintendencia Federal de Bomberos remitido por Alimena, es decir, sobre un total de 177, el cálculo nos da unos tres fines de semana según los parámetros utilizados a favor de los imputados y algo más de una noche según otros criterios que también pudieron haber utilizado.

Resulta evidente que todas las hipótesis entonces podían

haber sido llevadas a cabo si se tiene en cuenta que desde el ingreso formal de la Actuación 631 durante la gestión de Fabiana Fiszbin como Subsecretaria y Ana Fernández como Coordinadora de la UPI, pasaron tres meses hasta que se disolvió este último organismo.

Más 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 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.

En síntesis consideramos que si los acusados hubieran actuado de acuerdo a lo que las graves circunstancias denunciadas les exigían, en pocas jornadas se hubiera verificado la totalidad de los boliches clase "c", obviamente que entre ellos estaba "República Cromañón".

Entonces, de actuarse diligentemente y como lo exigía la gravedad de la denuncia recibida, que destacaba la existencia de un riesgo latente en la vida de unos 400000 jóvenes, la tarea hubiera demandado unas pocas jornadas.

Para la fecha del hecho, bastaba con un solo día para verificar la totalidad del padrón de boliches clase "c" ya depurado y que, reiteramos, incluía a "República Cromañón" lo que hubiera implicado la clausura inmediata y segura de este local.

Lejos de ello, durante todo el año 2004 -cualquiera sea la etapa que uno escoja- lo que primó fue la negligencia e impericia en el ejercicio de la función por parte de Fabiana Fiszbin, Ana Fernández y Gustavo Torres.

Finalmente, diremos que lo que resulta más reprochable aun es que los propios funcionarios consideraron la importancia del asunto y, por ende, le dieron rango prioritario pero, sin embargo, dejaron que la situación riesgosa siguiera su curso. No sólo no adoptaron la conducta debida que exigían las circunstancias, sino que tampoco tomaron ninguna otra medida en particular, más allá de unas meras intimaciones que, como ya explicamos sobradamente, no implicaron una actividad seria sino más bien puramente formal, desprovista de cualquier finalidad práctica.

Con ello demostraron lo poco que les importaba la integridad de las personas por las que, justamente, debían bregar.

3.d. Riesgo permitido, fin de protección de la norma y principio de confianza.

Esta infracción al deber de cuidado que tornaría típica la conducta debe ser completada con la aplicación de los conceptos mencionados en el epígrafe.

Con relación a ello, consideramos que la no realización de la acción debida, es decir, 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), en tanto los locales bailables que allí figuraban (entre ellos naturalmente "República Cromañón") continuaron funcionando sin adecuarse a la normativa vigente, concretamente a aquella vinculada a la prevención de incendios.

Es que a nuestro entender, en la evaluación de la atribución de riesgo a la conducta, no debe soslayarse que ello 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 (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso —presunción de inocencia e in dubio pro reo-", publicado en "La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo", libro Homenaje al Profesor Doctor José Cerezo Mir, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 606).

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.

En esta línea, es del caso destacar que *"en toda forma de culpa, entendida ésta en sentido amplio, contiene un elemento negativo (la falta de diligencia, de cuidado, de prudencia) que no debe confundirse con la omisión* [y] *la acción"*, pues *"es posible una acción positiva sin el debido cuidado, tanto como una omisión que demuestre la ausencia de los resguardos exigidos"* (TERRAGNI, Marco Antonio, "Autor, partícipe y víctima en el delito culposo. Criterios para la imputación del resultado", 1° edición, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 38); ambos supuestos están comprendidos como forma de violar el deber de cuidado.

Pero además, ese riesgo de incendio generado respecto de los locales de baile, era justamente aquel que la normativa de prevención contra incendios pretendía evitar, es decir, que estaba abarcado por el fin de protección de la norma.

De más está decir que todo ello era *ex ante* previsible tanto de manera objetiva como individualmente, en cuanto la situación de los boliches así lo evidenciaba y estos extremos eran conocidos por Fiszbin, por Fernández y por Torres, conforme hemos ponderado extensamente.

Queda pues por analizar si es posible la exclusión de la tipicidad de la conducta imprudente atribuida a los incusos por aplicación del principio de confianza.

En ese punto, se dice que el mentado principio *"es el postulado según el cual la conducta del agente en cualquier ámbito del tráfico jurídico, de la más variada índole, puede ser organizada y ejecutada sobre el supuesto de que sus semejantes se comportarán de modo precavido, es decir, sin descuidar las reglas de atención que les asisten"* (ABRALDES, Sandro, "Delito imprudente y principio de confianza", 1° edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 197).

Podría pensarse entonces que en base a esta regla, Fabiana Fiszbin podía confiar en que sus subordinados jerárquicamente —puntualmente Ana Fernández y Gustavo Torres- actuarían conforme al

deber de cuidado respecto del tratamiento de la Actuación 631 y asimismo que los administrados cumplirían con la normativa vigente de prevención contra incendios.

Sin embargo, existen varias razones para descartar que la funcionaria pueda ampararse en la aplicación de este postulado. Ello así, en primer lugar, porque quien invoca el principio de confianza *"tiene que cumplir con su deber de cuidado"* puesto que de lo contrario "[se] *configuraría una verdadera contradicción* [si] *el Derecho autorizare a quien actuó descuidadamente a alegar que confió en la actuación de los demás"* (TERRAGNI, Marco Antonio, ob. cit., p. 161).

En este último sentido, ya hemos demostrado cómo la Subsecretaria de Control Comunal, no observó el cuidado debido en el marco del ejercicio del poder de policía respecto del control de los locales bailables.

Pero además, es prácticamente unánime en la doctrina, aunque con diferentes matices, que *"el principio de confianza cede en su aplicación frente a la existencia de inequívocos elementos de juicio que permitan inferir una conducta no reglamentaria por parte de un tercero, es decir, debe darse la presencia de concretos puntos de referencia que indiquen que esas u otras personas se comportarán de una manera diversa a como deberían hacerlo"* (ABRALDES, Sandro, ob. cit., p. 318).

No parece discutible en el caso concreto, que Fabiana Fiszbin contaba con elementos que de manera inequívoca le demostraban que las áreas bajo su órbita en materia de control no estaban cumpliendo debidamente con los objetivos asignados, como asimismo que los explotadores de los locales de baile clase "c" lejos estaban de ajustar su accionar y acatar la normativa vigente en materia de seguridad y, puntualmente, aquella vinculada con la prevención contra incendios.

En cuanto a sus subordinados, las deficiencias de la UPI le habían sido informadas a la Subsecretaria por su propia inferior jerárquica, Ana María Fernández, quien con fecha 1 de abril de 2004 le elevó mediante nota 5196-UPI-2004 (prueba n° 5 del índice), el informe labrado por el Coordinador Operativo Rodrigo Cozzani (n° 2592/04 "s/informe trimestral (enero/febrero/marzo"), donde a más de detallar los motivos en que se fundaba la imposibilidad de cumplir con las tareas asignadas,

se decía de manera contundente que *"pese al esquema de cobertura total de la semana el mismo excluye, casi naturalmente, el seguimiento y permanente control tanto de las inspecciones realizadas, como del permanente control de las áreas más conflictivas de la ciudad, en virtud de no contar con personal para poder realizarlo ni de medios suficientes para poder abordar la tarea inspectiva dentro de la inmensa y densamente poblada Ciudad Autónoma de Buenos Aires, produciendo un vacío en áreas importantes, y hasta generando un retraso en la contestación del cúmulo de actuaciones recibidas en virtud de poder responder solo al 30% de lo demandado"*.

Pero además y siempre en relación a las tareas de sus inferiores, basta mencionar que Fabiana Fiszbin en ocasión de prestar declaración indagatoria en el debate y a preguntas que en la audiencia le fueran formuladas, reconoció expresamente que conocía el informe de auditoría n° 10 labrado por la contadora Rudnistzky y que *"supo además de sus recomendaciones"*.

Por lo tanto y más allá de las deficiencias formales que éste último informe pudiera presentar conforme el cuestionamiento trazado por el defensor de Ana María Fernández, en lo que aquí concierne resulta demostrativo del conocimiento que Fiszbin tenía de las deficiencias de la Unidad Polivalente de Inspecciones y, por ende, de la imposibilidad de que esa área estuviera cumpliendo adecuadamente con las tareas encomendadas.

En tal sentido, alcanza con recordar algunas de las observaciones formuladas en ese informe (identificado en el índice de prueba bajo el número 11), donde se puso de relieve, entre otras cosas, que: *"se constató que la Unidad Polivalente de Inspecciones carece de manuales de procedimiento"*; *"coexisten dentro de la UPI distintas bases de datos de ingresos y salida de actuaciones y denuncias en cada una de las áreas"*; *"se observó la inexistencia de planificación de tareas que permitan organizar en forma más eficiente la labor que se cumple"*; *"del universo de denuncias ingresadas en la UPI durante el período enero-marzo de 2004, se observó que se inspeccionó un 25%"*;*"en el 80 por ciento de las intimaciones no surge de la base de datos proporcionada por la UPI la existencia de una nueva verificación al vencimiento del plazo estipulado en la disposición que intima a mejoras"*.

En cuanto a las recomendaciones, el informe 10 aconsejó

reglamentar las tareas internas, centralizar la base de datos para evitar la duplicidad de actuaciones, unificar la mesa de entradas, reducir el número de inspectores que concurrían a cada operativo con el fin de conformar más grupos de inspectores, entre otras.

Incluso en las conclusiones se propone *"arbitrar los mecanismos necesarios a fin de lograr un incremento de la cantidad de inspecciones, en virtud del volumen que posee la UPI, sin descuidar el ingreso diario, para lo cual sería aconsejable dividir las tareas de inspección"*.

Allí también se sostiene que *"se hace necesaria una reorganización operativa-administrativa orientada al cumplimiento de los objetivos de la UPI, dado que la situación actual en que se encuentra la misma hace que sea muy dificultoso el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue creada"*; y que *"dicha reorganización debe contemplar (…) mayor presencia en controles no sólo referidos a denuncias, sino también a aquellos en que se deben efectuar verificaciones a posteriori de otorgarse una habilitación en donde existe en la actualidad un alto grado de incumplimiento"*.

Los signos inequívocos que tenía Fabiana Fiszbin respecto de la imposibilidad de la UPI de cumplir con sus tareas, se trasladan necesariamente al período en que esa área fue reemplazada por la DGFyC, toda vez que más allá de la sustitución de una dependencia por la otra y del incremento de recursos, no se verificó un cambio significativo en la forma de realizar los controles en materia inspectiva. Como oportunamente dijimos, estos seguían basándose en las denuncias de particulares y en los operativos nocturnos en cuya coordinación la propia Subsecretaria seguía tomando parte y continuó haciéndolo hasta que ocurrió la tragedia.

En éste último sentido, recordemos que las reuniones de los días lunes continuaron de manera inalterada con la participación de la imputada, su asesor Ucar y Loupias (en carácter de asesor de la Subsecretaría de Seguridad), como también de Ana Fernández, a los que se agregó Gustavo Torres a partir de que se hizo cargo de la Dirección de control. Aquí nos detendremos a analizar someramente la designación de Alfredo Ucar, lo que dará más sustento a nuestro argumento.

Así, en fecha 13 de enero de 2004 y ante "*la necesidad de*

regularizar el funcionamiento de la Coordinación de todos los Inspectores que dependen de las distintas Direcciones Generales, dependientes de la Subsecretaría de Control Comunal" la Subsecretaría resolvió designar al nombrado Ucar como "*Coordinador de Inspecciones de esta Subsecretaría*" lo que se hizo saber a la Secretaría de Justicia y Seguridad, a la UPI y a las distintas Direcciones Generales (ver resolución 7-sscc-2004, prueba n°44 según el índice respectivo).

Con ello lo que se demuestra es el rol activo de la acusada en el aspecto de coordinación de aquellas cuestiones vinculadas a los operativos nocturnos entre las que se encuentra, claro está, la problemática de los locales bailables.

Aquí no hace falta echar mano a conceptos del derecho administrativo ni hacer grandes disquisiciones técnicas para arribar a una solución; la prueba producida permite determinar con facilidad lo ocurrido. Así, Fiszbin amén de no poder confiar en el accionar de las áreas a su cargo por los distintos informes que llegaban a su poder, se involucró directamente en el tratamiento de la temática en estudio por lo que, luego, no puede sostener de ninguna manera que era una cuestión delegada en los órganos inferiores, según los lineamientos del derecho administrativo.

En este último sentido, cabe recordar que la coimputada Fernández en ocasión de prestar declaración indagatoria durante el debate sostuvo que en lo que respecta al área de inspecciones nocturnas *"a fines de marzo de 2004 la licenciada Fiszbin decidió centralizar la coordinación de operativos nocturnos y vía pública en la Subsecretaría de Control Comunal, porque eran temas sensibles que requerían coordinación con la Subsecretaría de Seguridad, atento a que precisaba apoyo policial"*.

Recordemos también que la acusada Fiszbin intervino personalmente en más de una reunión con Atilio Alimena, indicó a Ana Fernández la realización de intimaciones a los locales y dispuso el relevamiento de los mismos por el CEVIP. Ello, en el marco de actuación ya descripto en el que los objetivos se definían en las reuniones llevadas a cabo los días lunes en su oficina y que ella dirigía y/o coordinaba, resultando que el listado definitivo de objetivos para cada fin de semana era confeccionado por su asesor de confianza, Alfredo Ucar.

Ciertamente, en esta cuestión particular que nos atañe

respecto a la problemática en que se encontraban inmersos los locales de baile, Fabiana Fiszbin se encontraba directamente involucrada y marcaba los lineamientos a seguir. Justamente y como contrapartida de ello, fue la falta de esos lineamientos concretos la que tuvo como resultado que Ana Fernández no avanzara sobre los resultados de las intimaciones según esta misma sostuvo, lo que fue corroborado por la testigo Albela, según la cual, la Subsecretaria había requerido y le había sido remitido el listado con el resultado de las intimaciones practicadas por lo que estaba al tanto del estado de las mismas.

El extremo fue corroborado por la acusada Fernández, quien refirió que ese listado se lo entregó a la Subsecretaria en el mes de junio de 2004 y, según la testigo Carolina Albela, quedaron a la espera de que la Subsecretaría decidiera que hacer con las actuaciones.

El propio Torres señaló ese liderazgo al describir que la labor de contralor *"no sólo se desarrolla a partir de los operativos que se enmarcan en la política dispuesta por la Subsecretaría de Control Comunal"* -ver informe 18/DGFyC/2004, prueba n° 6-. Puede fácilmente colegirse de sus dichos que si bien tenía diversas formas de encarar la labor de control, la principal o más notoria era aquella "*enmarcada*" en los lineamientos de la Subsecretaría, de lo contrario, la aclaración "*no sólo*" no tiene razón de ser.

Por tanto, resulta indiscutible que la Subsecretaria no podía confiar en el desempeño de sus inferiores en materia de control de locales bailables.

Ahora bien, ello no implica que fuera la única responsable de ejercer el control respecto de los mismos y aquí es momento de tratar la situación de Ana Fernández y de Gustavo Torres. Es que éste último era el titular de la Dirección cuya función principal y directa era ejercer el poder de policía. El acusado en el mentado informe destacó que dicho ejercicio era la función "*esencial y primordial*" del área a su cargo. Otro tanto podemos decir de Fernández cuando estuvo a cargo de la UPI y, aunque en menor medida, también cuando fue directora adjunta de la DGFyC.

Entonces, frente a ello, Fernández y Torres no podían hacer depender su accionar de la inacción o deficiente actuación de su superior jerárquica. Como dijimos y reconoció el imputado en

el mentado informe, el decreto de creación de las áreas a su cargo fijaba como una responsabilidad primaria el ejercicio del poder de policía y ello era impostergable. Su superior podría imponer políticas o coordinar cuestiones pero lo que no podía era desplazar las responsabilidades del área, especialmente en un tema de tal importancia como lo es el ejercicio de contralor, tarea primordial también a cargo de los acusados.

En definitiva, la forma de actuación impuesta por Fernández primero y continuada por ésta y por Torres después fue siempre la misma y abarcó prácticamente todo el año 2004: el no actuar preventivamente y hacerlo únicamente a partir de denuncias escogidas al azar, esto es, con el hecho consumado. Ejemplo de ello es la situación del local Bronco a la que ya nos referimos, en el cual Torres actuó luego de sendos y reiterados reclamos de un interesado, y procedió a clausurar tanto el mentado local como el del denunciante.

Concretamente, en donde las voluntades de los titulares de las áreas debían converger hacia la acción debida -la inspección efectiva de los locales bailables-, nos encontramos con una desidia generalizada que se tradujo en un proceder negligente e imprudente que evidenció un grado de impericia inadmisible y que permitió que locales como "República Cromañón" funcionaran sistemáticamente al margen de la ley. En ese contexto, es obvio que el resultado de las intimaciones cursadas con motivo de la Actuación 631, no merecieron un análisis serio durante todo el período.

Con relación a los administrados, la mentada Actuación, lo anunciado en el Diario Clarín y las reuniones mantenidas sobre el punto con Alimena que ya hemos ponderado, son prueba de que Fiszbin estaba al tanto de que la mayoría de los explotadores de locales de baile no cumplía con la normativa vigente, razón por la cual aquí tampoco puede operar el principio de confianza.

Pero si todo esto no resultare suficiente para descartar que Fiszbin, Fernández y Torres puedan escudarse en el principio que venimos tratando, corresponde resaltar que esa máxima "[ve] *limitada su aplicación en aquellos casos en los que el deber de cuidado está destinado precisamente a la vigilancia y control del comportamiento de otros*" en tanto "*si se tiene un deber especial de controlar, es porque otros confían en él, y todo el resguardo*

de bienes jurídicos se sostiene primordialmente en la idea de que alguien controla" (ABRALDES, Sandro, ob. cit., p. 361).

Es que como dice Reyes Alvarado, *"quien está encargado de vigilar que los demás cumplan con sus tareas de acuerdo con las reglamentaciones vigentes no puede descuidar esa labor mediante la invocación del principio de confianza, puesto que la función que le ha sido encomendada es justamente cerciorarse de la forma como determinadas actividades se realizan sin suponer que ellas son adelantadas correctamente"* (REYES ALVARADO, Yesid, "Imputación objetiva", ob. cit., p. 160).

Aplicado ello al caso en estudio, corresponde afirmar que si por sus propias funciones Fabiana Fiszbin, Ana Fernández y Gustavo Torres tenían el deber de controlar la actividad de los administrados y, en el caso de la primera, también la de sus subordinados, no resulta posible a su respecto invocar el principio de confianza, en tanto el control de las conductas de estos terceros, en la medida de lo cognoscible, estaban abarcadas por su propio deber de cuidado.

En este punto conviene recordar las enseñanzas de Corcoy Bidasolo cuando en lo inherente a la concreción del deber de cuidado, explicaba que *"se debían tener en cuenta, no sólo los factores de riesgo propios de la conducta del autor, sino también todas las demás circunstancias concurrentes que fuesen cognoscibles ex ante"* entre las cuales *"estaban los riesgos creados por terceras personas o por la víctima"* (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, "El delito imprudente", ob. cit., p. 317).

En suma, por sus propias funciones como Subsecretaria de Control Comunal, formaba parte del deber de cuidado de Fabiana Fiszbin, el controlar la conducta de otras personas, tanto en lo inherente a sus subordinados como en aquellas cuestiones vinculadas con sus administrados. Este último supuesto, les es también aplicable a Ana Fernández y a Gustavo Torres, responsables directos de las áreas de contralor, quienes por ende, no pueden tampoco ampararse en el principio de confianza.

Claro está que ese deber de controlar la conducta de terceros no era ilimitado, sino que quedaba circunscripto a la medida de lo cognoscible individualmente por los imputados.

En el caso de Fabiana Fiszbin, no se le exige el deber de vigilar indefinidamente el comportamiento de todas las personas

que en la estructura del Gobierno de la Ciudad dependían jerárquicamente de ella, como así tampoco de todas las actividades de particulares que se hallaban sujetas a su contralor.

Pretender que un funcionario despliegue semejante tarea rozaría con el absurdo e importaría responsabilizarla por sucesos imprevisibles.

Justamente, aquí ocurre lo contrario, puesto que hemos demostrado acabadamente cómo la nombrada Fiszbin estaba al tanto de las deficiencias de las conductas de sus inferiores en lo que hace específicamente a las áreas encargadas del ejercicio del poder de policía respecto de los locales de baile, como asimismo que los explotadores de tales establecimientos se encontraban inmersos en un alto grado de incumplimiento de las normas vigentes sobre prevención contra incendios. Este último extremo es extensible al caso de Ana Fernández, quien estaba a cargo de la UPI al momento en que se produjeron las reuniones con Alimena e ingresó la denuncia formal al área de control poniendo en conocimiento del organismo a su cargo ese grado de incumplimiento. Inclusive se comunicó personalmente en relación al tema con un asesor del Defensor adjunto.

La situación de Torres también es análoga en cuanto a la conducta de los explotadores de los establecimientos. Como ya valoramos y según señaló el acusado, una de sus tareas más "*significativas*" era justamente el control de locales bailables, por lo que es claro que no tenía confianza alguna en el comportamiento de sus gerenciadores.

En consecuencia, estamos en condiciones de afirmar que en el marco del ejercicio del poder de policía que les competía, Fabiana Fiszbin, Ana Fernández y Gustavo Torres violaron el deber objetivo de cuidado que debían observar en el ámbito que se desempeñaban, al no ejecutar las conductas debidas que *ex ante* se les imponían para conjurar el peligro anunciado por el alerta de Alimena, el cual les era individualmente conocido.

Esta inobservancia del cuidado debido, desde una perspectiva normativa, comportó una creación de un riesgo jurídicamente intolerable de incendio respecto de la situación de los locales bailables clase "c" que se encontraban registrados en el Gobierno de la Ciudad como asimismo de aquellos denunciados en el listado acompañado por el Defensor del Pueblo, entre los que se

encontraba República Cromañón.

Por tanto, la conducta realizada por los imputados, resulta típica del delito de incendio imprudente previsto en el artículo 189 del Código Penal, juicio de atribución que hemos completado en base al fin de protección de la norma y el principio de confianza.

3.e. Relación de riesgo.

Resta pues analizar el segundo juicio de imputación, es decir, aquel que hemos denominado *"relación de riesgo"* o de *"imputación objetiva strictu sensu"*, donde ya no se trata de decidir lo injusto de la conducta, sino que el examen recae sobre la posible imputación del resultado al comportamiento típico.

En este sentido, hemos destacado que este juicio es de carácter normativo y esencialmente *ex post*, puesto que sólo se puede realizar una vez conocidas todas las circunstancias que rodearon al resultado acaecido.

Sobre el punto, hemos puesto de manifiesto que los criterios del incremento del riesgo y del fin de protección de la norma, son los que deben tenerse en cuenta, de modo complementario, para probar esta relación.

Asimismo, también pusimos de resalto que no obstante la verificación de la relación de riesgo conforme a tales criterios, la imputación puede decaer si el resultado era *ex post* inevitable, es decir, si con un comportamiento alternativo conforme a derecho aquél hubiera concurrido de todas maneras.

Si aplicáramos sin más los lineamientos expuestos para probar la relación de riesgo, parecería que el resultado típico de incendio con peligro común acaecido en "República Cromañón" sería fácilmente atribuible a la conducta que hemos identificado como violatoria del deber de cuidado por parte de los funcionarios.

En esa dirección, hemos resaltado que la inobservancia del cuidado debido por parte de los autores comportó la creación de un riesgo de incendio respecto de los locales bailables registrados, es decir, que efectivamente hubo un incremento del peligro, como así también que ese riesgo era de aquellos que la norma de cuidado intentaba evitar y que Alimena había puesto de resalto en su Actuación, al referirse justamente al incumplimiento de ese tipo de normas.

Podría decirse pues que como el 30 de diciembre

efectivamente se produjo un incendio típico propio de los que la norma de cuidado pretendía evitar, tanto los criterios de "*incremento del riesgo*" como del "*fin de protección de la norma*" fundantes de la relación de imputación, se encuentran presentes en el caso.

Pero además, de haberse realizado la conducta debida, esto es, disponer la inspección de todos los locales clase "c" que figuraban en el padrón del GCBA o al menos en el listado remitido por Alimena, el resultado típico no se habría producido, en tanto la verificación del local "República Cromañón" (que figuraba en ambos registros) hubiera comportado necesariamente su clausura, atento al cúmulo de infracciones que presentaba; por esa razón es factible aseverar que existía lo que Corcoy Bidasolo denomina "*evitabilidad ex post del resultado*".

No obstante lo expuesto, la cuestión no es tan sencilla, porque en la producción del incendio que tuvo lugar en "República Cromañón" existieron, con posterioridad a la conducta de los funcionarios, actuaciones de autores dolosos como asimismo de algunas de las víctimas que también contribuyeron a la realización del resultado incendio con peligro común.

En efecto, sabemos que tanto Omar Chabán como los integrantes del grupo "Callejeros" organizaron el recital del 30 de diciembre desnaturalizando la habilitación del predio y 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.

También hemos afirmado que los co-organizadores, teniendo el control del recital y con el cuadro fáctico dirigido hacia la producción del incendio, no realizaron la acción típicamente indicada de salvaguarda del bien jurídico, esto es, detener el show en tiempo oportuno o al menos disponer la apertura del portón alternativo, con conocimiento y voluntad, lo que a nuestro criterio los llevó a responder por el resultado en comisión por omisión dolosa.

Asimismo, conforme han quedado fijados los hechos, el foco ígneo que desató el incendio típico fue producido de mano propia por uno o varios de los asistentes al espectáculo cuando al inicio del recital de la banda principal, se arrojaron una o varias

“candelas” que impactaron en la media sombra que revestía el techo del lugar.

Por lo tanto, corresponde analizar si tales intervenciones posteriores de terceros interrumpen o no el nexo de imputación entre el comportamiento que se ha identificado como típico para los funcionarios públicos encargados de ejercer el poder de policía y el resultado incendio acaecido la noche del 30 de diciembre de 2004.

Es que *“para la existencia de relación de riesgo no es suficiente con que se cree un riesgo no permitido, sino que además este riesgo no permitido tiene que realizar efectivamente la lesión del bien jurídico.”* (CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “El delito imprudente”, ob. cit., p. 497).

Entonces, para dilucidar la cuestión, lo que se debe determinar es si los riesgos introducidos por los terceros están ínsitos en aquéllos creados por los funcionarios o si, por el contrario, los aportes posteriores producen una interrupción del nexo de imputación por haberse realizado un riesgo diferente.

En esta tarea, la perspectiva esencialmente *ex post* que predomina en la prueba de la relación de riesgo *“no excluye que se tengan en cuenta consideraciones ex ante necesarias, siempre que tengamos que conocer la clase de riesgo que creó el autor o la finalidad de la norma que éste infringió”* (Ibídem, p. 596).

En este último sentido, se dice que *“en el caso de que el riesgo inherente a la conducta posterior sea previsible ex ante, este riesgo quedará comprendido dentro del riesgo propio del autor. En consecuencia, en el juicio ex post, la realización del resultado de este segundo riesgo no es independiente, sino que por el contrario, atañe al riesgo del autor”* (Ibídem, p. 536).

Evaluando el supuesto bajo estudio a la luz de las consideraciones precedentes, entendemos que para poder atribuir el resultado típico al comportamiento de los acusados Fiszbin, Fernández y Torres, resulta necesario establecer si el incendio típico que se produjo el 30 de diciembre les era individualmente previsible, porque de ser así, el acaecimiento del resultado quedará comprendido en el riesgo propio de su actuación.

Debe tenerse presente que cuando hablamos de previsibilidad, no nos estamos refiriendo al conocimiento efectivo del supuesto de hecho, sino a la *posibilidad de preveerlo, es*

decir, a la posibilidad individual que los funcionarios tenían de prever que en el local de marras se podía producir un incendio peligroso.

En este sentido, existen factores concretos que a nuestro juicio permiten afirmar, sin lugar a dudas, que esa previsibilidad se encuentra presente.

Sobre el punto, ya hemos ponderado extensamente cómo en términos generales los funcionarios públicos estaban al tanto del peligro que la situación de los locales bailables generaba y de la posibilidad latente de que en éstos se produzca un incendio.

Con relación a ello, hemos sido por demás extensos al explicar cómo el Defensor del Pueblo Atilio Alimena puso en conocimiento de los acusados el alto grado de incumplimiento en que incurrían los explotadores de los locales bailables en lo inherente a la normativa de prevención contra incendios, como asimismo que esta circunstancia ponía en peligro la vida de más de 400000 jóvenes por semana. En la misma línea hemos valorado el artículo periodístico que sobre esta problemática se había publicado en el Diario Clarín, donde entre otras cosas se mencionaba expresamente el caso sucedido en el boliche denominado "Kheyvis".

Recordemos además que el local "República Cromañón" figuraba en el listado acompañado por el Defensor del Pueblo en el marco de la Actuación 631.

Pero incluso, advertimos la existencia de otros indicadores que nos permiten sostener que la situación concreta de "República Cromañón" les era previsible a los funcionarios.

Al respecto, conforme fuera correctamente valorado por el tribunal *a quo*, el local de marras fue uno de los intimados a presentar la documentación respectiva a partir de la Actuación 631, y este requerimiento fue recibido por el Sr. Alfredo Mario Díaz, empleado de Omar Chabán, el día 24 de mayo del año 2004 (Conf. prueba n° 33 del índice).

Asimismo, consta en la documentación reservada que el día 10 de junio de 2004, el Sr. Raúl Lorenzo, representante de Lagarto S.A. (firma titular de la habilitación), contestó la intimación y entregó en la Unidad Polivalente de Inspecciones copia de la plancheta de habilitación, el certificado de inspección final de bomberos, dos carátulas de fotocopias de los planos de

habilitación y tres planos de bomberos.

De estas actuaciones, que fueron reservadas en la “caja azul” y formaron parte de las tantas que no tuvieron ningún tipo de seguimiento, surgía con absoluta claridad que el vencimiento del certificado de bomberos del local “República Cromañón” operaba el día 24 de noviembre del año 2004.

Por lo tanto, resulta por demás evidente que los funcionarios tenían al alcance de la mano la posibilidad cierta de conocer la situación efectiva del local “República Cromañón”, pues bastaba revisar esa documentación para darse cuenta que el local era uno de los tantos que con anterioridad a la fecha del hecho no contaba con el certificado de bomberos vigente y, por ende, era uno de los que en definitiva no cumplía con los requisitos para seguir funcionando.

Va de suyo que éste era el instrumento que los funcionarios tenían a su disposición para conocer que el certificado vencía el 24 de noviembre de 2004, y no la planilla obrante a fs. 14 de la Actuación 631 que formaba parte del expediente que se encontraba por ese entonces en la Defensoría del Pueblo.

Seguramente, Fabiana Fiszbin, tras compulsar la Actuación 631 para preparar su defensa, años después del hecho, descubrió que existía una constancia que sugería una fecha posterior de vencimiento en esta última Actuación. Sin embargo, esa planilla no sólo no era la que tenían al alcance de la mano los imputados, sino que además no coincide con la obrante en el expediente de la Superintendencia Federal de bomberos que es la que da fecha cierta a la vigencia del certificado.

Por otra parte, debe tenerse presente que aquí no se trata de establecer si existía alguna norma que obligara a los funcionarios a inspeccionar locales de baile al vencimiento del certificado de bomberos como alegaron los defensores, sino de realizar la conducta cuidadosa que se imponía como necesaria para neutralizar el peligro advertido a partir de la denuncia de Alimena.

En definitiva, no sólo la situación de los locales de baile y el peligro que se produjera un incendio en cualquiera de ellos era conocida por los imputados, sino que también les era previsible la situación particular de “República Cromañón” porque

en sus oficinas de trabajo contaban con la documentación que indicaba que ese local no poseía autorización para seguir funcionando.

Pero la previsivibilidad que estamos afirmando no termina aquí, sino que además existen otros elementos probatorios que también sirven de sustento para sostener que a los funcionarios les era cognoscible lo que sucedía en este lugar, y el peligro que ello acarreaba.

En este sentido, el propio Omar Chabán en una de sus declaraciones indagatorias reconoció que publicaba los recitales llevados a cabo en "República Cromañón" en el Suplemento "Sí" del Diario Clarín. Como se ve, queda descartado el ocultamiento policial al que alude la defensa de Fiszbin.

Asimismo, en autos contamos con el video identificado como n° 274 "c", donde el nombrado aparece en el programa "Cultura Cero" publicitando la actividad de su lugar.

Más aún, si hubieran mediado directivas claras en el área de control y una modalidad de trabajo con algún tipo de criterio sistemático, luego de la visita de los inspectores a República Cromañón en marzo de 2004 cuando el local se hallaba cerrado, hubiera sido lógico que concurrieran nuevamente procurando inspeccionarlo cuando funcionaba, situación en la que hubieran detectado las irregularidades apuntadas más arriba, procediendo a su inexcusable clausura. Especialmente, si hubieran actuado conforme correspondía, cuando poco tiempo después regresaron a la zona en dos oportunidades.

En ese marco y más concretamente, la serie de recitales que iba a brindar el grupo "Callejeros" en el local "República Cromañón" en el mes de diciembre de 2004, fue anunciada en la revista *"Llegás a Buenos Aires"* (ejemplares 21 y 22). Efectivamente constan allí los siguientes anuncios: *"Música: Callejeros. El grupo de Villa Adelina cierra el año de su consagración con festival de bengalas en República Cromañón. El martes a las 22:00. Ver pág. 28"* (Callejeros. República Cromañón. Bartolomé Mitre 3060. La banda que más creció con las raíces en el rock de las esquinas. Además Pérez García. A las 22) y *"Callejeros. República Cromañón. Bmé. Mitre 3060. La banda revelación del año cierra el triplete de presentación de sus discos. Invitados: Ojos Brujos. A las 20. Desde 10$"*,

respectivamente (Ver prueba n° 27).

Las referencias hechas en esa revista además de ser específicas, hacen clara alusión al uso de pirotecnia en el marco del espectáculo.

Aquí no se pretende sostener que los funcionarios conocían efectivamente el contenido de esa publicación, pues ello no hace falta para fundar la previsibilidad de la imprudencia, sino simplemente que les era cognoscible, máxime si ellos eran los encargados de controlar las actividades realizadas en este tipo de establecimientos y habían sido advertidos por el Defensor del Pueblo del peligro en que estaban inmersos los locales clase "c" en base a un listado previamente determinado.

Incluso, la posibilidad de conocer las incidencias concretas que el grupo "Callejeros" había protagonizado con el uso de pirotecnia en otras presentaciones anteriores, también estaba al alcance de la mano de los imputados.

En esa dirección, dentro de la prueba documental incorporada por lectura al debate, contamos con las copias certificadas del expediente n° 6225-JC/04-15822/04 caratulado: "Estadio Obras Sanitarias s/infracción art. 61 del CC", y sus acollarados, del registro del Juzgado Contravencional y de Faltas n° 6 de esta ciudad, relativo al recital del grupo "Callejeros" realizado en el estadio Obras, donde se labraron actuaciones por el uso de pirotecnia en el marco de ese evento (prueba n° 216). Es más, según se dejó constancia, hubo dos personas heridas a raíz de la utilización de ese material, una de las cuales fue trasladada a un hospital.

En igual sentido, se encuentran incorporadas las copias certificadas del expediente n° 46050/04 caratulado: "Paula Benevenias s/infracción al art. 57 bis según ley 10" del registro de la Fiscalía Contravencional y de Faltas n° 11 de esta Ciudad, relativo al recital del grupo "Callejeros" realizado en el estadio del Club Excursionistas, donde también se acreditó el empleo de pirotecnia en forma ilegal -prueba n° 217-.

En ambos eventos intervino con su presencia en el lugar, personal del Área Contralor de Espectáculos del Gobierno de la Ciudad, organismo que, según los dichos vertidos en el debate por el propio Torres, compartía el piso de oficinas con la Dirección General de Fiscalización y Control, y con la Dirección de

Habilitaciones y Permisos; esta última Dirección otorgó las autorizaciones para llevar adelante los mentados recitales del grupo "Callejeros" en los estadios de los clubes Obras Sanitarias y Excursionistas. Justamente en éste último show, el grupo promocionó públicamente la serie de recitales que llevaría a cabo en "República Cromañón" los días 28, 29 y 30 de diciembre.

Ello demuestra, sin lugar a dudas, que una adecuada coordinación del trabajo de ambas áreas, hubiera permitido a los responsables de ejercer el poder de policía en materia de locales bailables, conocer concretamente el habitual uso de elementos de pirotecnia que se registraba en las presentaciones del grupo "Callejeros", provocando heridos, como así también el poder de convocatoria con que contaba esa banda.

Además, los hubiera puesto en conocimiento directo de que en "República Cromañón", comercio habilitado como local de baile clase "c", se hacían o se iban a hacer recitales contrariando la normativa vigente -según lo afirmado por el propio Torres- y que en los recitales que se aproximaban iba a intervenir una banda de un importante poder de convocatoria, que generaba peligro para los concurrentes por la utilización de pirotecnia por parte de sus seguidores. Pirotecnia que, además, según los propios agentes gubernamentales que intervinieron en aquellos shows era suministrada por allegados o por terceros relacionados con el espectáculo que no se controlan.

Todas las circunstancias precedentemente reseñadas, valoradas de manera conjunta, nos llevan a afirmar que tanto Fabiana Fiszbin, como Ana Fernández y Gustavo Torres, tenían la posibilidad cierta de prever que dentro del local "República Cromañón" podía desatarse un incendio peligroso y, como consecuencia natural de éste, generarse un riesgo de muerte o de lesiones para los asistentes.

Por lo tanto, atañe al riesgo creado por los funcionarios a partir del tratamiento defectuoso de la Actuación 631, el resultado típico producido el día 30 de diciembre, sin perjuicio de la responsabilidad de los organizadores del espectáculo y eventualmente de las personas que generaron de mano propia el incendio.

Es que el riesgo de incendio creado por los funcionarios responsables del ejercicio del poder de policía respecto de los

locales de baile clase “c” que hemos identificado como típico a partir del tratamiento deficiente de la Actuación 631, efectivamente fue realizado en el resultado, por cuanto las intervenciones de los terceros posteriores a su creación, agravaron ese mismo riesgo preexistente al disponer la realización del recital del 30 de diciembre en las condiciones de peligro que oportunamente hemos ponderado.

Una autora que ha sabido visualizar correctamente la cuestión inherente a la múltiple intervención defectuosa de sujetos en la realización de riesgos es Ingeborg Puppe (en su obra, “La imputación del resultado en Derecho Penal”, Ara Editores, 2003, p. 202/3), para quien resulta trascendente analizar *“como elemento adicional de la realización del riesgo prohibido (…) el requisito de la continuidad…”*, según el cual *“…la infracción al deber de cuidado debe estar unida causalmente al resultado a través de una cadena de estados prohibidos. Si esta cadena se interrumpe porque a partir de determinado momento de la cadena causal son necesarias sólo consecuencias permitidas del comportamiento del autor para explicar el siguiente curso causal, el requisito de la continuidad no se cumplirá. Se habrán realizado en el curso causal del resultado finalmente sólo los riesgos de las consecuencias permitidas del comportamiento del autor y no el riesgo de sus consecuencias prohibidas”*.

Por el contrario, cuando se realizan en el resultado las consecuencias prohibidas del comportamiento contrario a deber del primer sujeto, mediando una actuación defectuosa del segundo interviniente (sea dolosa o imprudente), se verifica el requisito de la continuidad que impide la exclusión de la responsabilidad penal del causante del primer riesgo.

Ello ocurre en la especie, en tanto a la violación del deber de cuidado de los funcionarios derivada de la falta de control, le sucedió el aprovechamiento de la situación por parte de los organizadores para disponer la realización de un espectáculo en condiciones prohibidas (requisito de la continuidad de estados prohibidos), lo que a la postre derivó en el acaecimiento del resultado final que todos conocemos, el cual, como ya hemos ponderado, era previsible para los encargados de ejercer el poder de policía en la materia.

Al respecto, conviene recordar que *“si la infracción del*

cuidado debido ya contiene en sí misma el peligro de acaecimiento del resultado típico, entonces el aprovechamiento de la situación favorable para el hecho doloso reside dentro del marco del riesgo jurídicamente desaprobado y la responsabilidad por la actuación descuidada a causa del resultado del delito doloso se rige por las reglas generales" (JESCHECK, ob. cit., p. 617).

Es que en la prueba de la relación de riesgo lo determinante es comprobar si el riesgo creado con la conducta inicial es el que efectivamente se ha realizado en el resultado o no, y ello, con independencia de lo grave que resulte el comportamiento de quien interviene con posterioridad.

Con relación a esto último, la creación de un riesgo de incendio que se había generado por la falta de control adecuado de parte de los funcionarios, implicaba justamente un peligro para la vida y la integridad de los espectadores por la falta de adecuación de estos establecimientos a las normas de seguridad.

Ese peligro efectivamente fue el que se realizó en el resultado, puesto que en el incendio producido el día 30 de diciembre de 2004 y a raíz del funcionamiento irregular que presentaba el local por fuera de las normas de prevención que los funcionarios debían controlar, los concurrentes se vieron expuestos a las consecuencias nocivas de los gases que emanaban, producto de la combustión, de los materiales colocados en el techo del local.

Aquí cobran relevancia otros factores que resultan determinantes para explicar el resultado finalmente producido y que son consecuencia directa de la ausencia de control de los funcionarios públicos encargados del poder de policía.

En este sentido, las seis puertas de entrada al salón principal y que de acuerdo al relato de un sinnúmero de testigos fue un factor que detuvo considerablemente el flujo de personas que pugnaba por salir, medían en la realidad verificada 1,26 metros, es decir, menos de lo que figuraba en el plano de habilitaciones que hace referencia a 1,50 metros.

Lo propio puede decirse del ancho del pasillo principal de acceso al local que mide 5,51 metros y en el plano de habilitación consta un ancho superior, puntualmente, de 6,51 metros; como así también del pasillo correspondiente a otras de las salidas que mide 2,93 metros -incluso se encuentra reducido por el

emplazamiento de una columna a 2,62 metros- y en el plano figura un ancho de 3 metros.

De la misma manera, la denominada "*puerta alternativa*" que debía operar para caso de siniestros, conforme los términos de la habilitación, se encontraba clausurada. Una somera visita al lugar hubiera permitido conocer esta circunstancia. Como también se hubiera verificado que el cielorraso tenía colocada tela denominada media sombra, a partir de cuya combustión se inició el incendio.

Por otra parte, recordemos que los peritos que depusieron en el debate explicaron que el entresuelo del local -410 metros cuadraros- excedía la superficie máxima prevista en el artículo 4.7.3.3 del Código de Edificación y que por ello debía contar con una salida independiente.

También naturalmente influyeron en la posibilidad de detener el curso del incendio, la falta de eficacia de algunos de los medios extintores, como ser matafuegos, mangueras, etc., extremos que, juntamente con los estructurales relativos a los medios de salida, hubieran sido advertidos en caso de realizarse la conducta debida, esto es, inspeccionar todos los locales clase "c" registrados.

Resulta por demás evidente que todas estas cuestiones que hacen a los medios de salida y demás irregularidades en que enmarcaba su funcionamiento el local "República Cromañón" a las que ya hicimos amplia referencia, influyeron decididamente en la configuración concreta del hecho del 30 de diciembre, pues demoraron considerablemente la salida del público y por ende su exposición a los gases nocivos productos del incendio, como asimismo, impidieron su pronta extinción.

Por lo tanto, es dable afirmar que ese riesgo creado por los funcionarios respecto de las posibilidades de incendio dentro de los locales bailables clase "c", derivado de la ausencia de control de la actividad, se plasmó en el resultado producido el 30 de diciembre, ello sin perjuicio de que la consumación se haya materializado a través de la intervención (dolosa o imprudente) de terceros, y de la responsabilidad de estos.

Pero además, el riesgo que generaron los funcionarios a partir del tratamiento defectuoso del control de esta clase de locales, esto es, el de ocurrencia de un incendio peligroso para

la vida y la integridad de los asistentes, es justamente el que la norma de cuidado pretendía evitar, porque tanto la normativa del Código de Habilitaciones, de Edificación o la ley de Faltas, como aquélla inherente a la prevención contra incendios, tienen por finalidad evitar peligros como los finalmente producidos en el caso que nos ocupa.

En consecuencia, el riesgo realizado en el resultado puede ser atribuido a dos grupos de personas: por un lado, a los funcionarios encargados del ejercicio del poder de policía que por la ausencia de tratamiento adecuado del control al que estaban obligados permitieron que el local funcionara sin las condiciones de seguridad mínima exigidas por las normas; y por otro, a los organizadores que agravaron esa situación y aprovecharon la ausencia de control para organizar un evento en condiciones de peligro extremo.

Queda claro que cada uno responde por su injusto personal y que no es factible excusar la responsabilidad penal de unos en el comportamiento de otros, porque el resultado es la realización del riesgo co-creado por los encartados.

Pero además, aún si no se hubiera dispuesto la visita al lugar hasta la fecha del hecho, en esa última oportunidad, de haberse fiscalizado el local a raíz de los indicadores que, como dijimos, hacían previsible a los funcionarios la situación prohibida y riesgosa en que se desarrollaría el recital de "Callejeros" del 30 de diciembre, la clausura hubiera sido segura e inmediata. Ello, según la forma de actuación que tenían los propios inspectores al realizar un operativo de control y que más arriba desarrollamos con amplitud.

Debemos mencionar una vez más que, a las irregularidades estructurales expuestas, se deben agregar muchas otras como ser, la falta de certificado anual de bomberos vigente, el estado de las vías de salida obstruidas, bloqueadas o desnaturalizadas, la capacidad del lugar desbordada por la sobreventa de entradas realizada, la colocación de tela media sombra bajo el cielorraso en consonancia con la utilización continua de pirotecnia, la presencia de personal de seguridad que en ningún caso cumplía con lo dispuesto por la ley 118 y que, además, practicaba un cacheo selectivo y, finalmente, la venta de alcohol en presencia de menores. Todo ello en un marco de desnaturalización de la

habilitación mediante la realización de una actividad no contemplada en ella y gestionando la misma una persona que no era su titular.

En definitiva y como corolario de lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que el resultado no hubiera sido el mismo de realizarse un control eficaz por medio de los inspectores de la DGFyC dado que, de ser así, los co-organizadores se hubieran visto obligados a requerir la autorización respectiva con los consiguientes requisitos de seguridad y control, como se observaban en los otros sitios en los cuales se desarrollaban recitales; de lo contrario la clausura era ineludible.

En tal sentido, de actuar los co-organizadores conforme a las normas que se aplicaban, hubiera implicado la presencia segura durante el recital, entre otras autoridades, de funcionarios del área Contralor de Espectáculos que, según sus formas de trabajo, hubieran verificado las mentadas irregularidades que surgían a simple vista y, en virtud de ello, el recital no se habría podido llevar a cabo en esas condiciones peligrosas para los asistentes.

Sin embargo, para ello, primero había que seleccionar el objetivo. Como sabemos, en el caso esa selección nunca se hizo por un actuar negligente de los jefes del área, en este caso, Fabiana Fiszbin y Gustavo Torres, asistido por Ana Fernández, permitiéndose de esa manera que el show se cumpliera sin ningún tipo de permiso y control, en las condiciones peligrosas para la seguridad de los concurrentes ya expuestas. Dicho peligro luego se cristalizó en el resultado luctuoso que motivara la presente.

Es que, como dijimos, la política general de actuación del área de control, cuyos principales responsables eran Fiszbin, Fernández y Torres, consistía en no tener ningún criterio prudente, razonable y sistemático de prevención sino actuar luego de los hechos, cuando ya surgía una denuncia. Según esa forma de actuación, en el caso de autos hubieran actuado luego de ocurrido el hecho y ante la denuncia de los familiares de los centenares de muertos o de los miles de heridos.

Asimismo corresponde resaltar que la autoría de los funcionarios se funda en la violación a su deber de cuidado, puesto que *"en el marco de la imprudencia lo determinante para su graduación es sólo el grado de infracción del deber de cuidado, algo que se mide con criterios diversos a los que puede*

suministrar la teoría del dominio del hecho. De ahí que autor del delito imprudente es todo aquel que, con infracción del cuidado necesario en el tráfico jurídico, coopera a la realización del tipo" (JESCHECK, ob. cit., p. 705).

Es por este motivo, además, que no resulta determinante, a los fines de establecer la autoría imprudente de los funcionarios públicos, ni su presencia en el lugar de los hechos, ni que como en el caso de Fiszbin se encontrara fuera del país, en tanto la violación al deber de cuidado determinante del resultado se prolongó durante toda su gestión, y el dominio del hecho no es condición necesaria para atribuir esta clase de responsabilidad.

Por otra parte, es del caso aclarar que el tipo imprudente del artículo 189 del Código Penal agrava la pena cuando se produjere el peligro de muerte o la muerte efectiva de alguna persona, extremo que de más esta decir, se encuentra plenamente acreditado en el *sub lite* y también es reprochable a los autores, en la medida que la previsiblidad individual del incendio peligroso en el marco de los locales bailables clase "c" lleva ínsita la posibilidad de prever la consecuencia calificante.

3.f. Aplicabilidad de la figura prevista por el artículo 249 del Código Penal.

En otro orden de ideas, debemos analizar si la figura prevista y reprimida por el artículo 249 del Código Penal resulta aplicable al caso. Comenzaremos por señalar que la norma reprime al funcionario público que *"ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio"*.

Enseña la doctrina que este delito, a diferencia del abuso de autoridad omisivo definido en el artículo 248, tipifica "...*un incumplimiento de los deberes administrativos de oficio, consistente en omitir, rehusar o retardar actos cuyo cumplimiento le es obligatorio al funcionario en ejercicio de su función pública"*; de ahí que "[e]*sos actos no son la resolución, orden o ejecución que un dispositivo de la Constitución o de la Ley le impone al funcionario en una cuestión, asunto o material determinados, que constituyen materia propia del modo omisivo castigado por el art. 248, sino los otros actos que el funcionario debe cumplir como tal"* (Conf. NUÑEZ, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal, Parte Especial", Tomo V, Editorial Lerner, Córdoba, p. 78, ambas citas del párrafo).

En este sentido, debe tenerse presente que el artículo 249 *"tutela pura y simplemente el desenvolvimiento normal y diligente de la administración, para lo cual se castiga la incuria genérica, el retardo en el cumplimiento de los actos"* (SOLER, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Tomo V, Editorial Tea, Buenos Aires, 1978, p.143). Se trata de la omisión de actos funcionales y respecto de los cuales existe un deber de realizar.

En cuanto a los comportamientos típicos, como bien lo expresa la norma, son omitir, rehusar hacer o retardar algún acto del oficio. Al respecto se dice que el funcionario *"omite el acto de su oficio, si desatendiendo el deber que éste le impone de realizarlo, no lo realiza en la oportunidad legal. Se rehusa hacer el acto de su oficio, si desatendiendo, explícita o implícitamente, el requerimiento de ese acto hecho por un legítimo interesado en que se efectúe, no lo realiza en la oportunidad debida. El funcionario retarda el acto si, sin haber decidido omitirlo o haberse rehusado a hacerlo, difiere la ejecución del acto para después de la oportunidad legal"* (NUÑEZ, Ricardo, ob. cit. p. 78).

En el caso de autos, conforme lo hemos fundado acabadamente, 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 (como pormenorizadamente analizamos en los acápites respectivos), 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.

En esta dirección, 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" (NUÑEZ, ob. cit. p. 79); para lo cual *"la inexistencia de término no excluye la posibilidad de su comisión"* (SOLER, ob. cit. p. 144); por estas razones entendemos 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.

Entendemos que este delito concurre en forma ideal con el de incendio culposo agravado al que ya nos referimos, pues se trata de una misma conducta que resulta abarcada por dos normas penales diferentes (artículo 54 del Código Penal).

3.g. Del planteo de las cuestiones no judiciables formulado por la Defensa de Fabiana Fiszbin.

Finalmente, corresponde hacer referencia al agravio esbozado por la defensa de Fabiana Fiszbin relativo a la imposibilidad de revisar la gestión de su asistida por la aplicación de la doctrina de las denominadas "*cuestiones políticas no justiciables*".

Es sabido que a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *"ciertos asuntos englobados bajo el título de cuestiones políticas o facultades privativas (reservadas) de los poderes políticos (Congreso o presidente), no están sometidos a control judicial de constitucionalidad"* (SAGÜES, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional", 2° Edición, actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 233).

Estas cuestiones políticas "*no justiciables*" son una elaboración jurisprudencial del Alto Tribunal y vedan al Poder Judicial la posibilidad de revisar judicialmente determinados actos de los otros poderes.

Ahora bien, cuando hablamos de que un acto no podría ser revisado o que escaparía del control judicial, significa que *"la violación constitucional en que puede incurrir un acto político de tal naturaleza, carece de remedio: el órgano que ha emitido ese acto contrario a la constitución, no es pasible de que un órgano judicial lo nulifique o invalide declarándolo inconstitucional"* (BIDART CAMPOS, Germán, "Manual de la Constitución reformada", Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 451).

Entre algunos de los actos en que la Corte se ha expedido sobre no judicialidad, pueden citarse la declaración de intervención a una provincia (Fallos 251:340 y 253:454), la declaración del estado de sitio (Caso "Granada", LL, 1986-B-213), y la declaración del estado de guerra (Fallos 223:206), entre otros.

Pero además, adviértase que no solamente el carácter no justiciable de algunos temas ha sido abandonado (en ese orden, el caso del indulto), sino que incluso la doctrina constitucionalista se pronuncia claramente en contra de la irrevisabilidad de los actos de gobierno, cualquiera sea su naturaleza, siempre que medie una causa judicial ceñida al caso concreto (ver BIDART CAMPOS, ob. cit., p. 452 y ss., y SAGÜES, ob. cit., p. 236).

Sin perjuicio de las críticas que puedan esbozarse de las citas reseñadas, queda por demás claro que la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables alude a la irrevisabilidad *de la validez constitucional* de determinados actos de naturaleza política.

En esta inteligencia, resulta evidente que esa doctrina —como dijimos, controvertida- no deviene de aplicación al *sub lite*, puesto que aquí se pretende evaluar la relevancia jurídico penal del comportamiento de los funcionarios dentro de su competencia funcional, extremo que nada tiene que ver con la validez o invalidez constitucional de un acto político concreto realizado durante su gestión.

3.h. Del planteo de cosa juzgada formulado por la Defensa de Ana María Fernández.

Corresponde asimismo dar respuesta al planteo efectuado por el doctor Vignale, letrado defensor de Ana María Fernández, quien a fs. 69090/9, interpone ante esta Cámara una excepción de falta de acción por cosa juzgada y solicita que en consecuencia se dicte absolución respecto de su defendida (artículos 1, 339, 343 y ccdantes. del Código Procesal Penal de la Nación).

Recordemos que en esa dirección, expresa el letrado que el hecho atribuido a Ana María Fernández en la presente causa y por el cual el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24 la condenara a la pena de dos años de prisión en orden a la comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público, fue el siguiente: *"En su carácter de Directora Adjunta de la Dirección*

General de Fiscalización y Control, se le imputa a Ana María Fernández el haber incumplido con las obligaciones que se encontraban a su cargo en el carácter referido, en particular el haber omitido controlar el cumplimiento de las condiciones en materia de seguridad de los boliches bailables clase ´c´ de la ciudad de Buenos Aires, aún a sabiendas de que la mayoría de esos locales se encontraban en infracción".

Por su parte, destaca que en el marco de la causa nro. 14000/05 que tramitara por ante el Juzgado de Instrucción n° 1 Secretaría n° 105 y donde se le reprocharan a Ana Fernández la posible comisión del delito de enriquecimiento ilícito como asimismo *"la existencia de una organización permanente dedicada a la comisión de una multiplicidad de delitos, la que se encontraría conformada por distintos empleados y funcionarios del GCBA",* su pupila fue sobreseída definitivamente por ambas hipótesis con fecha 25 de marzo del año 2010, pronunciamiento que se encuentra firme en la actualidad.

En dicha inteligencia, indica que el último hecho apuntado adquiere particular relevancia, por cuanto *"mi defendida se encuentra abarcada por un sobreseimiento firme, en calidad de cosa juzgada, con relación a un hecho idéntico al que está a la espera de vuestro pronunciamiento"*, en alusión, claro está, a las presentes actuaciones. Por esta razón, agrega que *"esta jurisdicción está actualmente conmoviendo de forma notoria la prohibición de doble persecución -incluso, de doble juzgamiento- de jerarquía constitucional, que preserva a mi asistida".*

En este sentido, expresa que *"la simple lectura del fallo rubricado por el Juez de Instrucción Alberto Julio Baños ratifica la procedencia de mi pedido, en cuanto destaca los hechos por los cuales investigó a Ana Fernández y por los que la sobreseyó, evidenciando una coincidencia absoluta con los hechos por los que el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 24 encontró a Ana Fernández como autora penalmente responsable del delito tipificado en el art. 248 del Código Penal, condenándola a la pena de 2 años de prisión efectiva".*

Para demostrar la identidad fáctica que alega, el doctor Vignale transcribe un pasaje del sobreseimiento dictado en la causa n° 14000/05 donde el juez de instrucción valorara en su favor, para descartar la existencia de una asociación ilícita, a

las reuniones de los días lunes basadas en denuncias como metodología para disponer inspecciones, pues, según el magistrado, al carecer los funcionarios de la posibilidad de actuar de oficio, se *"transparent*[a] *el trabajo diario y dificult*[a], *por consiguiente, los intereses de una eventual organización destinada a cometer delitos"*. Como contrapartida, resalta la ponderación negativa que el *a quo* realizara de estos encuentros de los días lunes como elemento para fundar el reproche por el incumplimiento de los deberes a su cargo.

Asimismo, desarrolla el contenido de la garantía que veda la doble persecución penal y, en ese marco, aclara que la identidad de objeto como elemento para que opere esta garantía *"se refiere a la identidad del contenido fáctico de la primera persecución penal contra el de la nueva persecución (en este caso, simultánea); o sea, la identidad de la acción u omisión humanas hipotéticamente atribuidas desde una perspectiva ´naturalística´, y no por su diferente repercusión jurídico penal. Se trata de impedir una imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera sea el significado jurídico que se le ha otorgado, tal y como sucede en esta causa"*. Y aduce que *"…si esta identidad fáctica esencial existe, rige el principio aún cuando en la posterior persecución se afirmen nuevas circunstancias (tal y como pretendería argumentarse en perjuicio de mi defendida), o de un modo diferente de participación, o se pretenda una calificación legal distinta"*.

Cita en apoyo de su postura doctrina y jurisprudencia y solicita en definitiva la absolución de su defendida en base al principio de cosa juzgada material que existiría en virtud del pronunciamiento liberatorio dictado en la causa 14000/05 que, según su entender, versa sobre el mismo hecho que aquí se halla sometido a juzgamiento.

Ahora bien, para dar respuesta al planteo vinculado con la supuesta violación al principio *non bis in idem*, corresponde recordar cuanto llevamos dicho al respecto en el sentido que *"... el llamado 'non bis in idem' es una garantía individual que prohíbe una doble persecución judicial por un mismo hecho, y amén de encontrar su fundamento en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tiene consagración legal en la parte final del artículo*

1° del Código Procesal Penal de la Nación que prescribe que nadie podrá ser '...perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho'. Esta fórmula legal impide la realización de cualquier acto en el proceso que implique imputarle a una persona hechos que ya fueron objeto de una investigación judicial y que culminaron con el dictado de una condena, una absolución o un sobreseimiento definitivo; como así también una múltiple persecución simultánea por un único suceso (ver. Jorge R. González Novillo y Federico G. Figueroa, 'Comentario al Código Procesal Penal ley 23.984', Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 49; y Jorge E. Vázquez Rossi, 'Código Procesal Penal de la Nación', Rubinzal - Culzoni editores, Santa Fe, 1993, p. 24).- (...) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, además de reconocerle rango constitucional al principio en análisis, afirma que el mismo no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra, mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho, agravio no redimible ni aún con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria (conf. T.61.XXIII. Taussing, Jorge F s/ arts. 109 y 110 del CP", rta. 30/4/91; y P. 25.. XXVII, Pelufo, Diego Pedro s/ denuncia por desacato", rta. 6/2/96).- (...) Ahora bien, para que exista identidad de hecho será necesario que haya: 1) identidad de persona (eadem persona), 2) identidad de objeto procesal (eadem res), y 3) identidad de causa de persecución (eadem causa petendi). ´El principio protege sólo a la persona del imputado sometido a proceso, de suerte que el sobreseimiento dictado a su favor o la sentencia absolutoria o condenatoria que se refiere a él, sólo hace cosa juzgada a su respecto, y carecen de valor con relación a otras personas (coautores o cómplices sometidos a segundo proceso)...'. 'Para que funcione la garantía, la identidad ha de referirse al objeto o material del proceso, sin que interesen las modificaciones (posibles) de calificación jurídica del mismo. 'La confrontación tiene que hacerse -como expresa Ricardo Núñez (en 'La garantía del non bis in idem en el C. P. Penal de Córdoba', en Revista de Derecho Procesal, IV (1946), 1a. parte, p. 311 y ss)- entre los dos supuestos de hechos mirados en su materialidad y en su significación jurídica; ...el mismo hecho material no puede generar doble proceso bajo doble título delictivo; ni corresponde perseguir nuevamente el mismo

hecho por un grado delictuoso más grave del mismo título: el perseguido como cómplice no lo puede ser como autor ...'. ´Además la identidad debe referirse al hecho principal ...'. 'Por último, ha de existir identidad de pretensiones represivas, en el sentido de que coincidan, además de los objetos procesales, las acciones dirigidas a obtener el pronunciamiento jurisdiccional. Es necesario, pues, que el tribunal del primer proceso, en virtud del contenido que asumió la acusación, haya estado en posibilidad de examinar el objeto procesal ampliamente, incluso por su jurisdicción y su competencia. Esa posibilidad, debida al ámbito de la pretensión ejercida, excluye la posibilidad de un nuevo examen, de un nuevo juicio, aunque el primero hubiese omitido considerar algún aspecto del hecho que motivó la acusación' (Raúl Washington Ábalos, 'Código Procesal Penal de la Nación', 2da. edición, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1994, págs. 13/15) ..." (confr. nuestros votos en las causa de esta Sala III: N° 1489 *"Pernicone, Víctor s/ rec. de casación"*, Reg. N° 438/98 del 19/10/98; N° 1833 *"Montalto y otro s/ rec. de casación"*, Reg. N° 371/99 del 11/8/99; y N° 2937 *"Machinandiarena, Daniel s/ rec. de casación"*, Reg. N° 115/01 del 19/3/2001; entre otras).

Sentado ello, resulta por demás evidente que la cuestión a dilucidar en el *sub judice* pasa por determinar si nos encontramos ante la presencia de la denominada "*identidad de objeto*" para que pueda considerarse operativa la garantía en examen, es decir, si estas actuaciones y la causa nro. 14000/05 versan sobre el mismo acontecimiento histórico atribuido. Ello así, pues no se hayan controvertidas ni la identidad de persona (Ana María Fernández) ni la identidad de causa, esto último, en la medida en que efectivamente el sobreseimiento dictado por el juez de instrucción en el expediente conexo se encuentra actualmente firme y, por tanto, hace cosa juzgada material.

Aclarado el nudo de la cuestión, observamos que el hecho por el cual el doctor Vignale pretende hacer valer la excepción de cosa juzgada, es aquel identificado como nro. XLI titulado *"Asociación ilícita"* en la resolución de fecha 25 de marzo del año 2010 y donde se atribuía a Ana Fernández el haber formado parte de *"una organización permanente dedicada a la comisión de una multiplicidad de delitos, la que se encontraría conformada por distintos empleados y funcionarios del GCBA"*.

En la descripción del contenido de la imputación, el magistrado instructor recordó que esa causa se había iniciado a raíz de una denuncia formulada por el doctor Iglesias en carácter de querellante en el expediente nro 247/05, ocasión en que solicitó que *"se amplíe el objeto procesal de aquél sumario y se cite a ampliar sus declaraciones a determinados testigos, quienes deberían deponer acerca de la existencia de una organización enmarcada dentro de la estructura funcional del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"*.

Hizo referencia también a que en la denuncia se *"precisó que se trataba de una organización permanente, tendiente a cometer diversos delitos con el fin de procurarse fondos y otro tipo de beneficios a favor de un grupo de funcionarios del propio gobierno de la ciudad que organizaba y dirigía esa estructura"*.

Continuando con el marco fáctico, el juez de instrucción destacó que "[d]*e esta manera, el Dr. Iglesias denunció que mediante la comisión de sucesos delictivos tales como cohecho, incumplimiento de los deberes de funcionario público, negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública y omisión de denuncia —entre otros-, ciertos funcionarios habían evitado o impedido la aplicación de la normativa vigente en materia de control de locales públicos, obteniendo —a cambio de ello- la recaudación de fondos para cajas políticas y diversos bienes con la misma finalidad*".

Así, el denunciante señaló a *"Fabiana Fiszbin, Marcelo Antuña, Ana María Fernández, Gustavo Torres, Oscar Lucangioli, Juan Carlos Sánchez, Rodrigo Cozzani y Alejandro Kampelmacher como las personas que habían conformado en el seno de las áreas dependientes de la Secretaría de Justicia y Seguridad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, más precisamente en la ex Dirección General de Verificación y Control (DGVyC), la Dirección General de Fiscalización y Control (DGFyC) y el área Contralor de Espectáculos, una asociación ilícita destinada a cometer delitos"*.

También se advierte de la descripción de la imputación que "[e]*l acuerdo criminoso que diera origen a dicha asociación* (…) *era de base política ya que los integrantes respondían a una afiliación política determinada o bien a grupos con objetivos comunes en ese ámbito de actuación. Que a través de estas*

prácticas, procuraban fondos para la actividad y el provecho personal de algunos dirigentes”.

Por su parte, en el marco de la presente causa conforme se desprende de la declaración indagatoria obrante a fs. 16818/20, y sin perjuicio de las distintas calificaciones legales que durante las diferentes etapas procesales se fueron adoptando, Ana María Fernández, fue intimada en orden al suceso que en sus párrafos principales pasa a detallarse: *“haber causado la muerte de 193 personas que surge de los listados remitidos por la morgue judicial y que obran en legajo por separado y diversas lesiones a varios centenares más, que a la fecha no se determinaron con precisión, ocurridas en el local bailable sito en Bartolomé Mitre 3060/66/70 (´República Cromañón´) el día 30 de diciembre de 2004 a partir de las 22:50hs. En concreto se trata de haber omitido el cumplimiento de las leyes que, en su carácter de Directora General Adjunta de Fiscalización y Control de la Ciudad de Buenos Aires, y antes como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones, le imponían la obligación de controlar el funcionamiento en regla del local. Ello por cuanto no ordenó la inspección y/o clausura del lugar mencionado, que desde el 25 de noviembre del año 2004 no podía continuar en funcionamiento toda vez que el día anterior había vencido el certificado de bomberos habilitante, otorgado conforme a los arts. 10.2.3 y 10.2.20 del Código de Habilitaciones y Verificaciones (Ordenanza 50.250). La nombrada tenía que haber cumplido con ese deber por cuanto estaba al tanto que la habilitación vencía en esa fecha, así como estaba al tanto de la situación de los locales bailables en general, los cuales en su mayoría no eran controlados debidamente y estaban en infracción. Particularmente cuando por sus características difundidas mediante diversas publicaciones detentaba una actividad distinta a la que se le otorgara en la habilitación. A raíz de su conducta fue que ´Cromañón´ pudo seguir en funcionamiento, y finalmente el 30 de diciembre del año 2004, se produjeron los hechos que culminaron con el desenlace adelantado…”*.

De una somera lectura de la imputación trasladada en el hecho identificado como XLI de la causa nro. 14000/05 del Juzgado de Instrucción nro 1 como así también del suceso atribuido en el marco de estos actuados, se desprende, sin duda alguna, que nos encontramos ante acontecimientos históricos claramente escindibles

e independientes entre sí, por lo que la excepción de cosa juzgada intentada por la defensa de la imputada no puede prosperar.

En efecto, resulta por demás evidente que en el expediente 14000/05 se le reprochaba a Ana María Fernández el haber tomado parte, junto con otros funcionarios y empleados del Gobierno de la Ciudad, de un acuerdo criminal con el objeto de cometer ilícitos de manera indeterminada, cuya finalidad sería la de recaudar fondos para cajas políticas.

Sin perjuicio de la falta de precisión temporal y de roles que evidenciaba aquella imputación, lo cierto es que no guarda ninguna correlación fáctica con el hecho concreto atribuido en el marco de esta causa que versa sobre la responsabilidad que le cupo en el suceso acaecido el día 30 de diciembre del año 2004 en el local "República Cromañón", derivado del incumplimiento de su deber de control sobre los locales bailables clase "c".

Por lo tanto, no es posible sostener que exista la denominada "identidad de objeto" entre ambas imputaciones, lo que evidencia que no ha existido lesión alguna a la garantía del *"non bis in idem"* invocada por la defensa.

Pero además, adviértase que desde un punto de vista jurídico, el suceso atribuido en la causa nro. 14000/05 también resultaría independiente y escindible de cualquier hecho concreto que en el marco del acuerdo de voluntades criminoso que se reprochaba a Fernández, se hubiera cometido.

En este sentido, es del caso recordar que el delito de asociación ilícita que se imputaba a Fernández, *"es de carácter permanente, y requiere la existencia de un acuerdo de voluntades, estable y con caracteres de cohesión y organización, entre tres o más personas imputables, con la finalidad de cometer delitos en forma general e indeterminada"*, por lo que "*los concretos delitos cometidos por la asociación ilícita no pertenecen al tipo, concurriendo en forma real con aquel"* (*in re*, C.N.C.P., Sala IV, c "Aquino, Ricardo Miguel y otros s/recurso de casación", reg. 8738.4, rta. el 30/05/07).

En la misma línea, hemos sostenido que debe tenerse presente que para la configuración de una de asociación ilícita *"no es necesario probar ningún delito puntual, sino que basta con probar, que un número mínimo de participes forman o toman parte de una asociación —por el solo hecho de ser miembro-, que como es*

lógico debe formarse mediante acuerdo o pacto de sus componentes, con el propósito colectivo de cometer delitos en forma indeterminada" (Sala III, "Real de Azúa, Enrique Carlos s/recurso de casación" reg. 1558.06.03, rta. el 12/12/06); razón por la *cual "este delito es independiente de la comisión o no de otros delitos, bastando que se compruebe el acuerdo de voluntades entre los componentes (…) pues la punibilidad del pacto no está en la punibilidad de los autores de los ilícitos que los asociados en su cumplimiento cometan, sino en el peligro que por sí implica una organización criminal de cierta permanencia"* (*in re*, C.N.C.P., Sala IV, "Bernasconi, Hernán Gustavo s/recurso de casación", reg. 5138.4, rta. el 29/08/03). Más aún si se repara en que la afectación del bien jurídico "orden público" tutelado en el delito de asociación ilícita, se produce y se justifica por la sola existencia de personas destinadas a cometer delitos (Conf. fallo "Real de Azua", ya citado).

En consecuencia, entendemos que tanto desde lo fáctico, como asimismo por una valoración jurídica de los comportamientos atribuidos en una y otra causa, no es posible sostener que exista una identidad objetiva de los objetos procesales que determine una violación a la garantía que veda la persecución penal múltiple.

Lo aquí expuesto no se ve conmovido por la circunstancia de que el magistrado instructor haya ponderado como elemento positivo para descartar la existencia del acuerdo criminoso el sistema de selección de los objetivos a inspeccionar, pues aún cuando el modo de trabajar en base a denuncias fue considerado como un elemento de transparencia, ello no constituía parte del reproche que allí se formulaba, esto es, la existencia de la convergencia de voluntades con la finalidad de delinquir.

Este último extremo, es decir, el hecho por el cual Ana Fernández fue sobreseída, resulta independiente y escindible del hecho que aquí se atribuye, tal como hemos demostrado acabadamente, motivo por el cual proponemos el rechazo del planteo introducido por la defensa de Ana María Fernández.

DÉCIMO TERCERO:

1. Graduación de pena. Generalidades.

En este acápite, trataremos los agravios inherentes a la determinación de la pena que han esgrimido las defensas.

Al respecto, en primer lugar, resulta pertinente destacar

que del contexto de las disposiciones de la Constitución Nacional, surge el deber de motivar las sentencias. En efecto, la interpretación armónica de los preceptos constitucionales que vedan toda condena "*sin juicio previo*" —exigencia que implica un pronunciamiento jurisdiccional terminal y definitivo de un proceso regular y legal- "*fundado en ley anterior al hecho del proceso*", sólo lleva a tal conclusión.

Esta garantía constitucional de justicia fundada en el régimen republicano de gobierno, impone la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para dictar sus sentencias y facilita el control de la actuación judicial. Sin duda alguna, la exigencia de motivar responde al propósito de poder controlar así la conducta de quienes administran justicia en su nombre. *"Se resguarda a los particulares y a la colectividad contra las decisiones arbitrarias de los jueces, que no podrán así dejarse arrastrar por impresiones puramente subjetivas ni decidir las causas a capricho, sino que están obligados a enunciar las pruebas que dan base a su juicio y a valorarlas racionalmente"* (GAVIER, Ernesto R., "La motivación de las sentencias", en Comercio y Justicia, 15 y 16 de octubre de 1961).

En tal sentido, hemos sostenido que *"…los jueces tienen el deber de motivar las sentencias y ello se realiza cuando se expresan las cuestiones de hecho y derecho que los llevan a concluir en un caso concreto de determinado modo. Se cumple así un principio que hace al sistema republicano que se trasunta en la posibilidad que los justiciables, al ser absueltos o condenados"* y aquí agregamos a que tipo y monto de pena, *"puedan comprender claramente por que lo han sido"* (Conf. Causa n° 941 "Ruiz Karina Valentina s/recurso de casación", reg. 120/97, rta. el 4/4/97).

En esa inteligencia no puede soslayarse que *"la motivación de la decisión judicial que impone una pena debe permitir conocer de manera concreta cuáles son las razones por las que el tribunal ha escogido la sanción que aplica y no otra"*; razón por la cual *"ese conocimiento no debe ser logrado mediante un esfuerzo de intuición, sino que ha de quedar claramente a disposición de quien lea el fallo, de manera de que no sólo se advierta el marco legal aplicable, sino el uso particular que se ha hecho de él"* (Conf. FLEMING, Abel/LÓPEZ VIÑALS, Pablo, "Las penas", 1° Edición, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 27/8).

Pero además, entendemos que específicamente en lo referido a la determinación de la pena, el deber de motivación no sólo viene impuesto por la Constitución Nacional y las normas del Código Procesal Penal de la Nación (artículos 123 y 404 inc. 2do. de ese cuerpo normativo), sino que la propia existencia de los artículos 40 y 41 del Código Penal implican *"un deber de fundamentación explícito que permita un control crítico racional del proceso de decisión"* (conf. ZIFFER, Patricia, "Lineamientos para la determinación de la pena", Ad- Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 26).

En este último sentido, debe tenerse presente que *"entre la fundamentación de una decisión y la posibilidad de revisión judicial existe una relación recíproca. Precisamente, en la medición judicial de la pena es imposible enjuiciar su corrección exclusivamente a partir del resultado (la medida efectiva de la pena); al contrario, para ello es fundamentalmente necesario poder reconstruir el camino correcto hacia la medida definitiva de la pena. Para posibilitar un examen a la instancia de control (el tribunal de casación), se requiere junto a la obligación procesal de fundamentación, una obligación jurídico material de fundamentación"* (conf. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, "Derecho Penal Parte General, Formas de Aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho", traducción a la 7° Ed. Alemana por Jorge Bofill Genzch, Ed. Astrea, Tomo II, Buenos Aires, 1995, p. 796).

Por lo tanto, a los fines de ponderar la validez de la sentencia que determina la pena en el caso concreto, resulta indispensable que la decisión haga explícito si valora ciertas circunstancias a favor o en contra del condenado y además el por qué de esa ponderación, *"teniendo en cuenta que sólo resultan válidos argumentos que estén apoyados en valoraciones normativas"* (Conf. SGRO, Marcelo, "Recurso contra la individualización de la pena", publicado Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 116).

En concreto, conviene recordar que esta Sala tiene dicho que *"si bien lo relativo a la aplicación de las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal es materia propia de los jueces de mérito, quienes se encuentran investidos de facultades discrecionales para fijar la sanción que corresponde aplicar; dicha potestad no exime a los sentenciantes de fundar debidamente*

los motivos que los llevaron a arribar a una pena determinada, pues si así fuera nos encontraríamos frente a un supuesto de arbitrariedad, subsanable en esta instancia" (conf. causa nro. 11692 "Paz Castaño s/recurso de casación", rta. el 16/4/2010; en igual sentido, causa 11835 "Arevalo, Martín s/recurso de casación", rta. el 12/5/2010).

Seguidamente nos avocaremos al estudio de la situación de aquellos acusados cuyas sentencias propiciamos confirmar en este voto, y que han formulado planteos respecto de la sanción impuesta, es decir de Omar Chabán y Diego Argañaraz, las que pasaremos a analizar individualmente, dado que se arribará a conclusiones diferentes.

1.a. Omar Emir Chabán.

Respecto del nombrado, cabe tener presente que su asistencia técnica se ha limitado simplemente a propiciar que "se reduzca la pena impuesta al mínimo de la escala penal prevista para los delitos reprochados; considerándose como atenuantes para mensurar la pena sus circunstancias personales genéricas, el buen comportamiento del mismo y su voluntad de colaborar con la justicia demostrada durante el curso del proceso"; extremo que evidencia que el recurrente no ha formulado una crítica razonada de la sentencia por lo que no demuestra mínimamente donde puede residir la arbitrariedad del fallo, que tampoco ha alegado expresamente y que sería la hipótesis que, como dijimos, nos permitiría revisar la cuestión.

Nótese además que la petición formulada sobre la graduación de la pena fue introducida recién en la ocasión prevista por los artículos 465 y 466 del Código Procesal Penal de la Nación, por lo que resultaría extemporánea, en la medida en que "[n]o está previsto que la casación debe revisar en forma ilimitada todo fallo recurrido, sino dar el tratamiento a los agravios que le son traídos, sea que se trate de cuestiones de hecho o de derecho, pero presentados en tiempo, forma y modo". (Conf. doctrina de la CSJN en el fallo "Godoy, Gustavo Ezequiel y otro" c. 1499/1514 G. 1363 XLIII, rta. el 22/12/08 –del dictamen del Procurador General de la Nación, al que adhirió el voto de la mayoría-).

Sin embargo, a fin de agotar la posibilidad de revisión en favor del condenado, daremos respuesta al punto. En tal

sentido, consideramos que la condena impuesta a Omar Emir Chabán se encuentra adecuadamente fundada, en tanto el tribunal de juicio ha explicado claramente las razones de hecho y derecho que llevaron a disponer la sanción en el caso concreto.

En efecto, en primer lugar, el *a quo* comenzó por fijar las reglas generales que deben reinar en el marco de la determinación judicial de la pena y, con atinada justeza, concluyó que la sanción no puede superar el reproche de culpabilidad.

Ya en referencia al caso concreto, los magistrados evaluaron la magnitud del injusto y la culpabilidad por el hecho, dando acabadas razones para fundar por qué, la multiplicidad de resultados en este supuesto (193 muertos y al menos 1432 heridos), constituía *"un dato significativo para evaluar la magnitud del injusto y las consecuencias del accionar que se reprocha"* (fs. 67369).

También con relación a la culpabilidad, ponderaron que *"Chabán se trata de un empresario del rock, con muchos años en la actividad"* y aclararon además que *"la comisión por omisión de la conducta que se predica no se traduce en un menor disvalor del injusto, por lo que no corresponde su consideración como atenuante"* (fs. 67369).

Asimismo, los jueces indicaron que *"no debe perderse de consideración que también se lo juzga responsable del delito de cohecho activo que concurre en forma real"*; y respecto de esta figura, dijeron que *"si bien se ha predicado una unidad de conducta (respetando el marco fáctico de la imputación de los acusadores), se trató de un delito reiterado en el tiempo y que la finalidad perseguida era asegurar el funcionamiento de un local de baile clase ´c´ que lejos estaba de reunir las condiciones mínimas para albergar jóvenes que iban a presenciar recitales de rock, donde el exceso de concurrentes, al que se hizo referencia, era una constante que involucraba el pacto espúreo"* (fs. 67369).

En cuanto a la participación de Chabán en el hecho principal, ponderaron que *"ha*[bía] *sido considerado co-autor del delito de incendio calificado por el resultado"* y que, si bien había existido una co-autoría funcional, evaluaron que *"Chabán gozó de una posición de privilegio en base a la experiencia previa acumulada y el manejo preponderante que tuvo de la situación, al hacer uso de la palabra formulando reiteradas advertencias"* (fs.

67369/vta.).

De igual forma los magistrados se avocaron a sopesar la conducta posterior de Chabán de haberse retirado del lugar en forma presurosa, ante lo cual concluyeron que *"no puede ser valorada como agravante"* y brindaron los fundamentos respectivos (fs. 67369 vta.).

En otro orden de ideas, los sentenciantes valoraron como atenuante *"el intento desesperado, inútil e inconducente de apagar el sonido una vez que se desató el incendio"* pues esa conducta *"si bien se evidenció tardía para constituir un desistimiento evidencia al menos un menor contenido de reproche"* (fs. 67369 vta.). En cuanto a los motivos que llevaron al autor a delinquir, el tribunal entendió que fue el lucro y argumentó al respecto (fs. 67369 vta.).

Finalmente, el *a quo* se avocó a tratar las circunstancias personales de Chabán y valoró acabadamente lo que surge de su legajo personal, aclarando que *"la falta de condenas anteriores es sin duda un atenuante que debe ser valorado a favor del enjuiciado"* (fs. 67370).

Así, establecieron que *"en base a todas las consideraciones expuestas y de las demás reglas de mensuración que establecen los artículos 40 y 41 del Código Penal es que estimamos justo aplicarle a Omar Emir Chabán la pena de veinte (20) años de prisión"* (fs. 67370 vta.).

En virtud de lo expuesto, podemos sostener que la graduación de pena realizada por los integrantes del Tribunal Oral no puede ser tildada de arbitraria, en tanto el fallo ha fijado lineamientos dogmáticos para la determinación de la sanción y los ha aplicado al caso concreto, ponderando agravantes y atenuantes de acuerdo a las constancias de la causa siguiendo un razonamiento lógico, que ha quedado plasmado en la fijación de un *quantum* de pena que resulta una derivación razonable de las premisas valoradas, dando de esa forma estricto cumplimiento a lo previsto en los artículos 40 y 41 del Código de fondo.

Es decir, la decisión cuenta con los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto judicial válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchos otros); razón por la cual los agravios del recurrente habrán de ser rechazados.

Ahora bien emitido mi voto en el sentido antes expuesto, sin perjuicio que nos hallaríamos en condiciones de confirmar la pena aplicada por el Tribunal Oral, atendiendo a que en la deliberación hemos conocido la diferente calificación legal que postulan de consuno las distinguidas colegas con quienes integramos este tribunal aprecio que para garantizar el derecho a la doble instancia y la garantía constitucional de defensa en juicio que en el caso desde mi perspectiva, con carácter excepcional, corresponde reenviar al Tribunal Oral interviniente.

1.b. Diego Argañaraz.

A continuación daremos tratamiento al agravio vinculado con la graduación de pena que hiciera el *a quo* respecto del nombrado en el epígrafe.

Más allá de haber cuestionado la atribución de responsabilidad realizada por el Tribunal de Juicio, la defensa del imputado plantea que los magistrados obviaron aplicar *"las directrices de los artículos 40 y 41 del Código Penal"* al establecer la pena a cumplir, soslayando *"el derecho que tiene todo procesado para que en la fijación en el monto de la pena, sean valoradas debidamente aquellos aspectos que hacen a una atenuación"*.

En ese marco agrega que *"...en el necesario rol institucional y político del poder, tampoco se valoran al momento de descartar la aplicación en el caso de la pena natural..."* (sic).

Comenzaremos por señalar que, en lo que respecta a este último argumento, es decir, a la aplicación al caso de la *"pena natural"*, como postula la defensa, lo cierto es que el Tribunal fundamentó por qué consideraba que el extremo no era aplicable; criterio que compartimos. Así, esta Cámara se pronunció sobre el punto en la causa n° 4069 "Pereyra, Rumildo s/recurso de casación", registro n° 5154, del 04/07/2002, de la Sala I, oportunidad en la que se expuso con relación a la imposición de una pena natural que *"el rechazo se enmarca sobre la base de un criterio estrictamente formal. Así, si se examina el derecho comparado que la positiviza (Código Penal de Alemania —art. 60 StGB-), se advierte que su aplicación no resulta compatible para los casos de delitos de la envergadura del registrado en autos. En efecto, Patricia S. Ziffer, al aludir a la norma del código de*

fondo alemán supra citada, explica que ésta prevé la aplicación de la teoría en cuestión sólo en el caso de los llamados `delitos imprudentes´ (confr. op. cit. pág. 141)... Por su parte, Maurach, Gössel y Zipf enseñan que de la norma en cuestión surge que la aplicación resulta cuando: `hecho (s) que ha(n) afectado al autor sean de tal magnitud, que la imposición de una pena parezca abiertamente errada...mas no cuando por el hecho cometido deba imponerse al autor una pena privativa de la libertad superior a un año´".

Dicho criterio fue reiterado por esta Sala en la causa n° 10242 "Celedonio, Nicolás s/recurso de casación", del 29/06/2009; así como también en las causas n° 3651 "Ayala, Carlos Alberto s/recurso de casación, reg. n° 4851, del 30/04/2003, de la Sala IV; n° 5858 "Aguilar Miranda, Alberto Javier y otro s/recurso de casación", reg. n° 11731, del 31/05/2005; y n° 8601 "Chappay, Ricardo N. s/recurso de casación", reg. n° 11731, del 18/03/2008, ambas de la Sala I de esta Cámara (en todos los casos se pretendió la aplicación del criterio de la pena natural en casos en los que el propio imputado había sufrido lesiones durante el hecho punible).

Sin perjuicio de ello, debemos añadir que el código sustantivo argentino no prevé expresamente la posibilidad de considerar como atenuante la situación invocada por la defensa.

Descartado ello, debemos adentrarnos a analizar si se ha cumplido con el deber de motivación que hemos destacado *ut supra*. Así, en reiterados pronunciamientos de esta Sala señalamos que el deber de motivar las sentencias no sólo abarca la expresión de las cuestiones de hecho y de derecho que los llevaron a concluir en un caso concreto de una determinada manera sino también el tipo y monto de pena (Conf. causas n° 941 "Ruiz, Karina Valentina s/rec. de casación", reg. n° 120/97, del 04/04/97; n° 3514 "Núñez, Gabriel Eduardo s/rec. de casación", del 28/02/2002; n° 11692 "Paz Castaño, Jonathan Damián y Campunsano, Leonardo Elías s/rec. de casación", del 16/04/10; y n° 11835 "Arévalo, Martín Salomón s/rec. de casación e inconstitucionalidad", del 12/05/10; entre otras).

Ahora bien, para dar respuesta al agravio introducido por la parte conviene que recordemos que en los citados precedentes

sostuvimos que la aplicación de las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal es materia propia de los jueces de mérito, quienes se encuentran investidos de facultades discrecionales para fijar la sanción que corresponda aplicar; no obstante, dicha potestad no los exime de fundar debidamente los motivos que los llevaron a arribar a una pena determinada, pues si así fuera nos encontraríamos ante un supuesto de arbitrariedad, cuyos alcances hemos explicado.

En el caso del imputado Argañaraz, el *a quo* estimó aplicables las consideraciones efectuadas al tratar la situación de Omar Emir Chabán en cuanto a la determinación de la magnitud del injusto, las circunstancias del hecho y los motivos que lo llevaron a delinquir. Además, valoró únicamente como agravante que convocara para brindar primeros auxilios a un grupo improvisado y a personal de seguridad carente de entrenamiento, pues entendieron que ello demostraba un completo desprecio por el público.

Como atenuante fue tenido en cuenta el menor contenido de reproche por tratarse de un joven carente de experiencia en el desempeño de su actividad de manager como así también que, esa inexperiencia, pudo conducirlo a interpretar erróneamente como normales comportamientos que no lo eran.

Además, en lo que respecta a la figura de cohecho, los magistrados sentenciantes estimaron que, a diferencia del caso de Omar Chabán, Argañaraz respondía a título de partícipe del delito cometido sólo en el marco de los recitales que brindó la banda "Callejeros" en las tres fechas del mes de diciembre del año 2004. Vale recordar que, según la valoración del Tribunal, el pacto celebrado entre Chabán y Carlos Díaz era preexistente a esos recitales y, además, los excedía.

Entonces, podemos afirmar que de la fundamentación realizada por el Tribunal al graduar la pena de Diego Argañaraz se coligen las pautas que serían tomadas en cuenta por los magistrados y, en consecuencia, no podemos predicar sin más que sean meras expresiones genéricas o enunciaciones abstractas cuya aplicación concreta no se especifica; por el contrario, se refieren a la situación precisa del inculpado.

Sin embargo, a pesar de que en ese sentido se encontraría satisfecho el requisito de fundamentación y, por consiguiente, obstaría a descalificar la sanción impuesta a Diego Argañaraz, lo

cierto es que aquellas pautas que han sido plasmadas en el decisorio como argumentos para mensurar la pena resultan incongruentes con lo que en definitiva se resolvió (Conf. el criterio sostenido en la causa n° 3514 de esta Sala, caratulada "Núñez, Gabriel Eduardo s/rec. de casación", rta. el 28/02/2002).

Ello es así puesto que de los argumentos desarrollados por el Tribunal de mérito se desprende la existencia de una serie de circunstancias atenuantes que deberían haber sido tenidas en cuenta para reducir el monto de la pena pero que, no obstante, al momento de concretar la graduación no parecen haber sido ponderadas.

A mayor abundamiento sobre el punto, recordemos que, además de las atenuantes que fueron señaladas por el *a quo*, las condiciones personales de Diego Marcelo Argañaraz que fueron asentadas en el fallo resultan favorables.

En definitiva, con lo expuesto queremos evidenciar que el *quantum* punitivo fijado al condenado no resulta proporcional con las pautas que fueron valoradas en los términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Esa falta de correlación entre lo argumentado y lo decidido configura una causal de arbitrariedad que deriva de que la resolución no se ajusta a las premisas exhibidas como antecedentes.

Un parámetro objetivo para vislumbrar ese desequilibrio entre lo valorado y lo finalmente estipulado surge a partir de la comparación entre las condenas impuestas a Argañaraz (18 años de prisión) por un lado, y a Chabán (20 años de prisión) por otro.

Es que la situación de los acusados frente al injusto principal no era la misma. Si bien se afirmó que actuaron como co-organizadores (lo cual compartimos aunque trasladando la responsabilidad también al resto del grupo musical), lo cierto es que el gerenciador del lugar era el experimentado Omar Chabán por lo que su intensidad en cuanto al manejo del comercio y al conocimiento de los factores de riesgo no era exactamente igual que la de Argañaraz, novato en la materia. Ello, según lo narrado por este último y sin perjuicio de la situación del titular del predio.

Por otra parte, el Tribunal de mérito consideró que el motivo que llevó al nombrado a delinquir fue, al igual que en el

caso de Omar Chabán, el lucro. Lo que no advertimos es que —como en el caso de éste último- Argañaraz también lo haya procurado únicamente en provecho propio sino que formó parte de un emprendimiento junto a otras personas, situación que necesariamente debe ser tenida en cuenta al momento de establecer el monto de la pena.

Además, como bien sostuvo el Tribunal, la intervención de Diego Argañaraz en el delito de cohecho es distinta a la de Omar Emir Chabán y esa circunstancia no parece haber influido tampoco en el monto de pena fijado.

En ese sentido, tal como explica Patricia Ziffer, aun cuando el ordenamiento jurídico prevé la misma pena para el autor y el partícipe primario, en general, el ilícito del autor es más grave que el del partícipe (ob. cit. pág. 132).

En este supuesto, del *quantum* de pena establecido para ambos condenados no se desprende que hubiera sido realmente tenido en cuenta el distinto grado de intervención que les cupo, en lo que a una de las figuras aplicables se refiere; como así tampoco las circunstancias atenuantes mencionadas en la sentencia, bastante disímiles entre uno y otro acusado.

En virtud de todo ello, podemos afirmar que la graduación de pena efectuada respecto de Diego Argañaraz debe ser invalidada dado que el *quantum* de la misma finalmente establecido no resulta consecuencia lógica de los parámetros evaluados. En ese marco, las penas fijadas para los co-imputados Chabán y Argañaraz no resultan equitativas entre sí, teniendo en cuenta las distintas situaciones en que se encontraron, valoradas por el Tribunal pero que no hallaron el debido correlato en el monto de la pena.

A ello debemos agregar que la situación de Argañaraz con relación a los hechos se ha visto modificada por las consideraciones que hemos efectuado respecto de los demás integrantes del grupo “Callejeros”, -en particular, en cuanto al proceso de tomar las decisiones-, lo que tiene que ser contemplado a favor del imputado al fijar la sanción.

Entonces, todo lo dicho nos conduce a descalificar la cuantificación completada por el *a quo* al graduar la pena impuesta, por cuanto el vicio en el que incurre constituye una causal de arbitrariedad que resiente la motivación lógica del fallo según el criterio definido por la jurisprudencia de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación (Conf. el criterio sostenido en la causa "Núñez", antes citada).

2. Reenvío. Pautas para la fijación de pena.

Ahora bien, atendiendo a las particularidades del caso, corresponde reenviar las presentes actuaciones para que a la mayor brevedad el Tribunal de juicio cumpla con ese cometido, teniendo en cuenta para ello los lineamientos aquí establecidos (conf. causas n° 6514 "Raffaelli, José y otros s/recurso de casación", reg. 1013/2006, rta. el 13/09/06 y n° 11317 "Reyes Lantigua, Esmeralda y otros s/recurso de casación", reg. 503.10.3, rta. el 20/4/2010, en la cual se resolvió por unanimidad el reenvío a la sede de origen a fin de que se fije la pena).

Sin perjuicio de los argumentos que verterá el *a quo* al fijar el *quantum* de la pena en cada caso, no deberá dejar de ponderar también los criterios que a continuación se señalaran.

2.a. Patricio Santos Fontanet, Eduardo Vázquez, Juan Carbone, Christian Torrejón, Maximiliano Djerfy, Elio Delgado y Daniel Cardell.

A la hora de realizar la graduación de pena en el caso de los integrantes del grupo "Callejeros", el Tribunal de juicio deberá tener en cuenta, como dijimos, las nuevas pautas que surgen a partir de lo aquí resuelto respecto de los mismos.

En ese marco, deberá valorarse en cada caso, 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.

2.b. Fabiana Fiszbin, Gustavo Torres y Ana Fernández.

Por otra parte, respecto de la responsabilidad aquí asignada a los funcionarios públicos en orden a la comisión del delito de incendio culposo, el tribunal no podrá soslayar la distinta capacidad de evitación que ostentaba cada uno de los imputados al momento de los hechos, las relaciones jerárquicas, como asimismo la evolución de los recursos humanos que registraron las distintas áreas donde en ciertos períodos el cumplimiento de

la acción debida era mas dificultoso.

En ese orden, al momento de graduar la sanción que corresponda imponerse a los ex funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, deberá el *a quo* particularmente atender al nivel de responsabilidad mayor que en el caso se deriva de la posición jerárquica que ostentaba Fabiana Fiszbin -en cuanto a que de ella se deriva una superior capacidad de evitación-, sumado ello a su concreta intervención en los hechos pesquisados conforme deriva de su inequívoco rol protagónico desde el instante mismo en que se gestó la denuncia de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires que hizo nacer la acción debida, hasta el trágico y anunciado desenlace.

Tampoco deberá soslayarse, en lo tocante a la situación de Torres, que al momento de hacerse cargo de la Dirección General de Fiscalización y Control, esa dependencia se encontraba dotada de recursos materiales y humanos suficientes para cumplir con holgura con la acción debida, pese a lo cual la conducta del acusado no sólo no se dirigió en el sentido que le demandaba la normativa legal aplicable, sino más bien en el inverso, desde que la observación de la actividad del organismo de control permite constatar que las inspecciones a locales de baile no solo no se acrecentaron -en relación a la actividad de la Unidad Polivalente de Inspecciones- en forma concordante al incremento de personal, sino que muy por el contrario, en el mes de diciembre evidenció una drástica disminución.

En cuanto a Ana María Fernández, habrá de atender el tribunal de grado -además de las pautas generales de valoración de la pena- la circunstancia relativa a que si bien la actuación de la nombrada cuando se encontró al frente de la Unidad Polivalente de Inspecciones no satisfizo las exigencias legales que su posición funcional le imponía, cierto es también que para enfrentar esa tarea contó con recursos suficientes pero escasos, y que pese a ello su actuación resulta -a la luz de los resultados obtenidos- menos objetable que la ulteriormente desplegada por Torres. A ello se suma, que al disolverse la UPI y ser reemplazada ésta por la DGFyC, la posición que ocupó Fernández en el nuevo organismo era de menor relevancia que la de Torres, y consecuentemente se encontraba subordinada a éste.

2.c. Carlos Rubén Díaz.

Con relación al coimputado Díaz, si bien la defensa del nombrado no se ha alzado contra la graduación de la pena, la modificación en su favor del encuadramiento legal de la conducta reprochada en lo que hace al suceso del día 30 de diciembre del año 2004 -se descartó su participación dolosa en el incendio y se lo responsabilizó por autoría imprudente de ese mismo delito, que concurre realmente con la figura de cohecho-, comporta necesariamente una disminución del marco punitivo aplicable y, por ende, la sanción dispuesta por el *a quo* en el caso concreto debe ser anulada para que sea fijada de acuerdo a la nueva situación aquí propiciada.

En esta última dirección, deberá tenerse presente que si bien se ha calificado el hecho a su respecto como culposo, la imprudencia derivada de la omisión funcional de Carlos Rubén Díaz se ve agravada por su condición de funcionario policial encargado justamente de velar por la seguridad de las personas y sus bienes. Ello, amén de que esa conducta imprudente estuvo en gran medida motivada por el cobro de dinero espurio.

2.d. Raúl Alcides Villarreal.

Teniendo en cuenta la nueva situación del nombrado, quien a partir de lo aquí resuelto habrá de responder como participe primario tanto del delito de incendio como del cohecho achacado, la pena oportunamente impuesta por el tribunal *a quo* debe ser anulada, para que se fije una adecuada a los nuevos marcos punitivos.

En esa misión, el tribunal de juicio deberá encontrar un justo equilibrio entre la situación atenuante de ser un subordinado de Omar Chabán, con la circunstancia agravante que denota su experiencia como hombre de seguridad en este tipo de locales que ostentaba y que databa de muchos años atrás. Ello, en el marco de la mayor trascendencia que se le ha otorgado a su rol en las actividades llevadas a cabo en "República Cromañón".

DÉCIMO CUARTO:

1. Acción civil.

Corresponde que en este considerando brindemos tratamiento a los agravios que han sido introducidos por distintas partes contra la condena civil.

1.a. Hechos probados.

Así, pues, cabe tener presente que del acápite del fallo

recurrido dedicado a la acción civil se desprende que *"De la prueba producida cabe tener por acreditado que el día 30 de diciembre de 2004 a las 23:35 hs., falleció la Srta. María Sol Urcullu (ver partida de defunción obrante a fs. 46.088 y 85 bis del legajo N° 11), quien era hija de Alberto Urcullu y de Susana Elvira Carbone (ver partida de nacimiento de fs. 46.089) y al momento de su deceso tenía 21 años de edad".*

"Asimismo se encuentra demostrado que su muerte se produjo por asfixia inhalatoria (falta de oxígeno) producto de la participación de gases tóxicos, humo y la obstrucción de la vía aérea superior (ver dictamen del Cuerpo Médico Forense obrante a fs. 81/4 y 91 del legajo N° 11)".

"Esta conclusión fue ratificada por la declaración testimonial de los Sres. Médicos integrantes del Cuerpo Médico Forense, Dres. Fernando Tressa y Osvaldo Raffo, quienes expusieron que María Sol Urcullu, al igual que el 80% de las víctimas fatales acaecidas la noche del 30 de diciembre de 2004 en `República Cromañón´, presentaba signos compatibles con el `Síndrome Lesivo por inhalación de humo´".

"Explicaron que éste consiste en un conjunto de síntomas y signos, que si bien tienen un patrón común, actúan de manera distinta en cada persona".

"Ya han sido extensamente analizadas las causas y consecuencias del señalado síndrome a las que nos remitimos por razones de brevedad".

"Allí afirmamos que las muertes acaecidas fueron consecuencia directa e inmediata de los gases que emanaron por la producción del incendio del material que se encontraba en el techo del local".

"Y entre el grupo de personas fallecidas como consecuencia del incendio ocurrido en el local `República Cromañón´ sito en la calle Bartolomé Mitre 3060/3066/3070 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra la hija de los actores María Sol Urcullu, quien había concurrido a fin de presenciar un recital del grupo musical `Callejeros´" (fs. 67408/vta.).

Sentadas las cuestiones fácticas que se tuvieron por acreditadas, habremos de referir que coincidimos con el Tribunal de Juicio en punto a que se halla probada la muerte de María Sol Urcullu, hija de los actores, así como las causas y las

circunstancias en que ella se produjo, de forma que corresponde que demos respuesta a los agravios sobre el punto.

1.b. De la responsabilidad de Raúl Alcides Villarreal y Gustavo Juan Torres.

Así, consideramos oportuno aclarar que el *a quo* rechazó la demanda entablada contra Raúl Alcides Villarreal y contra Gustavo Juan Torres.

Esa decisión no fue recurrida por la parte actora de modo que adquirió firmeza.

De ello se desprende que, a pesar de que en esta instancia la atribución de responsabilidad penal a los nombrados ha sufrido modificaciones y que consecuentemente se podría producir efectos en lo que hace a la órbita civil, no es posible revisar lo resuelto por el *a quo* en relación a ello.

1.c. De la responsabilidad de Diego Marcelo Argañaraz y Carlos Rubén Díaz.

En primer término, nos referiremos a los planteos efectuados por las defensas de Diego Marcelo Argañaraz y de Carlos Rubén Díaz, puesto que ambas cuestionaron la decisión del Tribunal de Juicio de hacer lugar a la demanda entablada por Susana Elvira Carbone y Alberto Urcullu y condenar solidariamente a sus asistidos a pagar a los actores en concepto de indemnización la suma de ciento veintiún mil seiscientos pesos ($ 121600), más los intereses indicados y las costas, en la medida en que únicamente atacaron la sentencia penal condenatoria que fue fundamento para establecer la responsabilidad civil.

Así, pues, diremos que hemos confirmado el fallo que establece la responsabilidad penal de Diego Marcelo Argañaraz por los delitos de incendio doloso calificado por haber causado la muerte de 193 personas y al menos 1432 lesionados en concurso real con el delito de cohecho activo en calidad de partícipe necesario y de Carlos Rubén Díaz, aunque en este caso la calificación ha sido modificada por la de incendio culposo agravado en concurso real con el delito de cohecho pasivo. En virtud de ello y de acuerdo a lo establecido por los artículos 1077 y 1078 del Código Civil nace la obligación de reparar el daño causado, de modo que el pronunciamiento del *a quo* se ajusta a derecho y no se vislumbra privado de razón y fundamentos.

La suerte desde el punto de vista penal que han corrido

los recursos casatorios interpuestos por las defensas de Diego Marcelo Argañaraz y Carlos Rubén Díaz (en lo que a su responsabilidad por el hecho se refiere) determina, por imperio de la norma contenida en el artículo 1102 del Código Civil, que nada más deba agregarse acerca de la responsabilidad civil de aquellos.

1.d. De la responsabilidad de Patricio Santos Fontanet, Elio Delgado, Christian Torrejón, Juan Carbone, Daniel Cardell, Eduardo Vázquez y Maximiliano Djerfy, integrantes del grupo "Callejeros".

En segundo lugar, habremos de señalar que la asistencia letrada de Maximiliano Djerfy ataca el fallo condenatorio expresando que aplica erróneamente los artículos 43, 1648, 1649, 1652 y 1662 del Código Civil. Ello, debido a que no hay pruebas para caracterizar al grupo musical como sociedad civil irregular ante la falta de los elementos legales básicos —patrimonio social y participación en las pérdidas-.

Asimismo, expresa que *"...el legislador ha previsto normativa especial para atender a la actividad laboral de los músicos o ejecutantes musicales"* y, no obstante ello, fueron inobservados los artículos 47, 101, 104, 110 y 111 de la ley 20744 de contrato de trabajo y de la ley 14597 sobre el régimen legal del ejecutante musical.

También cuestionó el pronunciamiento la defensa de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Elio Delgado, Christian Eleazar Torrejón, Juan Alberto Carbone, Daniel Horacio Cardell y Eduardo Vázquez, en el entendimiento de que es arbitraria la construcción de una sociedad del derecho civil en donde sólo hay una mera conjunción de actividades comunes.

Estima que el fallo carece de debida fundamentación y presenta una errónea valoración de las pruebas pues desecha, sin explicación alguna, todos aquellos elementos que acreditan el carácter de trabajadores de la música de sus pupilos.

Refiere que ha sido violado el principio de congruencia puesto que el Tribunal de mérito al pronunciarse se excedió en los límites de la demanda.

Asimismo advierte una afectación al principio de igualdad pues la solución con relación a sus defendidos debió ser la misma que la adoptada respecto de Raúl Villarreal.

Por último, manifiesta que se extiende la responsabilidad

de Diego Argañaraz hacia todos los integrantes del grupo violentándose el principio penal de atribución personal e individual de responsabilidad.

Ahora bien, tras analizar la cuestión traída a conocimiento de estos estrados, adelantamos que los recursos interpuestos por las defensas antes mencionadas sobre este aspecto de la responsabilidad no habrán de recibir acogida favorable. Ello es así, por cuanto, como veremos, el *a quo* ha efectuado una adecuada aplicación de las normas civiles que rigen la materia y, con base en ellas y en los hechos tenidos por probados en su sentencia, arribó a la solución legalmente prevista.

Así, señala el *a quo* respecto de Diego Marcelo Argañaraz que *"La condena recaída por el delito de incendio tiene como fundamento el carácter de coorganizador del espectáculo del día 30 de diciembre de 2004 a la luz de sus tareas realizadas como manager del conjunto `Callejeros´ que hemos tenido por acreditado, el cual provocó una obligación en sentido genérico a la supervisión de la fuente de peligro que comportaba la realización de un evento de concurrencia masiva"* (fs. 67410 vta.).

Tras ello, los magistrados sentenciantes explican que *"...a fin de establecer si corresponde que los restantes integrantes de la banda respondan civilmente por los daños producidos a los actores, debemos analizar en primer término la relación que vincula entre sí a los integrantes del grupo"* (fs. 67410 vta.).

A esos fines, en una serie de considerandos desarrollan el contenido y los alcances de los artículos 1648, 1649 y 1662 del Código Civil, concluyendo que *"...ha quedado suficientemente demostrado que Diego Marcelo Argañaraz, Patricio Santos Fontanet, Maximiliano Djerfy, Cristián Eleazar Torrejón, Elio Rodrigo Delgado, Daniel Horacio Cardell, Eduardo Arturo Vázquez, y Juan Alberto Carbone conformaban una sociedad civil de hecho que reunía los requisitos de los arts. 1648 y 1649 del Código Civil"* (fs. 67412).

Como consecuencia de ello sostienen que *"Todas las actividades que realizó Argañaraz para la organización del recital del día 30 de diciembre de 2004, las hizo en representación de la sociedad que él mismo integraba, es decir de `Callejeros´. Y la actuación de este ente irregular por intermedio de su manager,*

obliga en forma solidaria e ilimitada a cada uno de los socios" (fs. 67412 vta.), fundando la afirmación en las pertinentes normas legales.

Además de lo expuesto, establecen que la responsabilidad también emerge del contrato de espectáculo público que obliga a los organizadores a garantizar a los concurrentes la seguridad de sus personas y de sus bienes respecto a los daños que pudieran sufrir con motivo u ocasión del evento.

Por las razones mencionadas concluyen que las consecuencias dañosas del incendio que es objeto de estudio en este proceso resultan imputables a los integrantes del grupo "Callejeros" y que no se verificó culpa de la víctima María Sol Urcullu.

Se desprende de las consideraciones vertidas en los párrafos que anteceden que la atribución de responsabilidad impuesta por el *a quo* se ajusta a las circunstancias de la causa, con aplicación del derecho vigente, y satisface adecuadamente el mandato de motivación contenido en el artículo 398 del Código Procesal Penal de la Nación, cuya inobservancia se conmina con nulidad, conforme lo establecen los artículos 123 y 404 inciso 2_ del mismo cuerpo legal. Esto último significa que debe descartarse la arbitrariedad, pues el pronunciamiento se apoya en una valoración ajustada a las reglas de la sana crítica racional.

Para abundar en la respuesta a los agravios introducidos habremos de señalar que la existencia de un vínculo societario entre las personas que conformaban la banda musical "Callejeros" ha sido correctamente explicada en la sentencia en crisis con apoyo en las pruebas rendidas en el legajo, con aplicación de los artículos 1648 y siguientes del Código Civil que regulan la sociedad civil, a la luz de las circunstancias extensamente referidas en dicho fallo.

Se ha tenido en cuenta que cada uno de los miembros de ese grupo hacía un aporte según sus habilidades particulares que reportaban al beneficio común, con miras a obtener una utilidad a repartir entre todos y cada uno de ellos. Cierto es que como el propio impugnante lo expone, algunas relaciones vinculares pueden resultar de difícil encuadre desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, a veces cercana a las normas del derecho del trabajo y otras a las del derecho civil o comercial societario.

Empero, en el supuesto en análisis y como bien lo expusimos anteriormente, el decisorio impugnado tuvo acabadamente por demostrada la existencia de un vínculo de índole societaria entre los integrantes de "Callejeros".

Es que el patrimonio social de cuya existencia reniega el recurrente, en el supuesto de aportes de obligaciones de hacer, puntualmente, la ejecución musical, con sus instrumentos o la propia voz, la composición de temas, la participación en conciertos y recitales, constituyen la contribución de los socios llamados industriales, de conformidad con lo previsto en el artículo 1649 del Código Civil.

En dicho sentido, sí es cierto que la labor desplegada por Djerfy y los demás integrantes de "Callejeros" en el contexto del grupo podría catalogarse de ser un verdadero trabajo, aún con la peculiaridad que ellos mismos describen de ser artístico y revestir ciertas particularidades y que ese hacer lo llevaran a cabo mediante su propio instrumento musical y como elemento propio de un aporte de pura actividad.

Cabe agregar, en este punto del análisis, que el fondo común propio del ente social en casos como el que nos ocupa se conforma, entre otros, por el aporte de las prestaciones de dar comprometidas por los socios industriales y se definen como la universalidad de bienes que el patrimonio exhibe, concepto que difiere al de capital.

En cambio, el encuadre dentro del ámbito del derecho laboral que se postula no se sostiene, puesto que no ha advertido el órgano juzgador ni tampoco se han hecho cargo de explicar los recurrentes, la existencia de las notas típicas de subordinación del empleado a su empleador o del dependiente al principal, propios del contrato de trabajo.

Por lo demás, el artículo 1652 del Código Civil que se invoca como fundamento para probar que no ha existido sociedad, puesto que no se hallaba presente el requisito de participación en las pérdidas y más allá de señalar que la norma precitada, en rigor, proscribe las llamadas por la doctrina actual "sociedades leoninas" (Conf. artículo 13 de la Ley de Sociedades Comerciales, 19550), debe tenerse presente que la forma misma en que se tuvo por acreditado que funcionaba la sociedad explica adecuadamente este tópico.

Es que atendiendo a que el aporte de los músicos se centraba en el ejercicio mismo de sus habilidades o conocimientos como tales, muchas veces al ofrecer presentaciones en público contratadas con un empresario con el cual seguramente se pactaba una suma de dinero o la participación en el importe de las entradas vendidas, según la modalidad acordada en cada caso, la "*soportación*" de las pérdidas para los socios industriales se configura en la no recepción de beneficios no obstante haber realizado su ejecución musical.

Este escenario surge claro de las circunstancias tenidas por probadas en el fallo recurrido en cuanto a la manera en que se desenvolvía el actuar del grupo, con apoyo legal en lo establecido en el articulo 1654, inc. 5º del Código Civil, así el socio industrial pierde todo o parte de la remuneración que le correspondería por el trabajo realizado, como resultado de su participación en las pérdidas propia de la noción misma de sociedad.

Probada la existencia de sociedad entre los referidos miembros del grupo "Callejeros" y su actuación mediante su manager Diego Marcelo Argañaraz que lo representaba, la obligación de responder por los daños acontecidos se impone en virtud de lo estatuido en los artículos 1720 y 43 del Código Civil. Ello es así, sin que corresponda analizar la existencia de una eventual sociedad del grupo con el empresario Omar Emir Chabán -también negada en el recurso casatorio en estudio-, sino que aparece como propio del papel de organizadores que las dos partes desarrollaron en la ocasión.

Aclarado lo que antecede, debe descartarse la aplicación de las normas mencionadas como inobservadas, a saber, los artículos 47, 101, 104, 110 y 111 de la Ley 20744 -de contrato de trabajo- ni la ley 14597 -régimen legal de trabajo del ejecutante musical-, que regulan sustancialmente el régimen de trabajo de grupo o por equipo, por ser propias de supuestos diversos al presente.

No obstante lo expuesto, a pesar de que el fallo del Tribunal de mérito no resulta arbitrario, por lo que sería homologado, lo cierto es que conforme desarrolláramos en este pronunciamiento —apartado noveno- la situación procesal de los integrantes del grupo "Callejeros" se ha visto sustancialmente

modificada y la solución al presente caso ha devenido mucho más sencilla.

Así, hemos explicado acabadamente que debido a la forma en que tomaban las decisiones y a su contenido, todos los integrantes de la banda participaron de la organización del espectáculo la noche del 30 de diciembre de 2004, porque mediante sus elecciones dispusieron cómo debía realizarse el show y colaboraron en la preparación, fijando las reglas en las que actuarían. Esto 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 los recitales llevados a cabo en "República Cromañón".

Lo expuesto equivale a decir que asumieron la posición de garantía desde el punto de vista formal y, además, intervinieron activamente en la creación de la fuente de peligro pues estuvieron encargados de ciertos aspectos del show que colaboraron en generar las condiciones riesgosas para que se produjera la tragedia en la que falleció la hija de la parte actora.

Por consiguiente, no resulta siquiera necesario analizar la relación que vincula a los integrantes del grupo entre sí, es decir, si el conjunto reúne las características de una sociedad civil irregular, porque el factor de atribución de la responsabilidad civil deriva de la comisión del delito que fue atribuido a cada uno de ellos en forma individual que, como explicamos *supra*, genera la obligación de reparar el daño —artículos 1077 y 1078 del Código Civil-.

En ese sentido, no podemos soslayar que el artículo 1102 del Código Civil señala que *"Después de la condenación en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado"*.

En esa línea, la jurisprudencia ha considerado que "[d]e *conformidad con lo previsto en el art. 1102 del Cód. Civil no cuadra contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal, su autoría, ni impugnar la culpa del condenado en sede penal. Dicho de otro modo, aquel pronunciamiento, en la medida señalada, tiene efectos de cosa juzgada en sede civil"* (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, causa "Bustos, Hilda y otros c/La Primera de Grand Bourg

S.A. y otros", rta. el 12/04/1983).

Con acierto el legislador ha establecido esa pauta a los efectos de evitar que se produzca un escándalo jurídico debido a la existencia de pronunciamientos contradictorios sobre una misma situación.

Por esa razón, en estos casos en los que la demanda civil es entablada en el marco del proceso punitivo, pese a que la decisión respecto de la atribución de responsabilidad penal no ha adquirido firmeza debido a que los jueces nos expedimos en forma simultánea para ambas cuestiones, deviene lógico aplicar el espíritu de la norma señalada y tomar las conclusiones a las que arribamos sobre la existencia de la comisión del delito y la intervención de los demandados en él para así evitar incurrir en contradicciones.

Sentado ello, como bien lo explica el *a quo*, se ha reconocido que son cuatro los elementos necesarios para que nazca la responsabilidad extracontractual, a saber: *"1) la existencia de un daño causado; 2) la infracción de la ley, o mejor dicho, de un deber jurídico de conducta impuesto por ella (antijuridicidad o ilicitud); 3) la relación de causalidad entre el obrar humano violatorio del ordenamiento jurídico y el daño; 4) la imputabilidad del autor de ese hecho a través de un factor de atribución, subjetivo u objetivo"* (fs. 67412 vta.).

Estos requisitos, se ven satisfechos en el *subexamine*, conforme lo expuesto al desarrollar la responsabilidad penal de los imputados.

Ya hemos señalado que la existencia del daño -fallecimiento de María Sol Urcullu- se encuentra debidamente probada en el *sub lite*.

Asimismo, al haber incurrido en una conducta tipificada por el derecho penal no caben dudas de que estamos frente a un acto ilícito en términos del Código Civil, puesto que este último se conforma con una antijuridicidad genérica, ya que lo relevante es saber si estamos frente a un hecho que haya dado origen a una obligación de indemnizar (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de esta ciudad, Sala III, causa n° 4811/98 caratulada "Junta Nacional de Granos c/ Frigorífico La Estrella S.A. s/nulidad de contrato", rta. el 6/02/03).

La relación de causalidad y el factor de atribución han

quedado fehacientemente verificados. Ello, en tanto los integrantes del grupo "Callejeros", hallándose en posición de garantía y pese a tener la capacidad para llevar a cabo la acción determinada, dejaron transcurrir los acontecimientos dirigidos hacia la lesión del bien jurídico y a la consecuente producción del daño.

Así, entonces, la muerte de la hija de los actores, aparece como una consecuencia mediata previsible del accionar de los demandados (articulo 904 del Código Civil), quienes al momento de subir al escenario palparon la situación de peligro y tuvieron la posibilidad de decidir haciéndolo en favor del riesgo en lugar de conjurarlo.

De todo lo expuesto se desprende el acierto del *a quo* de hacer lugar a la demanda y condenar solidariamente a los integrantes del grupo musical al pago de la indemnización.

Como consecuencia de lo que aquí hemos manifestado cabe desestimar los restantes agravios que introdujeran las defensas, puesto que se tornan abstractos teniendo en cuenta la actual situación procesal de sus pupilos. En este sentido, debe recordarse que según una antigua y afianzada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los tribunales no están obligados a contestar en sus sentencias todas las argumentaciones de las partes, sino sólo aquellas que resultaren conducentes para la solución del caso (Fallos 287:230, 290:293 y 294:466).

1.e. De la responsabilidad de Fabiana Gabriela Fiszbin y Ana María Fernández.

Por su parte, los letrados defensores de Fabiana Fiszbin se agravian por la condena civil puesto que entienden que "...*el delito presuntamente cometido no guarda relación de causalidad con el resultado dañoso de la muerte de la hija de los actores civiles*", toda vez que no era una consecuencia mediata previsible del accionar de los funcionarios. Refieren que esta circunstancia torna al fallo arbitrario.

Destacan que erróneamente aplican en forma automática la responsabilidad prevista por el artículo 1112 del Código Civil para los funcionarios públicos, pero que en este caso su aplicación es una falacia.

Asimismo, refieren que el Tribunal de mérito respecto de su pupila "...*debió haber determinado en qué porcentaje le*

atribuye la culpa en la responsabilidad civil".

Entienden que todos los procesos civiles debieron ser acumulados y dictar una sola sentencia para evitar un escándalo jurídico.

También consideran que el establecimiento del monto de la indemnización resulta arbitrario pues no se conocen los motivos del temperamento adoptado.

Señalan, además, que *"ningún importe debería haberse asignado por el rubro `pérdida de chance´"* puesto que sin dudas durante muchos años los actores hubieran tenido que hacer erogaciones para asistir económicamente a la hija de ambos.

Por su parte, la defensa de Ana Fernández se agravia porque estima que respecto de su asistida no existe factor de atribución de responsabilidad civil debido a que no hay adecuación causal entre las funciones que desempeñaba a la fecha del hecho y el perjuicio cuya reparación intentan los actores. En definitiva, refieren que *"...el fallecimiento de María Sol Urcullu no es una consecuencia —inmediata, mediata o remota- de la conducta de Ana Fernández"*.

Explica que no se dan los supuestos para atribuir responsabilidad civil a la funcionaria puesto que no es posible establecer un cumplimiento irregular toda vez que a la fecha del hecho no ejercía funciones que pudieran relacionarse con aquél. Esto determina la ausencia de causación del daño. Por último, no se ha probado un accionar doloso ni culposo, de modo que no hay factor de atribución.

El Tribunal de mérito tuvo por acreditado que las imputadas Fabiana Fiszbin y Ana Fernández incumplieron dolosamente los deberes que respectivamente le incumbían como Subsecretaria de Control Comunal y Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones.

Con motivo de lo dicho, estimaron que existió una falta de servicio por no cumplir de manera regular los deberes y obligaciones impuestos por la ley y, tras ello, examinaron si había nexo causal entre el daño ocasionado -que hemos dicho que estaba probado- y la conducta antijurídica de las funcionarias.

Luego de efectuar una serie de explicaciones en torno a la responsabilidad que el Código Civil establece en su artículo 1112 para los funcionarios, el *a quo* concluye que *"...al incendio*

acontecido no puede conferírsele la condición de `caso fortuito´ o `fuerza mayor´. Ello así, pues la utilización de pirotecnia, la sobreocupación, el incumplimiento de la normativa vigente para ese tipo de locales, no sólo era de público conocimiento, sino que además había sido especialmente advertido a Fiszbin y a Fernández a través de la actuación de la Defensoría del Pueblo. El riesgo existente para miles de jóvenes que acudían a los locales de baile cada fin de semana había sido puesto de manifiesto a estas funcionarias" (fs. 67423).

Como consecuencia de ello el Tribunal Oral considera que "[t]*eniendo en cuenta que el daño ocasionado a los actores es el resultado de la conexión de la función pública con un acontecimiento diverso como lo fue el incendio, pero que habitualmente está vinculado a la función de estos agentes del Estado, cabe concluir que existe adecuación causal entre la omisión en la función de las ex funcionarias y el perjuicio cuya reparación aquí se intenta"* (fs. 67423).

En definitiva, los magistrados sentenciantes entendieron que "[e]*l fallecimiento de María Sol Urcullu debe considerarse una consecuencia mediata previsible del accionar de las ex funcionarias (art. 904 del Cód. Civil)"* (fs. 67423) y por esa razón hicieron lugar a la reparación pedida por los actores.

Así, pues, al igual que hicimos al tratar la responsabilidad de los integrantes del grupo "Callejeros", habremos de señalar, en primer lugar, que habiéndonos adentrado en el análisis de los agravios planteados por las defensas estimamos que la decisión recurrida se ajusta a las circunstancias de la causa, con aplicación del derecho vigente, y satisface adecuadamente el mandato de motivación contenido en el artículo 398 del Código Procesal Penal de la Nación.

En efecto, los fundamentos de la sentencia aludida, en lo que puntualmente se refiere al análisis realizado para arribar al convencimiento de que las nombradas deben responder de forma solidaria en la reparación de los daños y perjuicios reclamados por los padres -constituidos en actores civiles- de una de las víctimas de la tragedia acontecida el 30 de diciembre de 2004, María Sol Urcullu, aparecen como adecuados y suficientes. El dispositivo impugnado ha realizado una ponderación correcta de los hechos materia de juzgamiento desde el prisma de la normativa

civil que rige el caso, apoyado en la prueba producida en autos, con lo cual la conclusión a la que se arribó en dicho pronunciamiento debe ser convalidada.

Sin perjuicio de lo dicho, y si bien compartimos la conclusión condenatoria a la que arriba el *a quo*, se torna necesario destacar que al evaluar la situación de Fabiana Fiszbin y Ana María Fernández desde la óptica del derecho penal tuvimos por acreditado que su accionar es constitutivo de los delitos previstos por los artículos 189 y 249 del Código Penal.

La calificación de la conducta que efectuamos difiere con aquella que habían discernido los magistrados integrantes del Tribunal de juicio y, a la luz de esa modificación, se torna aún más evidente que deben responder civilmente por el daño causado, aplicándose a este supuesto lo dicho oportunamente en torno al artículo 1102 del Código Civil.

Como bien está señalado en la sentencia recurrida, para atribuir responsabilidad civil a un funcionario público deben cumplirse una serie de requisitos, a saber: *"1) cumplimiento irregular de las funciones asignadas (antijuricidad); 2) causación del daño en el ejercicio de las funciones y 3) factor de atribución de la responsabilidad"* (fs. 67421).

Tales pautas se advierten presentes en el caso, como se vislumbra del extenso desarrollo que hemos efectuado en los apartados destinados a la atribución de responsabilidad penal a las ex funcionarias y que a continuación recordaremos brevemente.

De ellos se desprende que al 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, y es en ese marco que sus titulares, Fabiana Fiszbin, Gustavo Torres y Ana María Fernández respectivamente, tenían el deber y la facultad de actuar frente a las alarmas que fueron oportunamente descriptas —entre ellas la Actuación 631 de la Defensoría del Pueblo-. Debido a que eran los encargados por ley de controlar las condiciones de seguridad, salubridad e higiene de los locales bailables, era su deber adoptar aquellas medidas que resultaran adecuadas para neutralizar los peligros que habían sido anunciados.

A partir de esa circunstancia afirmamos que los funcionarios eran garantes de la evitación de resultados típicos como los producidos en locales como "República Cromañón", al menos en sentido formal, ya que era la ley misma la que establecía su deber de control.

Ya explicamos también la imposibilidad que tenemos de analizar la situación de Gustavo Torres, no obstante, brindaremos tratamiento a los casos de Fabiana Fiszbin y Ana María Fernández.

Respecto de dichas funcionarias, recordemos que consideramos que la conducta debida tendiente a neutralizar el peligro anunciado por el Defensor del Pueblo Alimena, 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. Puntualmente en lo inherente a Ana Fernández, hicimos la distinción de su situación luego de disuelta la UPI y nombrada como Directora Adjunta de la DGFyC, y allí establecimos cuál era su conducta debida en este último período, a lo cual nos remitimos por cuestiones de brevedad.

Sí debemos resaltar que en definitiva, consideramos que la no realización de la acción debida por parte de ambas funcionarias, comportó la creación de un riesgo no permitido de incendio (típicamente relevante en los términos del artículo 189 del Código Penal), en tanto los locales bailables que figuraban en los listados (entre ellos "República Cromañón") continuaron funcionando sin adecuarse a la normativa vigente, concretamente a aquella vinculada a la prevención de incendios. Dijimos que ese riesgo se vio realizado en el resultado y dimos las razones que sustentaron nuestra afirmación.

Lo dicho nos conduce a una sola conclusión: la no realización de la acción debida dio ocasión para que se produjera el incendio en el local "República Cromañón" que provocó la muerte de la hija de los actores.

Concretamente, la antijuridicidad de la conducta se halla acreditada puesto que Fabiana Fiszbin y Ana María Fernández no han cumplido de manera regular los deberes y obligaciones legalmente impuestos.

Debido a la negligencia en el ejercicio de la función de control era previsible que se produjera un suceso como el que aquí

está sometido a estudio y conforme el curso natural y ordinario de los acontecimientos era de esperarse que el daño sucediera.

De hecho, tan previsible era que esta situación fue expresamente alertada por el Defensor Adjunto del Pueblo.

El factor de atribución también fue explicado de manera acabada y ha quedado demostrado que el obrar ilícito de las ex funcionarias, dio ocasión para la producción del resultado dañoso.

Sin perjuicio de lo expuesto, debido a que las partes se agravian por entender que los hechos u omisiones que se les atribuyen no guardan relación de causalidad con el resultado dañoso de la muerte de la hija de los demandantes, se torna necesario profundizar aún más las explicaciones que hemos brindado.

Así, como se dijo, para que surja responsabilidad de alguien, sea en área contractual o extracontractual, es menester que exista conexión causal jurídicamente relevante entre el hecho del que aquél es autor y el daño sufrido por quien pretende su reparación (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, “Manual de Derecho Civil”, Obligaciones, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 574 y ss.). En la materia, nuestro sistema normativo ha recogido la teoría de la causalidad adecuada y, además en lo que ahora interesa, la de la causalidad mediata previsible, que vincula a un hecho antecedente con otro consecuente que deriva de la conexión del primero con otro acontecimiento distinto. Es jurídicamente relevante, en el campo de los hechos ilícitos, si el agente ha previsto el daño al obrar y también cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa haya podido preverlo. En este caso debe probarse tanto la relación causal mediata cuanto la culpa del agente (Conf. autor citado, “Tratado de Derecho Civil”, Obligaciones, Tomo III, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 713 y ss.).

Se enfoca el problema como consistente en determinar si la acción u omisión a la que se le atribuye el daño era normalmente capaz de producirlo, vale decir, el problema debe plantearse en abstracto, teniendo en cuenta lo que ordinariamente sucede. Esta teoría brinda -como apunta Borda- sólo una pauta general a la que debe ajustar su labor el juez teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada caso, porque serán los tribunales los que resolverán las cuestiones derivadas del nexo

causal guiándose más que por teorías abstractas, por el criterio que en cada supuesto concreto puede conducir a la solución justa (BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil", Obligaciones, Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 236 y ss.).

En el caso, el resultado dañoso se ha producido como efecto de una intrincada concatenación de sucesos que, sin embargo, analizados tanto en abstracto cuanto en concreto, nos permiten arribar al convencimiento de que ellos guardan entre sí una relación jurídicamente relevante en lo que a la atribución de responsabilidad civil de los agentes se refiere.

Debe resaltarse que los acontecimientos ocurren en tiempos distintos y esta diversa temporalidad puede darse como mera sucesión de hechos o como relación entre ellos. La causalidad importa una relación entre el antecedente y el consecuente de manera que puede afirmarse que el efecto es atribuible a la causa o, a la inversa, que ésta determinó el efecto. La causa próxima aparece en la medida en que se imputan las consecuencias inmediatas del hecho (artículo 903 del Código Civil) - (Conf. ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Oscar José y LÓPEZ CABANA, Roberto, "Curso de Obligaciones", Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 173 y ss.).

Agrega el autor que la causalidad adecuada computa la previsibilidad en abstracto según la normalidad de las consecuencias en sí mismas captadas por la experiencia vital y se conecta con el concepto de culpabilidad que pondera la previsibilidad pero en concreto, esto es, de acuerdo con la situación propia del autor frente al acto. Cuando el autor prevé o puede prever un resultado dañoso es culpable y responde por todos los demás resultados normales de su acto que son adecuados y genéricamente previsibles.

Si el daño era previsible se debieron haber adoptado las medidas o diligencias tendientes a evitarlo. La culpabilidad presupone la existencia de nexo causal. No puede hablarse de conducta culpable si no hubo relación de causa a efecto entre ella y el daño. Una vez frente a las consecuencias dañosas que clasifica nuestro Código Civil se extiende la imputación de ellas o se la reduce según el grado de culpabilidad del agente. Pero al hacer el examen de la culpabilidad se analiza ya la existencia de la conexión entre la conducta que se juzga y el daño inferido. La

culpabilidad es el elemento jurídico mediante el cual se revalora el nexo entre la conducta y el daño. El juicio de reproche sólo adquiere relevancia jurídica cuando hay vinculación material entre el hecho y el daño; mientras tanto, cualquier valoración de conducta carece del efecto jurídico que interesa en Derecho Civil: la reparación de los daños (Conf. PALUDI, Osvaldo, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil por el hecho propio”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 28 y ss.).

En síntesis, la relación de causalidad indispensable para atribuir responsabilidad a un agente, en el sentido de poder serles imputadas las consecuencias perjudiciales de su obrar u omisión, implica que cada uno de los momentos que integran o constituyen las partes o aspectos de su actuación total desde el hecho inicial hasta la producción del resultado aparezcan perfectamente enlazados a manera de eslabones de una cadena de forma que el anterior acto condicione por lo menos en cierto modo al posterior hasta que llegue o se produzca el resultado final (Conf. Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 10/3/87, ponente Martín-Granizo Fernández, en RAJ 1987-1426, citado por la Cámara de Apelaciones del Noreste del Chubut -Trelew-, autos “G., J.G. c/P.G.S.A. y/o quien resulte responsable s/daños y perjuicios”, Expte. n° 19834, del 20 de junio de 2008).

En dicho fallo se dejó sentado, además, que no basta que un hecho haya sido, en el caso concreto, condición *sine qua non* del daño, sino que se requiere además que, en virtud de un juicio de probabilidad, resulte la causa adecuada de ese daño. La causa es, entonces, una condición pero no cualquiera, sino una de la que puede predicarse una probabilidad calificada de haber desencadenado el resultado. Condición y causa tienen entonces una relación de género a especie. La condición es el género, la causa una especie de ella, muy particular y calificada y con alta eficacia para desencadenar el resultado. Para esta teoría, legalmente receptada en nuestro país, causa es solamente la condición que según el curso normal y ordinario de las cosas, es idónea para producir un resultado, debiendo regularmente producirlo (con cita de TRIGO REPRESAS, Félix. A. — LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Tratado de responsabilidad civil”, Tomo I, ed. La Ley, Buenos Aires, p. 609).

Entonces, para determinar la causa adecuada de un daño, se

debe hacer *ex post facto* un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad: a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas.

Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Para que una causa sea adecuada, no se requiere que haya operado aisladamente; puede haberse unido con otra u otras causas que, en conjunto, hayan constituido el antecedente eficiente del daño. Concretamente, quien coloca una causa idónea del daño responde a pesar de que aquélla se haya unido con otros factores causales ajenos, si éstos eran igualmente adecuados y no anormales o extraordinarios (articulo 904 del Código Civil). En cambio, no se indemnizan las consecuencias casuales, o sea cuando el hecho que se interpone es extraordinario, excepcional y por eso genera un resultado imprevisible.

Por lo demás, el hecho concausal de un tercero no exime de responsabilidad indistinta al demandado si aquél era previsible, y por lo tanto, controlable, en cuyo caso la consecuencia mediata es imputable a ambos coautores (artículo 904 del Código Civil) - (Conf. ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, "Responsabilidad por riesgo", Ed. Hammurabi, 1997, p. 289 y ss.).

El planteo de las recurrentes, a la luz de lo que ha sido ya abundantemente pormenorizado más arriba, no puede, entonces, sostenerse seriamente.

Repárese en que ya en lo que va del presente voto se ha explicado cómo la actitud de la imputada Fabiana Gabriela Fiszbin -que ejercía el cargo de Subsecretaria de Control Comunal del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- y de Ana María Fernández -como Directora General Adjunta de la Dirección General de Fiscalización y Control y con anterioridad como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones-, sobre quienes pesaba directamente el deber de ejercer el poder de policía en dicho ámbito territorial que implicaba, entre otras funciones, controlar los locales como "República Cromañón" al tiempo del suceso que nos ocupa, en la medida y con el alcance que ya se

expuso y detalló, fue, junto con otros procederes y omisiones, una de las causas que posibilitó que ocurriera el evento en el marco del cual falleció la hija de los actores.

Queda claro que, como se refirió con anterioridad al dar tratamiento a los agravios referidos a las imputaciones penales, no fue solamente el accionar ilícito de Fiszbin y de Fernández la única causa de la producción del hecho dañoso, sin embargo, desde el punto de vista de la responsabilidad civil indudablemente su papel ha sido determinante de ella porque ha contribuido de manera adecuada en el curso del proceso causal hasta arribar al resultado dañoso. Y por eso deben responder y contribuir a resarcir el daño.

Para arribar a esa conclusión debe recordarse además la norma contenida en el artículo 902 del Código Civil, que dice: *"Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos"*.

De este precepto recuerda Llambías que se ha sostenido que es tan importante que rige en toda la vida de relación del hombre (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil. Parte General", Tomo II, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1982, p. 283, con cita de L.L. t. 101-400), porque plasma un principio general del derecho basado en un imperativo ético.

Añade el autor que la teoría de la imputabilidad elaborada por el codificador aparece estructurada en los artículos 901 y siguientes del código y parte de la relación de causalidad existente entre el acto del agente (causa eficiente) y el daño producido (consecuencia). Agrega que a fin de determinar la medida de la imputabilidad de esas consecuencias al agente, Vélez Sarsfield ha clasificado éstas en tres categorías: mediatas, inmediatas y casuales (ob. cit. p. 284 y ss.).

Así, establece el artículo 901 del Código Civil que: *"Las consecuencias de un hecho que acostumbran suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales"*.

Añade que las consecuencias inmediatas son siempre imputables al autor del hecho voluntario (artículo 903 del Código

Civil), mientras que las mediatas que son de suyo previsibles se imputan al agente cuando éste las hubiera previsto o podido prever empleando la debida atención y conocimiento (artículo 904 del Código Civil).

Es decir que las consecuencias mediatas derivan de la conexión del hecho originario con otro acontecimiento que es distinto y que puede no estar asociado al primero. Reciben ese nombre porque las causa el hecho originario por medio de su vinculación con otro hecho diferente.

En fin, las llamadas consecuencias casuales son las mismas consecuencias mediatas pero cuando resultan imprevisibles para el agente.

En el caso sujeto a estudio, de conformidad con el devenir de los hechos que desembocaron en el incendio de marras y, en lo que aquí debe considerarse, en la muerte de María Sol Urcullu, tal como se lo describió más arriba, es evidente que la responsabilidad de Fiszbin y Fernández aparece clara puesto que el hecho dañoso ha sido consecuencia mediata de la falta de control que se les reprocha, tanto penal cuanto civilmente y que ha sido detallada al dar tratamiento a los aspectos penales del reclamo defensista.

Se descarta desde la esfera civil un obrar doloso en el sentido de presentar intención de dañar a sabiendas, por lo que debe señalarse que la responsabilidad de las nombradas, en el ámbito extracontractual, no les es atribuida a partir de un delito civil, esto es, actuando con dolo en el sentido de actuar "*a sabiendas*" y "*con intención de dañar*" (artículo 1072 del Código Civil), sino en lo que se denomina "*cuasidelito*" (regidos por el Título IX del Código Civil, "De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos").

Mas no puede aceptarse el agravio relativo a que el hecho dañoso no guarda relación de causalidad con la conducta de Fiszbin y de Fernández, ya que aquélla ha sido una de las causas que permitieron que sucediese el evento, como consecuencia mediata, tal como se acaba de reseñar, por la que deben responder toda vez que no se trata de una consecuencia casual que no pudo ser prevista, sino, todo lo contrario, una consecuencia completamente previsible y que hasta les había sido advertida por terceros, conforme se desprende de todo el plexo probatorio del que da

cuenta la sentencia en análisis y el presente voto al discurrir sobre la responsabilidad penal de las funcionarias mencionadas. No caben dudas que aún cuando Fiszbin y Fernández no hayan previsto las consecuencias dañosas de su conducta, sí estaba a su alcance hacerlo.

Esta conclusión surge con toda claridad de las referencias que se hicieron en el correr de este pronunciamiento acerca de cuánto las funcionarias sabían y debían saber del riesgo cierto que significaba la falta de un control eficiente de los locales bailables como era "República Cromañón", en orden a sus deficientes condiciones edilicias, la desnaturalización del uso para el cual había sido habilitado -lo que implicaba también su sobreocupación- y, sobre todo, la circunstancia que, al tiempo del suceso dañoso, se encontraba vencido el certificado conferido por la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal Argentina.

Además, se encuentra plenamente probado en autos el factor de atribución de responsabilidad a las recurrentes pues han incurrido en culpa, desde la óptica civilista, en el concepto abarcativo que en la normativa privada estatuye el artículo 512 del Código Civil: *"...consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"*. Norma ésta que sienta un criterio general y esclarecedor de la noción misma de la culpa civil, aplicable a los regímenes de responsabilidad contractual y también de la aquiliana o extracontractual (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, Sala II, causas n° 1981/97, "Monge, Federico Mario c/Ministerio de Justicia de la Nación y otros s/accidente de trabajo art. 1113 C.C.", del 19/10/99; "Godoy, Enrique Javier c/Estado Nacional Argentino Ministerio de Defensa s/accidente en el ámbito militar y F. Seguridad, y n° 4433/92, del 6/11/95; Sala III, causa n° 17555/96, "Ruiz, Edgardo Darío c/Municipalidad de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios", del 5/02/04, entre otras).

No está de más recordar, en virtud de la semejanza en la magnitud y trascendencia social de ambos sucesos, lo sostenido por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en oportunidad de conocer en segunda instancia de las demandas originadas en el hecho luctuoso conocido como "Puerta Doce",

acontecido el 23 de junio de 1968 en el estadio del "Club Atlético River Plate", iniciadas por la esposa e hijos de una de las personas muertas ese día y del padre de otra de ellas.

Allí se expresó que las irregularidades comprobadas en esa oportunidad en el estadio deportivo actuaron como *condictio sine qua non* del hecho y, por lo tanto, como causa eficiente del mismo, lo que configura la culpa del artículo 512 del Código Civil para cuya existencia no es preciso que el hecho o la omisión de aquel a quien se le exige responsabilidad sea la única causa del daño, sino que es suficiente que con su realización u omisión éste haya sido posible y que sin ello no se hubiera producido.

Agregó dicha Cámara al considerar la responsabilidad civil atribuida por los actores al club organizador y a la entonces Municipalidad de Buenos Aires, que el hecho en análisis asumió contornos de catástrofe nacional ya que murieron setenta y un espectadores del partido de fútbol desarrollado y setenta y nueve resultaron lesionados. Y que no cabría desconocer que la seguridad y la tranquilidad de quienes concurren a espectáculos públicos de las características del ofrecido ese día descansa, en buena medida, en el cabal cumplimiento por parte de los agentes de la Municipalidad de las obligaciones que les impone el deber y el poder tutelar que ésta tiene sobre los mismos (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala B, expte. n° 166899, "Oneto de Gianolli, Nélida Rosa c/Club Atlético River Plate s/Ds. y Pjs.", del 23 de mayo de 1972). Tales palabras, prácticamente inalteradas, pudieron referirse a esta nueva tragedia que nos toca juzgar ahora en sede casatoria toda vez que, tal como también lo puso de relieve en aquella ocasión la Cámara Civil, no puede afirmarse que el hecho podía atribuirse a la fatalidad, la casualidad, ni que fuera imprevisible. No lo fue entonces ni tampoco en el caso traído ahora a consideración del Tribunal.

Por lo demás, tampoco puede admitirse la crítica de la sentencia en crisis basada en la presunta errónea aplicación del artículo 1112 del Código Civil en cuanto extiende la responsabilidad a los funcionarios públicos.

Este precepto, en esencia, establece que las disposiciones del Título IX del Código Civil ("De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos") serán aplicables a los

hechos y a las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas. Es decir que el cumplimiento irregular de las funciones específicas es el elemento determinante de la responsabilidad (Conf. DIEZ, Manuel María, “Manual de Derecho Administrativo”, Tomo 2, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, p. 436 y ss). La normativa correspondiente al obrar culposo debe buscarse en los principios generales contenidos, al respecto, en el Código Civil, sin que sea menester recurrir a normas de derecho administrativo.

Tanto es así que Llambías ha sostenido que esta disposición es superflua por sobreabundante: con o sin ella las soluciones son las mismas (Conf. autor citado, “Manual de Derecho Civil”, Obligaciones, Séptima edición, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 669, “Tratado de Derecho Civil”, Obligaciones, Tomo IV, B, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 114; coincidentemente GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 2, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, XIX-9).

El sujeto pasivo de la responsabilidad prevista por el citado artículo 1112 del Código Civil es el agente de la administración que, como tal y en ejercicio de sus funciones, causa un daño a un tercero y por el que resulta personal y directamente responsable, de modo que aquélla no se refiere a ningún caso de responsabilidad refleja, sino que se trata de una responsabilidad por el hecho propio, en cuya base estará la culpa del agente dañoso.

En el caso, la culpa como factor de atribución subjetiva de la responsabilidad de las funcionarias ha quedado por completo acreditada y, por ende, el deber de resarcir es inexcusable.

Máxime, cuando el artículo 1112, desde la óptica del derecho público, establece como causal generadora de responsabilidad los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por el cumplimiento irregular de las obligaciones legales impuestas por el Estado al órgano, en realidad transforma esa relación jurídica que originariamente se establece entre el Estado y el órgano en una relación jurídica entre el órgano y el particular, ya que el deber que en principio existía solamente frente al Estado existe ahora

también frente al administrado (Conf. DIEZ, Manuel María, ob. cit., p. 437).

Esta disposición protege a todos los sujetos que pueden resultar dañados por la comisión del hecho u omisión antijurídica; el contenido de la protección reside en reprimir la comisión de daños jurídicos realizada mediante el irregular cumplimiento de las obligaciones legales que rigen la función pública (Conf. GORDILLO, Agustín, ob. cit., XIX-5).

Párrafo aparte merece la aseveración de la impugnante Fiszbin relativa a la vía elegida para obtener la reparación de los perjuicios, con base en la posibilidad de que exista, ante las actuaciones de tribunales de diversa competencia, un "escándalo jurídico".

En principio cabe indicar que la circunstancia apuntada no constituye, en rigor, un gravamen concreto y actual que de contenido a la vía casatoria, sino que, en todo caso, se trata de un agravio hipotético, futuro o meramente conjetural, en los términos de la doctrina sentada por el Máximo Tribunal (Conf. entre muchos otros, Fallos: 312:290, 320:2145, 323:1755, 324:1648, 328:1701).

Agregaremos, sin embargo, que la facultad de ejercer ese derecho en sede penal o en sede civil se encuentra prevista por la ley sustantiva y la de forma, y quien se considera facultado para hacerlo puede optar por uno u otro fuero para llevar adelante el proceso respectivo, tal como ha sucedido como consecuencia del evento trágico que motiva estos autos.

En fin y a mayor abundamiento, consideramos, de adverso con lo sostenido por la demandada, que la intervención de distintos órganos jurisdiccionales en casos de la trascendencia que éste reviste más servirá para enriquecer seguramente la jurisprudencia en materias como la presente que al dictado de fallos contradictorios, en aras, siempre de propender a brindar el mejor servicio de justicia posible como organismos de uno de los poderes del Estado Argentino, integrados todos ellos por magistrados —como nosotros- del Poder Judicial de la Nación llamados a pronunciarnos sobre diversos aspectos como deber más que como atribución que nos impone el ordenamiento jurídico.

En conclusión, resulta acertada la decisión del Tribunal de mérito de hacer lugar a la demanda y condenar solidariamente a

las ex funcionarias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires al pago de la indemnización reclamada por los actores.

Con relación al agravio introducido por la defensa de Fabiana Fiszbin en punto a la arbitrariedad en la fijación del monto de dicha indemnización, consideramos que el *a quo* acogió la suma reclamada por los actores, quienes al entablar la demanda fundaron debidamente el pedido.

Además, en los acápites identificados como 11) y 12) del apartado dedicado al tratamiento de la acción civil explicaron los motivos por los cuales entendían adecuadas las sumas reclamadas en concepto de "pérdida de la chance" y "daño moral".

Es decir, que se encuentra adecuadamente satisfecho el mandato de motivación contenido en el artículo 398 del Código Procesal Penal de la Nación, cuya inobservancia se conmina con nulidad, conforme lo establecen los artículos 123 y 404 inciso 2_ del mismo cuerpo legal.

En efecto, ninguna duda puede caber en cuanto a que de la lectura de la resolución impugnada es posible tomar un suficiente conocimiento de los fundamentos que motivaron al Tribunal a resolver del modo en que lo hizo en relación a lo mencionado anteriormente, de forma tal que la tacha que al respecto interpone la defensa no pasa de ser una mera discrepancia con los criterios y valoraciones efectuados por el *a quo* (Conf. el criterio que expusimos en la causa n° 8270 caratulada "Leo, Francisco Alejandro y Hurtado, Mónica Noemí s/ recurso de casación", del 15/04/2008).

Ello es así, por cuanto la admisión de lo reclamado fue suficientemente fundado en el fallo en crisis y no se advierte que el Tribunal de la anterior instancia haya incurrido en inobservancia normativa alguna ni mucho menos en la causal de arbitrariedad que descalifique el pronunciamiento en este rubro, como acto jurisdiccional válido, en los términos de la conocida doctrina sobre el particular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En lo concerniente a la reparación del daño moral reclamada, debe memorarse que es tarea delicada evaluarlo, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior. En ese marco y como principio, dicha reparación debe hacerse de acuerdo a los lineamientos fijados por los artículos 1078 y 1083 del Código Civil.

Se ha sostenido sobre el punto que el dinero no cumple una función valorativa exacta; el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. La dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, "S., N. Y otro c. Fernández, Manuel y otro s/daños y perjuicios", del 5 de julio de 2002, voto de la doctora Elena Highton de Nolasco al que adhirieron los doctores Eduardo Zannoni y Fernando Posse Saguier).

Que, por lo tanto, apreciamos que se encuentra debidamente fundado el monto establecido en concepto de reparación del daño moral sufrido por los padres de la joven María Sol Urcullu, que realizó el Tribunal Oral con respaldo en los parámetros de equidad y prudencia que emanan del artículo 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para guiar al magistrado a fijar montos resarcitorios, máxime en un rubro como el presente en el cual, como se ha dicho, la suma a determinar tiende a morigerar los padecimientos espirituales ocasionados por la muerte de un ser querido (Conf. CSJN Fallos: 315:119 y 2135, 319:681, entre otros; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, L. 313803, "Wisner, Jorge E. c/Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. s/daños y perjuicios", del 4/6/2001).

En consecuencia, toda vez que se vislumbra que el planteo de la defensa sólo expresa un disenso con la decisión adoptada, debe ser rechazado.

Igual suerte correrá el cuestionamiento efectuado en torno a que no corresponde que sea tenido en consideración el rubro "pérdida de chance". Ello, en atención a las consideraciones que haremos a continuación.

La indemnización por pérdida consiste en uno de los componentes de la obligación de resarcir el daño causado, que como bien señala el *a quo* siguiendo a Trigo Represas consiste en que *"...el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien, material o inmaterial"* y, asimismo, la define como *"la desaparición de la probabilidad de un evento*

favorable, cuando esa chance aparece suficientemente seria" (fs. 67424).

Concluye luego que "[e]*l deceso de María Sol Urcullu ha ocasionado un daño indemnizable a sus progenitores que aparace como una posibilidad cierta de ayuda futura, tanto económica como de apoyo y colaboración, que se ha visto frustrada a raíz del siniestro acaecido en el local `República Cromañón´*" (fs. 67425).

De acuerdo a lo expuesto entendemos que los argumentos brindados por la defensa de Fabiana Fiszbin en punto a que no corresponde la asignación de un monto por el concepto "*pérdida de chance*" no logran generarnos el convencimiento de que en el caso sea inadecuado contemplarla o que la decisión del *a quo* resulte carente de fundamento en ese sentido, de modo que como adelantamos *ut supra* corresponde rechazar el agravio.

Es adecuado recordar que, en general, el reclamo de los padres para ser indemnizados por la "chance" de que se ven privados como consecuencia del fallecimiento de su hijo, constituye un derecho que les asiste *iure propio* y no *iure hereditatis*, en cuanto este hecho redunda en desmedro de ellos, ya sea porque les brindara ayuda económica actual o porque pudiera suministrarla en el futuro -pérdida de chance-. El resarcimiento correspondiente cubre así un daño emergente personal y propio de los damnificados por la inseguridad en que quedan a causa de la supresión de una vida humana para ellos valiosa. De manera que poco importa indagar en la posibilidad de progreso personal o laboral del hijo, porque la propia nominación del daño a reparar lo indica ("*pérdida de la chance*"), no se trata solo de indemnizar la ayuda que durante todas sus vidas han de recibir los padres de sus hijos y ni tan siquiera el total y concreto aporte económico que en el ocaso de sus existencias habrían de recibir si el hijo no hubiera muerto.

Lo que debe resarcirse o compensar es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza, con contenido económico, que constituye para sus progenitores la vida de un hijo muerto; la frustración, para ellos, de la chance u oportunidad de que en el futuro, de vivir el hijo, se hubiera concretado una posibilidad de ayuda o sostén económico a brindar por éste. El daño es actual y cierto, es la pérdida de esa esperanza o expectativa de futuro que, como tal, existía en el patrimonio de los actores y se

extinguió con la muerte de su hijo.

El requisito de certeza está presente y desde el mismo momento del deceso del hijo que corporiza la esperanza de la ayuda material futura en el mañana. Lo que debe ser objeto de indemnización es la pérdida o frustración ya y ahora de la chance que los progenitores tenían de que en el porvenir se les brindara dicha ayuda (Conf. voto del doctor Francisco Roncoroni, al cual adhirieron otros miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa L. 81957, "S., B. E. Y otro contra Salyco Ingeniería Hidrocinética S.A. y otra Indemnización por accidente de trabajo", del 27 de diciembre de 2006, con cita de ZANNONI, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, 2ª edición, 1987, p. 78).

En concordancia con lo recién expuesto, en el supuesto de autos, corresponde desechar también el agravio referido al monto fijado en concepto reparador de la pérdida de la chance, pues es claro que la privación de la vida de la hija de los actores a los 21 años de edad configura una pérdida auténtica para sus padres en calidad de posibilidad de ayuda económica futura, resultando por demás irrelevante efectuar en la ponderación de este concepto indemnizatorio compensación alguna con gastos que pudiera haber ocasionado a los padres la joven fallecida.

1.f. De la responsabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

En su respectivo recurso de casación dirigido contra la condena civil, vuelve a discutirse la inexistencia de relación causal entre las omisiones de contralor que se les imputan a las funcionarias locales y el hecho dañoso por el que se reclama reparación.

Consideramos que dicho tópico ya ha sido suficientemente desarrollado *ut supra*, concluyendo en la convalidación de lo decidido, en este aspecto, por el Tribunal de la anterior instancia.

Además, tampoco puede prosperar el agravio relativo a la ausencia de conocimiento de las funcionarias respecto de las irregularidades e infracciones existentes en el local "República Cromañón" porque el personal policial no se las hizo saber.

Es que de lo que ya se lleva dicho al tratar los agravios deducidos por Fabiana Fiszbin y Ana María Fernández, surge sin

hesitación la responsabilidad de las funcionarias del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que compromete al Estado local, no obstante, la circunstancia también probada de que concurre además responsabilidad del Estado Nacional por el obrar de funcionarios de la Policía Federal Argentina como órgano en ejercicio del poder de policía de seguridad en el ámbito territorial mencionado y de los organizadores del espectáculo, todo lo cual no resulta factor de dispensa de la responsabilidad de la Ciudad con apoyo en el artículo 1112 del Código Civil, como parece pretenderlo el impugnante.

En lo que respecta al porcentaje en la producción del daño, tópico que el recurrente trae a conocimiento de esta instancia alegando que se ha omitido su tratamiento en la sentencia del Tribunal Oral, parece conveniente considerarlo de manera conjunta con la situación de todos los condenados civilmente.

En el caso presente, con las particularidades extremadamente complejas que ostenta, resulta por demás adecuado a derecho no haberse establecido en el fallo de mérito una discriminación de los porcentajes de responsabilidad de cada uno de los demandados civilmente respecto de los cuales prosperó la acción entablada.

Esa decisión es la correcta a la luz del encadenamiento causal de los diferentes acontecimientos que derivaron en el hecho dañoso en juzgamiento, desde el punto de vista en que son jurídicamente relevantes, como se explicó más arriba y determinan la obligación de resarcir. Existiendo pluralidad de causas, todas ellas se manifiestan como eficientes de manera conjunta en la causación del resultado perjudicial por el que nace el deber de reparar (Conf. BORDA, Guillermo A., op, cit. p. 239 y ss.).

No existiendo culpa de la víctima, todos los coautores están obligados a pagar la indemnización, de manera solidaria (artículo 1109 del Código Civil). Tal como lo indica Guillermo Borda, esta es la solución más valiosa desde el punto de vista de la justicia -que se plasmó en nuestro Código Civil con la reforma de 1968, ley 17711-, habida cuenta que el problema de la reparación de los daños derivados de un hecho ilícito debe mirarse sobre todo desde el ángulo de la víctima.

En ese sentido, “[l]*o que en definitiva interesa es que*

quien ha sido injustamente dañado en su persona o sus bienes, sea indemnizado. La solidaridad de los coautores del cuasidelito brinda un gran margen de seguridad de que esta justa indemnización será pagada íntegramente" (BORDA, Guillermo A., op. cit. p. 269 y ss.).

Como se ha sostenido con anterioridad, el estudio de los acontecimientos que, enlazados unos con otros, desembocaron aquella noche del 30 de diciembre de 2004 en la tragedia que nos ocupa y, en lo pertinente a la acción ahora contemplada, en el resultado fatal respecto de la hija de los demandantes, descubre insoslayablemente la conjunción de diversos hechos y omisiones de diferentes personas que coadyuvaron como concausas del efecto indicado. Desde el punto de vista del daño como resultado, se advierte que éste se encuentra en relación causal adecuada con la acción conjunta.

En efecto, los funcionarios locales y nacionales que incumplieron sus deberes legales y reglamentarios de extremar el control de locales como "República Cromañón", que con su proceder delictual permitieron que las numerosas infracciones que allí se presentaban perduraran en el tiempo; los gerenciadores del lugar y organizadores del recital del grupo musical "Callejeros"; los propios integrantes de este conjunto, todos contribuyeron con un aporte en la cadena causal que concluyó en el incendio, ocasionado de manera inmediata por la detonación de pirotecnia por quien no ha podido ser individualizado. Todas ellas concausas adecuadas eslabonadas de manera jurídicamente relevante hacia el hecho dañoso por el que reclaman los padres de una de las víctimas fatales.

Se ha expresado al respecto que es regla general que la acumulación de varios factores de atribución contra diversas personas no produce la enervación de ninguno de ellos, de manera que las respectivas obligaciones resarcitorias operan íntegra y autónomamente ante la víctima (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 289).

Para la atribución de responsabilidad en los cuasidelitos, el artículo 1109 del Código Civil establece la solidaridad, y no es menester que la causa que se atribuye haya sido la única y el demandado responde por el todo si el hecho distinto y conexo se ha conjugado adecuadamente con el propio. Todas las causas han

coadyuvado de manera idónea a la producción del lesivo resultado final.

Por lo tanto, desde el punto de vista de la víctima la posibilidad de reclamar todo el monto debido a todos o a cualquiera de los responsables surge, entonces, como la más apropiada, sin perjuicio de posteriores y eventuales acciones de regreso que pudieren intentar los que solventen en definitiva el pago exigido.

Por lo demás, este tema se concatena parcialmente con el otro agravio deducido por esta parte, referido a la tasa bancaria para calcular los intereses de los montos adeudados, puesto que ambos se relacionan con el concepto de reparación integral de los daños.

En el pronunciamiento recurrido se dispuso que los montos indemnizatorios fijados llevarán intereses desde la mora hasta su efectivo pago conforme a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, en los términos establecidos por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en el Plenario “Samudio” del 20 de abril de 2009. Y tal criterio no parece objetable, no obstante la opinión adversa del impugnante.

Debe tenerse presente en la labor judicial de elucidar la manera en que se conminará al pago de la indemnización pecuniaria por parte del sujeto obligado, que el derecho a ser reparado posee base constitucional. La reparación de los perjuicios implica una prolongación de la seguridad jurídica, valor ínsito en el ordenamiento fundamental del Estado. El derecho a la reparación es la lógica consecuencia de la violación de un derecho, si éste está consagrado en la Constitución, también lo está el derecho a su reparación.

Se trata en definitiva de un desprendimiento conceptual del derecho de propiedad y del valor justicia.

Antes de la reforma constitucional de 1994 el deber de no dañar se derivaba del artículo 19 de la Constitución Nacional. Ahora se desprende expresamente de la consagración de los derechos humanos a través de la incorporación de los tratados a los que hace referencia el artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna.

En tal sentido, el artículo 68 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos ordena la reparación de los

daños que pudiesen producirse a cualquiera de los derechos contenidos en el pacto a través de una indemnización ejecutable en sede interna (Conf. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa L. 77503, "Cardelli, Hugo contra Ente Administrador del Astillero Río Santiago. Accidente de Trabajo", del 6 de junio de 2001, con cita de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci).

Debe pues tenderse a asegurar a la víctima una reparación integral o *restitutio in integrum*, propia del principio de justicia distributiva, tal como la concibe la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sienta las bases de interpretación de las normas internas sobre el punto al establecer reparaciones con respaldo en las normas de la región en materia de derechos humanos (Conf. artículos 63.1 y 68 de la C.I.D.H., casos "Loayza Tamayo" del 27 de noviembre de 1998, "Bulacio" del 18 de septiembre de 2003 y "Masacre de Mapiripán" del 15 de septiembre de 2005).

En fin, el juicio penal tiene como protagonista al acusado, mientras que el juicio civil tiene como figura central a la víctima (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala F, voto de la doctora Elena Highton de Nolasco, causa L. 325721, "S., N. Y otro c. Fernández, Manuel y otro s/daños y perjuicios", del 5 de julio de 2002). Principio que debe primar al tiempo de establecer tanto los montos cuanto la manera de mantenerlos intactos desde el momento mismo en que surgió la obligación de pagarlos con motivo del hecho que genera el deber de resarcir.

1.g. De la responsabilidad del Estado Nacional.

Los reclamos de los recurrentes relativos a la imputación al Estado de los hechos de sus funcionarios, no serán admitidos en esta instancia.

La sentencia del Tribunal Oral ha hecho un adecuado análisis de las normas que regulan la materia, respaldando adecuadamente sus asertos en la "*teoría del órgano*" y "*la falta de servicio*", como conceptos básicos del Derecho Público aquí relevantes y esenciales para resolver el caso, por lo cual habremos de coincidir con sus conclusiones.

Los argumentos expuestos sobre la responsabilidad estatal

son aplicables tanto a la del Estado Nacional como a la del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Así, en el análisis de este punto recursivo, en cuanto a la evolución jurisprudencial de la responsabilidad del Estado cabe remitirnos a lo señalado por la Sala III de este Cuerpo, en la causa n° 3323, reg. n° 483, rta. el 13/8/01, caratulada: "Mir, Miguel Cristian Alberto y otros s/recurso de casación".

En la doctrina, en el campo del Derecho Administrativo, se ha sostenido que habrá responsabilidad del Estado toda vez que un particular haya sufrido un daño material o moral causado directamente por el Estado y que deba ser indemnizado por éste. En algunos supuestos, la conducta dañosa puede ser ilícita.

En el campo del derecho público, el Estado tiene un poder jurídico, poder que se refleja directamente sobre la esfera de los particulares, modificándola o produciendo eventualmente daños dependientes de la citada modificación. Por consiguiente, el daño en el campo del derecho público resulta del ejercicio de un poder que produce lesiones en la esfera jurídica individual normativamente protegida.

No se acepta que los funcionarios actúen como mandatarios o representantes de la persona jurídica Estado, sino que se los considera como órganos de éste. Esa persona, el funcionario, debe actuar dentro de la esfera de su competencia y todos los actos que realice son actos de la persona jurídica del Estado y en consecuencia debe responder de manera directa. En la doctrina, se afirma que el Estado responde directamente por los actos de sus agentes, por aplicación de la teoría del órgano (Cfr. DIEZ, Manuel María, ob. cit., p. 409 y ss.).

Como fundamento de la responsabilidad del Estado, en la actualidad se sostiene la falta de servicio. Ella se define "*como un funcionamiento defectuoso del servicio y el carácter correcto o defectuoso del servicio se aprecia puramente en relación a lo que debe ser el funcionamiento del servicio por aplicación de las leyes y reglamentos que lo rigen... Decir que la víctima de un daño tiene derecho a la indemnización, si este daño resulta de una falta de servicio, es decir de un funcionamiento defectuoso de servicio, lleva a reconocer al particular un derecho al funcionamiento correcto del mismo, derecho cuya sanción está asegurada por la responsabilidad de la administración en caso de*

funcionamiento defectuoso" (sic) (Ibídem, p. 421).

La culpa es siempre el hecho de uno o varios funcionarios conocidos o anónimos y la circunstancia de que la responsabilidad sea soportada por otro patrimonio además que el del culpable no da derecho a considerarla como su fundamento sino simplemente como su condición. Quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de su irregular ejecución, fundando esta responsabilidad en los artículos 1112 y 1113 del Código Civil. En el supuesto de irregular ejecución de un servicio que se ha obligado a prestar la culpa se presume y no es necesario individualizar al autor concreto del daño (autor citado, p. 425).

Todas las personas que el Estado designa para desempeñarse en funciones por él encomendadas son en general agentes suyos, por lo tanto son sus órganos. Cuando actúan en el ejercicio aparente de las funciones que les han sido encomendadas lo hacen como órganos del Estado o sea actúa directamente el Estado a través de ellos. La responsabilidad del Estado es, en estos casos, siempre directa (Cfr. GORDILLO, Agustín, op. cit., XX-24).

En el mismo sentido se ha pronunciado Cassagne, quien sostiene que la prescripción contenida en el artículo 1112 del Código Civil regula la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio. Se trata de una norma de derecho público, puesto que establece la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública y ella puede invocarse como fundamento legal positivo de esta clase de responsabilidad sin conectarla con la responsabilidad indirecta del artículo 1113 del Código Civil.

En ese orden, la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos (agentes con competencia para realizar los hechos o actos pertinentes que dan origen a los daños) es siempre una responsabilidad directa, fundada en la idea objetiva de la falta de servicio, aun cuando no excluye la posibilidad de que se configure también la falta personal del agente público (CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 298 y ss.), que le será atribuible subjetivamente.

Es decir que el Estado responderá siempre que exista una

falta de servicio determinada por cumplir de una manera irregular los deberes u obligaciones impuestos a los órganos del Estado por la Constitución, la ley o el reglamento o, simplemente, por el funcionamiento irregular del servicio.

Este concepto -que el autor denomina ilegitimidad objetiva- traduce la disconformidad del acto o del hecho con el ordenamiento jurídico administrativo.

En el caso que nos ocupa y frente a los agravios interpuestos por el representante del Estado Nacional dirigidos contra la condena civil que sobre él pesa, desde ya adelantaremos que habrá de coincidirse con la solución jurídica a la que arribó el Tribunal Oral, puesto que ha plasmado una correcta evaluación de los hechos tenidos por probados y una adecuada aplicación a ellos de las normas que rigen la materia.

En cuanto al gravamen referido a que no se ha traído a juicio a ciertos funcionarios policiales cuyo actuar irregular, sin embargo, generó la responsabilidad civil del Estado Nacional, corresponde recordar lo que acaba de describirse respecto a la actuación del Estado a través de sus órganos -lógica consecuencia a la que arriban los administrativistas, a la luz del carácter de persona de existencia ideal o persona jurídica que reviste el Estado en cualquiera de sus formas-.

En consecuencia, probado que ha sido completamente el obrar deficiente de los órganos estatales, no cabe duda de que la litis fue trabada válidamente con la persona llamada a responder ya que no es necesario siquiera, como se puntualizó más arriba, para que nazca dicho deber de resarcir que sean individualizados los agentes estatales que obraron ilegítimamente (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, Sala 3, causa n° 7295/99, “Montini, Ernesto Eduardo y otro c/Servicio Penitenciario Federal s/daños y perjuicios”, del 8 de mayo de 2003). El Estado no es un tercero citado a juicio sino uno de los demandados directos por la acción civil de la que dispone el sujeto que se considera víctima del daño.

Ha expresado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al respecto que los funcionarios actuando en ejercicio de su tarea son órganos del Estado, y con factor de atribución objetiva, que se trasunta a través de las denominadas

"faltas de servicio", ello con fundamento en la hermenéutica del artículo 1112 del Código Civil por lo cual se denota la construcción de un sistema de responsabilidad estatal con imputación directa. Con lo cual aún sin imputar a persona física determinada la comisión u omisión de los actos necesarios para el regular desempeño de la función pública encomendada, la responsabilidad del Estado resulta indistinta y no meramente subsidiaria de la del funcionario -autor del comportamiento ilícito imputable- por lo que puede ser traído a juicio directamente sin intervención de aquél (causa L. 83200, "V., A.A. contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Accidente de trabajo", del 24 de mayo de 2006; en el mismo sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, causa Nro. 7295/99, "Montini, Ernesto Eduardo y otro c/Servicio Penitenciario Federal s/daños y perjuicios, del 8/05/03).

Es que el Estado responde directamente por los actos de sus agentes, responsabilidad extracontractual que es a la vez directa y objetiva, con base en lo dispuesto en el artículo 1112 del Código Civil sin que ello descarte, como ya se estableció con anterioridad, la responsabilidad personal de los funcionarios, órganos del Estado y por medio de los cuales éste lleva a cabo su accionar. De allí que la conducta de los órganos del Estado, su comportamiento u omisión son directamente imputables al Estado, y ellos no son terceros respecto al Estado, sino parte de él (Conf. MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. IV, p. 715 y ss) - (Cfr. Voto del doctor Juan Carlos Hitters, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en la causa L. 83051, "P., F. Contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Accidente de Trabajo", del 11 de agosto de 2010, su recopilación doctrinaria y jurisprudencial y sus citas).

En la misma línea argumental se ha expedido la Corte Nacional dejando establecido que: *"La responsabilidad del Estado en el ámbito del derecho público no constituye una responsabilidad indirecta, toda vez que la actividad de los órganos o funcionarios del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éstas, que deben responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas"*.

En esa ocasión recordó el Alto Tribunal que *"quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución"* -caso "Vadell", del 18 de diciembre de 1984, que marca un claro cambio en la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, Fallos: 306:2030, con cita de la doctrina sentada en Fallos: 182:5; dicha doctrina fue seguida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, v.g. causas n° 9518/00, "Lioi, Ester y otro c/Estado Nacional, Ministerio del Interior s/daños y perjuicios", del 24/02/05, de la Sala III, y n° 5338/02, "Rilo, Nélida Beatriz c/Estado Nacional - Policía Federal Argentina s/Daños y perjuicios", del 12/04/07, de la Sala II. En el mismo sentido ver BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Responsabilidad civil del Estado Nacional por falta de servicio (acto ilícito) de un agente policial", L.L. 1997-B-224, entre muchos otros-.

A partir del fallo citado la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido reiteradamente que quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 315:1902, considerando 3°), en los términos del artículo 1112 del Código Civil (Fallos 321:1776 y sus citas, 325:1277 y 332:2842). Y ningún deber es más primario y sustancial para el Estado que el de cuidar de la vida y de la seguridad de los gobernados, si para llenar esas funciones se ha valido de agentes o elementos que resultan de una peligrosidad manifiesta (como la que acusa el hecho de que se trata), las consecuencias de la mala elección, sea o no excusable, deben recaer sobre la entidad pública que la ha realizado (Fallos: 190:312; 317:728; 318:1715; en el mismo sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, Sala I, causa "Zorzoli, Carlos E. y otros c/Ministerio del Interior - Policía Federal Argentina", del 27 de junio de 1996).

Más allá de las consideraciones que realiza el señor representante del Estado Nacional con el fin de sustraerse a la

responsabilidad fijada en la sentencia que recurre, lo indudable es que en autos se halla completamente probado el actuar irregular -en punto a la tardanza en la entrega del cuerpo de María Sol Urcullu- y hasta delictivo desde el prisma penal de funcionarios de la Policía Federal Argentina (ver lo dicho acerca de Carlos Rubén Díaz), en los términos que han sido expuestos acabadamente al analizarse los aspectos penales de los agravios deducidos.

Desde ese punto de vista, resulta insoslayable concluir en la falta de servicio en la que se ha incurrido como factor atributivo de responsabilidad, sobre todo, ya que se ha acreditado que el Estado no ha dado cumplimiento en el caso a la misión de seguridad que le compete como deber primario a su cargo, circunstancia que compromete directa y objetivamente dicha responsabilidad a la luz de las normas legales, doctrina y jurisprudencia mencionadas.

Si el Estado no puede garantizar que aquellos a quienes ha instituido en órganos suyos para prestar uno de los servicios primordiales que le corresponden y, además, pretende su irresponsabilidad cuando alguno de ellos, como en el presente, atraviesa la barrera del servicio irregular para, derechamente, incurrir en graves conductas delictuales, habrá renunciado a los fines mismos de la organización social y contribuirá a la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa (Fallos: 318:2002).

No estará de más, en este estadio del análisis, memorar que el fin del Estado es el bien común público (Conf. BIDART CAMPOS, Germán, "Lecciones Elementales de Política", Ediar, Buenos Aires, 1979, p. 182 y ss.); el Estado existe para alcanzarlo y el sujeto beneficiario de ese fin es la comunidad toda. Se entiende al bien común, en la actualidad, como la defensa de los derechos y deberes de la persona humana (Conf. Juan XXIII, Encíclica "Pacem in Terris"), y esa finalidad debe iluminar el tratamiento de temas como el presente, que involucra de manera directa a la responsabilidad del Estado, incluso, por la incursión en delitos penales de funcionarios que actuaban como sus órganos.

Decidida, pues, la suerte en el ámbito de la responsabilidad penal del ex Subcomisario de la Policía Federal Argentina Carlos Rubén Díaz, por imperio del artículo 1102 del Código Civil, resulta ineludible la responsabilidad del Estado

Nacional (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II, causa n° 5078/95, del 9/11/99).

La indiscutibilidad en sede civil del fallo condenatorio dictado en materia penal alcanza no sólo la existencia del ilícito y condena de su autor, sino también las características y contornos fácticos que conciernen a las circunstancias que rodean el hecho principal y que en sede penal se tienen por acreditados (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala K, c. 131770, "Vázquez Salazar, Cristina Estela c/Kerner, Eduardo s/sumario", del 10/12/93; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal, Sala I, causas n° 4162/97, "Ferrari, Alfredo y otro c/Estado Nacional. Ministerio del Interior s/daños y perjuicios varios", del 19/2/98, y n° 4125/92, "Saavedra de Veizaga, Martina y otros c/Estado Nacional, Policía Federal y otros s/Daños y perjuicios", del 22/4/99).

En este aspecto el pronunciamiento recurrido ha tenido por acreditado, con fundamento bastante para satisfacer los recaudos de una sentencia, la existencia de un obrar negligente y falto de la debida diligencia que las circunstancias exigían por parte de los funcionarios policiales; comportamiento irregular del órgano estatal que agregó perjuicio y dolor a un evento dañoso anterior por el cual el Estado Nacional debe también responder.

Así los sentenciantes han tenido por probado que el cuerpo de la joven Urcullu fue identificado por su padre, Alberto Urcullu en el Hospital Italiano, quien realizó los trámites respectivos ante las autoridades policiales para obtener su entrega y que, sin embargo, no fue remitido conforme lo indicaba el oficio de la Policía Federal a la Morgue Judicial, sino que se lo halló en la morgue del Cementerio de la Chacarita, sin identificar.

Esa situación irregular determinó que el progenitor tuviese que seguir buscando el cadáver y efectuar -luego de encontrarlo en donde no se suponía que debía estar- un segundo reconocimiento y un nuevo trámite ante otra seccional policial, agregando un perjuicio adicional al grave daño causado por el evento principal ventilado en estas actuaciones, por el que también debe responder el Estado Nacional a raíz de la operatividad de las normas que se analizaron precedentemente y tal

como lo dejó establecido correctamente la sentencia de mérito.

Habrá de desestimarse, asimismo, el argumento del recurrente relativo a una eventual "*culpa de la víctima*" que descartaría o morigeraría su responsabilidad.

Fundamenta su aseveración en la circunstancia de que se ha comprobado la existencia de alcohol en la sangre de la joven fallecida. Sin embargo, su hipótesis no pasa de ser, como tal, sólo una conjetura, puesto que esa contingencia en modo alguno es eficiente para operar como quiebre del nexo causal que, como se ha expresado ya, existe entre las omisiones y acciones ilícitas comprobadas en la causa y el resultado dañoso.

Resulta irrelevante en el estudio de las responsabilidades que le caben a los diferentes accionados el hecho de que María Sol Urcullu haya ingerido alcohol en el recital al que concurrió. ¿Cómo predicar de esa circunstancia que pueda constituir una negligencia, una imprudencia o una omisión de diligencia por parte de la occisa, que fundamente una posible culpa suya ante la magnitud de las múltiples infracciones constatadas en el legajo? No puede ser seriamente sostenido y debe descartarse.

Es más, tampoco puede interpretarse la propuesta efectuada por el recurrente sino como una simple conjetura que el concatenamiento causal tenido por probado que desembocó en la muerte de la joven pudiera haberse visto interrumpido o alterado si ella no hubiese bebido, porque de esa sola suposición no se deduce necesariamente que hubiera podido sustraerse de la suerte desgraciada que, en definitiva, corrió.

Por lo demás, algunos de los agravios vertidos en el escrito recursivo fueron motivo de estudio y desarrollo en ocasión de emitir nuestro voto en la causa n° 8062 de la Sala III del Tribunal (Registro n° 1053/07), correspondiente al recurso de queja interpuesto por el representante del Estado Nacional contra la denegatoria del remedio casatorio, a su vez dirigido contra la decisión de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal que había confirmado el rechazo de la excepción de incompetencia, la excepción de falta de legitimación pasiva por él articulada y la citación de terceros al proceso, de fecha 7 de agosto de 2007.

En esa oportunidad y sin perjuicio de remitirnos en un todo a lo dicho, sucintamente expuesto ahora, se dejó sentado que

no se ha precisado el concreto perjuicio que irrogó a la parte impugnante el plazo acordado para contestar la respectiva demanda civil; que en rigor no ha existido alegada denegación del fuero federal, en virtud de la jurisprudencia del Alto Tribunal que en esa oportunidad citamos, por una parte, en atención al carácter intrínsecamente nacional que revisten los órganos jurisdiccionales del Fuero en lo Criminal de la Capital Federal y, además, en atención a que, en este proceso, la acción civil se ha ejercitado de acuerdo a las facultades legales conferidas al interesado como accesoria de la penal.

Cabe agregar que contra dicha resolución l Estado Nacional dedujo recurso extraordinario, el cual fue rechazado por esta Sala con fecha 5 de diciembre de 2007 (Reg. n° 1703/07). Ello motivó que la parte interpusiera queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la fue desestimada por ese Alto Tribunal con fecha 20 de mayo de 2008 (Cfr. copia de la resolución glosada al expediente). Lo expuesto, en definitiva, nos releva del tratamiento de la cuestión planteada por el civilmente demandado, en atención a que lo resuelo por el Máximo Tribunal ha adquirido la calidad de cosa juzgada.

Sin perjuicio de lo manifestado, también en cuanto a la presunta denegación del fuero federal por la que insiste en su reclamo el recurrente, cuadra agregar la ausencia de alegación de un perjuicio concreto que acuerde contenido a su pretensión.

En efecto, ha obviado el impugnante exponer cuál ha sido el efecto contrario a los intereses de su parte que litigar en esta sede le ha ocasionado, o de qué derechos se ha podido ver privado por ello y cuál hubiese sido el resultado distinto y más beneficioso que le habría deparado ser accionado en otra sede.

Es más, en rigor, no se advierte que nada de ello pueda válidamente ser expresado en sustento del recurso, ya que en esta causa constan cumplidos todos los recaudos procesales legalmente establecidos en aras de resguardar los derechos de las partes.

Finalmente, ya se ha dado tratamiento con suficiente respaldo jurisprudencial y doctrinario, a la circunstancia de que la responsabilidad del Estado -en cualquiera de sus formas- por los actos, omisiones e incluso delitos penales cometidos por sus órganos en el ejercicio de sus funciones no requiere siquiera de la individualización de los funcionarios que incurrieron en la

falta de servicio que determina dicho deber de reparar.

Por lo tanto, carece de fundamento también el agravio referido a la objeción relativa a que no han sido sujetos pasivos de la litis o terceros citados ciertos funcionarios policiales, ya que en nada cambia la posición del Estado frente a su obligación de resarcir. Ello es así, sin perjuicio de las acciones que éste pueda ejercer, eventualmente, en el futuro contra quien o quienes considere oportuno hacerlo.

Asimismo, precedentemente hemos dado tratamiento a la objeción referida a la tasa de interés elegida por los juzgadores respecto de los montos indemnizatorios fijados en el acto sentencial, por lo que cabe remitirse a lo allí expuesto.

2. Regulación de honorarios.

2.a. De los honorarios de los abogados querellantes.

Recordemos que entre otros agravios la querella encabezada por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, cuestionaron el monto de los honorarios que fueron regulados por el *a quo*.

Para argumentar su planteo señalaron que la suma de cien mil pesos ($ 100000) resulta baja puesto que no considera realmente la extensión del trabajo desarrollado por esa parte; ni la calidad, dedicación y eficacia de la tarea; así como tampoco la dedicación casi exclusiva durante el año de juicio oral.

Luego de efectuar un detalle de las acciones que llevaron adelante los abogados, esa querella solicita que el monto regulado sea elevado a un millón de pesos ($ 1000000).

Por otra parte, la asistencia letrada del grupo de acusadores privados unificados en Héctor Farreras, es decir, los doctores Patricia Núñez Morano, María Marta Marco, Sebastián Michaux y Mauricio Lionel Castro, a quienes el Tribunal de mérito les reguló conjuntamente los honorarios en la suma de ciento treinta mil pesos ($ 130000), también estimaron que resultaban bajos.

Para fundar su agravio expresaron idénticos motivos que la querella de los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina.

Indicaron, asimismo, que los honorarios fueron regulados en forma conjunta; no obstante, debería atenderse cuál es la real retribución que a cada uno corresponde por la tarea desempeñada.

El *a quo* con el objeto de regular los honorarios de los letrados de las querellas ponderó la labor que habían desarrollado teniendo en cuenta las pautas previstas por los artículos 533 y 534 del Código Procesal Penal de la Nación y la ley 21839 -modificada por ley 24432-.

El artículo 6° de la ley 21839 establece como reglas para determinar los honorarios las siguientes pautas: a) el monto del asunto o proceso, si fuere susceptible de apreciación pecuniaria; b) la naturaleza y complejidad del asunto o proceso; c) el resultado que se hubiere obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada en el juicio por el vencido; d) el mérito de la labor profesional, apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo; e) la actuación profesional con respecto a la aplicación del principio de celeridad procesal; y f) la trascendencia jurídica, moral y económica que tuviere el asunto o proceso para casos futuros, para el cliente y para la situación económica de las partes.

En ese orden, se desprende del pronunciamiento que el Tribunal de mérito tuvo en consideración todas esas reglas a los efectos de regular los honorarios de los profesionales.

Así, en primer término, señaló que *"...no resulta aplicable el art. 6to. inc. a) de la ley de arancel (concordante con el art. 534 del C.P.P.N.) toda vez que no es posible asignar a este proceso un monto o valor determinado. Adviértase, que si bien ante esta misma sede ha tramitado una acción civil tendiente a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por los familiares de una de las víctimas fatales del hecho investigado, ha habido otros 192 muertos y al menos 1432 lesionados como consecuencia de aquél, ignorándose en forma cierta la cantidad de acciones civiles iniciadas y significado económico de las mismas"* (fs. 67426 vta.).

Como consecuencia de ello, indicaron que los criterios a atender deben ser *"la naturaleza y complejidad de los delitos investigados, la extensión temporal de la causa, el resultado obtenido y su relación con la gestión profesional desarrollada (art. 6to. inc. b) y c) de la ley 21.839 reformado por la ley 24.432)"* (fs. 67426 vta.).

Con relación a este parámetro, en el *sub lite* destacaron especialmente *"la actuación en la etapa preparatoria del juicio y*

la prolongación del debate, en particular la frecuencia con la que se han llevado a cabo las audiencias (tres por semana) excepto en el mes de enero que fueron dos por semana y que durante los alegatos fueron corridas, y su prolongación durante todo el día" (fs. 67427). Ello fue resaltado a modo de reconocimiento de la dedicación casi exclusiva de los letrados que intervinieron.

El *a quo* también expresó que "[h]*abrá de valorarse asimismo el mérito de la labor profesional apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado. Aquél se pone de manifiesto no sólo en las cuestiones de derecho planteadas por escrito, sino también en la asistencia y desempeño en las audiencias y la labor extrajudicial que razonablemente han debido realizar los profesionales durante el curso del proceso"* (fs. 67426 vta./7). De este modo se encuentra satisfecho lo establecido por el inciso d) del artículo 6° de la ley de arancel.

Ponderaron, asimismo, la actuación de los letrados en favor de la celeridad procesal, sobre todo en un proceso como el que nos ocupa caracterizado por la cantidad de partes involucradas y la complejidad de los hechos investigados -artículo 6° inciso e)-.

Además, valoraron la trascendencia del proceso para casos futuros, pues se encuentran involucrados *"intereses que conciernen a gran parte de la comunidad, debido al cuestionamiento de la actuación de funcionarios del Estado Nacional y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y por haberse producido el hecho en un local comercial con asistencia masiva de personas"* (fs. 67427) -artículo 6° inciso f) de la ley 21839-.

Más allá de lo expuesto, al regular los honorarios, los magistrados sentenciantes tuvieron en cuenta las etapas en las que intervinieron cada uno de los profesionales —artículo 45 de la ley de arancel- y que la actuación de todos ellos fue conjunta -artículo 10 de la citada norma-, considerando especialmente que su desempeño profesional llevaba más de cuatro años al momento en que se expidieron.

Como resultado de la valoración de todos los extremos que fueron plasmados en los párrafos que anteceden fijaron los emolumentos de los letrados del grupo de querellantes integrado por los doctores Patricia Núñez Morano, María Marta Marco, Sebastián Michauz y Mauricio Lionel Castro en la suma de ciento

treinta mil pesos ($ 130000). Mientras que los honorarios correspondientes al grupo encabezado por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, fueron regulados en la suma de cien mil pesos ($ 100000).

Así, pues, advertimos que en el caso han sido ponderadas las múltiples pautas generales previstas por la ley y, teniendo en cuenta ello, hemos de compartir el criterio recurrido, ya que el *a quo* evaluó suficientemente el desempeño de los abogados querellantes, brindando adecuados fundamentos en el resolutorio que resultan, a nuestro juicio, acordes para considerar al pronunciamiento como acto jurisdiccional válido (artículos 123 y 404 inciso 2° del ordenamiento procesal). Ello conforme el criterio que sostuvimos en la causa n° 10604 caratulada "López, Silvana Noelia s/ recurso de casación", de fecha 24/08/2009, entre otras.

En efecto, dicho decisorio ha cumplido con las pautas fijadas por la ley 21839 -modificada por la ley 24432- y, en especial, con la manda establecida en el artículo 47 de la referida normativa, que dispone en su segundo párrafo que *"El juez deberá fundar el auto regulatorio"*.

De conformidad con todo lo expuesto precedentemente, en definitiva, debemos señalar que de acuerdo con la doctrina fijada por este Tribunal, en el sentido de que el artículo 123 del Código Procesal Penal de la Nación al imponer la necesidad de motivar los pronunciamientos exige que el juzgador consigne las razones que determinan la resolución, expresando sus propias argumentaciones de modo que sea controlable el *iter* lógico seguido por él para arribar a la conclusión (análisis crítico, razonado y circunstanciado de las constancias del proceso, sin omitir la evaluación de toda aquella prueba que sea conducente o decisiva para el desenlace de la cuestión); apreciamos que las exigencias de fundamentación se encuentran debidamente verificadas en el caso sometido a estudio, razón por la cual la sentencia deberá ser confirmada en este aspecto (ver doctrina jurisprudencial de esta Sala en la causa n° 18 *"Vitale, Rubén D. s/rec. de casación"* Reg. n° 41 del 18/10/93; causa n° 25 "*Zelikson, Silvia E. s/rec. de casación"* Reg. n° 67 del 15/12/93; causa n° 65 *"Tellos, Eduardo s/rec. de casación"* Reg. n° 99 del 24/3/94; causa n° 80 *"Paulillo, Carlos Dante s/ recurso de casación"* Reg. n° 111 del 12/4/94;

causa n° 135 "*Risso de Osnajansky, Nelly s/rec. de casación*" Reg. n° 142/94 del 18/10/94; causa n° 190 "*Ruisanchez Laures, Angel s/rec. de casación*" Reg. n° 152/94 del 21/10/94; causa n° 181 "*Sassoon Attie, Raúl Nissim s/recurso de casación*" Reg. n° 177/94 del 17/11/94; causa n° 502 "*Arrúa, Froilán s/ rec. de casación*" Reg. n° 185/95 del 18/9/95; causa n° 1802 *"Grano, Marcelo s/ rec. de casación"*, Reg. n° 186/2002 del 22/4/2002; causa n° 1357 *"Canda, Alejandro s/rec. de casación"*, Reg. n° 70/98 del 10/3/98; causa n° 2124 *"Anzo, Rubén Florencio s/ rec. de casación"*, Reg. n° 632/99 del 22/11/99; causa n° 2134, caratulada *"Emi Odeon S.A.I.C. s/recurso de casación"*, Reg. n° 712/99; causa n° 4303 *"Díaz, Héctor s/rec. de casación"*, Reg. n° 153/03 del 1/4/03; causa n° 4295 *"Marina, Sandra y otros s/rec. de casación"*, Reg. n° 442/03 del 7/8/03; y causa n° 4517 *"D'Aquila, Natalio s/ rec. de casación"*, Reg. n° 750/03 del 9/12/03; entre muchas otras, a cuyos fundamentos corresponde remitirse por razones de brevedad).

2.b. De los honorarios de Alberto Urcullu.

El representante del Estado Nacional cuestiona que los honorarios regulados a Alberto Urcullu, consistentes en el monto de cincuenta y seis mil pesos ($ 56000), resultan excesivamente altos y violan las pautas establecidas en la ley de aranceles —artículos 6° y 7° de la ley 21839-.

En consecuencia, solicita que sean reducidos a la suma de veinticuatro mil pesos ($ 24000).

Este agravio deberá ser rechazado por cuanto el recurrente no expresa en concreto el fundamento de su planteo.

En ese sentido, en la decisión del *a quo* se encuentra adecuadamente satisfecho el mandato de motivación contenido en el artículo 398 del Código Procesal Penal de la Nación, cuya inobservancia se conmina con nulidad, conforme lo establecen los artículos 123 y 404 inciso 2° del mismo cuerpo legal.

Ello, puesto que de la lectura de la resolución impugnada es posible tomar un suficiente conocimiento de los fundamentos que motivaron a los magistrados a resolver del modo en que lo hicieron, de forma tal que la tacha que al respecto interpone la defensa no pasa de ser una mera discrepancia con los criterios y valoraciones efectuados (Conf. el criterio que expusimos en la causa n° 8270 caratulada "Leo, Francisco Alejandro y Hurtado, Mónica Noemí s/ recurso de casación", del 15/04/2008).

Recordemos que al expedirse acerca de los honorarios que correspondían al doctor Alberto Urcullu el Tribunal de mérito dijo que "[e]*n atención al monto de la condena con más los intereses apreciados prudencialmente hasta la fecha (Conf. CNCCFed. en pleno 'La territorial de Seguros SA c/ STAF s/ incidente' del 11/9/07) y teniendo en cuenta las pautas reseñadas en los párrafos precedentes, otras más específicas para los casos de naturaleza estrictamente patrimonial y las etapas cumplidas (arts. 6, 7, 9, 10, 12, 19, 37 y 38 de la ley 21.839 modificada por la ley 24.432), se regulan los honorarios del Dr. Alberto Urcullu en su doble carácter de letrado apoderado en la suma de PESOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS ($56.000)*" (fs. 67429/vta.).

De los extremos transcriptos surge sin hesitación la validez de los parámetros tenidos en consideración por el *a quo* que, justamente, y como reclama el recurrente, contempla expresamente las pautas establecidas por la ley 21839 (modificada por ley 24432).

En consecuencia, este agravio no tendrá acogida favorable.

2.c. De los honorarios de los peritos.

Los Licenciados en Criminalística Eduardo José Lucio Frigerio y Carlos Alberto Junco, quienes intervinieron en el proceso en calidad de peritos de parte propuestos por la querella encabezada por el doctor Mauricio Lionel Castro, se agravian por considerar que el monto regulado como honorarios profesionales es bajo y no se ajusta a la labor desarrollada. En consecuencia, alegan que no fueron tenidas en cuenta las pautas fijadas por el artículo 6 de la ley 21839.

Por su parte, los peritos oficiales Juan María Cardoni, Hernán Santiago Nottoli, Walter Gómez Diz, Jorge Ciccarello, Cayetano Gabriel Profeta, Inés Natalia Bodio y Horacio Calderón cuestionan la suma fijada en concepto de honorarios por considerarla excesivamente reducida.

Señalan que la decisión del *a quo* es arbitraria pues no ha tomado en consideración las disposiciones del decreto ley 7887/55, ratificado por ley 14467, ni de la ley 21839.

Tras enumerar las tareas que realizaron y llevar a cabo una serie de operaciones matemáticas concluyen que de acuerdo a lo establecido en la Ley de Aranceles Profesionales sus honorarios debieron ser regulados en los valores de tres millones quinientos

noventa y siete mil trescientos sesenta y cuatro pesos ($ 3597364) o dos millones ciento treinta y cuatro mil setecientos nueve pesos con diez centavos ($ 2134709,10) -según distintas modalidades de cálculo-.

El Ingeniero David Fiszer, perito propuesto por la defensa de Fabiana Fiszbin, expresa que la regulación de honorarios efectuada por el Tribunal de Juicio es baja toda vez que no guarda relación con la importancia de la causa, ni con el tiempo que le demandó su estudio, el de los planos y las inspecciones y reuniones llevadas a cabo en el lugar de los hechos junto a los otros peritos. Además, señala que no se tuvo en cuenta la elaboración del extenso informe y su presencia en la audiencia de debate.

Por último, Karina Alejandra D´Emilio, traductora pública del idioma inglés, recurrió la decisión del *a quo* de fijar la suma de trescientos pesos en concepto de honorarios profesionales, puesto que estima que no guarda relación con la labor desarrollada y carece de un criterio para su establecimiento —recordemos que propuso que se contemplaran los valores sugeridos por el Colegio de Traductores Públicos-. A lo que debe sumársele que debido a que tienen carácter alimentario deben compensar la disponibilidad para el servicio.

En primer término, habremos de referir que de la sentencia recurrida se desprende que el *a quo* estableció los parámetros analizados a los efectos de regular los honorarios profesionales de los peritos que intervinieron en el proceso.

En ese sentido, los magistrados estimaron que "...*la fijación del honorario no debe provenir de una aplicación mecánica ni aislada de cierta alícuota sobre una base determinada, sino que deben ser ponderados otros parámetros tales como la importancia, extensión y aporte brindado por las tareas realizadas para la dilucidación de la causa*." (fs. 67428 vta.).

No podemos soslayar aquí que tal como se explicó al tratar la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes, no es posible asignar al proceso un valor puntual debido a que no se conoce a ciencia cierta la cantidad de acciones civiles iniciadas y el significado económico de ellas, lo que torna acertado el criterio del *a quo* en punto a que el cálculo no debe provenir de la aplicación mecánica de una proporción vinculada a una base

determinada.

De este modo, entendemos que es correcto lo afirmado por los magistrados sentenciantes, quienes para fijar el monto de los emolumentos tuvieron presentes las pautas mencionadas en la ley 21839 y, asimismo, para el supuesto concreto de los peritos, que aquél debía guardar proporción con la suma que en concepto de honorarios había sido establecida para las restantes partes que actuaron durante todo el proceso.

Así, de acuerdo con lo manifestado, regularon los honorarios de los Licenciados en Criminalística Eduardo José Lucio Frigerio y Carlos Alberto Junco en la suma de cinco mil pesos ($ 5000) para cada uno, y de los peritos oficiales en la suma conjunta de cincuenta mil pesos ($ 50000).

Ahora bien, sentado ello, estimamos que debe ser rechazado el planteo introducido por los profesionales Frigerio y Junco en punto a la ausencia de aplicación de las pautas previstas por el artículo 6° de la ley 21839 -modificada por ley 24432-.

Ello es así, en atención a que de los párrafos *supra* transcriptos, tanto en este supuesto como al tratar la regulación de los honorarios de los abogados querellantes —a los cuales nos remitimos a fin de evitar reiteraciones innecesarias-, se desprende que tales exigencias legales fueron contempladas por los magistrados que llevaron adelante el juicio.

En definitiva, tal como dijimos al inicio, el *a quo* al fijar el monto de los emolumentos que deben percibir por su labor los peritos Frigerio y Junco satisfizo la manda establecida por el artículo 47 de la ley 21839 -modificada por ley 24432-, que establece que los jueces deberán fundar el auto regulatorio.

Resta evaluar a continuación el agravio introducido por el cuerpo de peritos oficiales, al que el Tribunal de Juicio le reguló la suma de cincuenta mil pesos ($ 50000) en concepto de honorarios profesionales.

Así, estamos en condiciones de adelantar que el cuestionamiento correrá igual suerte que el de los otros profesionales recurrentes, puesto que entendemos que la decisión del *a quo* no puede ser descalificada por arbitrariedad.

Expusimos anteriormente que el argumento central para atacar el fallo es la falta de aplicación de las disposiciones previstas por el decreto ley 7887/55, ratificado por ley 14467, y

de la ley 21839 -modificada por ley 24432-.

Respecto del alcance de las normas de arancel, en reiteradas oportunidades señalamos que esas pautas sugeridas no resultan de aplicación obligatoria en esta sede, aunque ello, por supuesto, no importa que la regulación de honorarios quede librada al mero arbitrio judicial (Conf. votamos en la causa n° 9224 caratulada "Fernández, Juan Emilio s/rec. de casación", rta. el 19/11/08). Por el contrario, es necesario evaluar la naturaleza de las intervenciones, la complejidad de las tareas, la calidad de la labor, y la eficacia y extensión de aquella, para establecer fundadamente los emolumentos, pautas que conforme se desprende del fallo fueron tenidas en cuenta por los juzgadores tal como lo destacamos en párrafos anteriores.

Además de lo dicho, recordemos que el artículo 13 de la ley 24432 establece que *"Los jueces deberán regular honorarios a los profesionales, peritos, síndicos, liquidadores y demás auxiliares de la Justicia, por la labor desarrollada en procesos judiciales o arbitrales, sin atender a los montos porcentuales mínimos establecidos en los regímenes arancelarios nacionales o locales que rijan su actividad, cuando la naturaleza, alcance, tiempo, calidad o resultado, de la tarea realizada o el valor de los bienes que se consideren, indicaren razonablemente que la aplicación estricta lisa y llana de esos aranceles ocasionaría una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder. En tales casos, la resolución que así lo determine deberá indicar, bajo sanción de nulidad, el fundamento explícito y circunstanciado de las razones que justificaren la decisión"*.

En esa inteligencia, consideramos que al regular los honorarios de los peritos, intérpretes y demás auxiliares de la justicia en primer lugar se debe determinar cuál es la ley aplicable en virtud de la remisión que la misma norma procesal hace al respecto (artículo 534 del Código Procesal Penal de la Nación) y, en el supuesto de que las especiales circunstancias del caso lleven al juez a la convicción de que corresponde apartarse de ellas, deberá cumplirse ello siguiendo las pautas establecidas en la ley citada y fundándose adecuadamente dicho proceder (Conf. sostuvimos en la causa n° 9224 caratulada "Fernández, Juan Emilio

s/rec. de casación", de esta Sala III, del 19/11/2008).

Ahora bien, es necesario tener en consideración que el decreto 2284/91 -ratificado por ley 24307-, a través de sus artículos 8 y 10, derogó las disposiciones del decreto ley 7887/55. Este criterio fue corroborado en el artículo 1° del decreto 240/99, que expresamente identifica a ese régimen de arancel como derogado. De ello se sigue que no se trata de normativa vigente aplicable al *sub lite*, por lo que debe rechazarse el agravio sobre esta cuestión.

Por otra parte, al realizar una revisión de los diferentes fundamentos que utilizó el *a quo* para regular los honorarios, se desprende sin hesitación que las pautas adoptadas son aquellas establecidas por el artículo 6° de la ley 21839 -modificada por ley 24432-, con expresa excepción del inciso a) de esa disposición. Esas exigencias coinciden con el criterio establecido por el artículo 88 inciso 1) del decreto ley 7887/55, extremo que fue mencionado por los juzgadores pese a no hallarse en vigencia.

Además, los peritos oficiales pretenden la utilización de una escala de porcentajes que no resulta aplicable al caso, no sólo porque está prevista en un régimen derogado sino también porque no existe un valor determinado para tomar como base.

Entonces, por lo expuesto, lo referido por los recurrentes en orden a que no se tuvo en cuenta el monto promedio de las indemnizaciones reclamadas a fin de establecer el valor del proceso y en base a ello calcular los honorarios, debe rechazarse pues es a todas luces una operación matemática basada en cifras fijadas arbitrariamente y carentes de certeza.

Con relación a ello, cabe señalar que la pretensión ejercida por los acusadores en estas actuaciones -en el marco de la cual intervinieron los peritos- fue punitiva y no pecuniaria, pues persiguen la aplicación de una pena (Conf. causa n° 6301 "Raele, Alejandro Maximiliano y Raele, Edgardo Rodolfo s/recurso de casación", de esta Sala III, rta. el 16/05/06).

Y si bien tramitó una acción civil que dio lugar a la condena al pago de una indemnización por daños y perjuicios, reiteramos que se desprende claramente de los fundamentos vertidos por el *a quo* que a pesar de la existencia de ese reclamo no es posible asignarle un valor determinado al proceso por cuanto se ignora a ciencia cierta la cantidad total de demandas por daños y

perjuicios iniciadas y, en consecuencia, el significado económico.

Estos argumentos permiten descartar de plano el cálculo efectuado por los peritos oficiales.

Otro punto a destacar es que como bien lo expuso el *a quo* es doctrina del Máximo Tribunal que los honorarios de los peritos deben adecuarse y guardar relación con los emolumentos de los letrados que han intervenido en la causa (Fallos 300:70), circunstancia que en el *sub lite* se aprecia debidamente contemplada.

El agravio plasmado por el Ingeniero David Fiszer también será rechazado.

En este caso son igualmente aplicables los argumentos expuestos para los peritos de oficio, debiendo agregar que advertimos que el *a quo* no sólo tuvo en cuenta los parámetros pretendidos por el recurrente para fijar la suma que le corresponde en concepto de honorarios profesionales sino que, incluso, la ha establecido en justa proporción con el resto de los profesionales intervinientes, pues no podemos soslayar que a los peritos de oficio les fueron regulados en forma conjunta para la totalidad de los integrantes del grupo de trabajo.

Para finalizar, respecto del planteo introducido por la traductora pública del idioma inglés Karina D´Emilio, habremos de hacer referencia a que las pautas sugeridas por la recurrente —emanadas del Colegio de Traductores de la Ciudad de Buenos Aires- no resultan de aplicación obligatoria en esta sede, lo cual no importa —como ya lo expresamos- que la regulación de honorarios quede librada al mero arbitrio judicial. Por el contrario, resulta necesario evaluar la naturaleza de la intervención de la profesional actuante.

Así, pues, en este supuesto, entendemos que la decisión del Tribunal de mérito satisface las exigencias legales puesto que conforme surge del acta de debate su intervención se limitó a una sola audiencia -el día 23 del mes de marzo del año 2009- en la que el testigo Salvatore Albano declaró durante menos de una hora e, incluso, expresamente se desprende del fallo atacado que "*...la naturaleza y complejidad de las tareas y el mérito de la labor profesional apreciado por la calidad, eficacia y extensión del trabajo se vio limitado por la comprensión que el testigo demostró del idioma español*".

En función de lo expuesto, estimamos correcto el criterio tenido en consideración por los magistrados sentenciantes al fijar los honorarios de la traductora y, por consiguiente, habremos de rechazar su planteo.

2.d. Conclusión.

Así, pues, debemos señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que lo referido a los honorarios profesionales será materia de revisión en esta instancia cuando lo decidido aparezca privado de razonabilidad y no se encuentre suficientemente fundado de conformidad con las circunstancias concretas de la causa (*in re* P.187XXXVII "Pomponi, Jorge Francisco y otro s/robo en poblado y en banda con efracción", rta. el 27/05/04).

De acuerdo a todo lo anticipado, dicho extremo no se presenta en el *sub examine*; por el contrario, la resolución impugnada ha sido sustentada razonablemente y los agravios de los recurrentes sólo evidencian una opinión diversa sobre la cuestión debatida y resuelta (CSJN Fallos 302:284; 304:415; entre otros), por lo cual el fallo cuenta con fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden la descalificación del fallo como acto judicial válido (Fallos 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchísimos otros). Igual criterio fue sostenido por esta Sala en la causa n° 10648 caratulada "Marotte, Estela Luján s/rec. de casación", rta. el 20/10/09, entre muchas otras.

3. Costas procesales.

Corresponde aquí dar tratamiento al agravio introducido por la defensa de la imputada Ana María Fernández vinculado a la imposición de las costas procesales.

En concreto, la parte considera que la decisión del *a quo* de imponer la carga de afrontar las costas procesales a los condenados, en su caso, resulta infundada porque ha tenido razón plausible para litigar.

Señala, para argumentar su planteo, que ninguna de las calificaciones legales propuestas por las querellas ha sido recogida por el Tribunal de mérito y que oportunamente había solicitado que se efectuara un juicio por separado para juzgar a los funcionarios públicos puesto que "[l]*a mayoría de los gastos originados por la tramitación de esta causa respondieron a la*

necesidad de dilucidar el grado de responsabilidad del resto de los imputados...".

En definitiva, la asistencia letrada entiende que corresponde se condene al pago de las costas por el orden causado y solicita, asimismo, que se proceda a fijar la parte proporcional pertinente para cada condenado —artículo 535 del Código Procesal Penal de la Nación-.

Así, pues, se desprende del fallo recurrido que el criterio de los magistrados sentenciantes fue que "[t]*odos los condenados deberán hacer frente a las costas causídicas (art. 29 del inciso 3° del Código Penal)"* y que *"las costas, en referencia a las absoluciones dispuestas, sean por su orden"* (fs. 67379/vta.), fundamentando el motivo por el que adoptaron esta última solución.

Ahora bien, examinada la resolución puesta en crisis, a nuestro parecer cuenta con razones suficientes que obstan a su descalificación como acto judicial válido.

Ello es así, puesto que debemos tener en cuenta que la regla establecida en el artículo 531 del Código Procesal Penal de la Nación determina que las costas serán a cargo de la parte vencida, quien será responsable del financiamiento del proceso, afrontando los gastos producidos por su tramitación (Conf. el criterio sentado por esta Sala en las causas n° 6421 caratulada "Ponce, Carlos Ramón s/ rec. de casación", del 7/04/2006 y n° 8437 caratulada "Botti, María Elisa s/ rec. de casación", del 28/12/2007, entre otras).

Al respecto advertimos que "[l]*o será el imputado, cuando hubiere sido condenado porque su conducta reprochada e injusta obligó al movimiento de todo el engranaje judicial..."* (Cfr. NAVARRO, Guillermo R. y DARAY Roberto "Código Procesal Penal de la Nación",2° edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Tomo II, p. 1381).

De esta forma, en atención a que *"el Código sigue la regla de imposición de costas al vencido, es innecesario que en los casos en que se aplique esa norma general el juez deba exponer las razones de su aplicación"* (Ibídem, p. 1382).

La mencionada pauta ha sido expresamente reconocida por la Corte Suprema de Justicia al sostener que *"el principio general es la imposición de costas al vencido"* (CSJN, L. 963. XXXVIII "Las

Varillas Gas S.A c/ EN –M. de Economía O. y S. P.- Sec. de Energía- resols. 124 y 148/01 s/ amparo ley 16986", rta. el 20/12/2005).

Entonces, en este aspecto accesorio del pronunciamiento de mérito los sentenciantes no han hecho más que aplicar el principio objetivo de la derrota, también prescripto por el artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que estatuye que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria.

Así, pues, se considera vencido el que obtuvo un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (Cfr. FASSI-YÁÑEZ, "Código Procesal Civil y Comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, Tomo I, p. 413). El fundamento de la condena es el hecho objetivo de haber resultado perdidoso en el litigio, con independencia de factores subjetivos y su justificación radica en que la actuación de la ley que debió haber sido instada ante los estrados judiciales no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar. Por ello, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho (CSJN, Fallos: 311:1914; 314:1634; 317:1638, entre otros). Asimismo, la excepción a esta regla general es de carácter restrictivo (Fallos 316:2297; 317:1638, entre otros) y aún la duda debe resolverse inclinándose por su aplicación (Cfr. MORELLO-SOSA-BERIZONCE, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial", Librería Editora Platense, Tomo II-B, 1992, p. 52).

Lo dicho determina que el agravio de la defensa no deba tener acogida favorable pues la decisión de aplicar el principio general rector no resulta arbitraria.

Por otra parte, con relación a la omisión de fijación de la parte proporcional de las costas que corresponde que afronte Fernández –artículo 535 del ordenamiento ritual-, habremos de recordar que "[c]*onforme al art. 31 del CP, la obligación de reparar el daño causado por el delito es solidaria entre los responsables de su comisión...*" y que "[e]*n cambio, no existe previsión expresa acerca de la solidaridad en lo pertinente al sufragio de las costas. La solidaridad, para los responsables del delito, deriva de la naturaleza de la obligación principal que,*

como se viera, contiene tal calidad...". Además, *"[l]a omisión del órgano jurisdiccional de distribuir las costas entre los distintos obligados a su pago, debe interpretarse como que las mismas han sido distribuidas en partes iguales"* (Cfr. NAVARRO, Guillermo R. y DARAY, Roberto, ob. cit., p. 1388/9 y en el mismo sentido ALMEYRA, Miguel Ángel "Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado", Editorial La Ley, 2007, tomo III, p. 454).

En consecuencia, esta petición de la parte también debe ser rechazada.

Finalmente y en otro orden de cosas, es menester referirnos al corte de la calle Bartolomé Mitre entre Jean Jaures y Ecuador de este medio, frente al local "República Cromañón".

Así, surge del legajo que a fs. 65053/68 el Subsecretario de Justicia del Gobierno de la Ciudad remitió actuaciones al Tribunal de Juicio poniendo en conocimiento de esa judicatura, la petición de un particular destinada a que se proceda a la apertura de la mencionada arteria que, según se señaló también, se encontraría cerrada al tránsito por orden de judicial y en el marco de la presente causa.

Frente a ello, en el mes de octubre de 2008, el *a quo* hizo saber al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que no existía disposición jurisdiccional alguna relativa al corte de tránsito en ese lugar, sino únicamente se había encomendado a la seccional preventora "*arbitrar los medios necesarios para conservar el lugar del hecho*". En ese marco, también requirió a las autoridades del poder administrador que antes de proceder a la apertura en cuestión, se informe de ello al Tribunal, dado que era menester disponer algunas medidas de seguridad previas —ver fs. 65115-.

Ahora bien, transcurridos más de dos años desde aquel requerimiento del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y conforme resulta de público y notorio conocimiento, nada se ha dispuesto sobre el particular, con los consiguientes perjuicios que la situación causa tanto a los vecinos de la zona, como a aquellas personas que ocasionalmente transiten por el lugar, según surge también de las propias actuaciones antes mencionadas.

Siendo ello así, corresponde disponer la liberación de la calle Bartolomé Mitre —entre las arterias Jean Jaures y Ecuador- a la utilización pública y al tránsito. Previamente, el Tribunal Oral *a quo*, y de ser necesario en coordinación con el juzgado de

instrucción interviniente provean a la mayor brevedad posible las medidas pertinentes para el resguardo del lugar de los hechos, y sus adyacencias con eventual interés probatorio, a cuyo efecto se librará el correspondiente oficio.

En mérito a todo lo expuesto, propiciamos al acuerdo y votamos por:

I) Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Omar Emir Chabán -fs. 68383/441-, de Fabiana Gabriela Fiszbin —fs. 67962/68151- y de Diego Marcelo Argañaraz —fs. 68697/836- en relación a las nulidades planteadas, con costas (artículos 456 inciso 2°, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

II) Rechazar el recurso de casación deducido por los doctores Pedro y Vicente D´Attoli, en relación a la impugnación del punto dispositivo XIII de la sentencia obrante a fs. 66216/67442, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

III) Rechazar el recurso de casación incoado por los doctores Albino Stefanolo y Marisa Darwiche a fs. 68335/82, con costas; hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal —fs. 67864/942-, y por las querellas encabezadas 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 del fallo, y condenar a **Raúl Alcides Villarreal** por resultar participe necesario penalmente responsable de los delitos de incendio doloso seguido de muerte en concurso real con cohecho activo (artículos 45, 55, 186 inc. 5 y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

IV) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación planteado a fs. 68697/836 por el doctor Roberto Bois, sin costas; y en consecuencia anular parcialmente el punto dispositivo XVIII de la sentencia, únicamente en lo que se refiere a la determinación de la pena impuesta a **Diego Marcelo Argañaraz,** rechazándose por lo demás el mentado recurso en lo que a la responsabilidad penal del acusado se refiere (artículos 40 y 41

del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

V) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación presentados por los representantes del Ministerio Público Fiscal, y por las querellas encabezadas 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 del fallo y, en consecuencia condenar a **Patricio Rogelio Santos Fontanet** por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio doloso seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 186 inc. 5 y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 de la sentencia, y en consecuencia condenar a **Eduardo Arturo Vázquez** por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio doloso seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 186 inc. 5 y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 Iglesias, sin costas; casar el punto dispositivo XXII del veredicto, y en consecuencia condenar a **Juan Alberto Carbone** por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio doloso seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 186 inc. 5 y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 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 XXIII de la sentencia, y en consecuencia condenar a **Christian Eleazar Torrejón** por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio doloso seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 186 inc. 5 y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 del fallo y en consecuencia condenar a **Maximiliano Djerfy** por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio doloso seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 186 inc. 5 y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 condenar a **Elio Rodrigo Delgado** por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio doloso seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 186 inc. 5 y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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, 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 veredicto, y en consecuencia condenar a **Daniel Horacio Cardell** por resultar autor penalmente responsable del delito de incendio doloso seguido de muerte en concurso real con cohecho activo en calidad de partícipe necesario (artículos 45, 55, 186 inc. 5 y 258

del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XII) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 68442/664, por los doctores Fermín Iturbide y Eduardo Escudero, sin costas; casar el punto dispositivo XXVIII del fallo, y en consecuencia condenar a **Carlos Rubén Díaz** por resultar autor penalmente responsable de los delitos de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con el de cohecho pasivo (artículos 45, 55, 189 2° párrafo y 256 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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; hacer lugar parcialmente 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 de la sentencia, y en consecuencia 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);

XIV) Rechazar el recurso de casación incoado a fs. 68152/334, por el doctor Oscar Vignale en favor de Ana María Fernández, con costas; hacer lugar parcialmente 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 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);

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 la querellante Benicia Gómez, y por el doctor José Iglesias, sin costas; casar el punto dispositivo XXXIV del fallo, y en consecuencia 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 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XVI) Disponer que en atención al resultado del acuerdo, las penas deberán ser impuestas por el Tribunal Oral interviniente;

XVII) Rechazar los recursos de casación planteados por las defensas de Diego Marcelo Argañaraz, de Maximiliano Djerfy —fs. 67660/73-, de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Elio Rodrigo Delgado, Cristián Eleazar Torrejón, Juan Alberto Carbone, Daniel Horacio Cardell y Eduardo Arturo Vázquez —fs. 67831/42-, de Carlos Rubén Díaz, de Fabiana Gabriela Fiszbin, y por el apoderado del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —fs. 67708/22- contra el punto XXXV de la parte dispositiva de la sentencia, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XVIII) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ana María Fernández contra el acápite XXXV del fallo y respecto a la fijación de las costas procesales, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XIX) Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 67754/830, por el doctor Rubén García Villador, letrado representante del Estado Nacional, contra los puntos XXXV y XXXIX del fallo, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XX) Rechazar los recursos de casación incoados por los doctores Mauricio Lionel Castro, Patricia Nuñez Morano y María Marcos, Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, y por los peritos de oficio Juan Cardoni, Hernán Nottoli, Walter Gómez Diz,

Jorge Ciccarello, Cayetano Profeta, Inés Bodio y Horacio Gallo Calderón -fs. 67943/61-, y de parte Eduardo Frigerio, Carlos Junco —fs. 67751/3- y David Fiszer -fs. 67683-, y por la traductora pública del idioma inglés, Karina D'Emilio -fs. 67674/78 y 68949/53-, contra el punto XXXVII de la sentencia, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XXI) Disponer la liberación de la calle Bartolomé Mitre —entre las arterias Jean Jaures y Ecuador- a la utilización pública y al tránsito. Previamente, el Tribunal Oral *a quo*, y de ser necesario en coordinación con el juzgado de instrucción interviniente provean a la mayor brevedad posible las medidas pertinentes para el resguardo del lugar de los hechos, y sus adyacencias con eventual interés probatorio, a cuyo efecto líbrese el correspondiente oficio;

XXII) Tener presentes las reservas del caso federal efectuadas.

Tal es nuestro voto.

La señora jueza doctora **Liliana E. Catucci** dijo:

1. Nulidades

En primer término y a fin de abordar el tema que me convoca, habré de señalar que seguiré el orden de tratamiento sistematizado en el voto del Dr. Riggi.

1.a. Me adhiero al rechazo del agravio de la defensa de Omar Emir Chabán referente a las nulidades por el aseguramiento de prueba.

En efecto para que la forma de asegurar las pruebas pueda entrañar un interés relacionado con la impugnación deducida, el recurrente debió haber precisado en qué parte o de qué modo ese planteo afectó el ejercicio de la defensa en juicio, punto que ha recibido adecuada respuesta en el primer voto al que me remito y al que agrego otro fallo en el mismo sentido de la Sala I, dictado en la causa n° 421 "AGOSTI, Jorge Horacio s/recurso de casación", rta. 7/3/95, reg. 421, en cuanto establece que, "La nulidad [...] exige, para su viabilidad, la demostración del concreto perjuicio que pudo inferir el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarle en el fallo si no hubiese

existido ese efecto“.

Pues bien, “para que la declaración de invalidez de un acto procesal resulte procedente es indispensable que se verifique un perjuicio real y concreto, esto es, que se haya producido una efectiva limitación de un derecho del imputado (...) Lo contrario importaría afectar el principio de trascendencia e implicaría el dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo cual resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal” (Sala III, causa n°4742 “Márquez, Jorge S. s/competencia”, rta. 3/9/03, reg. n°497).

En este sentido, el Alto Tribunal estableció que “…las nulidades procesales son de interpretación restrictiva (Fallos 321:929); y que no se admite la nulidad de los actos procesales por la nulidad misma, sino sólo cuando efectivamente se lesiona el interés de las partes, para evitar un sistema de nulidades puramente formales, acogiendo sólo aquéllas que por su posible efecto corrector, tengan idoneidad para enervar los errores capaces de perjudicar realmente aquel interés”.

En esta línea de pensamiento también ha señalado que “aún tratándose de nulidades absolutas, la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (Fallos 295:961; 198:1413; 311:2337; entre muchos otros)” (Conf. Sala III, causa n°11.464 “Cárdenas del Castillo, Milenas/ recurso de casación y otra” rta. 04/02/2010, reg.21/10; causa n° 10.821 “Gutman, Estela y otro s/recurso de casación” rta. 27/08/09, reg. 1197/09 y causa n°10.724 “Almonacid Mendoza, Jorge Luis s/recurso de casación”, rta. 01/09/09, reg. 1199).

1.b. Los mismos precedentes citados en el acápite anterior satisfacen la respuesta a la aclaratoria de los puntos de peritación.

Más aún si se repara que esa misma defensa en la etapa oportuna aceptó las conclusiones periciales que ahora, tardíamente cuestiona de nulidad. Aceptación que coadyuva a la eliminación del tema como agravio, desplazado legalmente por caducidad de conformidad a lo normado en el artículo 171 del Código Procesal Penal en sus tres incisos, aplicable por no tratarse de una

nulidad de carácter absoluto.

1.c. Vacío de contenido jurídico y argumental puede catalogarse la objeción al empleo de la maqueta como guía para los testigos.

En todo caso eran estas las piezas procesales que debióse discutir.

1.d. En relación a la actuación de la OFAVI impugnada, cabe resaltar que la posibilidad de contacto de las víctimas o testigos, cuestionada por este recurrente como no se ha traslucido en la sentencia al evaluar sus dichos en relación a las restantes piezas de convicción obvia un tratamiento más exhaustivo de este llamado agravio.

El desarmónico planteo sobre una pretendida desigualdad de tratamiento de las partes se asienta, en rigor de verdad, en el lapso acordado a cada una de ellas para expedirse en el alegato. Dicho planteo se apoya en la medida del interés que tenían para el Tribunal las alegaciones de la parte que se queja. En todo caso debió apoyarse el recurrente en un destrato de las pruebas recogidas y evaluadas o en las que el a quo pudo haber omitido de proveer y hubieran resultado insuperables, agravios estos no precisamente alzados.

En lo restante me adhiero al primero voto.

1.e. Este agravio ataca una norma procesal: la del artículo 86 del código de forma que sin haber planteado su inconstitucionalidad torna insustancial cualquier discusión al respecto.

La incorporación de los dichos del querellante como testigo según lo indica el artículo citado se valora considerando su afectación y en función de la concordancia o discordancia de su deposición en el plexo probatorio.

En ese sentido y sobre el alcance de la cuestión en tratamiento resta destacar la doctrina sentada en la causa n° 3687 "Gasol, Myriam E. y otros s/recurso de casación", rta. 19/10/2001, reg. 4667 de la Sala I, a la que me remito en homenaje a la brevedad.

1.f. Cabe hacer notar en este punto que la falta de mención de una libreta o de sus anotaciones lejos está de configurar un ataque al principio de congruencia.

Con sólo reparar que el artículo 298 del Código Procesal

Penal, no prevé una sanción de nulidad sino que sólo exige como formalidad previa de la declaración indagatoria la información al procesado de "cuáles son las pruebas existentes en su contra…" torna decisivo el descarte de ese agravio frente a su carencia de sustancia procesal y jurídica.

Como bien se puso de resalto en el voto que abrió el acuerdo, no cualquier tema atañe al principio de congruencia.

He señalado reiteradamente que la estructura de ese principio sostiene que "es deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y de la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, que ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio (Fallos: 186:297; 242:227; 246:357:284:54; 298:104; 302:328 y 316:2713, entre muchos otros) y que es corolario necesario del principio de congruencia -que la defensa pretende violado-, la correlación entre el hecho comprendido en la declaración indagatoria, el que fue objeto de acusación y el considerado en la sentencia final" ("in re" CNCP, Sala I, causa n°1820, "Trossero, Gustavo s/recurso de queja", rta. 17/4/98, reg. n° 2146; causa n°1280, "Barrionuevo, Pablo G. s/recurso de casación", rta. 10/4/97, reg. n°1484; causa n°8566, "Jalil, Gabriel E., Piris Barreto, Martín y Serniotti, Roberto A. s/recurso de casación", rta. 17/10/07, reg. n°11.140; causa n°3300, "Galdamez, Jaime Alberto s/recurso de casación", rta. 24/4/01, reg. n°4263 y causa n°3899, "Orsi, Aldo Alberto s/recurso de casación", rta. 13/6/02, reg. n° 5105).

También he sostenido que "no se advierte de qué manera se pudo haber afectado el principio de congruencia cuando es evidente que el tribunal se expidió sobre los hechos comprendidos tanto en la indagatoria como en el requerimiento de elevación a juicio. Es exclusivamente éste el recaudo que la Corte Suprema de Justicia requiere en protección del principio, amén de la preservación de la facultad judicial de efectuar calificaciones distintas sobre la base de esos substratos (G.79. XXIV, Recurso de hecho, "García D'Auro, Ramiro E. y otros s/robo de automotor", rta. el 10/8/95), facultad que tiene previsión normativa en el art. 401 del código

de rito" (CNCP, Sala III causa n°10.582, "González, Claudio Héctor s/recurso de casación",rta. 29/9/09, reg. n°1348).

Con el mismo criterio, he referido que si se advierte la constante imputación de un mismo hecho histórico punible, la mutación en la sentencia de la calificación de la participación no conculca la garantía de defensa en juicio (art. 18 C.N.), "... Ello tanto más si se repara en que '... el objeto material del proceso es el tema propuesto como res iudicanda y... su finalidad más característica es la obtención de la res iudicata. El objeto resulta ser así un asunto de la vida; la materialidad afirmada como penalmente relevante.... Se trata de un concepto representativo de lo fáctico hipotizado en las normas penales; un posible acontecer cuyas consecuencias son penalmente relevantes' (confr. Jorge A. Clariá Olmedo, "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Actualizado por Jorge E. Vázquez Rossi, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2001, pág. 220/221); y en que, si esto es así, no se ha alterado esa materialidad sino que se le ha dado una significación jurídica distinta, lo que está permitido por el ordenamiento legal -art. 401, párrafo primero, del C.P.P.N.-" (CNCP, Sala I, causa n°5501 "Gardiner, Ricardo Diego s/recurso de casación, 30/9/04, reg. n°7060).

No es por lo tanto una prueba la que podría haberlo afectado, como es en el caso la agenda con anotaciones, que por lo demás había entrado en conocimiento de la parte que hoy se dijo haber estado por ello perjudicado.

Lo insostenible de ese agravio lleva ínsita la respuesta negativa a su viabilidad.

1.g. Agotado como quedó en el voto precedente el tema relacionado con la legitimidad del particular para querellar por un delito contra la Administración Pública, sólo he de insistir en que el recurrente ha dejado pasar la oportunidad y forma para cuestionar el punto, y que además dada la relación causal que tuvo en la especie el cohecho con el epílogo mortal y lesivo del hecho, punto al que más adelante me dedicaré, nada más cabe acotar.

1.h. En punto a la nulidad de las actas de debate sumo a lo expuesto en el primer voto la ausencia de agravio del recurrente, lo que más allá de la cita de la jurisprudencia que agrego torna fútil extenderse en la respuesta.

En efecto, "Las actas de debate no constituyen una

transcripción de lo ocurrido en él, sino sólo una síntesis; lo asentado en esos instrumentos puede ser defectuoso o incluso incompleto pero si un detalle concreto no está impuesto expresamente por la ley ello no conduce a su nulidad" (Sala I, causa n° 5218, "ZAPATA, Esteban Eduardo s/recurso de queja", rta. 30/03/04, reg. 6594).

1.i. Repecto al planteo de la inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios que formuló la defensa de Omar Emir Chabán adhiero a las consideraciones que sobre la cuestión efectuó el Dr. Riggi.

1.j. También con claridad se señala en el voto que lidera el Acuerdo que las perfecciones que las partes pretenden en las acusaciones distan de ser las requeridas para su validez, razón por la cual habiéndose garantizado con el contenido de las piezas acusatorias el ejercicio de la defensa en juicio, nada más he de agregar a lo dicho por mi colega preopinante.

2. Hechos probados e intervención de los acusados. El incendio.

La cuestión fáctica propiamente dicha, esto es, la producción del incendio típico, ya ha sido correctamente ponderada tanto en la sentencia como, en forma concordante, por el colega que me precede en la votación por lo que, en honor a la brevedad, a ello me remito.

En ese sentido, debo aclarar que no observo -ni se ha planteado- la existencia de algún tipo de arbitrariedad en el tratamiento que el a quo realizó del evento, tanto en lo que hace a su génesis, como a su desarrollo y a su desenlace luctuoso. Tratamiento éste que también hizo propio el Dr. Riggi en su voto.

Una de las querellas, aquélla unificada en el Dr. Iglesias, se agravió por una supuesta arbitrariedad en la selección de los factores típicos de mayor relevancia que desembocaron en el suceso, hecha por el Tribunal de Juicio.

En mi opinión, hay una cuestión indiscutible y es que el lugar estaba plagado de irregularidades, ello en virtud del estado en que se encontraban las entradas, por su conformación estructural, por los obstáculos a los medios de salida, por las características del espectáculo a brindar y por la particular circunstancia de que la actuación estaba centrada en la posibilidad de uso de material ígneo.

Todo en República Cromañón era irregular.

Habrá de adecuarse entonces el hecho a su significación jurídica y determinar la responsabilidad de cada uno de los encausados antes y durante el desarrollo del espectáculo.

Precisamente el marco de esas irregularidades administrativas excedió esa faceta e incursionó en figuras delictuales.

El local y sus sucesivas modificaciones fue afectando progresivamente la seguridad del ambiente.

De esta manera, los agravios de la querella antes referidos quedan involucrados en los elementos típicos de riesgo de ese sitio.

Respecto de todas y cada una de las irregularidades hago expresa remisión al contenido del preciso y meduloso voto que lidera este acuerdo y obvio en mérito a la brevedad su reproducción en éste.

Pero a estas anomalías que no fueron aisladas, hay que sumarles las propias del día del hecho.

Se trataba del día previo a la finalización de un año con las singularidades propias que la fecha conlleva incluso a nivel anímico tanto de los organizadores como de los controladores y aún del público, factores concurrentes a la situación de riesgo preexistente.

Así ocurrieron estos tristes hechos.

Era por todos conocido que el espectáculo de esa banda musical atraía demasiada gente, jóvenes en su mayor parte exacerbados por el mismo efecto de la música y de los movimientos así como por la posibilidad derivada del fuego de las candelas.

La superación del número de entradas permitidas que se vendió causó prácticamente la imposibilidad de movimiento de quienes, para peor, estaban de pie amontonados, eran cuanto menos 4500 personas como dice el fallo. Demasiadas.

Sólo bastó el encendido de una candela para que el lugar se convirtiera en una trampa mortal.

He de adherir también al voto del distinguido colega que me precede en lo que se refiere a la intervención de cada acusado, en el hecho principal.

Esta plataforma fue sobradamente tratada y se despejó cualquier tipo de duda que pudiera existir, por lo que hago míos

los argumentos del Dr. Riggi y no los reproduzco para no resultar sobreabundante.

Mi discrepancia radica, esencialmente, en la relevancia jurídica que dichas intervenciones deben revestir.

2.a. Significación jurídica de este luctuoso suceso.

Todas esas secuencias riesgosas se adecuan sin esfuerzo a las formas típicas del obrar culposo: la imprudencia y la negligencia, por una acción o por una omisión.

En ellas se encierra cualquier otra, incluso las infracciones administrativas que llevan consigo el ataque a otro bien jurídico diferente, cual es el de la Administración Pública.

Ha de adecuarse pues el hecho a sus significancias legales.

Por lo visto y en cuanto al incendio se refiere se perfila con lo expuesto un tipo penal culposo con enlace en otros delitos contenidos en el capítulo VI del título XI del Código Penal.

En principio entonces ha de afinarse la configuración legal y paso seguido la responsabilidad que en él o en ellos pudo caber a cada uno de los coprocesados.

En esa tarea se han de valorar los factores de riesgo conocidos y asumidos por los justiciables.

Los agravios centrados en el conocimiento de esos factores han recibido acabada respuesta en el voto que antecede y a ellos me remito.

Discrepo fundamentalmente con las consideraciones de la acción que trae el pronunciamiento recurrido y recogidas en el primer voto.

El punto crucial de mi disidencia radica en el elemento subjetivo del accionar de los responsables en el episodio que afectó el bien jurídico seguridad pública el 30 de diciembre de 2004.

El examen de los hechos y de las conductas de los incriminados permite despejar un accionar doloso, en cualquiera de sus formas, sea directo, indirecto o eventual.

2.b. Elemento subjetivo del tipo penal en análisis.

Para llegar por camino cierto a la selección del delito cometido, han de examinarse las distintas formas del dolo y de la culpa.

Entendido según la significación extraída del Código Penal

en su artículo 34, inc. 1°, el dolo sería "la determinación de la voluntad del autor hacia el delito" (Núñez), puede decirse que actúa dolosamente quien quiere cometer el hecho típicamente antijurídico.

Con el mismo enfoque Carlos Creus partiendo de la anterior dice que "...actúa dolosamente quien quiere cometer el hecho típicamente antijurídico" (conf. "Sinopsis de Derecho Penal, Parte General", Editorial Zeus, Rosario, Provincia de Santa Fe, edición 1978, pág. 125/127).

En relación a las teorías sobre la estructura del dolo, afirma que "para la teoría de la voluntad el dolo es un querer, es la 'intención más o menos perfecta´ (Carrara) de violar la ley. Por tanto existe dolo cuando la voluntad del autor se encamina hacia la concreción del resultado típico o a la realización de la acción típica (en los delitos formales). El dolo es 'voluntad de resultado' (Binding) o la 'voluntad dirigida a una finalidad' (Manzini).

Para la teoría de la representación, la esencia del dolo se asienta en la representación, que exige el conocimiento de lo que se hace y la previsión de lo que puede resultar de lo que se hace. Prever el resultado es igual a querer el resultado. 'Quien quiere una acción y prevé su resultado, aprueba… también el resultado; si no lo aprobase no querría la acción, que él ve condicionada al resultado; como a pesar de ello obra, expresa realmente su aprobación (Bekker).

Para la teoría del asentimiento el dolo finca en el consentir la resultancia de una actividad, lo que exige, por supuesto, representársela. Es más bien un modo de señalar el límite extremo del dolo, que va ´desde la intención directa e inmediata, hasta el asentimiento subjetivo prestado a un resultado que se prevé sólo como posible o probable´ (Soler)."

En cuanto al contenido enseña Creus que "En el dolo encontramos elementos intelectuales o representativos, que se determinan en el conocimiento de la 'criminalidad' de la acción, lo que implica el conocimiento del hecho, es decir, de lo que se hace, y el conocimiento de todas las circunstancias que fundamentan la tipicidad y la antijuridicidad de eso que se hace; en este último aspecto se discute en la moderna doctrina si basta con el conocimiento de las realidades fácticas que integran la

tipicidad y antijuridicidad, o es necesario el conocimiento del carácter prohibido de la acción, es decir, si basta con que el autor sepa que mata, o es necesario que sepa que matar está prohibido por la ley penal. Encontramos también elementos volitivos que se determinan en el querer realizar la acción cuyos elementos fácticos —y en su caso jurídicos- se conocen según los elementos anteriores."

Distingue el autor las clases de dolo señalando que el "Dolo directo se da cuando el autor quiere directamente el hecho típico, es decir, cuando quiere que 'suceda aquello en lo que el delito consiste'; el autor tiene el propósito de llevar a cabo lo que constituye el 'contenido intelectual' del dolo, vale decir, el hecho que conoce, según hemos expresado al referirnos a los elementos intelectuales o representativos.

Se habla de dolo indirecto o necesario en aquellas situaciones en que el autor no quiere el hecho directamente pero sabe que necesariamente se tiene que dar para lograr aquello que persigue; es decir, el autor no quiere 'aquello en que el delito consiste', pero sabe que es o un requisito necesario para que se produzca lo que él quiere, o una consecuencia necesaria de lo que quiere hacer.

Según Núñez, los casos de dolo indirecto son aquellos en los que el delito consiste en los medios utilizados para la realización del fin deseado, o la remoción de los obstáculos para lograr el fin deseado; o las consecuencias necesarias para la ejecución del fin deseado. Por ejemplo, quien queriendo dar muerte a una determinada persona incendia la casa donde se encuentra conjuntamente con otras, sabiendo que éstas van a morir, aunque el autor no quiera la muerte de las mismas actúa con dolo indirecto.

Se habla de dolo eventual cuando el autor acepta o toma a su cargo el hecho que conoce como probable consecuencia de su accionar; se distingue del dolo indirecto o necesario, pues en éste el hecho ilícito está relacionado necesariamente con lo que quiere el autor, mientras que en el eventual está relacionado sólo eventualmente; es decir, existe una gran probabilidad de que ocurra, y el autor acepta que ocurra.

Para que exista dolo eventual se exige un requisito subjetivo de carácter intelectivo: el autor debe representarse la probabilidad del resultado (si no se lo representa estaremos en el

terreno de la culpa) y un requisito objetivo: debe tratarse de una probabilidad, no de una simple posibilidad (en este segundo supuesto, también se está en el terreno de la culpa).

En el dolo eventual el dolo no se fundamenta en el querer el hecho ilícito, sino en el ánimo 'delictivamente reprobable al autor'; ese ánimo tanto puede fincar en la aceptación de correr el riesgo de que el hecho ocurra, cuanto en la indiferencia ante la probabilidad de la ocurrencia; actúa con dolo eventual quien dispara contra la ventana de una casa habitada, sabiendo que sus balas pueden herir a los que en ella se encuentran y aceptando este resultado, como quien dispara sin importarle si va o no a herir."

Bajo ninguna de sus tres formas, ni aún para la inherente a la comisión por omisión se adecua, según mi criterio el accionar de los responsables de este luctuoso suceso.

Como dice Claus Roxin, las tres formas de dolo se caracterizan por un "saber y querer" (conocimiento y voluntad) de todas las circunstancias del tipo legal (conf. "Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito", traducción de la 2ª edición alemana y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 2003, pag. 415).

Sólo con esa simple descripción se advierte la inadecuación del hecho al delito previsto en el artículo 186 del Código Penal.

Precisamente en lo que atañe al dolo eventual cabe recordar las palabras de Ricardo C. Núñez en "Derecho Penal Argentino, Parte General-II" (Bibliográfica Omeba, 1965, pág. 58 y ss) que excluye la intención directa o indirecta de delinquir y se limita a tomar a su cargo lo que por presentársele como probable, puede, frente a su conciencia, eventualmente ocurrir. Lo que se presenta en la mente del sujeto aparece sólo eventualmente ligado al objeto de su querer, no está en el ámbito de ese querer. Subraya el autor que el dolo eventual no deriva del hecho de que la probabilidad del delito exista sólo objetivamente, sino que es necesario que a esa probabilidad se la haya representado el agente. "Si éste sólo debió representarse esa probabilidad, pero en realidad, no se la representó, únicamente se le podrá imputar culpa; jamás dolo, porque éste, incluso en su forma eventual, es

siempre una determinación de la voluntad frente al dilema de delinquir o no delinquir".

Si nos atenemos a las palabras de Roxin la cuestión se afina en el mismo sentido. En la obra ya citada sostiene que "[p]ara caracterizar unitariamente las tres formas de dolo se emplea casi siempre la descripción del dolo como 'saber y querer (conocimiento y voluntad)' de todas las circunstancias del tipo legal. A ese respecto, el requisito intelectual ('saber') y el volitivo ('querer') están en cada caso diferentemente configurados en sus relaciones entre sí. En el caso de la intención, en el lado del saber basta con la suposición de una posibilidad, aunque sólo sea escasa, de provocar el resultado, p. ej. en un disparo a gran distancia. Dado que se persigue el resultado y que por tanto el 'querer' es muy pronunciado, cuando el disparo da en el blanco concurre de todos modos un hecho doloso consumado. En cambio, en el dolo directo (de segundo grado) el 'saber' es todo lo exacto que es posible. Si quien realiza un atentado sabe con seguridad que la bomba que hará saltar por los aires a su víctima también causará la muerte a las personas de alrededor, se puede calificar de 'querida' la muerte de éstas, aunque no la persiga y por tanto el momento volitivo sea menos intenso que en caso de intención. Y finalmente, en el dolo eventual la relación en la que se encuentran entre sí el saber y el querer es discutida desde su base (cfr. más detenidamente nm. 21 ss.): pero en cualquier caso, el mismo se distingue de la intención en que no se persigue el resultado y por tanto el lado volitivo está configurado más débilmente, mientras que respecto del dolus directus (de segundo grado) también el saber relativo a la producción del resultado es sustancialmente menor. En esta reducción tanto del elemento intelectual como del volitivo se encuentra una disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límite, [se] aproxima muchísimo, haciéndolos ya apenas distinguibles, el dolus eventualis a la imprudencia consciente".

De seguirse al mismo autor se alcanza sencillamente el accionar de los enjuiciados por este hecho con la culpa, lo que surge de la diferenciación misma que Roxin hace entre el dolo eventual y la culpa consciente o con representación.

En efecto dice el autor que dolo es "realización del plan". "Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo

reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta `decisión por la posible lesión de bienes jurídicos' es la que diferencia al dolo eventual... en su más severa punición" "Cuando p. ej. alguien, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla absolutamente general dolosamente, sino sólo por la imprudencia consciente, aunque el sujeto... conocía las posibles consecuencias e incluso se le había advertido de ellas".

"La diferencia radica sin embargo en que el conductor, en tal situación y pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo será la primera víctima de su conducta".

"Esta confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido".

"Sin duda se le puede reprochar al sujeto su descuidada negligencia o ligereza y castigarle por ello, pero como no ha tomado decisión alguna en contra de los valores jurídicos típicamente protegidos"... (como aquí la vida, la seguridad pública, los bienes)... "aquel reproche es más atenuado y merece sólo la pena de la imprudencia".

Se observa en las definiciones de Roxin y en la de cualquiera de los otros maestros del derecho citados, que el caso de autos se conforma a esas características, según se verá más adelante.

Pero siguiendo con ese enfoque dice Roxin (opus cit., pág. 1023 y ss.) que "la opinión absolutamente dominante parte hoy de la idea de que dolo e imprudencia se hallan en una 'relación gradual'...".

E incluso continúa diciendo que "dentro de la imprudencia se pueden distinguir formas más fuertes y más débiles".

En referencia a la temeridad dice que "[s]i el sujeto manifiesta una conducta altamente peligrosa, ello permite concluir una falta frívola de consideración (y por tanto una culpabilidad

intensificada o agravada), cuando sus conocimientos y capacidades se corresponden con los de una 'figura-baremo diferenciada'. Pero ello simplemente confirma la idea general de que un injusto mayor comporta también, en el caso del sujeto normalmente capacitado, una mayor culpabilidad. Si el sujeto sólo ha creado un peligro pequeño, la temeridad no se puede fundamentar en un grado 'trascendente' de actitud interna censurable, como sucede en la concepción defendida por Maiwald para los delitos cualificados por el resultado". Se puede establecer entre el dolo y la imprudencia una relación gradual.

Por su parte y a fin de deslindar el elemento subjetivo de los organizadores en forma de apreciar si hubo imprudencia o dolo eventual son ilustrativas las palabras de Santiago Mir Puig en su obra "Derecho Penal, Parte General" (cuarta edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 1996, págs. 244 a 270 y ss.), para quien, según el contenido psicológico de la acción imprudente, se puede distinguir la culpa consciente de la inconsciente. Existe culpa consciente cuando "si bien no se quiere causar la lesión se advierte su posibilidad, y sin embargo se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya dolo eventual. [...] La culpa inconsciente supone, en cambio, que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro. [...] En el dolo eventual (o dolo condicionado) se le aparece (el delito) como resultado posible (eventual) [...]".

Expresa de seguido que las opiniones doctrinales se separan profusamente a la hora de precisar la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente, que también supone que el autor se representa el delito como posible.

Ambos, el dolo eventual y la culpa consciente parten de una estructura común que hace dificultosa su neta diferenciación pues en ninguno de ambos conceptos se desea el resultado; y en ambos se reconoce al autor la posibilidad de que lo produzca. Sigue diciendo Mir Puig que entre las numerosas teorías que a tal fin se han formulado, dos posiciones se destacan por su importancia. Son la teoría del consentimiento (o de la aprobación) y la de la probabilidad (o de la representación): "para la teoría del consentimiento o de la aprobación, lo que distingue al dolo

eventual de la culpa consciente es que el autor consienta en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo apruebe. [...] Para la teoría de la probabilidad o de la representación lo único decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor". Es que para los partidarios de esta última posición, media acuerdo para "afirmar la presencia del dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado, y de culpa consciente cuando la posibilidad de éste reconocida por el autor era muy lejana. No importa la actitud interna del autor -de aprobación, desaprobación o indiferencia frente al hipotético resultado-, sino el haber querido actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción".

Para Mir Puig "el dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. Pero no se trata tanto de cuantificar un determinado grado de peligrosidad que debe advertir el sujeto -como pretende la teoría de la probabilidad- cuanto de preguntar si el sujeto que advierte la posibilidad del delito cree que en su caso puede realizarse dicha posibilidad o, por el contrario, lo descarta. No importa la sola conciencia de la probabilidad estadística, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular".

En esta dirección, explica el citado autor que "es posible que el sujeto esté convencido de que, pese a la peligrosidad estadística que advierte en la acción, en su caso no va a dar lugar al delito. Tal convicción podrá basarse en elementos objetivos de la situación que la hagan razonable y faciliten su prueba (por ejemplo, en la posibilidad de control del peligro que tiene el sujeto u otra persona), pero también en motivos irracionales, como la superstición, aunque el juez no podrá partir de esto último salvo que existan pruebas que lo confirmen. Esta posibilidad de coexistencia de la conciencia del peligro estadístico y, a la vez, de la creencia de que no va a realizarse, es lo que permite la existencia de la culpa consciente". Cita a Roxin, Grundlagenprobleme, p. 229s.; ZStW, 96 (1984), p. 27, quien destaca que la culpa consciente supone siempre una "inconsecuencia": pese a que el sujeto advierte que puede producir

el delito, cree que no será así, lo que supone un error de cálculo. Afirma también la existencia de un error (por ejemplo, el sujeto cree que puede evitar un resultado lesivo) en la culpa consciente como elemento diferencial respecto del dolo eventual (conf. Corcoy pág. 282 ss). Este es el criterio que, en el afán de distinguir el dolo eventual de la culpa con representación, he sostenido en la causa nro. 6419 "Marteau, Alejandro s/recurso de casación" rta. 15/8/06, reg. 9272 de la Sala I de esta Cámara.

Es decir, que aún cuando el autor sea conciente del riesgo que comporta su conducta, puede existir culpa conciente y, por ende, negarse el dolo eventual, cuando exista en su voluntad una confianza en la evitación del resultado típico, confianza que naturalmente debe tener sustento en elementos objetivos que la tornen racional.

En esa misma línea, tengo dicho en ocasión de votar en la causa n° 6496 "Tarditi, Matías Esteban s/recurso de casación" de la Sala I (reg.9315 rta. 25/8/2006), que "habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado. Como sostiene Kühl, este evaporado elemento del conocimiento se compensa con el fuerte elemento de la voluntad que es el seguro vínculo entre el fin perseguido y el resultado producido, e incluso quienes postulan un dolo meramente cognoscitivo, por esta razón deben introducir de contrabando un elemento de voluntad en el concepto (...). Si el agente toma conciencia del posible curso lesivo de su acción porque lo advierte o le informe un tercero, no habrá dolo eventual si confía en que lo puede evitar. Sin embargo, la mera apelación al azar no lo excluye; es decir, la confianza en la evitación debe ser confirmada por datos objetivos" (confr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General"; Buenos Aires, 2003, pág. 500).

También Roxin, en una posición crítica, afirma que "una interpretación que reduce el dolo exclusivamente al componente de saber es demasiado intelectualista", pues "en una situación igual en cuanto al saber puede haber que apreciar en un caso dolus

eventualis y en el otro imprudencia consciente" (conf. obra citada pág. 434). Asimismo este autor concluye en que "los empeños en suprimir el elemento volitivo-emocional están condenados al fracaso (...). La magnitud del peligro conocido y la circunstancia de si el sujeto tenía, desde su posición, algún motivo para conformarse con el resultado desempeñarán el papel más importante al respecto; otros criterios como la habilitación al riesgo -[propuesta de Jakobs]-, los esfuerzos de evitación -[según Kaufmann]- y la cobertura o aseguramiento -[postura de Herzberg]- poseen una trascendencia más indiciaria para la valoración del peligro. Mediante la ponderación general y racionalmente controlada de los indicios que apuntan en favor de tomar en serio el peligro o de la confianza en la no producción de la lesión del bien jurídico se sustrae esta doctrina a la arbitrariedad de la que recelan sus críticos, mientras que las concepciones pretendidamente puramente objetivistas, que se limitan a un saber (de la índole que sea), caen con demasiada facilidad en un esquematismo rígido" (ob. cit. pág. 447; confr. también, en lo concordante, Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, cuarta edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1992, V, págs. 586 y ss).

Ha de recordarse por lo demás, que tal como tiene dicho la Sala I de esta Cámara (causa n° 6257, "Ranno, Carlos A. s/recurso de casación", rta. 3/10/05, reg. 8119), "tanto en el dolo eventual como en la culpa con representación nunca existe dominio de la situación. Precisamente, es la errónea conciencia de ese dominio lo que justifica la confianza en la evitación del resultado. Y ese genuino convencimiento en la evitación del resultado, basado en fundamentos racionales es lo que distingue, en el caso, el dolo eventual de la culpa con representación. Así lo ilustran los profesores españoles para quienes 'en todo hecho imprudente subyace un error: no se quiere el resultado lesivo y éste se produce. Por lo tanto, si pese al conocimiento de la peligrosidad de la conducta el autor cree, erróneamente, que puede evitar la producción del resultado, concurrirá imprudencia y no dolo (...). El error sobre la propia capacidad de evitación es el elemento que permite, de concurrir, la calificación de unos hechos como imprudentes (...). Cabe también considerar imprudentes los supuestos en los que se aprecia un error sobre la real

peligrosidad de la conducta. En ellos el autor yerra sobre el grado de probabilidad de producción del resultado' (Comentario a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo, publicado en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1985, sección dirigida por Santiago Mir Puig, comentario a la sentencia del 28 de octubre de 1983, ponente: Latour Brotons, 'En el límite entre dolo e imprudencia', Mirentxu Corcoy Bidasolo, págs. 970/71)".

2.c. Inaplicabilidad de los artículos 186 y 187 del Código Penal

Se advierte sin dificultad el desajuste del accionar de los encausados sea al incendio previsto en el artículo 186, como al estrago del 187 del Código Penal. Artículos presididos por la acción de causar incendio o causar estrago.

De haber surgido de la prueba recogida que ésa era la intención de los presentes y aún de los ausentes, pero partícipes de la acción criminal el 30 de diciembre de 2004 en el local bailable, poco más hubiera faltado para atribuirles el homicidio calificado del artículo 80, inc. 5° del Código Penal.

Como seguidamente se verá la conducta desplegada con anterioridad, la permitida y buscada ese mismo día no encaja en ninguna de las formas del dolo, sino que se adecua sin esfuerzo a un grave accionar culposo.

La precisión en el análisis de los hechos y en la valoración de las pruebas conduce fácilmente a la conclusión que vengo anticipando.

Si nos atenemos a que con anterioridad algunos de los coprocesados 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.

Demasiadas torpezas y acciones delincuenciales obstaron a evitarlo.

He aquí el punto crucial que deslinda el dolo eventual de la culpa con representación.

El caso se ajusta perfectamente al ejemplo traído por Roxin en su obra al decir que "La diferencia radica sin embargo en que... en tal situación y pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad..., pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo será la

primera víctima de su conducta".

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.

2.d. La figura culposa

En la misma línea de pensamiento Ricardo Núñez (conf. obra citada pág. 74 y ss.), dice que la culpa no es un simple actuar descuidado, sino una omisión de cuidado en el obrar o en el omitir, porque sin la observancia de un deber que lo prohíba en el caso, el descuido no es reprochable. Indica que "el deber de cuidado sobre el cual se estructura la omisión culpable se fundamenta en la previsibilidad de que de la propia conducta derive un daño para los terceros". Es decir que el autor no tuvo la posibilidad de preveer el daño "no tenía el deber de actuar con cuidado y, por consiguiente, ocurrido aquél, no se le puede atribuir una omisión culpable".

Es entonces que para el citado autor, la previsivilidad "represente, en primer lugar, el criterio para determinar la regla objetivamente definidora de la posibilidad de prever el daño" previsión que se asienta en conceptos generales de acuerdo con la naturaleza del hecho y las circunstancias de tiempo y lugar.

Aclaraba que ese deber objetivo de previsión debía complementarse con el riesgo permitido, pues el deber de cuidado cuya violación hace incurrir en culpa, es aquél que puede correlacionarse con riesgos creados o afrontados fuera del desenvolvimiento permitido de la vida individual o social. Es entonces que una conducta culposa sólo es admisible "si en el ejercicio de la pertinente actividad el agente crea o afronta riesgos distintos de los ordinarios".

Naturalmente que la previsibilidad objetiva del daño no alcanza para determinar totalmente el deber de cuidado a que está obligado el autor, pues al decir de Núñez "para agotar el punto falta tomar en cuenta su poder particular de previsión" para lo cual "corresponde tomar en consideración las capacidades y saber del autor".

Retomando las formas de conducta culposa puede decirse que las cuatro contenidas en el Código Penal quedan involucradas en dos; imprudencia o negligencia. Las otras dos fácilmente se

adecuan a las indicadas.

El nombrado define la negligencia como la omisión por el autor de los cuidados debidos que no le permiten tener conciencia de la peligrosidad de la conducta para la persona, bienes o intereses de terceros.

La imprudencia, según Núñez, se caracteriza porque "la omisión de cuidados de parte del autor se manifiesta en una conducta cuya peligrosidad para las personas, bienes o intereses de terceros ajenos reside en sí misma", por lo que en la mayoría de los casos comportará un supuesto de culpa consciente en la medida en que "el agente ha previsto como posible el suceso desgraciado que ha ocurrido, sin haberlo, no obstante querido; pero lo debió prevenir, sea tomando precauciones necesarias para evitarlo, sea absteniéndose de actuar".

Asimila la impericia más con lo que se ha denominado "culpa profesional" pues se manifiesta como una falta de saber teórico o práctico de la materia propia de un oficio o profesión.

Finalmente, conceptúa la "inobservancia de reglamentos, ordenanzas o deberes del cargo", como una "forma de culpa que se caracteriza porque la precaución o la prudencia exigible está predeterminada por normas reglamentarias u ordenatorias de ciertas actividades o cargos".

En estos últimos supuestos "la previsibilidad emergente de las circunstancias del caso, no es, por ende, la que determina aquí el deber de precaución o prudencia que fundamenta la culpa, sino que lo es una norma preexistente que ya toma en cuenta, de manera general, que las conductas que la omiten son susceptibles de causar daños a las personas y a las cosas ajenas", razón por la cual "quien no observa la norma de precaución o prudencia que regula la conducta que desenvuelve o que regula el cargo, obra siempre culposamente".

En la doctrina alemana, Hans Heinrich Jescheck ("Tratado de Derecho Penal", quinta edición, Editorial Comares, Granada, 1993, pág. 524 y ss), explica que "un comportamiento imprudente demanda de cada uno la aplicación del cuidado objetivamente debido que resulte necesario para evitar, mediante un querer correcto, la realización del tipo"; y para "precisar el grado de atención especial exigible...son determinantes la proximidad del peligro y el valor del bien jurídico amenazado...y...de la posibilidad de

prever el peligro se desprende el deber de un comportamiento externo apropiado con el objeto de evitar la producción del resultado propio (cuidado externo). El deber de observar el cuidado externo puede tener diversos fundamentos...Debe descansar en la ley o puede provenir de la experiencia de la vida". Responden, en último término, a los propios preceptos penales de la imprudencia, porque éstos imponen a todos el deber de comportarse en cada situación de modo que se evite la lesión al objeto protegido de la acción. Y el deber de cuidado interno obliga a advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente, pues todas las precauciones encaminadas a evitar un daño dependen, en su clase y alcance, de la percepción del peligro amenazante. Se trata aquí del cuidado interno que Binding denomina "deber de examen previo". Consiste en las condiciones bajo las cuales se realiza una acción y en el cálculo del curso que seguirá y de las eventuales modificaciones de las circunstancias concomitantes, así como en la reflexión acerca de cómo puede evolucionar el peligro advertido y cuáles serán sus efectos. Para precisar el grado de atención exigible son determinantes la proximidad del peligro y el valor del bien jurídico...El módulo para la atención exigible al autor en la advertencia del peligro es el hombre concienzudo y reflexivo de la esfera del tráfico a la que pertenece el agente y, ciertamente, en la concreta posición en la que éste se encontraba y contemplando ex ante la situación de peligro. Para enjuiciar la posibilidad de advertir el peligro ha de considerarse además el especial conocimiento causal del autor.

Para Santiago Mir Puig ("Derecho Penal", Parte General, séptima Edición, Barcelona, 2006, pág. 286 y ss.), en el delito imprudente el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado, es decir, por inobservancia del cuidado debido.

Explica entonces que, todo tipo imprudente ofrece la siguiente estructura: 1) La parte objetiva del tipo supone la infracción de la norma de cuidado (desvalor de acción) y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (desvalor de resultado); 2) La parte subjetiva del tipo requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa

consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante.

Aclara Mir Puig que para la calificación del injusto imprudente, es decir, para la determinación del cuidado objetivamente debido, debe tomarse en cuenta la concreta situación que rodea al hecho, pues "la objetiva norma de cuidado depende de lo exigible a un hombre diligente en la situación concreta del autor, a partir de un juicio ex ante que tome en cuenta los conocimientos especiales de la situación del autor al actuar".

Asimismo, para completar el juicio de subsunción de la conducta en el tipo culposo de que se trate, Mir Puig imputa el resultado a la imprudencia de la acción, lo que supone una doble exigencia: a) La relación de causalidad entre acción y resultado; y b) que la causación del resultado no sea ajena a la finalidad de protección de la norma de cuidado infringida.

Esto último se relaciona con la teoría de la imputación objetiva que exige que el resultado causado realice el riesgo creado por la infracción de la norma de cuidado, para lo cual es preciso que "la causación de resultado entre dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada".

Destaca finalmente Mir Puig los casos en que corresponde excluir la imputación del resultado a la conducta imprudente, los que sucederán: 1) cuando, pese al riesgo creado, no era previsible el concreto resultado causado. 2) cuando el resultado nada tenga que ver con la infracción cometida; 3) cuando el resultado se haya causado por la conducta imprudente, pero se hubiese causado igual con otra conducta no imprudente (casos de comportamiento alternativo correcto).

Por otra parte, se sostiene que en el delito culposo falta el elemento de unión (elemento psicológico que tienen los delitos dolosos que une al sujeto con el resultado y es la intención) y tenemos la sucesión de dos hechos: la conducta y el daño o peligro; hay, pues, que averiguar si en esa sucesión existe alguna relación de causalidad (conf. Enrico Altavilla, "La culpa", Editorial Temis, Bogotá, 1978, pág. 134).

He aquí el punto donde radica la discrepancia entre la forma de acción seleccionada en el pronunciamiento recurrido y la que entiendo que se configuró en la especie: la culposa.

Ello se acentúa más según la doctrina que se viene

recordando al no poder probar la existencia de un elemento psicológico de unión, cual es la intención.

Siguiendo con la doctrina, ahora con la alemana clásica, obra imprudentemente el que infringe un deber de cuidado que le incumbe personalmente cuyo resultado pudo haber previsto (conf. Mezger, Strafretcht, ein Lehrbuch, tercera edición, 1949, pág. 349). En consecuencia, en la culpa o imprudencia se daban dos elementos claramente diferenciados: a) la infracción de un deber individual de cuidado y b) una "relación anímica general del autor con el resultado", es decir, la previsibilidad del mismo. Ambos elementos constituyen la base del concepto dogmático de culpa o imprudencia.

También autores clásicos españoles, afirman que: "La comprobación de la imprudencia requiere establecer, en primer término, si al autor le incumbía un determinado deber de cuidado y, en segundo lugar, si un comportamiento adecuado al deber hubiera permitido … prever el resultado con su acción" (Conf. Antonio Quintano Ripollés, "Derecho Penal de la culpa", 1958, pág. 188 y ss).

Estos lineamientos del delito culposo he seguido en ocasión de votar en las causas n° 3625 "Muradas, Víctor Hugo s/recurso de casación" (C.N.C.P. Sala I, rta. 24/9/2001, reg. 4603) y n° 7798 "Toscano, Salvador y otros s/recurso de casación" (rta. 11/9/2007, reg. 10.987 de la misma sala).

En el precedente primeramente nombrado he sostenido en concreto que "para determinar si hubo o no culpa en un caso concreto a tenor de las pruebas producidas, éstas deben evaluarse según los preceptos de la sana crítica (artículo 398, última parte, del Código Procesal Penal) a fin de determinar si el autor observó dicho deber de cuidado, mandato generalizante que encierra no sólo la atención al ordenamiento jurídico, sino que se trata de un concepto mucho más amplio dado por los parámetros de normalidad social de las conductas observadas dentro de la actividad de que se trate". (Creus, Carlos "Derecho Penal", Parte General, Ed. Astrea, Bs. As, 1988, pág. 208 y ss).

Ahora bien, yendo al análisis de los comportamientos de los acusados, entiendo que este lamentable hecho, es atribuible, en primer término, a la negligencia e imprudencia de los organizadores del espectáculo, es decir a Omar Chabán, a los

integrantes del grupo musical “Callejeros”, incluido su manager Diego Argañaraz y a Villarreal, quienes violaron el deber de cuidado que debían observar en el marco de la realización de un espectáculo de asistencia masiva, lo que contribuyó de manera decisiva a la configuración del supuesto de hecho que hoy toca juzgar.

Ha de examinarse pues la responsabilidad que en ese hecho delictivo le cabe a cada uno de dichos involucrados.

2.d.1. Omar Emir Chabán.

Entonces, en el caso concreto y como primer paso de análisis, puedo afirmar que Chabán conocía los factores de riesgo que se concatenaron para producir el resultado típico. Me remito al tratamiento efectuado por el Dr. Riggi sobre el tema en el apartado séptimo de su decisión, exclusivamente en lo que se refiere al aspecto del conocimiento que tenía el nombrado, quien se representó la posibilidad de producción de un foco ígneo. Ello es indudable.

En efecto en lo atinente al conocimiento de Chabán del uso de las candelas es elocuente lo transcripto en aquél en cuanto a que antes de comenzar a tocar “Callejeros”, la detonación de una candela ganó su atención, a punto que se dirigió al público dándole a entender que podría ocurrir lo que instantes después sucedió.

Advertencia que permite concluir en igual sentido que el Dr. Riggi que tenía plena conciencia del grave riesgo de incendio que ello representaba, máxime que sucedieron dos principios de incendios anteriores en días previos que habían logrado dominar.

Conforme surge de la prueba reunida en autos, y en particular del testimonio de Guillermo Ariel Armango también queda corroborado el reiterado uso de ese material ígneo —bengalas y candelas- en días anteriores.

Lo hasta aquí expuesto y lo más detallado anotado en el primer voto torna suficiente respecto al aspecto subjetivo el conocimiento de la calidad inflamable del material que se había hecho colocar en los techos.

Esto, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en relación a las maniobras tendientes al no descubrimiento de todas esas irregularidades.

Se suma a su respecto, como así también al del manager, y

a los demás integrantes del grupo musical el exceso de entradas vendidas y el de personas en el sitio, que superaban no sólo lo permitido sino lo que razonablemente hubiera hecho factible una evacuación ante una situación de riesgo como la que se produjo. A todo lo cual debe sumarse lo detallado en el primer voto al que adhiero y obvio para evitar más repeticiones.

Establecidos esos factores en forma concordante con el primer voto, la pregunta que resta responder es si dicha circunstancia implica sin más que aceptó las consecuencias, o bien si, por el contrario, confió racionalmente en que el resultado típico no se concretaría. Esto significa, en otras palabras, establecer si el imputado obró con dolo eventual o con culpa con representación.

Ahora bien, a diferencia de lo concluido por mi colega preopinante, entiendo 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.

Como se explicó con detalle el hecho fue un incendio peligroso para bienes y personas indeterminadas.

Pese a su creencia no puede soslayarse que en el caso concreto, Chabán contaba a su manera con las experiencias anteriores que pudieron generarle al menos la presunción de que no se concretaría ese peligro típico.

En torno a esa presunción cabe señalar que los incendios anteriores ocurridos en el local si bien revelan que el imputado conocía que los materiales del techo eran inflamables, precisamente la circunstancia de que en esas ocasiones los focos ígneos habían sido de poca envergadura y por ello fácilmente apagados, sin riesgo de las personas o los bienes, permite suponer que Chabán, la noche del 30 de diciembre, confió en que de producirse fuego por el uso de pirotecnia, iba a poder evitar que se propagara y generara un peligro común.

Este razonamiento se apoya en los relatos de muchos de los empleados del imputado que estuvieron presentes en esas oportunidades y que comentaron que el fuego había sido neutralizado de una manera muy simple.

Basta recordar que con relación al incendio del 1° de mayo de 2004, cuando actuaba el grupo principal "Jóvenes Pordioseros" y

mientras se presentaba el conjunto “Sexto Sentido”, los testigos Alfredo Mario Díaz, Juan Carlos Bordón y Héctor Damián Albornoz coincidieron en que, debido a la utilización de material pirotécnico, se prendió fuego la media sombra que colgaba del techo en el sector próximo al escenario, el que fue extinguido mediante el uso de una manguera ubicada en esa zona del local. Se pudo evacuar a los asistentes y, disipado el humo reingresaron, el espectáculo continuó sin mayores consecuencias.

Incluso, Juan Carlos Bordón y Héctor Damián Albornoz comentaron que fue abierta la puerta alternativa para que los asistentes egresaran con mayor celeridad por ese sector.

Este dato es muy importante porque descubre la posibilidad de creer que los empleados podrían volver a hacerlo en caso de incendio para despejar el sitio con rapidez. Más aún cuando Alfredo Mario Díaz se encargó de decir que la llave respectiva se encontraba al alcance de los empleados dentro del local, puntualmente arriba de la heladera de la barra del fondo de la planta baja de ese sitio cerrado.

Por otra parte, en cuanto al episodio acaecido en el mes de diciembre durante un show de la banda “La 25”, debemos apreciar los relatos llevados a cabo no sólo por los testigos antes citados sino, además, por Hernán Gustavo Albornoz y Leandro González. Todos ellos explicaron que en esa ocasión se generó un incendio que rápidamente fue apagado con vasos de líquido —agua o cerveza-.

Con esos antecedentes es dable suponer, al menos con el beneficio de la duda basada en la razón de su propia supervivencia que Chabán por sus experiencias confiaba en que de reiterarse el fuego la noche del recital de “Callejeros” iba a poder sofocarlo sin mayor dificultad y sin llegar a un peligro típico.

De esa valoración según se anticipó puede desprenderse su presencia en el salón, como así también de sus familiares y allegados, su actitud de cortar el sonido a fin de alertar al público respecto de lo que sucedía, y dirigirse hacia la manguera más cercana con el objeto de utilizarla para apagar el fuego.

Estas circunstancias demuestran, una vez más, que confió en que el incendio no iba a causar peligro porque, llegado el caso y de ser necesario, podría neutralizarlo.

Prueba de ello es que se comportó como tantas otras veces lo había hecho frente a la existencia de un foco ígneo, estimando

que sus consecuencias no serían trascendentes, pues podría evadirlas con su accionar.

Justamente, la errónea creencia sobre su omnipotencia para evitar ese peligro, producto de la existencia de los datos objetivos evaluados en los párrafos anteriores es la que abona la configuración delictual de su responsabilidad culposa.

Entonces, a diferencia de mi colega preopinante, entiendo que las circunstancias objetivas conducen a tener por acreditado que la noche de la tragedia Chabán bien pudo representarse la posible producción de un foco ígneo, pero una serie de elementos hicieron que creyera erróneamente que podría conjurar el peligro como lo había hecho en otras ocasiones.

Ello aún sin olvidar las graves y serias irregularidades en las que se desarrollaban esos tipos de festivales.

No existen a mi juicio suficientes piezas de convicción para conducir su responsabilidad a tenor del dolo, es decir respecto del incendio doloso agravado, ni aún en su modalidad eventual.

Es que, como dijimos, si bien se verifica el aspecto cognitivo, no puede sostenerse otro tanto respecto del volitivo.

En cambio, sí puedo afirmar que la conducta de Omar Chabán puede ser subsumida en la hipótesis prevista por la figura imprudente, claro está, aún en la expresión representada del posible resultado.

Acompaño las afirmaciones del Dr. Riggi, en cuanto a que la organización del recital del día 30 de diciembre del año 2004, fue compartida por Omar Chabán y la totalidad de los integrantes del grupo "Callejeros", aspecto este último en el cual la sentencia es arbitraria.

Coincido con las apreciaciones hechas por el Dr. Riggi en cuanto a la toma conjunta de decisión de todos en relación a la selección del lugar, forma de concreción del espectáculo, la cantidad de entradas vendidas, su superación en los verdaderos ingresos de personas, el débil e insuficiente cacheo de asistentes y la inducción al menos a la tenencia de pirotecnia.

En el mismo orden de ideas, funciona la participación en las ganancias del show dividida en partes iguales para los miembros de la banda, equivalente al 70 por ciento del total descontados los gastos. Al igual que para el empresario y

gerenciador del lugar, el beneficio patrimonial no era fijo sino que se sujetaba a las resultas del espectáculo.

Se observa con claridad en el sub judice, que el resultado disvalioso producido, fue consecuencia directa de un cúmulo de violaciones al deber de cuidado que tanto Omar Chabán como los integrantes de la banda musical y su manager, como Villarreal, incurrieron al disponer la realización del recital en el local "República Cromañón" en las condiciones de extremo peligro conocidas.

En este sentido y respecto de Omar Chabán, ha quedado acreditado que desde su ingreso como gerenciador del local en el mes de marzo de 2004, desvirtuó el objeto de la habilitación clase "c" del establecimiento, al realizar en forma sistemática recitales.

Tipo de habilitación que, como se explica en el voto precedente, no permite la organización de recitales como actividad principal para lo cual se requería una autorización previa de conformidad con lo dispuesto en la resolución 996/94.

Norma que contiene disposiciones de seguridad mucho más rigurosas para ese tipo de eventos y que Chabán logró evadir mediante la desvirtuación fáctica del objeto de la habilitación, lo que demuestra su desaprensiva conducta en relación a la seguridad de los espectadores, al resultar violatoria de los reglamentos que regían la actividad desarrollada.

También, fue acreditado que Chabán permitía que los espectáculos fueran animados con elementos pirotécnicos. Contundente es al respecto la prueba emanada de los testigos que inequívocamente manifestaron que en "República Cromañón" se llevaba todo tipo de pirotecnia tanto cuando actuaba "Callejeros" como otros grupos.

Ya esa tolerancia respecto del ingreso de pirotecnia se acentúa al repararse en que el techo del lugar estaba recubierto por materiales inflamables (espuma de poliuretano, guata y media sombra), con lo cual la posibilidad de que produjera un foco de fuego era latente. De hecho ya se habían producido dos principios de incendio antes del hecho del 30 de diciembre.

Queda claro con el voto del Dr. Riggi, que Omar Chabán sobreocupaba los locales que explotaba (tanto de "Cemento" como de "República Cromañón"), costumbre que denota un claro obrar

imprudente, en la medida en que ese exceso de concurrentes fuera de los términos de la habilitación, atentaba contra las posibilidades de evacuación de los espectadores y los exponía a mayor riesgo para su vida o integridad física ante cualquier eventualidad durante el desarrollo del espectáculo.

Con relación a esto último, debe tenerse presente que es el propio Chabán quien reconoció que operaba "República Cromañón" como si tuviese una capacidad superior a 5000 personas, cuando la habilitación no permitía una cantidad mayor a 1031 asistentes. Cifra cuanto menos triplicada la noche de la tragedia.

Como lo dice el fallo Chabán conocía perfectamente los límites y condiciones de la habilitación, más aún con una experiencia mayor de veinte años en esa actividad. A mayor abundamiento fue el Subcomisario Stortini, quien relató que el procesado le mostró la plancheta de habilitación cuando se la requirió. Destruida como quedó esa versión negativa de Chabán el exceso de espectadores esa noche era una apreciación evidente ante sus ojos y la evidencia como dice G. Brichetti no exige demostración "manifiesta non egent probatione" ("La Evidencia en el Derecho Procesal Penal" Buenos Aires, Editorial Ejea, 1973, pag. 86 y ss).

No terminaron ahí las irregularidades asumidas por Chabán en el negocio de "República Cromañón". También se acreditó que el "portón alternativo" estaba siempre clausurado, lo que evidencia otro actuar negligente contrario a las normas que regulan la actividad y a todo sentido común de sortear un peligro.

Esa puerta había sido cerrada con candado y alambre, a poco de iniciar Chabán el negocio en dicho sitio a fin de evitar las molestias y disturbios que generaba en el hotel lindero. De esa circunstancia dan cuenta los testimonios de Alfredo Mario Díaz, Maximiliano Chaparro, Julio Garola, Fabián Leggio, y Ricardo Vázquez, entre otros.

La envergadura del descontrol generador de culpa se concentra también en esa clausura.

Para peor la salida de emergencia del local: el pasillo de color amarillo ubicado del lado derecho (si se mira el establecimiento de frente) había sido destinado a la entrada de hombres y presentaba vallas que impedían la libre circulación, obstáculo que se reproducía en el hall central.

Medidas de seguridad bien conocidas por Chabán, dado que a título de ejemplo en el local “Cemento” había recibido la notificación de la Superintendencia Federal de Bomberos en el mes de agosto de 2004, de la necesidad de contar con las salidas expeditas durante el desarrollo de los espectáculos.

La desatención de todas esas reglas respira otra contaminación delictual pues su no revelación fue objeto de un pacto espurio con el Subcomisario Díaz como más adelante se tratará.

Pero siguiendo con las connotaciones que dieron sustancia a la culpa de referencia no puede dejar de considerarse que tampoco contaba ese local con el certificado de prevención de incendios que debía librar Bomberos, según lo prevé la Ordenanza 50.250, a la sazón vencido el 24 de noviembre de 2004.

Por lo tanto, resulta por demás evidente que las condiciones de peligro en que Omar Chabán decidió organizar el recital del 30 de diciembre de 2004, resultaron violatorias del deber de cuidado que debía observar en la actividad que pretendía desarrollar y, por ende, generaron un peligro de incendio típico característico del art. 189 del Código Penal.

Esa situación de riesgo se concretó en el resultado, cuando un elemento pirotécnico accionado por un asistente al show impactó contra el material inflamable que recubría el techo, dando inicio a un incendio que en los hechos se mostró incontrolable y provocó la muerte de 193 personas y alrededor de un millar y medio de heridos.

Los asistentes se vieron impedidos de salir del lugar a raíz del exceso de concurrentes y a la obstaculización de los medios de salida ya descriptos y, así, quedaron expuestos a las consecuencias mortales de los gases producto de la combustión.

En consecuencia, es dable afirmar que las violaciones al deber de cuidado comprobadas por parte de Chabán, son causales del resultado producido.

Consustanciada con esa culpa evidenciada en su actuar estaba la previsibilidad del resultado, con lo cual se satisface ese elemento subjetivo del tipo.

Siguiendo entonces con el razonamiento inherente a la adecuación legal, no cabe duda que el delito bajo examen responde al previsto en el artículo 189 2° párrafo del Código Penal,

incendio cometido por imprudencia, negligencia, e inobservancia de los reglamentos y ordenanzas calificado por haber puesto en peligro la vida de unos cuatro millares de personas y haber causado la muerte de casi dos centenas más.

El precepto describe conductas culposas que pueden cometerse por acción u omisión (ver Buompadre, Jorge Eduardo, "Tratado de Derecho Penal, Parte Especial", tercera edición, Editorial Astrea, Tomo 2, pág. 473); pero naturalmente cualquiera sea el comportamiento culposo, debe verificarse en el caso el peligro común para bienes o personas que constituye el resultado típico del incendio, tal como ha explicado en forma pormenorizada el Dr. Riggi en el voto que lidera este acuerdo.

En este último sentido, no se encuentra controvertido en el caso de autos, que esa situación de peligro tuvo lugar el día 30 de diciembre de 2004 cuando los concurrentes se vieron expuestos al foco ígneo que se generó en el techo del lugar al impactar contra el material cobertor un artefacto de pirotecnia.

Tampoco resulta discutible que preside el hecho una figura agravada, pues tal como se desprende de los legajos de fallecidos y heridos que corren por cuerda, el suceso investigado provocó la muerte de 193 personas y el peligro de muerte a varios centenares más.

2.d.2. Raúl Alcides Villarreal.

Al analizar la situación de Omar Emir Chabán expliqué el motivo por el que considero que la significación jurídica que debe dársele a los hechos probados es la de incendio culposo. Esa decisión sobre el tipo penal a aplicar determina los parámetros bajo los cuales será estudiado el caso de Raúl Alcides Villarreal.

Así, pues, coincido con mi colega preopinante en que el imputado, 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.

Estoy en condiciones de afirmar que conocía plenamente los factores de riesgo que la noche de la tragedia se unieron para desembocar en el resultado. Sabía que "República Cromañón" funcionaba en la marginalidad total y sobre un cúmulo de irregularidades de todo tipo, reitero, en el local todo era irregular. Sobre este extremo, para evitar reiteraciones

innecesarias, me remito a lo expuesto por el Dr. Riggi en el apartado décimo de su voto.

Tenía pleno conocimiento de la cantidad de jóvenes asistentes por noche, de donde fácil es de suponer que si algo pasaba eran ellos los eventuales damnificados.

El local no funcionaba vacío. Tampoco con el número establecido sino superado en exceso.

Seguramente conocía la existencia de los principios de incendio que se habían suscitado con anterioridad en las presentaciones de otras bandas, los cuales fueron fácilmente extinguidos. Allí se desempeñaba y era un comentario de los concurrentes.

Esta circunstancia es la que permite afirmar sin hesitación que frente a la posible producción de un foco ígneo durante la noche en la que finalmente se desató la tragedia, el imputado podía creer que iba a poder evitar su propagación, es decir, que no se concretaría el peligro común.

Era lógico para Villarreal concluir que, de producirse un siniestro, se pondrían en marcha las medidas que ya habían adoptado previamente, por ejemplo la apertura de la puerta alternativa para que los asistentes evacuaran el lugar rápidamente, logrando que no se produjeran consecuencias de gravedad, como había ocurrido en otras oportunidades.

Reitero aquí, entonces, que esa errónea creencia sobre la capacidad para conjurar el peligro típico determinó que el imputado, al igual que Omar Chabán, confiara en que de producirse un foco ígneo iba a poder ser controlado sin que se verificara el resultado típico.

Entonces, considero que no se halla satisfecho el aspecto subjetivo de la figura de incendio doloso agravado, aunque la conducta de Raúl Alcides Villarreal podrá ser subsumida en el tipo de incendio imprudente, con representación del posible resultado.

En esta dirección y en lo que hace estrictamente a las tareas del nombrado Villarreal en la actividad del local “República Cromañón”, habré de coincidir con el voto del Dr. Riggi en cuanto a que 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.

A este respecto, comparto las consideraciones efectuadas en el voto que lidera este acuerdo, en cuanto a que 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.

Asimismo, ya he valorado que Raúl Villarreal estaba al tanto de la situación de peligro en que se realizaban los recitales en el local, como así también de aquélla que concretamente se configuró la noche de los hechos.

En este último sentido, no podemos dejar de tener en cuenta 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.

Poco más es necesario decir para señalar sus conductas violatorias del deber de cuidado que Raúl Villarreal realizó en el marco de su actividad desplegada la noche del hecho y que coadyuvaron junto con el resto de las intervenciones de los otros responsables, a la configuración del resultado típico.

En este punto, conviene recordar cuanto hemos sostenido respecto a que la acción típica de todo delito culposo caracterizada por una violación al deber de cuidado, se fundamenta en la previsibilidad de que de la propia conducta se derive un daño para terceros; ello así, siempre que en el ejercicio de la pertinente actividad el agente genere o afronte riesgos distintos de los ordinarios (Núñez, ob. cit., pág. 74 y ss).

Ha 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 y tuvo

plena conciencia de la cantidad de jóvenes que entraron. Recordemos que Omar Chabán llegó poco después.

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”.

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.

Tal como fuera ponderado por el Dr. Riggi, 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.

Accionar 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.

Pero 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.

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.

Nótese incluso que conforme fuera correctamente valorado por el voto que lidera este acuerdo, Villarreal tenía la posibilidad de modificar las salidas y era consultado por la gente que integraba el grupo de control de Lorenzo Bussi. Sin embargo, ninguna orden impartió para agilizar las vías de escape en aras de

velar por la seguridad de los espectadores, pese a que en todo momento estuvo presente en el local y ante sus ojos el público seguía ingresando al igual que los elementos de pirotecnia que era incesante.

En ese orden, la disposición vinculada al cierre de los portones violetas del hall central, tratada en el primer voto a cuyas constancias me remito, fue otro factor que contribuyó en la acentuación del riesgo. La negligencia en el cuidado de la integridad y la vida de los ingresantes, luce evidente.

Pero además, de acuerdo a los hechos acreditados, 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.

En definitiva, 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.

Su grado de responsabilidad, en tanto tenía pleno conocimiento del lugar, de su estructura, del cerramiento de las puertas, de la cantidad de espectadores, de las maniobras delictuales llevadas a cabo para desarmar cualquier inspección que descubriera las ilegales condiciones en que habría de actuar una vez más el 30 de diciembre de 2004 la banda de música tantas veces mencionada, es sólo un poco más atenuada que la de su mandante: Chabán.

No es que cobra relevancia el hecho de que no pudiera cambiar esas condiciones, sino que simplemente ha de ser responsabilizado por su accionar. Al igual que los demás no ha de responder por una conducta dolosa sino con la culpa antes tratada.

La intervención de Villarreal en este punto, también denota una forma de culpa que se adscribe al tipo del art. 189 2° párrafo del Código Penal, pues como se ha valorado respecto de Omar Chabán, la inobservancia de las reglas y ordenanzas que regían la actividad fue determinante de la producción del resultado finalmente acaecido, a más de las que respondían a un

mínimo deber de cuidado inherente al sentido común y responsabilidad social.

En consecuencia, en virtud de las consideraciones efectuadas, propongo que Raúl Alcides Villarreal responda como autor del delito de incendio culposo seguido de muerte (art. 189 2° párrafo del Código Penal).

2.d.3. 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.

Sin nada más que acotar a la forma de producción del incendio que provocó la liberación de gases por la combustión del material que cubría el techo, ni a las causas de las muertes y lesiones, he de ocuparme de la responsabilidad de cada uno de los integrantes de la banda musical.

Se advierte aquí el error de la sentencia al eximir de responsabilidad a los miembros del grupo, claro está, con la excepción del manager Argañaraz.

Pero he de atenerme concisamente a lo que realmente les cabe, por ahora en el suceso culposo que se viene desarrollando.

Punto de partida es que la insistencia, intención y 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 las bengalas o candelas, 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.

En esa inteligencia, es necesario recalcar la intervención principal de Chabán y los integrantes del grupo musical en la preparación de todos los detalles previos y concomitantes del espectáculo, incluyendo la venta excesiva de entradas.

Sobre la base de lo probado es irrebatible que todos se avinieron a dar comienzo a la función del 30 de diciembre de 2004, con pleno conocimiento, al menos de la riesgosa estructura del local, del estado de las salidas, aún las de emergencia, circunstancia agravada por el temerario número de personas que entraron.

Ello aunado al conciente y estimulado uso de pirotecnia,

sumado a la venta de bebidas alcohólicas, remarcan la grave irresponsabilidad de los componentes del grupo musical por estricta violación al deber de cuidado. Conductas que de no haber estado contenidas en una norma contravencional igual hubieran ingresado en la carga de responsabilidad.

Pero como a su vez configuraron violaciones reglamentarias, y éstas fueron expresamente analizadas en el meduloso primer voto, con esa exposición concuerdo.

También coincido con el Dr. Riggi 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, entre ellas el uso de pirotecnia participaron en la organización del recital del 30 de diciembre de 2004 en "República Cromañón".

Más aún se explicita en esa primera opinión que las decisiones se tomaban democráticamente por votación, con las consecuencias a esa forma inherentes.

Cabe destacar que al ser indagados, todos coincidieron en ese modo de tomar las decisiones. Inclusive, según comentó la testigo Aldana Aprea, cuando debían comunicarse con algún medio de prensa, reinaba esa forma de decidir.

Es también ilustrativo y no ha de pasarse por alto lo recogido en ese primer voto referente a la preponderancia de Diego Argañaraz, manager, y Patricio Fontanet en la pretensión de un ingreso mayor de espectadores que el permitido y en la forma de repartir las ganancias.

En igual sentido cobran relevancia los dichos de Argañaraz respecto a que la exigencia de que el sonido y las luces fuesen proporcionados por Jorge Leggio, así como la referente a la longitud del escenario, lo vinculado al show, y a los controles en los camarines, y al corte de tickets admitido por Juan Alberto Carbone y Christian Eleazar Torrejón.

He de efectuar un paréntesis para apreciar los cuestionamientos que la defensa hace en relación a Argañaraz, asentados en el acápite séptimo, apartados 5.b.1. y 5.b.2 del voto que antecede.

La imprecisión del agravio contra dos testigos respecto del encausado Argañaraz, queda por su deficiente alegación sólo en la intención de su defensor de eliminar todo elemento probatorio

con incidencia negativa hacia su defendido sin sustento concreto.

Es así que sin dejar de lado la natural conmoción que en el ánimo de dos padres de una fallecida —justamente esposa de Argañaraz- en el accidente de marras pudieran tener, lo cierto es que sus dichos fueron evaluados en el marco del concurso de otras piezas concordantes, a tenor de las reglas de la sana crítica.

Por lo demás sus deposiciones están imbuidas de una perfecta fidelidad al resultado de sus observaciones y conclusiones, razones por las cuales no son susceptibles de ser despreciadas por su condición de afectados a la causa, aspecto en el que también comparto lo anotado en el voto precedente.

Con referencia a las consideraciones efectuadas en el acápite 5.b.2, resta señalar 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.

Lo cierto es que sabía de su existencia y la contaba como presupuesto y efecto del espectáculo.

Precisamente fue ese el motivo de la discusión que tuvo el testigo Juan Carlos Blander con Argañaraz y Fontanet.

En el mismo sentido cobran vigencia las anotaciones de Argañaraz en su agenda y aún los significativos dichos de Raúl Villarreal en cuanto a que para el primero, sin bengalas no era un show de Callejeros.

Más allá de la tardía queja en que se introdujeron las objeciones a los testigos, Blander y Aprea, la endeblez de su cuestionamiento los deja incólumes.

Lejos está la situación probatoria de tener como basamento un solo testigo. Por el contrario está abonada por un cúmulo de probanzas complejo.

Los elementos de cargo respecto de su responsabilidad en relación al uso de elementos de fuego sobran, como se destacó en el fallo y como recogió el Dr. Riggi en su voto.

Además no puede dejar de señalarse que la importancia que ese material pirotécnico tenía en las actuaciones del grupo musical no era exclusiva de Argañaraz sino común para todos los integrantes.

Esa concurrencia de voluntades acerca de las bengalas

como parte del show, se tuvo por probada con piezas de convicción irrebatibles, sostenidas con los restantes elementos de prueba.

Esa comunidad de intereses en la modalidad del show se traslada a sus responsabilidades por el desenlace fatal.

En efecto, la convergencia de voluntades antes perfilada en la toma de decisión, se reprodujo en el espectáculo a celebrar un día antes de que terminara el año 2004: el 30 de diciembre.

Precisamente como lo reseñó el Dr. Riggi ellos participaban en el reparto de las ganancias en relación al número de entradas, y de recitales, habiendo convenido tres en ese mes de diciembre, atento a la demanda de espectadores.

Determinante es en este aspecto y aún avanzando en el delito de cohecho, la circunstancia de que también formó parte del convenio la resignación de parte de las ganancias para cubrir las remuneraciones del personal policial de la Comisaría interviniente.

La valoración lógica y con apoyo en la sana crítica efectuada por el Dr. Riggi en lo que atañe a esa mancomunidad, determina la responsabilidad de Argañaraz en este acontecimiento en la misma forma culposa que respecto de Chabán.

Vienen al encuentro de ese quehacer culposo los prolegómenos de la última actuación de "Callejeros" en el local explotado por Chabán dirigido puntualmente al consabido y buscado uso de bengalas, candelas y de pirotecnia en general.

Al respecto es elocuente reproducir por su propio peso, la alusión del procesado Raúl Alcides Villarreal al ser indagado que con referencia a Diego Argañaraz dijo "Diego suponía que si no había bengalas no era un show de Callejeros".

En abono del conocimiento tanto de la pirotecnia como de las consecuencias riesgosas que conllevaban, y en la dirección del elemento subjetivo ya decidido, han de citarse las referencias efectuadas por Diego Argañaraz, Patricio Fontanet, Juan Carbone y Daniel Cardell, acerca del incendio habido en una presentación anterior de otro grupo musical, y de su sofocación.

Incendio al cual hizo referencia dos días antes Fontanet, según lo manifestó la testigo Paola Vanesa Nieto, quien además el fatal día del hecho efectuó la comentada advertencia de peligrosidad, frases cargadas de contenido, relevadas por el Dr. Riggi, que no hacen sino ahondar las responsabilidades de todos y

de cada uno acerca del consabido riesgo que hicieron asumir a los presentes.

Conductas propias de temerarios imprudentes.

Retomando el hilo del examen y, establecido que los integrantes del grupo musical “Callejeros” organizaron junto con Omar Chabán y Raúl Villarreal el recital del 30 de diciembre del año 2004, corresponde enunciar algunas, al menos, de las violaciones al deber de cuidado determinantes del resultado típico producido.

Esas inobservancias en el ámbito de los delitos culposos, parten de la indiferencia por la información atinente a la actividad que desplegaban.

En palabras de Santiago Mir Puig se diría que “antes de emprender ciertas acciones que pueden resultar peligrosas deben ser tomadas medidas externas… de preparación e información” (conf. “Derecho Penal, Parte General”, ob. cit., pág. 292).

Sostiene Jescheck que “se trata de que el autor se procure a tiempo los conocimientos, experiencias y capacidades sin los cuales la realización de la acción sería una irresponsabilidad a causa del riesgo vinculado a ella. Los deberes a tener en cuenta varían en función de su clase y extensión […] El deber puede consistir especialmente en comprender el alcance de disposiciones jurídicas y otras normas de comportamiento impuestas para una actividad determinada” (conf. JESCHECK/WEIGEND, “Tratado de Derecho Penal”, ob. cit., pág. 625).

En esta línea se inscriben los recaudos a tomar para evitar cualquier riesgo a la seguridad pública en un espectáculo de concurrencia masiva de modo de prepararlo en debidas condiciones.

A tal fin se requería, al menos procurarse un asesoramiento previo acerca de las normas y ordenanzas correspondientes a ese rubro.

Pero en el caso ni ésas, ni las comunes en todo tipo de actividad humana frente a la evidente percepción de las graves irregularidades, fueron tomadas por ninguno de los enjuiciados, sino que junto con Chabán, y con su estrecho colaborador Villarreal decidieron organizar la función en las circunstancias expuestas. Algunas de las irregularidades eran observables a simple vista, pero todas en el marco antinormativo en que solía

trabajar el gerenciador del local, sin el mínimo resguardo de seguridad para todos los seres humanos que iban a pasar un momento agradable.

Vienen al caso las extremas irregularidades puestas a cargo de Chabán, pero a su vez tan notorias que alcanzaron la responsabilidad del grupo musical.

La percepción de una sola de ellas debió haber sido suficiente para frenar la preparación y aún la función.

Lejos de haber observado ese mínimo cuidado, agravaron los riesgos con la probada intención de cada uno de ellos de brindar el espectáculo con la típica exhibición de bengalas, que los caracterizaba.

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, porque era parte de la representación y respondía a la voluntad de todos los encartados, conforme el método de adopción de las decisiones concernientes al grupo, que ya no se encuentra en discusión.

Las pruebas ponderadas por el voto que lidera este acuerdo por su elocuencia, son por lo demás suficientes al respecto. Para no pecar por reiteración me remito a lo allí volcado tanto en lo que se refiere a los medios de prensa vinculados al rock, como a la publicidad plasmada en la revista "Llegás a Buenos Aires", los videos y los audios que reflejaban cómo los miembros de la banda incitaban a llevar y encender esos juegos de pirotecnia, que se encargaban de hacer pasar burlando el simulacro de controles.

Ilustrativo es en ese aspecto recordar que en una ocasión anterior de la actuación de "Callejeros" en "Obras Sanitarias" el uso de esa pirotecnia generó inconvenientes, y dio lugar a la intervención de la justicia contravencional, conforme se desprende del expediente nro. 6225-JC/04-15822/04 FC caratulado: "Estadio Obras Sanitarias s/infracción art. 61 CC" del registro de la Fiscalía Contravencional y de faltas nro. 6 de esta Ciudad (ver prueba nro. 216).

Los integrantes del grupo, conocedores de que en ese lugar no podían manejar la seguridad, dejaron entrever su descontento al tiempo que mostraban su interés por tocar en otros locales, entre ellos, "República Cromañón", donde las contravenciones reinaban.

Sobre el punto, vale la pena repetir que en la entrevista realizada el 28 de julio del año 2004 por el periodista Juan Di Natale a Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Vázquez y Diego Argañaraz, éstos expresaron que "..el problema con las bengalas es que...se las saca la seguridad de, de Obras", que "[c]uando nosotros tocamos tratamos de que puedan pasar las bengalas" y que "... esta vez no manejamos la seguridad y... se complica... el tema de pasarlas".

Otro tanto se desprende de la nota publicada en la revista "Si se calla el cantor" del mes de octubre del año 2004, donde el cantante Patricio Rogelio Santos Fontanet expresó que "Nosotros no queríamos ir ahí (a 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...".

Las palabras y consideraciones huelgan...

Es más, en ese mismo recital de Obras del 30 de julio del año 2004, el cantante mostrando la imposibilidad de actuar en contravención por los controles del lugar, en una especie de disculpa grupal decía a los presentes: "a todos aquellos que trajeron bengalas, yo se que lo hacen de corazón y nosotros lo valoramos un montón... cuando estemos en otro lugar vamos a poder hacer todo lo que queramos".

Lo expuesto deja bien en claro la incorporación de pirotecnia en los recitales de "Callejeros" como singularidad del grupo y del show.

Así la consideraban sus integrantes: imprescindible para actuar.

Por ello es que en las funciones en "República Cromañón" los días 28, 29 y 30 de diciembre el cacheo de los asistentes fue selectivamente preparado, a fin de asegurar el empleo de artefactos de pirotecnia.

Comparto también la deducción en ese sentido traída en el primer voto al señalar que la revisión de los asistentes era pura formalidad, pues era interés de todos y de cada uno de los interesados, el uso de ese material, que de alguna manera, posiblemente no ostensible, hacían ingresar o toleraban que ingresara.

La realidad corroboró la formalidad del control de entrada

al decomisar habida cuenta que tras la tragedia importantes elementos de pirotecnia aparecieron en el local.

En sustento de esta realidad, obran comentarios de Argañaraz en el sentido de que la banda no habría de tolerar la prohibición de ese material como parte del show.

Todo lo demás, me refiero a la cantidad de público, puertas cerradas, vallado, etc., fue sobradamente ponderado por el juez que llevó la voz de este acuerdo, por lo que una vez más me eximo de repetirlo.

En definitiva, no queda duda alguna de que ese comportamiento de cada uno de los integrantes del grupo "Callejeros" constituye una grave violación al deber objetivo de cuidado que debían observar.

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 edic ale, 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".

Viene al caso también la opinión de Günter Stratenwerth al señalar que "la responsabilidad por la culpa se extiende a todos los peligros que el obligado podría conjurar prestando óptima atención y cuidado. En consecuencia se parte de la evitabilidad de toda falta".

En esta causa ninguno de los enjuiciados evitó alguna.

Todo este proceder se mostró negligente, imprudente, contrario a los reglamentos y ordenanzas propios de la actividad, y fue determinante de la producción del resultado que todos conocemos.

Resultan en este punto aplicables las consideraciones efectuadas en relación a Omar Chabán en cuanto a la previsibilidad individual del peligro y por ende a la responsabilidad por el resultado.

En su razón las conductas de los integrantes del grupo "Callejeros" se subsume en el delito de incendio culposo agravado por haber puesto en peligro de muerte a miles de personas y por

haber causado la muerte de 193, delito contemplado en el art. 189 2° párrafo del Código Penal.

En este punto, conviene recordar que “todo grado de concausación respecto del resultado típico producido sin dolo, mediante una acción contaminada de la inobservancia del debido cuidado fundamenta la coautoría y responsabilidad de ese tipo penal.

Razón por la cual la diferencia entre autoría y participación es irrelevante en los delitos culposos. Responden todos los que a esa forma de actuar adecuaron su conducta.

Ello, porque toda las concausas coadyuvan a esa producción culposa de los resultados” (conf. Welzel, Hans, “Derecho Penal Alemán”, trad. al castellano de la 11ª edición alemana, por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Perez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pág. 143).

También viene en este punto al encuentro la reflexión de Günter Stratenwerth en la obra citada (pág. 337) quien asienta la dificultad para hablar de autoría, coautoría y participación en los delitos culposos. Al respecto dice “Sólo puede ser autor —en este punto coinciden el delito doloso y el culposo- aquél que ejecuta la acción que la ley amenaza con pena. Sin embargo esta acción se define de manera diversa en el delito culposo que en el doloso: es decir no se parte del punto de vista de la realización, finalmente dirigida, del resultado jurídico penalmente relevante, sino de la causación evitable de un riesgo (no permitido); de que éste se produzca. Por este motivo aparece ya a primera vista como inaplicable en el ámbito de la culpa, el criterio del dominio del hecho que se vincula con la dirección final. Por el contrario autor es el que produce el resultado superando la medida admisible del peligro que le es cognoscible”.

En torno a esa grave conducta descuidada, pero despegada de la dirección de voluntad hacia un resultado juegan la organización del recital en condiciones muy precarias, y de notoria irregularidad, pero no por su relevancia permiten deducir una aceptación de la inmensidad de la tragedia producida.

Aún partiendo del conocimiento de todos de que esa noche del 30 de diciembre de 2004 se podía generar un foco ígneo en el interior del local “República Cromañón”, punto ampliamente desarrollado por mi colega preopinante, a cuyos argumentos me

remito en honor a la brevedad no por ello ha de alcanzarse una responsabilidad dolosa.

De esta forma, reitero la afirmación inicial, los encausados conocían la posibilidad de que se produjera un foco ígneo. Sin embargo no ha de tomarse como sinónimo de una actividad presidida por un elemento intencional.

Otra vez viene al caso la alternativa entre el dolo eventual o culpa con representación, conceptos de cuyo alcance y distinción me he ocupado ut supra.

En ese aspecto disiento con la solución propuesta por el Dr. Riggi ya que considero 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.

No existen elementos para suponer que buscaban el resultado acaecido.

Más razonable es suponer que Argañaraz, Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Delgado, Cardell y Djerfy no lo pensaron seriamente, o al menos lo descartaron.

En primer término cabe señalar que estaban al tanto de los incendios previos ocurridos en el local que administraba Omar Chabán y de que habían sido sofocados, sin que se hubieran generado consecuencias graves que afectaran a los asistentes.

Por razones de brevedad no reiteraré lo sucedido en los recitales de las bandas "Jóvenes Pordioseros" y "La 25", pues los alcances de esos incendios fueron explicados al tratar la situación de Omar Chabán; no obstante, el razonamiento en punto a este extremo es idéntico. El hecho de que en ocasiones anteriores se hubieran originado focos ígneos no demasiado importantes, fácilmente apagados, sin riesgos para los bienes y las personas, es lo que me lleva a suponer, como antes dije que si se les cruzó mentalmente esa posibilidad, la despreciaron.

Al mismo enfoque responde lo atinente al estado de la puerta alternativa. Pese a que sabían que no estaba expedita para el público, sin embargo, como en una ocasión anterior había sido abierta por los empleados no es dable presuponer que supieran de su imposibilidad de abrirla esa noche.

Sobre ese marco decanta la culpa y se pierde el dolo aun

eventual.

En la selección de una de las alternativas cobra relevancia el hecho de que ellos mismos, así como familiares y amigos de la banda, estaban presentes en el salón y algunos no salieron con vida.

Esas circunstancias son decisivas al respecto.

Afianzando lo expuesto ha de recordarse que fue precisamente Diego Argañaraz quien sufrió la muerte de su esposa Romina Branzini, Eduardo Vázquez, su madre, Patricio Santos Fontanet, su novia, Maximiliano Djerfy cinco parientes, sin descontar las lesiones de muchos otros allegados que los mantuvo hospitalizados durante largo tiempo.

Todas estas pautas objetivas me llevan a concluir que la noche de la tragedia, al igual que Omar Chabán, los integrantes del grupo de rock “Callejeros” e incluso Villarreal si bien pudieron representarse como posible la producción de un foco ígneo en el interior del local “República Cromañón”, las particulares connotaciones indicadas abonan la posibilidad de que al menos supusieran poder neutralizar el peligro sin poner en riesgo la seguridad de los bienes y de los asistentes.

Son esas mismas apreciaciones las que me autorizan a descartar un elemento doloso en el accionar de los integrantes de ese grupo musical, y dejar indemne una culpa grave. La acreditación del elemento cognitivo, no suple la del volitivo, que no lo encuentro presente.

Es así que la conducta de Diego Marcelo Argañaraz, Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vázquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejón, Elio Delgado, Daniel Horacio Cardell y Maximiliano Djerfy se adscribe sin dificultad a la figura imprudente, como ya expliqué.

Esas conductas han de sumarse a la que ha de caberles por el delito de cohecho por su avenimiento a restringir sus ganancias para pagar al funcionario de la Seccional interviniente la omisión de los deberes de su función.

3. El delito de cohecho

3.a. Consideraciones generales sobre la arbitrariedad y falta de fundamentación. Requisitos para su configuración.

Sobre el punto debo señalar que, como ya he sostenido, “La sentencia es la unidad lógico jurídica que para tener validez debe

ser fundada, exigencia que significa una garantía constitucional para el acusado, ya que asegura el derecho de defensa en juicio contra las decisiones arbitrarias de los jueces, permitiendo a los interesados conocer las razones que justifican el fallo y, decidir su aceptación o fundar su impugnación por los medios que la ley concede. Esa fundamentación debe ser clara, expresa, completa, legítima y lógica. Lograr trasponer con éxito el control de logicidad, implica que la sentencia es coherente, es decir que está constituida por un conjunto de razonamientos armónicos entre sí, formulados sin violar los principios de identidad, de contradicción y de tercero excluido" (conf. en tal sentido Sala I, causa n° 8449, "Vergara, Dolores del Carmen s/recurso de casación" rta. 27/11/2007, reg. n° 11.342).

En esa línea se ha estructurado, "...nuestro Código Procesal Penal (que) ha adoptado el sistema de la sana crítica racional -art. 398, 2° párrafo-, que conforme al precepto constitucional que exige que todo pronunciamiento debe ser fundado, requiere que las conclusiones a las que se arriba en el veredicto deben ser consecuencia de una valoración racional de las pruebas, respetándose las leyes de la lógica -principios de identidad, tercero excluido, contradicción y razón suficiente- de la psicología y de la experiencia común.

El principio de razón suficiente implica que las afirmaciones a que llega una sentencia deben derivar necesariamente de los elementos de prueba que se han invocado en su sustento. Son pautas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia" (conf. Sala I, en la causa n° 7040, "Amaya, Rodrigo Héctor s/recurso de casación" rta. 25/08/06, reg. n° 9313).

"El veredicto (en lo atinente a la temática en estudio) se encuentra debidamente fundamentado sin que se adviertan quiebres o fisuras lógicas en el razonamiento desarrollado por el juzgador que autoricen la tacha invalidante postulada por las partes, ya que luce los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchísimos otros).

Al apreciar los hechos y el plexo probatorio reunido, los magistrados aplicaron las reglas de la experiencia, del sentido común y la razón, lo que denota un adecuado razonamiento deductivo-inductivo a partir de la prueba producida, por otra parte se encuentran debidamente fundamentadas las razones que los llevaron a considerar a los causantes penalmente responsables del hecho delictivo" (in re Sala I, causa n° 8532, "Cortínez Agraín, Marcelo E.; Amaya Guzman, Luis H.; Cortínez Agraín, Héctor R. y Gómez Miranda, Juan O. s/ recurso de casación", rta. 15/05/08, reg. n° 11.945).

Por todo ello, puedo sostener que la sentencia cuestionada en este tema resulta ser una "...derivación razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias comprobadas en la causa" (confr. Fallos: 238:23; 238:566; 242:179; 296:177 y 304:638, respectivamente), por lo cual se encuentra debidamente fundada y carece de arbitrariedad (confr. a contrario sensu Sala I, causa n° 1478, "García Sautu, José R. M. s/rec de casación", rta. el 15/10/97, reg. n° 1830; causa n° 4267, "Romero, Julio César s/rec. de casación", rta. 27/9/02, reg. N° 5353; causa N° 5545, "Bogado, Silvia Rosa s/rec. de casación", rta. el 29/10/04, reg. N° 7142; causa N° 6911, "Herrera, Sergio Daniel o Coronel, Nicolás Alfredo s/recurso de casación", rta. el 4/5/06, reg. N° 8772).

3.b. Valoración probatoria.

En cuanto a la prueba, si bien me remito a la apreciación expuesta en el voto anterior, especialmente respecto a la falta de razón de los cuestionamientos que atacaron su fundamentación, he de acotar lo que sigue.

Irrelevante es al respecto la diferencia en el monto dado en el concepto antes indicado. Sea cual fuere carece de incidencia en la configuración delictual.

Tampoco pueden descartarse por su valor indiciario las anotaciones obrantes en la agenda de Argañaraz que se acoplan sin esfuerzo a las piezas de convicción conducentes a la acreditación de esos pagos ilícitos.

Participo de la misma conclusión que el Dr. Riggi en relación a la validez del testimonio de Viviana Cozodoy. El espontáneo aporte de su individualización efectuado por Ana María Sandoval por tratarse de quien podría brindar información más

precisa sobre el tema, desbrozan a su deposición de cualquier minusvalía. Desvalorización que no ha de tener cabida por la mera sospecha de que pudo haber sido influenciada al momento en que se la interrumpió, -que fue para preservar su salud y estado anímico y poder continuar-. Sospecha que ha de quedarse en ello mismo es decir en una sospecha no probada.

El armónico acople de sus dichos con el resto de las piezas probatorias, es fiel reflejo de la veracidad de sus contenidos. En esa línea de mérito se realza la fuerza de convicción de la descripción física que la mencionada testigo hizo de Díaz, no empañada con el aparente resultado negativo en la rueda de personas del nombrado, ello por las razonables justificaciones que aportó en el debate explicando que se había sentido presionada por la situación pero que en realidad había identificado al procesado aunque no lo había expresado. Por lo tanto la fuerza incriminante de sus dichos se mantiene incólume.

Su eficacia deviene de haber visto a Díaz en torno del local tantas veces citado, de su conocimiento acerca de la entrega de dinero y más precisamente de la existencia de liquidaciones afectadas al pago a la policía.

Entiendo que ni siquiera se requería algo más para acreditar el compromiso delictual del nombrado.

Pero a mayor abundamiento no puede dejar de señalarse que obran en autos los contundentes reconocimientos del mencionado policía por parte de Alfredo Mario Díaz y Héctor Damián Albornoz que van cerrando sin fisuras el cuadro cargoso respecto de Carlos Rubén Díaz.

Atento a la exhaustividad contenida en el voto del Magistrado que lideró este Acuerdo respecto a los restantes elementos de juicio a él hago reenvío.

En cuanto a la responsabilidad de Chabán por su relación con Díaz en este hecho, sólo quiero dejar sentado que hubiera estado o no en el local, lo cierto es que por una elemental cuestión de lógica, no cabe la más mínima duda de que era Chabán el principal interesado en que no se descubrieran todas las irregularidades del local, en función de lo cual era el pago a Díaz.

Tan evidente es esta cuestión que el desprecio que el tribunal de la instancia anterior hizo de una parte del testimonio

de Albornoz carece de toda lógica. En efecto que haya visto o no el paso de un billete de una mano a la otra o que no recuerde con precisión el día de ocurrencia, no empecen a la existencia del hecho ni contagian la eficacia que se desprende del resto de sus dichos, en particular los referentes a que se entregaba dinero a la policía para asegurarse de no ser descubierto. Episodio delictual avalado por incontrastable prueba, ya analizada en el primer voto y correlacionada con los testimonios de Viviana Cozodoy, Alfredo Mario Díaz, Ana Sandoval, Eduardo Ezequiel Sempé, de Diego Argañaraz, anotaciones de su agenda y las manuscritas al dorso del "folleto Rockmanón" donde constan a título de "Poli----- 100+".

Ninguna infición relativa a una supuesta desigualdad por el mérito de esta prueba puede atenderse respecto de la situación de Raúl Villarreal y Miguel Angel Belay, tal como lo ha analizado y desvirtuado el Dr. Riggi en su voto.

La tácita aceptación de la defensa a la incorporación por lectura de la testimonial de Ana Sandoval, en los términos del artículo 391 inciso 1° del Código Procesal Penal, saneó cualquier vicio que hubiera podido tener. Ello según la norma indicada y lo atinente al régimen de saneamiento de las nulidades relativas (arts. 170, inc.3° y 171 del cuerpo legal citado).

En ese sentido en oportunidad de votar en la causa n° 7628, "Mónaco, Mariano Eduardo s/recurso de casación" de la Sala I de esta Cámara señalé que "Corresponde rechazar el agravio fundado en la falta de declaración de un testigo en el debate si... la defensora pública oficial admitió incorporar su testimonio por lectura, pues se trata de una nulidad por la nulidad misma..." (rta. 14/11/2008, reg. 11076.1).

El cuestionamiento de la incorporación por lectura de la declaración testimonial de Ana María Sandoval fallecida, circunstancia puesta en conocimiento de las partes, no admite objeción alguna, menos aún cuando la norma que lo prevé (art. 391 inciso 3° del Código Procesal Penal) no fue tachada de inconstitucional.

El mérito y coherencia de la prueba examinada diluye cualquier causal de absurdo o arbitrariedad.

En punto a la competencia funcional de Díaz he de remitirme a la exégesis normativa efectuada en el voto precedente

que respalda sus atribuciones. Entonces es lógico pensar que tenía suficiente capacidad para relevar y hacer cesar esas irregularidades.

Tan cierta es esa premisa como que para obviar su cumplimiento recibió dinero de parte de los interesados en continuar en esa situación plena de irregularidades.

Acerca de las fechas en que se recibieron los pagos, me atengo a la comprobación fáctica anotada en el fallo de la instancia oral, de la que no se asoma fisura alguna, y a lo expuesto por el Dr. Riggi en el mismo sentido.

3.c. Intervención de Carlos Rubén Díaz en el hecho.

Los prolegómenos de la actuación de Díaz que lo involucran en el delito en examen parten del propio reconocimiento del acusado acerca de que tenía el control de los locales bailables de la jurisdicción, como tercer jefe de la seccional 7ª encargado del servicio externo. Intervención que respecto del local de cita comenzó el mismo día en que éste se inauguró (conf. su indagatoria de fs 14171/89).

Elocuentes son al respecto los patrulleros y el carro de asalto en las inmediaciones del local, presencia acreditada por Héctor Damián Albornoz, Viviana Cozodoy, Ana María Sandoval, Iván Leiva, Graciela Acuña, Lucía Maltese, Gustavo de Jesús y Alfredo Mario Díaz, así como las anotaciones en los libros que acreditan los movimientos de los móviles según órdenes de Díaz.

Fue precisamente Ana Sandoval quien entre los policías concurrentes al lugar describió a Díaz en la forma indicada en el primer voto al que me remito.

Importante es también su testimonio en cuanto informó que quienes se reunían con los policías antes y durante los recitales eran Omar Chabán, Yamil Chabán, Villarreal y el manager del grupo.

Por su parte, fue Villarreal quien al ser indagado a fs. 14569/574 aportó detalles de esas intervenciones al decir que Díaz pasaba todas las noches una o dos veces con el patrullero, algunas de ellas bajaba y entraba y se quedaba donde estaban las puertas divisorias.

Para nada desdeñable es al respecto la copia certificada de la constancia de afectación de un pelotón de combate para varios días, entre ellos el 30, a pedido de la seccional 7ª dada la masiva concurrencia juvenil, dispuesta por el Comisario

Inspector Alejandro Cano, todo lo cual deja inerme las suposiciones en sentido adverso alegadas por su defensor.

En lo atinente al catálogo de infracciones, me remito a lo antes expuesto y a lo ya dicho por el Dr. Riggi.

Destácase que su existencia era para Díaz evidente, las aprehendía por sus sentidos.

Pero a mayor abundamiento la copia de la nota de habilitación secuestrada de su oficina que da cuenta de una capacidad de 1031 personas es otro eslabón de su conocimiento de las irregularidades.

Nada más es necesario para tener por acreditado que el Subcomisario Carlos Rubén Díaz recibió de Omar Chabán, directamente o por intermedio de Raúl Villarreal, y con pleno acuerdo de cada uno de los integrantes del grupo llamado Callejeros, a saber Diego Argañaraz, Patricio Santos Fontanet, Eduardo Vázquez, Maximiliano Djerfy, Juan Carbone, Christian Torrejón, Daniel Cardell y Elio Delgado, diversas sumas de dinero para dejar de hacer lo que debía, según las funciones antes indicadas.

3.d. Características del cohecho.

Estamos en presencia de lo que en el derecho romano se conocía como crimen repetundarum, y trasladado al Código italiano y al francés se conoció como delito de corrupción. En palabras de Carlos Creus en “Derecho Penal”, (Parte Especial, II, pág. 309) protege el normal funcionamiento de la administración, a punto de que “la venalidad aún ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento”.

Peligro concretado en el caso con el ataque al bien jurídico de la seguridad pública, con resultados extremos.

Por ambos bienes jurídicos han de responder todos los coprocesados cuya situación se ha revisado hasta aquí.

El delito de mención en su forma pasiva impone una codelincuencia necesaria, no así en la forma activa.

Por esta última forma de cohecho activo acuñada en el tipo previsto en el artículo 258 del Código Penal ha de responder Omar Chabán como autor, Raúl Villarreal en carácter de partícipe necesario por haber sido quien intermedió en alguna entrega y los

integrantes del grupo "Callejeros", a saber Diego Argañaraz, Patricio Santos Fontanet, Eduardo Vázquez, Maximiliano Djerfy, Juan Carbone, Christian Torrejón, Daniel Cardell y Elio Delgado, todos en este último grado de participación (art. 45 del cod. cit).

En el caso de estos últimos, la banda musical, habré de extender la responsabilidad en este episodio a todos ellos, teniendo en cuenta para ello la comunidad de intereses que los guiaban y la forma de acordar los aspectos vinculados a los shows: por votación. Más aún si se trata de un tema de suma trascendencia como el aquí ventilado.

Por lo demás, he de remitirme al amplio y preciso tratamiento de la cuestión vinculada al grupo musical efectuado por mi colega preopinante.

Puntualmente cabe destacar 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.

Esa especial relación entrambos determinó la identidad del encargado de la paga.

Ese fue el rol de Villarreal que en la causa no se sustituyó por otro.

De ahí su participación primaria en este hecho en los términos del artículo 45 del Código Penal, según anticipara el colega que me antecede.

No caben dudas de que las acciones de cada uno de los nombrados respondió a un pacto venal previo en el marco del cual se decidió y concretó la entrega de dinero.

Por su parte, la conducta de Carlos Díaz es típica de cohecho pasivo por haber sido quien recibió el dinero que los otros habían concertado darle, y está prevista en el artículo 256 del código de fondo.

Es evidente que el accionar de Díaz estuvo presidido por el dolo, elemento que para Creus en la obra citada significa "que el funcionario tenga conciencia del sentido de la dádiva que recibe o de la oferta que acepta y, consecuentemente, que la recepción o la aceptación se hagan teniendo presentes las finalidades perseguidas por quien da o promete…" (pág. 313).

Los otros responsables, como se dijo han configurado con su accionar el delito de cohecho activo contenido en el artículo

258 del cuerpo legal citado.

El mencionado autor dice respecto a la culpabilidad de este cohecho activo que volitivamente el dolo se integra en la dirección subjetiva de la acción prevista por la ley (quiere llegar al acuerdo venal con el contenido de los arts. 256 o 257), y remite a lo anterior en el aspecto cognoscitivo del cohecho pasivo.

En el caso, no hay fisuras acerca de la consumación de ese delito y de que abarca al día 30 de diciembre de 2004. En ese sentido, puedo tener por acreditada la existencia del pacto venal, que sin duda se concretó.

Suficiente para responsabilizar a los acusados.

Con respecto a Carlos Díaz, debo agregar que es indudable que fue precisamente esa dolosa inconducta funcional lo que contribuyó al desencadenamiento de ese incendio.

Es decir que esa actividad funcionó como concausa del incendio.

Al respecto debe abundarse en señalar que se entiende por concausa aquel factor que junto con otros coadyuva al desenlace.

Sentido en el cual se aprecia con extrema claridad que a ese resultado contribuyó la venal actitud del nombrado Díaz.

De la manera como se ha probado la actitud de Díaz queda al descubierto que fue un factor condicionante del resultado simplemente porque si él hubiera actuado en la forma que su función le exigía, el local en cuestión no hubiera podido siquiera tener las puertas abiertas.

Las circunstancias imponían su clausura preventiva.

Mediante su pasividad se posibilitó el ingreso de material ígneo que produjo los resultados por todos conocidos.

La conducta de Díaz operó entonces como condición en el proceso de producción. De seguirse la teoría de la equivalencia de las condiciones sería otra de las causas que llevaron al resultado trágico a nivel humano.

Sin esfuerzo se ajusta a esa teoría porque humanamente se puede poner a su cargo el resultado comentado. Es que aquí su acción fue, en realidad, una omisión: la de no cumplir con su deber de control. Esa desatención de su función, motivada por un lucro indebido, fue la que permitió que el resultado fatídico se produjera.

No está demás recordar que es la doctrina de la causalidad típica la que pone el límite jurídico a la de la equivalencia de las condiciones, en la que como dice Núñez es el tipo penal el que indica al intérprete "cuál de esas condiciones se adecua a la relación causal propia del hecho social captado por la ley".

En ese sentido debo agregar que "no puede admitirse sobre la causalidad otra teoría que la de la equivalencia de las condiciones, la responsabilidad penal, en cambio, depende aún de otras circunstancias distintas de la conexión causal" (Mezger, op. cit., pág. 230).

Ambas quedaron probadas en autos.

Es interesante seguir parafraseando a Carlos Creus quien en "Derecho Penal" (Parte General, edit. Astrea, 1998, pág. 139) dice que "... como lo que interesa al derecho es la responsabilidad jurídica, es evidente que sólo a través de su normatividad puede el intérprete determinar la relevancia que al derecho interesa y sólo a través del tipo la relevancia que interesa al derecho penal. Este mecanismo de 'corregir' la causalidad natural para reducirla a la causalidad jurídico-penalmente relevante, recibe hoy la denominación de teoría de la imputación objetiva, intentando purificar la cuestión de la causalidad en la teoría del delito... procedente de criterios naturalísticos, para centrar la atención sobre su verdadero sentido jurídico penal de atribución de un resultado como factor de responsabilización. Ésta teoría (Honig-Roxin) nada tiene de novedosa; trata de exponer, quizás con mayor precisión, la teoría de la adecuación típica; también en ella partiendo de la equivalencia de las condiciones —como presupuesto sine qua non de elaboración, se trata de 'corregir' (limitar) sus consecuencias, empleando los 'principios deducidos de la naturaleza de la norma y del fin de protección de la misma' (Bacigalupo)".

Sin embargo y después de un analítico recorrido intelectual llega a la conclusión de que la "Teoría de la imputación objetiva" es un modo más preciso, pero sin contenido diferente, de la "teoría de la causalidad típica". Claus Roxin en "Derecho Penal" (Parte General, Tomo I, Edit. Civitas, 1997, pág. 350 y ss.) en el mismo curso de ideas dice que "se ha impuesto ampliamente en la ciencia actual la fórmula que se remonta a Engisch, de 'la condición conforme a leyes', que en su versión más

rotunda, redactada por Jescheck, enjuicia la concurrencia de causalidad atendiendo a 'si a una acción se han vinculado modificaciones en el mundo exterior subsiguientes en el tiempo, que estaban unidas a la acción según las leyes [naturales] y que se presentan como resultado típico".

Sigue anotando posteriormente que "Hoy es algo ampliamente reconocido que para verificar el nexo conforme a leyes hay que atender al resultado en su forma más concreta incluyendo todos los eslabones intermedios que han conducido al mismo (teoría de la equivalencia concretante)".

Sentada como quedó la vigencia de la teoría de la equivalencia de las condiciones ha de tratarse el tema de la concausa.

El mismo autor trata este problema como una limitación de la causalidad.

Entiendo que entran en el concepto de concausas todas las condiciones de un resultado que integran su proceso causal, con igual o aún menor preponderancia que la del autor.

En esos términos no puede negarse que el incumplimiento venal de Díaz operó como una concausa del incendio culposo.

Ni más ni menos porque , "No hay resultado que no se derive de un conjunto de causas; pero al derecho únicamente le interesan las que son activadas por el hombre. Así se llega a descomponer el fenómeno causal y se aísla de él un componente al que se le atribuye la producción del resultado, y por lo tanto se habla de causalidad jurídica" (Altavilla, op. cit., pág. 156).

En el caso de una omisión —como en el presente-, se debe ponderar la posibilidad de dominar los resultados y debe integrarse con una potencialidad material. "Dicha potencialidad consiste en la posibilidad de darse cuenta de que, en determinadas contingencias, puede ocasionarse un resultado al que pueden ponérsele obstáculos. Es decir, se requiere la posibilidad de emitir un juicio acerca de la existencia de un peligro y sobre la propia capacidad y potencialidad de impedirlo" (Altavilla, op. cit., pág. 157).

Como señalé, Díaz estaba al tanto de los riesgos que se corrían en los shows realizados en "República Cromañón", especialmente en aquellos que llevó a cabo el grupo "Callejeros" y, por ende, le era previsible el resultado fatal.

No digo que previó concretamente el luctuoso desenlace, sino que tuvo la posibilidad de hacerlo, especialmente teniendo en cuenta la especial función que cumplía. No era un agente policial novato, sino un oficial con años de experiencia y que actuaba como jefe del servicio externo de la jurisdicción.

Sin embargo, nunca se preocupó por evaluar el peligro que con su conducta podría contribuir a causar, fiel al pacto delictivo, no cumplió con su deber permitiendo que la actividad del local se siguiera llevando a cabo de manera sumamente irregular y riesgosa para quienes asistían, con el resultado trágico ya conocido.

Como reseñé, hago hincapié nuevamente en que la situación sólo le indicaba una conducta: relevar las irregularidades y actuar en consecuencia clausurando preventivamente el local y dando intervención a las autoridades correspondientes.

Era su deber y hubiera evitado la producción del resultado.

La conducta de Díaz ya desarrollada permite sostener la existencia de un enlace material entre las figuras de cohecho pasivo e incendio culposo agravado por el resultado (arts. 55, 189 2° párrafo y 256 del Código Penal).

De habérselo acusado por los incumplimientos de los deberes de funcionario público también cometidos, se vería con mayor claridad la concurrencia real de los delitos antes indicados.

En tal sentido, nada obsta al concurso de figuras penales el hecho de que una sea dolosa y la restante culposa.

Es claro entonces que nos encontramos frente a dos conductas claramente independientes y diferenciables entre sí, y en este punto hago míos los argumentos vertidos por el Dr. Riggi al respecto.

En lo que hace al resto de los coprocesados, a saber Omar Chabán, Raúl Villarreal, Diego Argañaraz, Patricio Santos Fontanet, Juan Carbone, Christian Torrejón, Eduardo Vázquez, Maximiliano Djerfy, Elio Delgado y Daniel Cardell, deberán responder por la figura de incendio culposo agravado que debe enlazarse materialmente con la de cohecho activo en el grado de intervención antes expuesto (arts. 55, 189 último párrafo y 258 del Código Penal).

Ello así dado que se trata de dos conductas perfectamente diferenciadas: el acuerdo ilícito concretado por un lado, y la realización riesgosa del recital del 30 de diciembre de 2004 por otro. La preexistencia del pacto venal decide en este caso la materialidad del concurso respecto de todos los nombrados (art.55 del C.P.).

4. Los funcionario públicos.

4.a. El ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

El examen de la situación de los ex funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, requiere su ubicación en la faz administrativa de esa entidad.

En lo que aquí interesa es de señalar que el control de los locales bailables estuvo a cargo, durante el año 2004, de la Subsecretaría de Control Comunal dependiente de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, de la Unidad Polivalente de Inspecciones y específicamente, a partir del 26 de agosto de 2004, de la Dirección General de Fiscalización y Control -DGFyC-, creada en esa fecha por Decreto n° 1563/04 y a la que, en función de lo establecido por los Decretos n° 726/01 y 761/01, se le asignó una "Función Crítica Alta".

Esa Subsecretaría de Control Comunal (a cargo de Fabiana Fiszbin a partir del mes de diciembre de 2003, según los Decretos n° 2696/03 y 2718/03) tenía el poder de policía en la ciudad de Buenos Aires, con facultades de supervisión, en forma coordinada con la Dirección General de Fiscalización y Control.

Ésta última Dirección ejercía el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos de los establecimientos de comercio, industria, depósito y servicios, así como el control de su seguridad, salubridad e higiene.

Era inherente al ejercicio de ese poder de policía practicar las inspecciones, intimaciones, y clausuras pertinentes.

El Director General de esa Dirección era Gustavo Juan Torres, designado por Decreto n° 1874/04 del 12 de octubre de 2004 y su Directora Adjunta era Ana María Fernández designada por el Decreto n° 1563/04 fechado el 26 de agosto de 2004. Los nombrados cesaron en sus funciones el 11 de febrero del año 2005 —Decreto n° 178/05-.

Por consiguiente, tal como se asentó en el fallo, el

control del funcionamiento del local "República Cromañón" al tiempo del luctuoso suceso competía a la Subsecretaría de Control Comunal y a la Dirección General de Fiscalización y Control.

Esas tareas propias se volvieron urgentes al momento del ingreso formal de la actuación 631 a la órbita de la UPI con un cuerpo de 84 inspectores con poder de policía; cuando se hizo cargo de la Dirección Gustavo Torres la dotación era de 136 inspectores a su disposición con el mismo poder.

Surge además de las piezas de convicción que a la fecha del hecho el cuerpo estaba integrado por 238 agentes en el servicio de inspección, pero sólo 102 con poder de policía según se desprende de la disposición n° 930/DGFYC/2005 que les prorrogó las credenciales, sin perjuicio de algunos otros que pudieron haber estado entre septiembre y diciembre del año 2004 y luego no continuaron.

Ahora bien para deslindar las responsabilidades, ha de hacerse hincapié en que los objetivos, o lugares a inspeccionar eran seleccionados por los funcionarios de mayor jerarquía.

A ese efecto los lunes se reunían en la Subsecretaría de Control Comunal, la titular del organismo Fabiana Fiszbin, el Director General de la DGFyC Gustavo Torres y la Coordinadora General de la UPI Ana María Fernández, junto con otros funcionarios. En dichas reuniones se trataban las denuncias que informaban los directores generales referentes a los locales comerciales y de la vía pública, a la vez que se fijaban nuevos operativos.

Este dato surge precisamente de las indagatorias de Fiszbin de fs 16055/168, incorporada por lectura al debate, de la que también se desprende que participaba de esa decisión entre otros, Ana María Fernández, cuando estaba a cargo de la UPI, responsabilidad que admitió en el juicio oral, y Gustavo Juan Torres, por la Dirección General de Fiscalización y Control.

De ahí la neta responsabilidad de estos tres sujetos, prueba de lo cual son los demás elementos de juicio detallados en el voto que antecede al que me remito.

Una vez determinados los locales a inspeccionar se asignaban los inspectores que debían concurrir, momentos previos a llevar a cabo la diligencia.

Estos debían actuar según las disposiciones establecidas

en el Manual de Inspecciones y el material puesto en su conocimiento en los cursos de capacitación que se les daban.

Fue precisamente la inobservancia del deber funcional por parte de los nombrados lo que permitió la reiterada violación de las normas contravencionales precisadas en la exposición del Dr. Riggi.

Decisiva es en torno de esta cuestión la denuncia de la Defensoría de la Ciudad por resolución 2022/03 por la que, entre otras cuestiones se recomendó el control y seguimiento de las habilitaciones y funcionamiento de los distintos locales bailables, y la del 5 de mayo de 2004 (Actuación 631) por la que se requirió expresamente a la Subsecretaría de Control Comunal la intimación a los locales de baile clase “c”, y la estricta observancia de las normas vigentes, en especial la Ordenanza 50250 referente a las medidas de seguridad contra incendio y las correspondientes a los locales bailables, cuyo incumplimiento, se remarcó en la denuncia, hacía peligrar la vida de más de 400000 personas cada fin de semana.

De este requerimiento había tomado conocimiento Fabiana Fiszbin desde la reunión con Alimena del mes de enero de 2004; es decir mucho antes del ingreso formal en la Subsecretaría de Control Comunal el 17 de mayo de 2004.

La nombrada dio intervención por ello a la Unidad Polivalente de Inspecciones, donde las actuaciones tuvieron entrada el 26 de ese mes.

El silencio de este departamento motivó por parte del Director de Areas Temáticas de la Defensoría del Pueblo un pedido de informes acerca de los locales inspeccionados durante ese año 2004. Coetáneamente ese organismo siguió recibiendo informes de la Superintendencia de Bomberos y por nota del 18 de noviembre de ese año se dejó constancia que de los 200 locales en funcionamiento y habilitados el 70% no cumplía la Ordenanza 50250.

El conocimiento de la situación era claro.

El incumplimiento de los deberes de los funcionarios responsables también.

Tan claras eran las irregularidades que con anterioridad a esa época ya en enero de 2004 había habido una primera reunión de la que participó Fabiana Fiszbin en la que se trató la situación de los locales de baile, estaciones de servicio y otros lugares

relacionado con la probabilidad de incendio, medios de salida y medidas de prevención.

El testimonio de Atilio Alimena interviniente en esas reuniones, cobra vital relevancia pues descubre la despreocupación de Fiszbin por el estado de esos locales. Despreocupación que se acopla al desconocimiento de la funcionaria de los vencimientos de los certificados de incendio emitidos por la Superintendencia de Bomberos, exigidos por la Ordenanza 50250 de cada uno de los locales que tenía fichados esa Superintendencia como incumpliendo con dicho requisito, según lo expuesto por Alimena en la reunión que tuvo con ella en el mes de mayo.

Además informó el Defensor del Pueblo adjunto que sólo el 12% de los locales estaban regularizados en su funcionamiento, dato obtenido del entrecruzamiento de las informaciones.

Este testimonio fue avalado por los de Antonio Fernández y aún por el de la coordinadora de dicha funcionaria Carmen Prusak quien comentó que Fiszbin le solicitó a la Coordinadora General Ana María Fernández que comenzara a trabajar sobre las intimaciones, nunca controladas.

La última reunión tuvo lugar en junio de ese mismo año, a raíz de una nota publicada en "Clarín" que exponía el riesgo de incendio de los locales bailables. En dicho encuentro Alimena insistió con la clausura de los locales, medida que Fiszbin no tomaba con la justificación de que para ello se requería una decisión política.

Lo cierto es que por toda medida y frente al listado de 177 locales de baile clase "c", con certificado anual vencido, en trámite o nunca aprobado, aportado por la Superintendencia de Bomberos sólo se concretaron 164 intimaciones libradas por la Coordinadora Ana María Fernández.

Una de ellas se dirigió al titular del local sito en Bartolomé Mitre 3060/72 a fin de que presente en la Unidad Polivalente de Inspecciones la documentación acreditante del cumplimiento de las normas relativas a la actividad que desarrollaba acordándole un plazo de quince días hábiles contados a partir de su recepción el 24 de mayo, bajo apercibimiento de las penalidades vigentes.

Algunos datos se cargaron en una planilla de Excel, algunas de las respuestas recibidas se guardaron en una caja azul

y las pendientes en un bibiliorato, que nadie controló. El testimonio de Carolina Albela confirma lo expuesto.

La testigo agregó que Ana María Fernández ante sus preguntas acerca de las intimaciones le respondió que era la Subsecretaria la que debía indicar los pasos a seguir.

Cabe poner de relieve que ante un nuevo pedido de la Defensoría del Pueblo, la Coordinadora del área Legales, María Angélica Lobo, el 5 de noviembre lo derivó al Coordinador Operativo y luego elevó el informe al Director General Gustavo Torres, quien el 26 de noviembre se limitó a remitirlo a la Subsecretaría de Control Comunal, haciendo referencia a la Actuación 631/04.

A la oficina de Fiszbin llegó el 14 de diciembre y el mismo día se elevó al Secretario de Justicia y Seguridad Urbana.

Ese fue todo el control.

El control se limitó a un pase de notas.

Huelgan las palabras y los comentarios para determinar la responsabilidad penal de los tres enjuiciados, Torres, Fernández y Fiszbin.

Nadie hizo nada útil.

Ninguno cumplió con su deber.

Conviene recordar que el local sito en Bartolomé Mitre 3060 tuvo el último control comunal el 29 de marzo de 2003 y que salvo una vez que se dispuso un operativo y no se concretó porque no estaba funcionando, con posterioridad ni figuraba entre los destinados a ser inspeccionados.

Referente a las normas que debieron ser observadas corresponde destacar en primer lugar su habilitación de conformidad a lo establecido en el articulo 10.2.3. del Código de Habilitaciones y Verificaciones, habilitación que a partir de la ordenanza 50250 (que abarcaba aún a los locales que habían obtenido su permiso antes de su vigencia) requería a tal efecto un certificado de la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal acerca de la observancia de las normas de Higiene y Seguridad en el Trabajo contenidas en la ley 19587, de cumplimiento anual salvo casos de refacciones o cambios en el local.

Su incumplimiento preveía como sanción la clausura hasta la modificación de la Ordenanza 50848 que le agregó a la clausura

una multa, y la clausura definitiva con pérdida de la habilitación de reiterarse la infracción.

Asimismo la falta de renovación del certificado anual expedido por la Superintendencia se castigaba con una multa de trescientos a diez mil pesos y/o clausura del local en el Régimen de faltas de la Ciudad de Buenos Aires de conformidad con la ley 451, Libro II, Sección II, Capítulo I, art. 2.1.4.

El último certificado de bomberos del local de mención, clase "c" fue expedido el 24 de noviembre de 2003, es decir que al 24 del mismo mes del año siguiente estaba vencido.

Dado que las irregularidades fueron expuestas con lujo de detalles en el voto anterior, me limito a darlas por reproducidas al igual que la determinación del Área de Contralor de Espectáculos y la Dirección General de Habilitaciones y Permisos como las encargadas del control del cumplimiento de las condiciones de seguridad, en un espectáculo como el recital de marras y luego de que los organizadores realizaran los trámites respectivos a través de las autoridades pertinentes.

Sí cabe apuntar que fue el encausado Gustavo Torres responsable del área de Fiscalización y Control quien señaló que en un local de baile clase "c", se podía realizar un recital, siempre y cuando hubiere pedido permiso a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, que de autorizarlo daba intervención al Área de Contralor de Espectáculos Públicos, permiso inexistente en este caso.

Debo agregar que si el particular no lo hacía, como en el caso de autos, era la DGFyC la que debía intervenir.

Tal como lo señalara el Dr. Riggi en el voto que antecede, queda claro entonces que en "República Cromañón" sólo podían ofrecerse "variedades", pero no "recitales" como los brindó el día del trágico suceso y al menos en los dos días anteriores.

En cuanto a las irregularidades estructurales del lugar, debo señalar que del estado de las salidas y del candado y alambre colocados a la barra antipático en el portón alternativo dieron cuenta el ingeniero Larroque, así como los encargados de mantenimiento Juan Carlos Bordón y Alfredo Mario Díaz; Sebastián Miguel Meniño y Ricardo David Vázquez, asistentes de sonido; Sergio Fernando Piñeyro, iluminador; Juan Carlos Torres, empleado de seguridad que ratificó esa oclusión el 28, 29 y 30 de diciembre

de 2004, como así también Mariano Ezequiel Bohuier y Maximiliano Ramón Chaparro que trabajaban en el hotel lindero.

La bandera mencionada por la defensa de Chabán como obstáculo de esa puerta no resiste un mínimo embate serio.

Los contestes testimonios enunciados por el Dr. Riggi avalan el hecho de que la puerta de emergencia ubicada del lado derecho del local fue utilizada como entrada de los jóvenes del sexo masculino, así como otros testigos dan cuenta de que las vallas separadoras de la entrada de las mujeres se transformaron en otro obstáculo de salida.

Otras irregularidades a tener en cuenta son el estado de los matafuegos, la existencia de paneles acústicos de espuma de poliuretano y guata, y de media sombra colocados en el cieloraso, previstas en el artículo 7.2.11.1 del Código de Edificación. Cabe resaltar que en el caso del último material mencionado, su colocación daba lugar a la clausura del establecimiento conforme surge de la disposición n° 272/DGFYC/2004 del 2 de noviembre de ese año.

Estas no son todas.

El juego mortal de la pirotecnia prohibida se vio acelerado y facilitado por todas esas irregularidades, combinación macabra que se cobró miles de jóvenes víctimas, de muerte o de lesión.

Su utilización esa noche está perfectamente probada con los testimonios, restos de material y conclusión del peritaje de la Superintendencia de Bomberos al señalar que su puesta en funcionamiento provoca 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, que dada las características de las candelas accionadas tienen una proyección de más de diez metros.

Una elemental pauta de sentido común era necesaria para vedar su aporte y posterior uso.

La sobreocupación del local fue otra irregularidad presente y también sancionada, en este caso en la ley 451, artículo 2.1.3. con multa.

Acerca de este tema ya se han efectuado análisis que dieron cuenta de que la cantidad de asistentes había sobrepasado en exceso los 1031 permitidos en la plancheta de habilitación. Con

solo tener en cuenta que el contador manejado por Daniel Vicente Gimenez arrojó una cifra de 2811 o que según lo expresado por Ezequiel Orlandi y Bruno Díaz comercializaron o entregaron 3026 es más que suficiente. Sin embargo la prueba al respecto es sobreabundante como la expuso el Dr. Riggi, a cuyo voto me remito. No sin antes recordar que para Chabán si en un recital no había 5000 personas era como para bajonearse porque no se cubrían los gastos. Inclusive, lo afirmado por el nombrado, la propia noche del hecho, quien dijo que en el local había 6000 personas.

Debo mencionar también la presencia de menores y la venta de bebidas alcohólicas, ambos prohibidos en un local de baile clase "c", como era el del caso. Franca violación a lo estipulado en el artículo 68 del Código Contravencional de la Ciudad en cuanto prohibe "suministrar bebidas alcohólicas en el lugar donde se desarrolle un espectáculo deportivo o artísitico masivo, o en sus adyacencias, entre cuatro horas previas a la iniciación y una después de su finalización...".

De conformidad a lo previsto en el artículo 10.3.1. inc. a) del Código de Habilitaciones y Verificaciones sólo podían ingresar menores a ese tipo de locales bailables los días feriados, sábados y domingos en el horario especial de 16 a 22 horas; y en el inc. c) prescribe en ese período la venta o consumo de bebidas alcohólicas.

Prohibición que también contempla el artículo 50 del Código Contravencional al prohibir "Suministrar, vender o permitir el consumo de alcohol, dentro del establecimiento a personas menores de dieciocho años, por parte del titular, responsable o encargado del comercio".

Infracciones éstas sancionables con multa de cien a mil pesos o clausura, las primeras a cargo del titular del establecimiento en relación a la entrada de los menores; o de multa de mil pesos o clausura si se venden bebidas alcohólicas.

La efectiva producción de esas irregularidades fueron admitidas por el testigo Andrés Alvar Chabán, quien manifestó que ese día se vendieron cerveza y otras bebidas alcohólicas, dichos afianzados con el de Alfredo Mario Díaz, y del menor Nicolás Papolla, que dijo haber concurrido con su hermano también menor y demostrado con las tres facturas de la "Cervecería y Maltería Quilmes" decomisadas.

4.b. Responsabilidades de los funcionarios públicos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

En vista de deslindar responsabilidades ha de remarcarse que a la época del hecho Fabiana Gabriela Fiszbin era Subsecretaria de Control Comunal, Gustavo Juan Torres, Director y Ana María Fernández Directora General Adjunta con la misión de asistir a la Dirección General.

Los tres tenían el deber de controlar los locales de baile, efectuar las intimaciones pertinentes, clausurarlos y controlar esas clausuras.

Es así que cualquiera hubiere sido la sucesiva denominación de los organismos afectados a esa actividad la responsabilidad caía en cabeza de Fiszbin, Torres y Fernández.

La reunión de los lunes mencionada por el Director Oscar Lucangioli tenía como objetivo principal las inspecciones a esos locales bailables clase “c”.

A ella asistía Ana María Fernández como adjunta del Director, todo bajo la supervisión de Fiszbin.

Acerca del conocimiento que las dos nombradas tenían de la situación de esos locales me remito a lo antes expuesto y a lo que en el mismo sentido consta en el voto del Dr. Riggi.

Los esfuerzos de la defensa de Gustavo Juan Torres para cohonestar la acción del nombrado se desvanecen a poco que se acentúe lo antes expuesto respecto a que él fue quien, como Director General de la Dirección General de Fiscalización y Control, continuadora de la UPI, firmó la nota de remisión con el informe requerido por la Defensoría del Pueblo acerca de las condiciones en que se encontraban los locales bailables clase “c”, respuesta vinculada con la Actuación n° 631.

Las inspecciones de dichos locales estaban entre las actividades más significativas de su esfera de responsabilidad.

El conocimiento del estado de los locales lo revela el pedido que el nombrado Torres efectuó a la Subsecretaria Fiszbin a fin de gestionar la compra de cámaras fotográficas a proporcionar a los inspectores. Pedido que efectuó en los términos de “urgencia y necesidad“. En ese pedido mencionó como temas de mayor problemática de su área el control de expendio de bebidas alcohólicas y de las discotecas, cuestiones íntimamante relacionadas en el caso.

Él mismo reconoció el tema del estado de los locales, como inherente a la reunión de los lunes.

Es así que se diluye su desconocimiento tanto de dicho estado como de la Actuación 631 y la repercusión pública que había tenido dado que había sido publicada en el diario "Clarín". Aún admitiendo que no recordara la numeración indicada, le constaba el estado de irregularidad en que funcionaban esos locales.

Gustavo Torres tuvo a raíz de su función pleno conocimiento de la grave denuncia que dio origen a la Actuación 631 del defensor público Alimena, aspecto al que me he referido en anteriores capítulos, haciendo incluso remisión a lo expuesto en el voto que me precede.

El cúmulo de documentos obrantes en autos, y también el mismo pedido de informes que el Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires requirió a esa Dirección General de Fiscalización y Control acerca del cumplimiento de las inspecciones a los locales clase "c", a raíz de la publicación del diario Clarín en la edición matutina del 26 de mayo de 2004, aseguran el conocimiento de la situación reinante por parte del Director General Torres.

El mayor cometido que al respecto se efectuaba en ese organismo de control dirigido primero por Fernández y después por Torres con la adjuntía de la nombrada, era emitir las intimaciones y guardar sus respuestas en una caja azul que se colocaba arriba de un armario. Caja a la que hicieron referencia los empleados de la UPI primero y de la DGFyC después, Carolina Albela y Walter Daniel Entelman.

Para ir concretando es de destacar entonces que la responsabilidad de Fiszbin, Torres y Fernández no se limitaba a intimar a los locales al cumplimiento de las normas, sino que ante la diversidad de fuentes de conocimiento que en forma insistente y concordante destacaban la grave situación de irregularidad en la que se encontraban esos locales bailables, el cumplimiento del deber en sus funciones imponía tomar las medidas necesarias para clausurar, al menos el local de la tragedia.

Más allá del incumplimiento de la normativa vigente puesta de relieve por el magistrado preopinante, elementales normas de conducta y de cuidado imponían tomar medidas directas y urgentes de modo tal de impedir el gravísimo hecho que sucedió o algún otro.

Lo expuesto muestra la irrelevancia de que Torres tuviera conocimiento del número que llevaba la Actuación de la Defensoría de la ciudad.

Lo que los tres funcionarios públicos no hicieron les competía por la índole de su función.

4.b.1. Fabiana Fizsbin.

La mayor responsabilidad penal de ese servicio público desatendido, la tenía en razón de su cargo Fabiana Fiszbin. Las tareas no cumplidas eran propias de su oficio.

A punto tal que ella misma en el congreso de "CEDEBA" celebrado en noviembre de 2004 reconoció que lo que más le preocupaba eran las cuestiones atinentes a la seguridad e higiene. Inclusive mencionó las irregularidades propias de ese tipo de locales, y aún reconoció que de los doscientos existentes, aproximadamente cincuenta no estaban habilitados.

Podría preguntarse qué estaba esperando para solucionarlo…

Es así que este triste episodio fue el que dejó plasmada la incongruencia entre sus dichos y sus hechos. En efecto su actuación se desajustó precisamente de la tarea de control. Por el contrario en el curso de su gestión actuó en sentido opuesto a lo que aludió.

Frente al riesgo Fiszbin omitió los actos de su oficio pertinentes para acabar con esos peligros, conocidos en algunos casos o sospechados en otros.

La omisión revelada abarca y rodea todo tipo de tarea administrativa inherente a su función pública; es decir los actos de esa naturaleza que estaba encargada de controlar y dirigir de modo obligatorio, previstas en cualquiera de las normas cuya observancia debía, o aún basadas en la costumbre administrativa.

Sobrada es al respecto la exégesis contenida en el voto que precede y a ella me remito.

Para todo ello sólo debía tener una mínima responsabilidad en la atención de sus deberes, y el espíritu de cumplirlos, poco más que el sentido común.

En conclusión procedió de manera contraria a lo que su deber le imponía.

No cumplió con sus funciones en el tiempo apropiado para que sus actos posibilitaran un normal y controlado funcionamiento

de los lugares bailables, al mismo tiempo que se evitaran siniestros como el ocurrido.

La negligencia que se viene exponiendo es tanto más grave si se atiende a que las constancias causídicas revelan que estaba advertida de la irregular situación de los locales bailables clase "c". Al menos a raíz de la Actuación 631 generada por Alimena, y del preciso conocimiento que tomaba del estado de esos locales en las reuniones semanales de los lunes que ella coordinaba.

Todo lo cual daba cuenta del peligro que se corría en dichos lugares.

Pero nada hizo.

Se limitó a ordenar que se hicieran las intimaciones relacionadas con la presentación de la documentación del local.

De haber efectuado un mínimo control efectivo y no meramente formal sobre el local "República Cromañon", entre tantos otros, hubiera impedido clausura mediante este delictuoso suceso.

Es así que nada justifica su grave negligencia.

Como ya dije, por una parte conocía la existencia de múltiples irregularidades, tanto como los riesgos que estas entrañaban y por la otra contaba con las facultades y los medios humanos y materiales para hacerlas desaparecer.

Era parte de la función pública que desempeñaba como Subsecretaria de Control Comunal.

En cuanto al detalle de las medidas tomadas y las restantes cuestiones, por su meticulosidad me remito a lo dicho por mi colega preopinante.

Ante esa realidad se desvanecen fácilmente los argumentos ensayados por su defensa, respecto a lo cual también me atengo a lo dicho por el juez preopinante.

El impedimento de cuestión no justiciable al que la defensa de Fabiana Fiszbin acudió para protegerla partió de un error de concepto radical y de un planteo desviado de su naturaleza.

El contenido de sus argumentaciones tendientes a obstaculizar el control de los actos funcionales que dejó de cumplir, en todo caso debieron encauzarse por el sendero de la inconstitucionalidad de todo el Capítulo 4 del Título 11 del Código Penal.

Ilustran el tema las palabras del ex Ministro de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación Julio Oyahnarte en “Recopilación de sus obras“ (Bs. As., L.L., 2001, pag. 751 y ss).

Así dice el autor en su obra que las cuestiones no justiciables alcanzaron primera notoriedad en el caso “Cullen vs. Llerena” de 1883, Fallos 53:420 al resolver que en nuestro derecho había cuestiones que resultaban ser ajenas a toda posibilidad de juzgamiento. Ellas son las llamadas cuestiones no justiciables, con relación a las cuales distingue dos categorías, a saber:

a)”Las cuestiones privativas del Ejecutivo y el Legislativo, sean o no políticas. Por ejemplo la “prescindibilidad” de un funcionario basada en “razones de servicio”.

b)”Las cuestiones políticas stricto sensu, que implican la adopción de decisiones de esa naturaleza, vg. la intervención del gobierno federal en una provincia y la aprobación por una cámara legislativa del título de uno de sus integrantes”.

Sigue diciendo que “No justiciabilidad quiere decir sustracción de determinadas cuestiones a la potestad juzgadora de los magistrados judiciales y, fundamentalmente, al control de constitucionalidad. ¿Qué cuestiones? Pues aquellas que la Corte Suprema incluye dentro del concepto. Aunque la frase no cumpla los requisitos que son exigibles a una definición jurídica decorosa, lo cierto es que cuestiones no justiciables son las que la Corte Suprema tiene por no justiciables”.

Y esta gestión administrativa de Fiszbin no es por cierto una de ellas.

A mayor ilustración ha de recordarse según Oyhanarte que esa jurisprudencia pretoriana proviene de ”numerosos fallos de la Suprema Corte de Estados Unidos,… y que aparece en por lo menos cuatro sentencias del insuperable John Marshall”.

Cita entre ellas el ex ministro que ”Ciertos actos son no justiciables porque su valoración se subordina a la previa verificación de una gran cantidad de complejas circunstancias políticas, económicas y sociales que están más allá de las posibilidades de información y de conocimiento de los jueces”. A este respecto, nuestra Corte Suprema ha declarado que “hay actitudes y circunstancias que escapan a la formal comprobación de los jueces, como las relativas a la declaración del estado de sitio (Fallos 243:513 y sus citas)”.

Advertido el error del planteo sólo cabe acotar la inconexión del agravio con el tema decidendum.

Es indudable que los actos que debía realizar Fiszbin en su condición de funcionaria y Subsecretaria de Control Comunal no pueden asimilarse por su naturaleza a los privativos de los órganos de gobierno o poderes políticos, como se ha visto, con lo cual ese agravio queda eliminado.

4.b.2. Ana María Fernández.

Ana María Fernández, Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones era desde el 13 de enero de 2004 la encargada de ejercer el poder de policía en materia de seguridad, salubridad e higiene de establecimientos comerciales, inclusive los de baile clase "c".

Mediante el decreto 1563/04 se disolvió la UPI y se creó la DGFyC con una Dirección Adjunta para cumplir los objetivos, una de cuyas funciones primarias era la de "asistir al Director General de Fiscalización y Control en los temas de su competencia".

Fernández ocupaba precisamente el cargo citado en primer término.

Entonces, desde que tomó conocimiento del contenido de la Actuación 631 o, al menos de su ingreso formal, debía eliminar el peligro puesto de manifiesto en la tantas veces mencionada Actuación, que daba cuenta del riesgo corrido por alrededor de 400000 personas cada fin de semana.

Ello sea, desempeñándose como coordinadora general de la UPI o, luego, como Directora Adjunta de la DGFyC.

Sobre su persona caía también la responsabilidad de inspeccionar y clausurar, y dependían los inspectores.

Frente a semejante responsabilidad se limitó a suscribir las intimaciones.

No era esa precisamente la gestión que le imponía su cargo público.

Es inepcia suponer que su obligación se limitaba a separar y guardar las intimaciones contestadas, de las que no lo habían sido.

Era sobre quien recaía también la responsabilidad de controlar, inspeccionar y en su caso clausurar.

Medidas que sabía debían ser tomadas pues conocía las

irregularidades desde su actuación a cargo de la UPI.

El local “República Cromañon” también forma parte de los que se debían inspeccionar, razón por la cual aunque lo hubiere hecho respecto a todos los demás, su responsabilidad por ese lugar hubiera quedado intacta.

Acentúa lo expuesto el hecho de que el 10 de febrero de 2004 el Subcomisario José Daniel Federico de la Seccional 7ma había reclamado a la Unidad Polivalente de Inspecciones colaboración para inspeccionar con personal de su dependencia las confiterías bailables de esa jurisdicción, entre las cuales obviamente figuraba “República Cromañón”.

Es tan seria y tan grave la omisión como quedó revelada a través del detallado análisis de los elementos de juicio examinados desde el comienzo de este fallo, por lo que innecesario resulta repetirlo, más aún cuando fueron precisados en el primer voto.

Es de destacar que el control de los locales era un tema vinculado con la competencia de su cargo. De ahí que su incumplimiento resulta serio y grave a su respecto, tanto más por cuanto desde su cargo anterior conocía la problemática peligrosa de los locales bailables y la disposición 424 sobre la que tanto hincapié hace su defensa si bien le adjudicó una función más, no le quitó relevancia a las que por su cargo tenía, entre las cuales se encontraba la de colaborar con el Director en el control del estado de ese tipo de locales bailables.

Si los Directores, Generales y Adjuntos, y la Subsecretaria no tomaban medidas quién las podía tomar.

En relación a Ana María Fernández cabe poner de relieve que la razón de la creación del cargo de Directora Adjunta que detentaba en la oportunidad de los hechos no era otra que la de colaborar con el Director General en el ejercicio del poder de policía.

Tarea específicamente destinada a evitar lo ocurrido.

Su cargo le imponía un concreto deber de actuar, que no ejerció.

Esa inoperancia en el caso es sinónimo de negligencia que la torna en consecuencia responsable penalmente al igual que los demás.

La pretensión de la defensa de que entre el objeto

procesal de esta causa y el actuado en la N° 14000/05 en el Juzgado de Instrucción N° 1, Secretaría N° 105 referente a un enriquecimiento ilícito como asociación ilítica y por los cuales había recaído sobreseimiento respecto de la procesada sólo resulta ser ingeniosa y revela un denodado esfuerzo de su asistente letrado por tratar de favorecerla.

Ha de recordarse que la cosa juzgada es un principio fundamental de orden público y de comprobarse su existencia renace la fuerza de la firmeza e inimpugnabilidad del primer pronunciamiento penal, provocando la desaparición del formado a posteriori.

Enrique Fornatti en su obra "Excepciones Previas en el Proceso Penal" al tratar el fundamento de la cosa juzgada material expresa que "En Roma se entendía que el fundamento de la cosa juzgada era el de asegurar la certidumbre del derecho; en la Edad Media se la consideró como una presunción de verdad, iure et de iure; para SAVIGNY la cosa juzgada es una ficción de verdad y para CHIOVENDA traduce la voluntad de la ley en el caso concreto. Según ALSINA el fundamento de esa institución reside en la necesidad de seguridad jurídica a fin de dar estabilidad en las relaciones de derecho, concepto que en lo esencial coincide con el de COUTURE y VIADA, quienes expresan que el fundamento de la cosa juzgada es de derecho natural, porque aparte de las razones prácticas que aconsejan que no se juzgue dos veces por el mismo motivo, nada hay más contrario al derecho que la duda, pues ésta equivale a negar la existencia de aquél.

Con respecto a las teorías que tratan de justificar la institución de la cosa juzgada, existen dos tendencias; la primera le asigna un fundamento procesal, sosteniendo que la institución crea un derecho procesal de las partes para pretender del juez el respeto a lo juzgado por otro juez, es decir que existe la obligación procesal del Tribunal de no juzgar cuando la función jurisdiccional se haya ejercido y agotado en un proceso anterior.

En cambio, la tendencia que da a la cosa juzgada un fundamento material, estima que esa institución extingue el derecho de acción, y que por ello no es posible jurídicamente hacerla valer en un nuevo proceso. Según este criterio, la cosa juzgada crea un nuevo derecho, una nueva situación jurídica, a diferencia del otro, que basado en razones de seguridad y

conveniencia vincula a todos los jueces ante quienes pudiese llevarse el caso ya juzgado.” (“Excepciones previas en el Proceso Penal”, Bs. As., El Gráfico Impresores, 20 de noviembre de 1952, pag. 192, punto 197 y siguiente).

Frente al rigor de los presupuestos de la cosa juzgada, al planteo efectuado por el defensor particular de Fernández sólo le queda el ingenio de haberlo interpuesto como defensa, habida cuenta de que carece del más mínimo apoyo jurídico.

En tal sentido es de recordar que la cosa juzgada requiere la presencia de las tres identidades, sujeto (eadem personae), objeto (eadem res) y causa (eadem causa pretendi).

O como se lee en un voto del extinto juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Dr. Rodolfo Madariaga quien señala que “la identidad del hecho debe entenderse en sentido amplio y comprensivo de una total imputación en sus elementos objetivos, subjetivos y condicionadores; de la persona perseguida y de la causa de la persecución, esto es del derecho de acción ejercitado” (causa n° 23.933: ”Gómez, Simón A.”, CCC, Sala II, del 15/8/1980; CNCP: Sala I, causa n° 3409, “De Santis, Miguel Clemente s/ recurso de casación", rta. 10/09/2001, reg. n° 4569 y sus citas; causa n° 6618,"Müller, Carlos Eusebio s/recurso de casación", rta. el 9/10/2006, reg. n° 8626 y sus citas; y causa n° 7896 “Etchecolatz, Miguel Osvaldo Roberto s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, rta. 19/05/2007, reg. n° 10488 y sus citas y causa n° 4365, “Falchini, Carlos s/ recurso de casación”, rta. 4/03/2003, reg. n° 5689; C.S.J.N., Fallos: 314:377; 316:687).

Los expedientes señalados por la defensa de Fernández sólo tienen de común la identidad de la procesada porque ni el objeto procesal ni la causa de la persecución guardan similitud alguna.

A saber, la investigación de la presente causa se centró en el incumplimiento y omisión de sus deberes de funcionaria pública en particular en lo atinente a los controles de los locales bailables clase “c” con el resultado fatal ya analizado, mientras que en la que fue sobreseída la imputación se refería al enriquecimiento ilícito y a la existencia de una organización integrada por la mencionada funcionaria, otros funcionarios, y empleados del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, dedicada a cometer una multiplicidad de delitos.

Que el juez de instrucción en aquella causa evaluara como prueba en su expediente que Fernández asistía a la tantas veces comentada reunión de los días lunes donde se exponían los estados de ese tipo de lugares, mantiene esa apreciación en su rol de prueba, sin que pueda elevarse a la categoría de presupuesto de cosa juzgada como equivocadamente se pretende.

Lo expuesto es más que suficiente para terminar de desvirtuar este argumento del asistente letrado particular de Ana María Fernández.

Para concluir porque el planteo no admite más extensión, cabe destacar que los delitos examinados en una y otra causa protegen distintos bienes jurídicos y tienen diferente contenido.

4.b.3. Gustavo Juan Torres.

Gustavo Torres era el Director General del organismo creado por decreto 1563/04, tantas veces mencionado, desde el 21 de septiembre de ese año, según decreto 1874/04 de fecha 12 de octubre de 2004.

Era su autoridad superior, en su cartera estaba la fiscalización y el control de los permisos habilitantes de los locales bailables.

La situación irregular de éstos preexistente a su nombramiento, siguió igual y aún se agudizó.

Es esto lo realmente preocupante, que frente a esa situación, todo siguiera igual, cuando el peligro reinante era evidente y no admitía demora alguna.

Fue esta inoperatividad la que marca de manera flagrante la responsabilidad penal de este Director.

Sin desconocer que durante su gestión se realizaron algunas inspecciones, éstas no respondieron a un plan sistemático ni al orden resultante de sus respectivos vencimientos, sino desordenadamente y como réplica a tenor del acuse de algún organismo, de la denuncia de particulares o directamente sin método y al azar.

No era la forma de practicar los controles.

El resultado está a la vista. Bajo esa forma de control podía ocurrir lo que realmente sucedió.

La conclusión es indiscutible.

La desorganización reinante no era lo debido ni lo que las circunstancias imponían.

La conclusión es simple: la actuación de Torres no fue la debida ni acorde a su función ni al caso.

Omitió realizar lo que correspondía según el cuadro de situación que se desprendía del desconcierto de papeles existentes en esas oficinas.

Precisamente ese desorden preexistente al hacerse cargo de la Dirección, según él mismo dijera en su indagatoria, requería una inmediata toma de dirección con un despliegue de recursos humanos y materiales en su máxima capacidad de acción para anular los peligros de extrema gravedad.

Y esto fue lo que no dirigió. Pese a su preocupación por coordinar mediante divisiones internas las funciones de su Dirección, dispuestas por la disposición 424/DGFyC/2004 del 17 de noviembre de 2004, no logró siquiera paliar la situación de riesgo.

Imposible resulta suponer siquiera que desconocía el estado de los locales bailables, tanto menos cuando él mismo le otorgó carácter de prioritario al problema en la nota 86/DGFYC/2004, en la que reiteró a la Subsecretaria Fabiana Fiszbin la necesidad de gestionar la compra de máquinas fotográficas y otros recursos urgentes para practicar las inspecciones de expendio de alcohol y de discotecas en toda la ciudad de Buenos Aires.

También él asistía a las mentadas reuniones de los días lunes.

Tampoco podía ignorar el pedido de informes de la Legislatura de la Ciudad al Poder Ejecutivo relativo al irregular funcionamiento de los locales clase “c”, acerca de las inspecciones llevadas a cabo, actas contravencionales precisando las que hubiesen sido por incumplimiento de las medidas de seguridad contra incendio. Pedido que tuvo origen en la publicación referente al tema publicado en el matutino Clarín el 26 de mayo de 2004.

Noticia por todos conocida, incluso por el Director Torres, a cargo de la Dirección General de Fiscalización y Control.

Pero aún por vía de hipótesis, de suponer que no se enterara por ese medio masivo de comunicación, su conocimiento estaba impuesto por la índole de sus funciones, a ellas era

inherente.

Resulta por ende inadmisible la pretendida ignorancia con la que se lo pretende escudar.

Y aún en esa increíble figuración de desconocimiento le cabe una calificación propia de una conducta negligente y hasta indolente.

Con insuperable claridad señala el Dr. Riggi que los Directores del Area, Torres y Fernández tenían la obligación de controlar las intimaciones, o mejor dicho el estado de los lugares bailables sometidos a su jurisdicción.

La organización en esa área mantuvo su inoperancia aún con la disposición 424/04, a punto que el mismo Torres admitió después del hecho que no se había seguido el trámite de numerosas intimaciones (Conf. Prueba n°6).

Si la defensa pretende favorecerlo con la desorganización reinante, ella misma es causa de responsabilidad pues se está juzgando a las autoridades máximas de esa sección es decir los encargados de que ese desorden no subsistiera.

Fiszbin, Torres y Fernández eran funcionarios públicos encargados de un servicio público, que tenían a su cargo el poder de policía sobre los locales bailables, clase "c" como República Cromañón y de los otros también.

Los tres omitieron realizar lo que estaban obligados a hacer para mantener el funcionamiento normal de ese sector de la Administración Pública.

La omisión de los actos propios de los cargos que cada uno de ellos ejercía, se transparentó a través del cúmulo de elementos de prueba ya analizados y de los que entiendo que no es necesario repetir. Me atengo a lo expuesto por el Dr. Riggi.

Las omisiones expuestas y probadas quedaban dentro de la órbita de sus respectivas competencias que en determinados puntos confluían, porque tanto Fiszbin, como Torres y Fernández tenían el deber de ocuparse del funcionamiento de los locales de su jurisdicción dentro de las reglas vigentes.

Sea que debieron controlar cada uno de los rubros atinentes a los locales bailables, sea que debieron seguir el curso de las intimaciones, sea que tenían que disponer inspecciones y clausurar en consecuencia, sea cual fuere la diligencia omitida, cada una de ellas y todas en su conjunto

conforman la máxima negligencia en el desarrollo de sus funciones.

Aquí reside la rigurosa gravedad de sus conductas.

Sus obligaciones provenían no sólo de las leyes administrativas que debían cumplir y hacer cumplir, sino de las derivadas de la naturaleza de sus funciones.

Es así que teniendo a su cargo, los tres nombrados, la responsabilidad del correcto funcionamiento de dichos lugares, la gravedad de su conducta deviene no sólo de la falta de cumplimiento de las tareas inherentes a ese contralor, sino del conocimiento de que funcionaban en condiciones irregulares. De donde nada enerva sus responsabilidades.

El local denominado “República Cromañón” no podía estar abierto porque nada estaba en regla.

La responsabilidad de su funcionamiento estaba en cabeza de Fiszbin, Torres y Fernández quienes contaban con los medios y recursos para hacerlo. Punto sobre el que se expidió con detalle mi colega preopinante y al que por razones de brevedad me remito.

Sin embargo funcionaba sin los controles pertinentes, y la tragedia ocurrió.

He aquí el nexo causal.

Si se hubiera ejecutado debidamente, el resultado se hubiera evitado porque Cromañón no podía haber funcionado en esas condiciones.

La evidencia de esa relación causal surge del simple razonamiento que antecede.

La conclusión opuesta del resultado sólo hubiera tenido lugar si los controles hubieran operado.

Deducción lógica que enfatiza la infabilidad de la relación causal.

Por el estado de su funcionamiento y por la tragedia que se desencadenó a consecuencia de ese estado han de responder penalmente.

En cuanto a la calificación de la conducta de los tres funcionarios públicos mencionados, ha de tenerse presente que se ha de efectuar sobre el mismo plano fáctico y probatorio que fue objeto de acusación y de defensa dentro de las facultades previstas en el artículo 401 del Código Procesal Penal reconocidas reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentencias que han creado doctrina en el sentido que “Cualquiera

sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva" (Fallos 330:4945 y 329:4634, en el mismo sentido ver 319:2959; 316:2940, 1793; 310:2094; 306:784; 302:482; 301:442 y 242:227 entre otros).

Siguiendo los lineamientos del alto Tribunal he sostenido que "El cambio de calificación es facultad de la que se hallan investidos los jueces, sin que se advierta violación al principio de congruencia al efectuar una calificación distinta del mismo hecho que motivó la indagatoria y la acusación" (Sala I, causa n° 762 "Coronel, José Omar s/recurso de casación" rta. 10/10/95, reg. 762).

En definitiva, si el Tribunal se expide sobre el hecho comprendido tanto en la indagatoria como en el requerimiento de elevación a juicio y sobre el cual la defensa pudo ejercer con amplitud y libertad su ministerio, entonces media correlación fáctica, y no hay obstáculo para que el juez adecue el hecho al tipo penal con independencia de las acusaciones de las partes (Sala I, causa n° 4496, "Arias, Cesar Omar s/recurso de queja" rta. 24/3/2003, reg. 5753).

Podemos afirmar que en autos, tal como exige el alto Tribunal y ha sido mi criterio, el sustrato fáctico no ha variado en lo más mínimo. Las consideraciones vinculadas a las conductas de los acusados en los hechos materia de juzgamiento, han permanecido incólumes a lo largo de la investigación.

Lo que aquí se ha de corregir, tal como lo prevé la citada norma procesal, es el ajuste del "nomen iuris" de esos hechos a la plataforma fáctica probada sin afectar en consecuencia en lo más mínimo la defensa efectiva de los procesados y por ende el contradictorio.

Es que "Los errores de subsunción o puramente jurídicos en el encuadramiento del comportamiento atribuido no dañan la defensa ni limitan la decisión, mientras ésta se mantenga dentro de la acción u omisión descriptas y sus circunstancias" (conf. Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal I. Fundamentos", editores Del Puerto, 2da. Edición 1996, 3ra. Reimpresión 2004, Bs. As., pag., 576).

Sobre la base de todas las consideraciones previas entiendo que las conductas de Fabiana Fiszbin, Ana María Fernández y Gustavo Daniel Torres se adscriben enlazadas en un concurso ideal a los delitos de omisión de deberes de funcionarios públicos previsto en el artículo 249 y estrago culposo fijado en el segundo párrafo del 189, todos del Código Penal.

Respecto al primero de ellos, comparto los conceptos de Soler en su "Derecho Penal Argentino "(Tea, t.5, Bs.As, 1996, pag. 189) expuestos por mi colega Dr. Riggi a los que agrego que "Ese incumplimiento debe referirse a los actos de la función, es decir, a los actos que son el contenido de la función y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria…".

Se lee en la obra de Creus: "Delitos contra la Administración Pública" (Bs. As. Astrea 1981, pag 206 y ss) que "Omite un acto del oficio el funcionario que no lo lleva a cabo… lo retarda el funcionario que no lo realiza en la oportunidad determinada por la ley".

En cuanto al concepto de acto del oficio dice el citado que "Lo que el autor debe omitir es un acto de su oficio, es decir, un acto propio de sus funciones. Tiene que dejar de atender los deberes administrativos propios de su cargo. La ley no contempla aquí… exclusivamente los actos de autoridad, sino que abarca cualquier tipo de tarea administrativa que integre el contenido de la función o de la prestación del servicio del agente de modo obligatorio, por estar configurada en el reglamento o en la costumbre administrativa como cometido propio de aquél".

Clasifica cada una de esas conductas como un "delito de simple actividad que se consuma con la omisión, sin que se necesite la concreción de resultado dañoso alguno".

Agrega el autor que "La omisión requiere, para que se dé la consumación, la no realización del acto funcional dentro del término legalmente determinado. Si la ley no fija plazo, la consumación se da cuando no se lo realiza dentro del 'tiempo útil' para que el acto produzca sus efectos normales".

Sin embargo en esta causa como las muertes y las lesiones, además de los daños, se produjeron, se impone el concurso de esa figura con la del incendio culposo antes tipificado (arts. 54, 189

y 249 del Código Penal).

5. La imposición de la pena en esta instancia

Porque conozco a través de la deliberación la posición negativa de mis colegas en torno de la aplicación de la pena en esta instancia, he de dejar sentada mi opinión al respecto con estricto apego a la normativa y jurisprudencia vigentes

El Código Procesal Penal en su artículo 470 titulado casación por violación de la ley prescribe que:

"Si la resolución impugnada no hubiere observado o hubiere aplicado erróneamente la ley sustantiva, el tribunal la casará y resolverá el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare".

Su significado no es otro que facultar a esta Cámara por vía del recurso de casación a ejercer su competencia positiva y aplicar la pena.

En el comentario de este artículo Francisco D'Albora ("Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", 8° edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pags. 875 y ss) dice que: "En este caso la Casación tiene competencia negativa -dejar sin efecto la sentencia cuestionada- y positiva -pues la sustituye por otra-".

"El sistema se denomina de casación sin reenvío. El tribunal ajustándose a los hechos tal cual fueron fijados en la resolución cuestionada —se circunscribe a sus aspectos exclusivamente jurídicos-, al resolver, tiene que señalar las disposiciones sustanciales dejadas de lado o mal aplicadas; casa -quiebra o anula- y resuelve conforme a su criterio".

Agrega el autor una nota de Lino Palacio a un fallo de la Corte Suprema al conocer en un recurso extraordinario federal deducido por la querellada ante la revocatoria de una absolución decidida por el Superior Tribunal de Justicia de San Juan donde comentó que "si bien la mayoría de la CS negó la apertura de la vía del art. 14 de la ley 48 por no considerar definitiva la decisión, las disidencias estimaron que al revocarse la sentencia impugnada y condenarse por el delito de injurias con reenvío al tribunal de mérito a los efectos de fijar pena y determinar la magnitud del daño resarcible, el gravamen no podría disiparse con la sentencia posterior pues aquel tribunal no tenía competencia para revisar la condena".

“Se plantea Palacio el interrogante de si la decisión del tribunal superior sanjuanino encuadraba dentro de las denominadas ‘sentencias incompletas’, definidas como las que dejan abierta la posibilidad de que la solución final de la causa torne innecesaria o no descarte la intervención ulterior de la CS;” y opina “…que en vez de ‘sentencia incompleta’ se trató de una sentencia ‘trunca’ o ‘mutilada’, pues ‘…ofreció la extravagante particularidad de que... condenó sin aplicar sanciones pero que, al hacer lo primero, imprimió inequívocamente a la causa una solución definitiva porque... ‘el tribunal de mérito no tendría competencia para revisar la condena’ y el gravamen, por consiguiente, ‘no podría disiparse con una sentencia posterior’”.

Es precisamente en función de esa facultad de casación positiva en un juicio sin reenvío que debe interpretarse el fallo “Rivero, Fernando Gabriel s/causa n° 5745” (recurso de hecho, R. 1695. XLI, rta. el 11/8/2009) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando señaló la necesidad de practicar previamente la audiencia de “visu” marcada en el artículo 41 del Código Penal.

Esa sentencia dice “...los jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal no han tomado conocimiento de visu del condenado antes de cuantificar la pena (según lo establece el artículo 41, inciso 2° in fine, del Código Penal) razón por la cual resulta aplicable al caso lo resuelto en la causa ‘Maldonado’ (conf. Fallos 328:4343, considerandos 18 y 19) a cuyos términos corresponde remitirse en razón de brevedad...”.

Es esta la audiencia para cuya celebración el Tribunal no cuenta, a mi criterio, con obstáculo alguno.

Claro es que ese precedente del Superior sigue fundando la posibilidad de aplicar en esta instancia la pena correspondiente al caso.

No es por cierto el único sino que también in re: ”Niz, Rosa Andrea y otros s/recurso de casación“ resuelta el 15 de junio de 2010 (N.132. XLV.), la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia dictada por la sala IV de esta Cámara haciendo remisión a los fundamentos del señor Procurador Fiscal.

En ese dictamen el Procurador confirió razón al agravio de la defensa respecto al derecho del condenado a ser oído y tomar conocimiento de visu antes de cuantificar la pena, a la luz de la doctrina del Tribunal, que citó, atento a que la escala penal

prevista para el delito por el cual fuera condenado permitía una determinación más favorable, extremo que "torna esencial el cumplimiento del recaudo previsto en el artículo 41 del Código Penal".

Esta era a mi juicio la forma de poner fin a esta causa tan especial.

Ha de recordarse las palabras de Fernando De La Rua en su obra "La Casación Penal" (Bs. As, Edit Depalma, 1994, pág. 22) acerca de que "...el recurso de casación... es una institución establecida con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo exigido por la Constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y las garantías de igualdad ante la ley e inviolabilidad de la defensa en juicio, así como también el mantenimiento del orden jurídico penal...".

En ese sentido ha de tenerse en cuenta que el recurso fue abierto por los dos motivos previstos en el artículo 456 del Código Procesal Penal y el primero de ellos contiene la prescripción y la facultad de casación positiva sin reenvío.

Sobre esta facultad se expide Claría Olmedo en "El Procedimiento Penal" (Bs.As, EDIAR, 1968, VII, pag. 264 y ss) haciendo alusión a esa posibilidad "Cuando por imperativo o por autorización legal, el mismo tribunal rescindens en impugnativa, simultáneamente se pronuncia sobre el mérito resolviendo en derecho lo que corresponde...." y acota que "Se advierte que en estos casos no hay reenvío, ... porque la ley impone o permite al propio Tribunal rescindens actuar simultáneamente como rescisorio".

Este mismo tema es tratado por Lino E. Palacio en "Los Recursos en el Proceso Penal" (Bs.As. Edit. Abeledo-Perrot (pag. 150 y ss), bajo el título "Casación por violación a la ley sustantiva" y dice que: "En oportunidad de examinar la clasificación de los recursos... se incluyó al de casación por errores de juicio entre los recursos positivos, es decir entre aquéllos que otorgan al órgano competente la potestad de dictar sentencia sobre el fondo del asunto sometido a su consideración (iudicium rescissorium)"..."incumbe a la CNCP rectificar el juicio de derecho contenido en la sentencia impugnada y proclamar la ley o doctrina jurídica aplicable al caso. En razón, sin embargo, de

que el tribunal no se halla vinculado por las normas jurídicas invocadas por el recurrente, se encuentra habilitado para calificar jurídicamente, en forma autónoma, los hechos de la causa, siempre que, no existiendo recurso fiscal, ello no implique transgredir la prohibición de la reformatio in peius".

No he de abandonar mi posición legal sin poner énfasis en que las garantías de la doble instancia y del derecho a recurrir, introducidas por la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de acuerdos internacionales, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (art. 8°, párrafo 2°, inciso h) encuentran adecuada satisfacción con la inserción institucional de esta Cámara Nacional de Casación Penal en la organización del Poder Judicial de la Nación.

Así lo ha tiene la Core Suprema de Justicia de la Nación in re "Giroldi, Horacio D." (Fallos 318:514).

En sus palabras: que de esa manera "cumple acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado Nacional... y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales 'intermedios' ...creados para cimentar las condiciones necesarias para que el Tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado (Fallos 308:490).

Por último la casación positiva con su juicio sin reenvío protege otras garantías cuales son la obtener un pronunciamiento rápido dentro de lo razonable (Fallos 287:248; 289:181; 300:1102; 305:913).

Sentado mi criterio, teniendo en cuenta lo resuelto por la mayoría, considero que el reenvío deberá practicarse al Tribunal Oral que ha venido interviniendo en la presente.

6. Acción Civil

6.a Responsabilidad de Diego Marcelo Argañaraz y Carlos Rubén Díaz.

La debida indemnización civil a los autores de un delito parte del principio contenido en el artículo 499 del Código Civil según el cual "No hay obligación sin causa, es decir sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o

ilícitos...", y está expresado en el artículo 1077 del mismo cuerpo legal según el cual: "Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona".

En el Código Civil y leyes complementarias, obra dirigida por Belluscio y coordinada por Zannoni (Bs. As., Edit. Astrea, 5, pág. 107 se lee que: "Uno de los efectos del delito es la obligación de reparar el daño causado...La obligación de reparar tiene base, no sólo jurídica, sino también moral. Siempre se ha aceptado que el delincuente debe reparar el daño causado; de ahí que este artículo se cite en muchos fallos como principio general que obliga a reparar".

Por otra parte el modo de reparar está establecido en el artículo 1083 que reza que: "El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero".

Estos principios se completan con el que emana del artículo 1078 en cuanto a que: "La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competerá al damnificado directo: si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

Frente a la responsabilidad penal antes declarada de Diego Marcelo Argañaráz y Carlos Rubén Díaz, y las normas citadas, comparto lo anotado por el colega que lleva la votación en este Acuerdo respecto a los nombrados.

6.b De la responsabilidad de Patricio Santos Fontanet, Elio Delgado, Christian Torrejón, Juan Carbone, Daniel Cardell, Eduardo Vázquez y Maximiliano Djerfy, integrantes del grupo "Callejeros".

Acreditada la grave responsabilidad de los antes nombrados en los episodios estudiados, sea cual fuere la denominación jurídica del vínculo que los unía, al menos para actuar, lo cierto es que la comunidad de intereses con que actuaron frente a los delitos atribuidos, hace indiscutible a su respecto la responsabilidad civil, por imperio de lo dispuesto en el artículo

1102 del Código Civil.

En efecto esta norma se refiere a que: ”Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado”.

Es así entonces que llámese mera conjunción de actividades comunes o trabajadores de la música, como dice uno de los defensores, igual deben responder civilmente y cada uno por lo que con su imprudencia y negligencia contribuyó a causar.

En realidad lo que los letrados cuestionan, se relaciona en el fondo con la autoría y responsabilidad de los mencionados en el hecho penal, que como se ha expuesto no admite planteo alguno.

Temas que han sido tratados correctamente en la sentencia, en particular, al referirse a los cuatro elementos de la responsabilidad extracontractual como son: 1) la existencia de un daño causado; 2) la infracción a la ley o a un deber de conducta en ella impuesto; 3) la relación de causalidad entre el obrar humano violatorio del ordenamiento jurídico y el daño y 4) la responsabilidad del autor por ese hecho; requisitos también compartidos por el Dr. Riggi.

Si se parte del fallecimiento de María Sol Urcullu, hija de los accionantes, a consecuencia del incendio ocurrido en República Cromañón, donde había ido, los demás requisitos enunciados surgen de la simple lectura de este pronunciamiento por lo que a todo ello hago remisión.

6.c En cuanto a la responsabilidad de Fabiana Fiszbin y Ana María Fernández.

Los agravios de la defensa de las nombradas circunscriptos a la relación de causalidad entre el negligente cumplimiento de sus funciones y el resultado ya ha sido considerada ut supra y a ello me remito.

Por consiguiente, la obligación civil emergente de esa conducta es inexorable a la luz de lo dispuesto en el artículo 1112 del Código Civil en cuanto a que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidas en las disposiciones de este Título”. Ese Título es el IX, del Libro II, Sección II del citado cuerpo legal, que trata ni más ni menos que “De las

obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos".

Ilustrativa es la referencia que traen Belluscio y Zannoni en el "Código Civil y leyes complementarias" (ya citado), 6, pág. 404, a esa norma en el sentido de que "...quien afronta la función pública tiene que saber que responde ante la comunidad por su ejercicio irregular". Como decía Segovia,"la responsabilidad del funcionario es un dogma del gobierno libre".

Se lee también en el "Código Civil" de Alberto Bueres y Elena I Highton (Bs. As., Edit. Hammurabi, 3A, pág. 448) que según la doctrina mayoritaria el fundamento de esa responsabilidad tiene como base un factor de atribución de carácter subjetivo y que, en fin, el funcionario público responde a título de culpa (art, 512 Cod. Civ).

Los requisitos para ser pasibles de esa responsabilidad señalada en la obra citada se dan estrictamente en esta especie, a saber: a) cumplimiento irregular de obligaciones legales; b) actuación del agente en el ejercicio de la función pública y c) culpa o dolo del funcionario.

En efecto, el desatino en el cumplimiento de sus funciones como Subsecretaria de Control Comunal y Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones, y el elemento subjetivo ya analizado es la sustancia de la responsabilidad penal antes examinada. Puntos también desarrollados por el juez preopinante.

Aspectos, aunque con diferencias, fueron anticipados en el fallo atacado, sobre el cual no se observan fallas que lo descalifiquen como acto jurisdiccional válido. La condena civil solidaria impuesta a las funcionarias, se aprecia motivada.

Ahora bien, es nuestro Código Civil el que declara expresamente resarcible el daño moral. Como dice Alfredo Orgaz en "El Daño Resarcible" (Córdoba, Edit. Marcos Lerner, 1992, pág. 199 y ss.) "el daño en sentido jurídico no es solamente el que recae sobre el patrimonio, sino, también, el que afecta valores no económicos o morales...Resarcir los daños morales, aunque sea de modo pecuniario -a falta de otro mejor-, no es materializar los intereses morales, sino al contrario, espiritualizar el derecho en cuanto éste no se limita a la protección de los bienes económicos y rodea también de seguridad aquellos otros bienes no económicos, que son inseparables de la persona humana...".

"Con respecto al agravio moral, en cambio, la

indemnización representa un valor diferente, no de equivalencia sino de compensación o satisfacción; no se trata en efecto de poner precio al dolor o a los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación equitativa en dinero (Ennneccereus) a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas".

Por otra parte acerca de la arbitrariedad de toda estimación pecuniaria de los daños morales si bien son discrecionales no por ello son arbitrarias porque dependen de criterios pacíficamente admitidos así como de las circunstancias de hecho y comenta Orgaz que al respecto Laurent en "Príncipes de droit civil", (num.495) diciendo que "Del hecho de que el juez no pueda conceder una reparación exacta, no se puede concluir que no debe conceder ninguna reparación".

Se lee también que "No es discutible, ciertamente, ni siquiera dudoso, que la gravedad de la culpa del responsable es un elemento importante para la estimación del daño moral, pero no el único ni tampoco el principal".

"La mayor gravedad de la culpa y la correlativa mayor obligación de indemnizar, tienen invariablemente un estricto sentido de resarcimiento...la gravedad de la culpa determina una diferencia sensible en el régimen de la responsabilidad, pero siempre "dentro" de las consecuencias imputables, en ningún caso fuera de ellas: nunca se trata de pena o castigo y sí solo de resarcimiento, mayor o menor, pero siempre "resarcimiento"...Los mismos principios rigen en cuanto a la reparación del daño moral: la gravedad de la culpa del responsable fluye sobre el monto de la indemnización , que será mayor o menor según que el autor del daño haya obrado dolosamente o con mera culpa".

Es así que sea cual fuere el rubro al que se remitió el fallo para evaluar el monto, lo cierto es que correspondía el resarcimiento por daño moral a los padres de Urcullu por la muerte de su hija de tan sólo veintiún años de edad.

6.d. De la responsabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y del Estado Nacional

Comparto las conclusiones del Dr. Riggi.

En sentido análogo agrego al respecto que para Zannoni y Belluscio en la obra citada (pág. 418 y ss.) en esos casos existe una pluralidad de sujetos obligados a la reparación en forma

"indistinta, conexa o concurrente, que son aquéllas en las cuales dos o más sujetos aparecen obligados respecto del acreedor por una misma prestación, pero en virtud de distintas fuentes jurídicas, de forma tal que las diversas deudas son independientes entre sí, pese a existir entre ellas la conexión resultantes de estar referidas a un mismo objeto. Probablemente nadie mejor que Demolombe caracterizó esta figura, distinguiéndola de las solidarias: en tanto que éstas constituyen una derogación al derecho común, muy distinta es la obligación concurrente; ella es tal por su naturaleza, constitutiva por sí misma; no existe ninguna cualidad accidental o excepcional, por ello no es necesaria una estipulación especial de las partes a un texto expreso, nace por la fuerza misma de las cosas, impuesta por la necesidad de las circunstancias que rodean a su nacimiento (...) La obligación conexa o indistinta funciona como una suerte de garantía legal".

Y que para Juan Carlos Cassagne en "Derecho Administrativo" (Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, Tomo I, pág.487 y 534 ss.) el art. 1112 del Código Civil regula la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio "...prescribe la responsabilidad de las personas públicas estatales por el ejercicio irregular de la función pública y ella puede invocarse como fundamento legal positivo de esta clase de responsabilidad...En tal sentido, la responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos (agentes con competencia para realizar los hechos o actos pertinentes que dan origen a los daños) es siempre una responsabilidad directa, fundada en la idea objetiva de la falta de servicio...".

Además agrega que "Para que se configure la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos ilegítimos en el ámbito extracontractual es menester la ocurrencia de ciertos presupuestos que condicionan esa responsabilidad, a saber: a) la imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio u ocasión de sus funciones; b) falta de servicio por cumplir de manera irregular los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución, la ley o el reglamento o por el funcionamiento defectuosos del servicio (ilegitimidad objetiva) sea el incumplimiento derivado de acción u omisión; c) la existencia de

un daño cierto en los derechos del administrado; d) la conexión causal entre el hecho o acto administrativo y el daño ocasionado al particular".

Argumentos todos que avalan la indemnización fijada en la instancia anterior, y sobre la cual no pesa demérito alguno , en todo lo cual me atengo a lo expuesto por el Dr.Riggi, en particular la doctrina de la Corte Suprema citada aplicable al caso.

7. Honorarios profesionales e imposición de costas procesales.

En lo atinente a los honorarios e imposición de costas me adhiero al voto del Dr. Riggi, atento su contenido valorativo de los elementos de la causa en relación con las normas y jurisprudencia vigentes.

8. Obstaculización de la calle Bartolomé Mitre entre Jean Jaures y Ecuador.

Por cuanto al presente nada justifica que esa arteria siga clausurada con los riesgos para los vecinos y para toda la comunidad que ello representa, entiendo que deberá procederse a su inmediata liberación del modo indicado en el voto precedente.

Tratándose de una medida de ejecución liberatoria no supeditada a las secuencias procesales de la causa, a los fines de darle cumplimiento deberán formarse actuaciones separadas.

9. Conclusiones

En mérito a todo lo expuesto, propicio al acuerdo y voto por:

I) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Omar Emir Chabán a fs. 68383/441 en relación con las nulidades planteadas, con costas (artículos 456 inciso 2°, 471 a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

II) Rechazar el recurso de casación incoado por la defensa de Diego Marcelo Argañaraz a fs. 68697/836 respecto de la nulidad interpuesta, con costas (artículos 456 inciso 2°, 471 a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

III) Rechazar el recurso de casación presentado por la defensa de Fabiana Gabriela Fiszbin agregado a fs. 67962/68151 en cuanto a la nulidad planteada, con costas (artículos 456 inciso

2°, 471 a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

IV) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por los doctores Pedro y Vicente D´Attoli a fs. 68383/441, sin costas; en consecuencia casar y modificar el punto dispositivo XIII de la sentencia obrante a fs. 66216/67442, y **condenar a Omar Emir Chabán como autor penalmente responsable de los delitos de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo** (artículos 45, 55, 189 2° párrafo, 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

V) Rechazar el recurso de casación incoado por los doctores 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, doctores Jorge Lecube y Gabriela González, y por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, y Benicia Gómez, con el patrocinio letrado de los doctores María del Carmen Verdú, Marcelo Parrilli, Rubén López Santos y Verónica Prince, a fs. 67864/942, 67684/707 y 67843/63 respectivamente, sin costas; en consecuencia casar y modificar los puntos dispositivos XV y XVII de la sentencia de autos y **condenar a Raúl Alcides Villarreal como 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, 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

VI) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación planteado a fs. 68697/836, por el doctor Roberto Bois, sin costas, por consiguiente casar y modificar el punto dispositivo XVIII del fallo, y **condenar a Diego Marcelo Argañaraz como 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, 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

VII) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación presentados por los representantes del Ministerio Público Fiscal, 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 Dra. Beatriz Campos, a fs. 67864/942, 67684/707 y 68665/96 respectivamente, sin costas; casar y modificar el punto XX del dispositivo, y **condenar a Patricio Rogelio Santos Fontanet como 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, 258 del Código Penal, y 456 inciso 1°y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

VIII) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal, por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina y por el doctor José Iglesias, sin costas; casar y modificar el punto dispositivo XXI de la sentencia, y en consecuencia **condenar a Eduardo Arturo Vázquez como 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, 258 del Código Penal, y 456 inciso 1° y 2°, 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, por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina y por el doctor José Iglesias, sin costas; casar y modificar el punto dispositivo XXII del fallo, y **condenar a Juan Alberto Carbone como 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, 258 del Código Penal, y 456 inciso 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

X) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación planteados por los representantes del Ministerio Público Fiscal, por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina y por el doctor José Iglesias, sin costas; en consecuencia casar y modificar el punto XXIII del veredicto, y **condenar a Christian Eleazar Torrejón como 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, 258 del Código Penal, y 456 inciso 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XI) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos por los representantes del Ministerio Público Fiscal, por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina y por el doctor José Iglesias, sin costas; casar y modificar el punto XXIV del dispositivo, y **condenar a Maximiliano Djerfy como 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, 258 del Código Penal, y 456 inciso 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XII) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación incoados por los representantes del Ministerio Público Fiscal, por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina y por el doctor José Iglesias, sin costas; casar y modificar el punto dispositivo XXV de la sentencia, y **condenar a Elio Rodrigo Delgado como 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, 258 del Código Penal, 456 inciso 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XIII) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación por los representantes del Ministerio Público Fiscal, por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina y por el doctor José Iglesias, sin costas; casar y modificar el punto dispositivo XXVI del fallo, y **condenar a Daniel Horacio Cardell como 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, 258 del Código Penal, y 456 inciso 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XIV) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 68442/664, por los doctores Fermín Iturbide y Eduardo Escudero, sin costas; casar y modificar el punto

dispositivo XXVIII de la sentencia, y **condenar a Carlos Rubén Díaz como autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con el de cohecho pasivo** (artículos 45, 55, 189 2° párrafo, 256 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 533 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XV) Rechazar el recurso de casación planteado a fs. 67684/707 por los doctores Marcelo Fainberg, Ignacio Jakim y Patricia de Reatti, con costas; y hacer lugar parcialmente a los recursos de casación deducidos a fs. 67724/50, 67843/63 y 68665/96 por las querellas representadas por los doctores Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, por los doctores Mauricio Castro, Patricia Núñez Morano y María Marcos, por la querellante Benicia Gómez, y por el doctor José Iglesias, respectivamente, sin costas; casar y modificar el punto dispositivo XXX del fallo, y **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);

XVI) Rechazar el recurso de casación incoado por el doctor Oscar Vignale a fs. 68152/334, con costas; y hacer lugar parcialmente 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 Núñez Morano y María Marcos y por la querellante Benicia Gómez, y por el doctor José Iglesias, sin costas; casar y modificar el punto XXXII del dispositivo, y **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);

XVII) 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 Núñez Morano y María Marcos, por la querellante Benicia Gómez y por el doctor José Iglesias, sin

costas; casar y modificar el punto dispositivo XXXIV de la sentencia, y **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 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación;

XVIII) Atento al resultado del debate las penas deberán ser impuestas en principio por el Tribunal Oral interviniente;

XIX) Rechazar los recursos de casación planteados por las defensas de Diego Marcelo Argañaraz, de Maximiliano Djerfy, de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Elio Rodrigo Delgado, Christian Eleazar Torrejón, Juan Alberto Carbone, Daniel Horacio Cardell y Eduardo Arturo Vazquez, de Carlos Rubén Díaz, de Fabiana Gabriela Fiszbin y por el apoderado del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fs. 68697/836, 67660/73, 67831/42, 68442/664, 67684/707 y 67708/22 respectivamente, contra el punto XXXV de la parte dispositiva de la sentencia de marras, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XX) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ana María Fernández contra el acápite XXXV del resolutorio, y respecto de la fijación de costas, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XXI) Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 67754/830 por el doctor Rubén García Villador, letrado representante del Estado Nacional, contra los puntos dispositivos XXXV y XXXIX de la sentencia, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XXII) Rechazar los recursos de casación incoados por los doctores Mauricio Castro, Patricia Núñez Morano y María Marcos; Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina; por los peritos oficiales Juan Cardoni, Hernán Nottoli, Walter Gómez Diz, Jorge Ciccarello, Cayetano Profeta, Inés Bodio y Horacio Gallo Calderón; por los peritos de parte Eduardo Frigerio y Carlos Junco; por David Fiszer y por la traductora pública del idioma inglés Karina D'Emilio agregados a fs. 67724/50, 67684/707, 67943/61, 67751/3,

67683, 67674/78 68949/53, respectivamente, contra el punto dispositivo XXXVII del fallo, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XXIII) Disponer la liberación de la calle Bartolomé Mitre —entre las arterias Jean Jaures y Ecuador- a la utilización pública y al tránsito. Previamente, el Tribunal Oral *a quo*, y de ser necesario en coordinación con el juzgado de instrucción interviniente provean a la mayor brevedad posible las medidas pertinentes para el resguardo del lugar de los hechos, y sus adyacencias con eventual interés probatorio, a cuyo efecto líbrese el correspondiente oficio;

XXIV) Tener presentes las reservas del caso federal efectuadas.

Así es mi voto.

La señora jueza doctora **Ángela E. Ledesma** dijo:

PRIMERO:

Aclaraciones preliminares.

El tribunal que integro tiene jurisdicción para revisar pronunciamientos de los tribunales orales sobre el fondo de un caso por imperio del artículo 457 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante: C.P.P.N.). Esa competencia surge ante la interposición de uno o varios recursos de casación en los términos del art. 463, C.P.P.N., que regula las condiciones de forma y contenido que deben reunir las diferentes presentaciones de las partes, que a su vez fijan la medida de lo revisable (*tantum devolutum quantun apellatum*); en los arts. 458, 459 y 460, C.P.P.N., se encuentra establecido quiénes pueden introducir ese tipo de impugnación.

El alcance del examen por vía casatoria está determinado por el art. 456, C.P.P.N., por otras normas relativas al derecho a una revisión del fallo definitivo (arts. 8.2.*h* de la Convención Americana de Derechos Humanos —desde aquí: C.A.D.H.— y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —en adelante: P.I.D.C.P.) y por la interpretación que de ellas ha realizado la C.S.J.N. en el precedente “Casal, Matías Eugenio” (Fallos

328:3399); punto que involucra la compleja cuestión de la determinación de los hechos en el marco del proceso penal -las llamadas "cuestiones de hecho y prueba"- y los límites de la su revisión en esta instancia. Sobre estas reglas me extenderé en cuanto ingrese a analizar los agravios deducidos al respecto.

Por otro lado, los planteos de las partes también se deben examinar conforme el criterio sentado en "Di Nunzio, Beatriz Herminia", en cuanto allí se afirmó que siempre que "*se invoquen agravios de naturaleza federal que habiliten la competencia de* [esa] *Corte, por vía extraordinaria en el ámbito de la justicia penal nacional conforme el ordenamiento procesal vigente, estos deben ser tratados previamente por la Cámara Nacional de Casación Penal*" (Fallos: 328:1108, consid. 13); intervención para la cual cabe exigir la motivación y demás recaudos formales establecidos por la ley 48 para el remedio federal.

Con este alcance, constituye una cuestión federal y configura causal de arbitrariedad la errónea determinación de los hechos, en tanto se entienda "*arbitraria y carente de todo fundamento a la resolución que presentase estos vicios: resolver contra o con prescindencia de las pruebas fehacientes regularmente presentadas en el juicio; o fundarse en pruebas que no constan en el proceso*" (DE LA RÚA, Fernando - FERNANDO DÍAZ Cantón (*colab.*), *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 168; cfr. en igual sentido CARRIÓ, Genaro - CARRIÓ, Alejandro, "*El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*", T. I, 3º Edic., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 197; SAGÜÉS, Néstor Pedro, "*Recurso extraordinario*", T. 2, 4º Edic., Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 256).

La explicación de los motivos de la decisión es, además, una razón propia de un Estado Democrático de Derecho respetuoso de los principios republicanos, pues permite a los directamente interesados y a la comunidad en general conocer las razones que sostienen la decisión de uno de los poderes públicos, a fin de controlarla y conocer sus aciertos y posibles errores de manera tal que les sea posible sostenerla u objetarla y, al mismo tiempo, le brinda al encargado de la revisión los elementos imprescindibles para efectuar un control acabado y legítimo (Fallos 240:160).

Ahora bien, en primer lugar la naturaleza de los diversos agravios esgrimidos por la totalidad de las partes —que de una u otra manera pusieron en cuestión gran parte de la sentencia del Tribunal oral- y los efectos que se susciten de la solución que se dé a cada uno de ellos respecto de la sentencia recurrida, determinan un cierto orden de tratamiento. A su vez, la complejidad y la extensión de las cuestiones debatidas, así como *la obligación de los tribunales colegiados de conformar una respuesta sistematizada por al menos mayoría de votos*, torna imperioso compatibilizar aquel orden derivado de la naturaleza de las cuestiones con el que los jueces preopinantes utilizaron al analizar el caso.

Con ese fin y en cuanto sea posible, adoptaré el orden escogido por el juez Riggi con relación a los planteos sobre nulidades (también seguido por la jueza Catucci), determinación de los hechos relativos a la imputación por el delito de cohecho y cuestiones civiles. Por otro lado, seguiré al segundo de esos votos respecto al orden de las impugnaciones relativas al hecho que se entendió constitutivo del delito de incendio seguido de muerte, dadas las soluciones que propiciaré al respecto. Finalmente, con relación a la situación procesal de los funcionarios públicos imputados tendré en cuenta el contenido de los agravios deducidos.

SEGUNDO:

Nulidades.

En ese sentido, se impone que dé inicio a la revisión de la sentencia desde la óptica de las diferentes denuncias sobre la existencia de irregularidades susceptibles de configurar diversos supuestos de nulidad, que deben ser analizadas a partir de los principios generales que regulan la invalidación de los actos procesales.

Esto es, la existencia de un vicio que revista trascendencia por su afectación a un principio constitucional, que sólo se puede ver configurado si en el caso concreto se ha generado un perjuicio y no ha sido subsanado. Por ello, antes de determinar la procedencia o no de las peticiones deducidas, corresponde aclarar que las formas procesales han sido instituidas como ***garantía de juzgamiento*** y no como meros ritos insustanciales (cfr. mi voto en las causas 5015, “Palacios, Oscar Enrique

s/recurso de casación", reg. nro.: 322.04.3, rta.: 22/06/2004; 5764, "Carana, Gerardo Horacio s/recurso de casación", reg. nro.: 812.05.3, rta.: 04/10/2005).

Las nulidades no tienen por finalidad satisfacer caprichos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que hubieren surgido de la desviación de los métodos de debate, cada vez que ello suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes (COUTURE, Eduardo J., "*Fundamentos de Derecho Procesal Civil*", Aniceto López, Buenos Aires; 1942, p. 390). El interés en la declaración es un presupuesto de procedibilidad indispensable para quien impugna el acto, para lo cual debe expresar el perjuicio sufrido (cfr. mi voto en la causa nro.5796, "Brossio, Gastón Darío s/recurso de casación", reg. nro.: 1146.05.3, rta.: 20/12/2005).

En esas condiciones, la anulación de actos procesales sólo tiene en mira resguardar determinados derechos esenciales, resultando improcedente declarar la nulidad por la nulidad misma, sin la existencia de un perjuicio (*pas de nullité sans grief*). En este orden de ideas, "[l]*a nulidad, comprendida como ultima ratio de la reacción procesal frente al defecto, es, tan sólo, una excepción, algo así como una decisión rara en el procedimiento, para cuando no haya forma de reparar el daño causado con el incumplimiento formal*" (MAIER, Julio B. J., "El incumplimiento de las formas procesales", en *Nueva Doctrina Penal*, 2000-B, Editores del Puerto, p. 813) (cfr. mi voto en la causa 7925, "Casal Muñiz, Pedro Andrés Fabián y otro s/recurso de casación", reg. nro.: 1082.07.3, rta.: 13/08/2007).

1. Aseguramiento de pruebas

En cuanto al aseguramiento de elementos probatorios y la violación de su derecho de defensa que denuncia el imputado Chabán, tal como indiqué anteriormente el vicio debe resultar en un concreto perjuicio al ejercicio de ese derecho, aspecto que no se demuestra ni le es posible inferir al órgano revisor de los términos en que se presenta la impugnación (cfr. mi voto en la causa "San Martín", citada por el juez Riggi).

En ese sentido, la defensa afirmó que "*se perseguía* […] *asegurar el derecho de defensa y no la individualización de los responsables*", sin embargo no especifíca si se trata de una inactividad de la instrucción o de la falta de producción de

prueba en el juicio, tampoco aclara cómo esa supuesta prueba —interpreto que no producida o ausente en el debate- hubiera incidido en la decisión respecto de su defendido.

En este punto, comparto las consideraciones efectuadas en su voto por el juez Riggi en torno a la solicitada invalidez de los resultados de las pericias del INTI, pues adolecerían de especificaciones relativas a los gases que se produjeron como consecuencia del foco ígneo así como respecto del volumen ocupado por los asistentes y el tiempo de esos acontecimientos.

La copiosa jurisprudencia citada en el voto que lidera el acuerdo da cuenta del criterio inmutable de esta Sala en el sentido de que la prueba debe aparecer como eficaz y decisiva, con serias posibilidades de influir en la sentencia, para que su omisión conlleve la nulidad, de manera tal que contrastándola con el resto del material probatorio, el pronunciamiento quede sin un sustento adecuado. En verdad, este cuestionamiento depende de la particular valoración que sobre esos elementos se realice, por lo que su examen sólo procedería como cuestionamiento a la valoración de la prueba.

2. Nulidad de la maqueta virtual

La defensa de Chabán también se agravió por la utilización en el curso del debate de las maquetas del local de la calle Bartolomé Mitre 3060 diseñadas en computadora (que admiten la apertura de las puertas del lugar, la observación general desde diferentes perspectivas y el desplazamiento "dentro" del local, así como la utilización de punteros para señalar lugares y recorridos); concretamente planteó "*la nulidad de la maqueta virtual; como 'acto jurídico' incorporado al proceso, es decir, como 'acto procesal'*".

En verdad, este agravio debe interpretarse como un cuestionamiento a la incorporación de esa estructura al debate. En ese sentido, el impugnante indicó que mediante la maqueta "*utilizada en movimiento durante la declaración de los testigos, se incorporaron expresiones inducidas*", que ello constituiría una "*simbología capciosa y sugestiva*", pues se trata de "*una imagen virtual que condiciona subjetivamente al testigo*".

Al respecto, más allá de lo objetable que a mi criterio resulta que esos instrumentos se hayan introducido por disposición del Tribunal *y no a pedido de la acusación*, lo cierto es que el

recurrente no explicita en qué casos y a partir de qué preguntas, qué testigos fueron inducidos. En efecto, esas precisiones eran necesarias para, de acuerdo a las pautas enunciadas al inicio de este acápite –nulidades-, demostrar la existencia de un perjuicio o lesión a intereses constitucionales y/o legalmente protegidos, que sólo alega genéricamente, y así demostrar la configuración de un vicio de tal magnitud que invalide los actos procesales respectivos.

Por lo tanto, la solicitud de invalidación presentada en esos términos, no puede tener acogida favorable y se debe rechazar.

3. Tratamiento desigualitario y actuación de la OFAVI

Con relación al denunciado tratamiento desigualitario de las partes, la defensa de Chabán señaló que no se le permitió "*discutir en los momentos más fundamentales del debate esgrimiéndose que, ello, constituía 'materia de alegato'*" y que "*no ocurrió lo mismo con las querellas que pudieron explayarse ampliamente cargados de expresiones subjetivas*". En cuanto a las medidas de prueba rechazadas expresó que "*se denegaron careos, ampliación de la pericia de bomberos acerca del volumen del local, como asimismo la diversidad de los focos ígneos y su incidencia en el tiempo de combustión del material. Se denegó la declaración testimonial de Julio Vittone de que el nombrado reconoció en un artículo periodístico que había arrojado candelas pero que no provocó el accidente aportar nuevos elementos acerca de lo realmente acontecido y dar con los autores*"; cuestiona también la intervención de la Oficina de Asistencia a la Víctima (OFAVI).

Sobre el punto, llevo dicho que "*el* ***estándar de proceso equitativo****, derivado de las reglas mínimas impuestas al enjuiciamiento penal en el marco del sistema constitucional* [se observa cuando] *el imputado ha tenido oportunidad útil de interrogar a los testigos* [y] *contradecir la prueba de cargo*", lo que se debe analizar en su conjunto y no limitado sólo a las declaraciones testimoniales. Observo que en el caso de autos, en el juicio público, el imputado y su defensor pudieron contradecir los elementos de cargo introducidos por los acusadores. De todo ello, puede concluirse que no se ha violado el derecho de defensa en juicio del encausado (cfr. mi voto en la causa 5119, "Arévalo,

José del Valle s/recurso de casación", Registro n° 273.05.3, rta.: 14/04/2005).

Específicamente, con relación a la denegatoria del testimonio de Julio Roberto Vittone observo que en la audiencia del 3 de noviembre de 2008 el imputado Chabán aportó una nota periodística con información relacionada con el mencionado, quien habría reconocido haber accionado pirotecnia el día 30 de diciembre de 2004, y el Tribunal de juicio puso en conocimiento al juez de instrucción de tales afirmaciones. En análogo sentido procedió respecto del testimonio de María Sol Demmergasi (quien podría aportar elementos respecto de quiénes habrían accionado pirotecnia el día mencionado), cuyas copias también fueron giradas al juzgado (cfr. fs. 102 vta./103 vta, legajo de actas del debate; fs. 65.151/65.152 vta.).

En esas condiciones, y más allá de que el ahora recurrente no cuestionó de manera alguna la decisión del Tribunal, lo cierto es que se trata de un suceso — la conducta de quienes, de forma directa e inmediata, dieron inicio al foco ígneo- que no forma parte del objeto procesal de la presente, ni la parte demuestra cómo esa declaración incidiría en la determiación de la responsabilidad penal de su defendido.

Por lo demás, en cuanto al cuestionamiento de la intervención de la OFAVI, no obstante que su participación y la función que desempeñarían sus funcionarios fue puesta en conocimiento por el Tribunal Oral en la audiencia preliminar y ello fue consentido por las partes, no se demuestra ni se advierte cómo esa intervención pudo influir en quienes prestaron su testimonio durante el debate (art. 240, C.P.P.N.). En ninguno de los casos mencionados se explica con quién habrían trabado relación, cuál fue el hecho cargoso sobre el que declararon, ni cómo esas afirmaciones por sí solas habrían incidido, en forma independiente a la valoración que de los demás testimonios realizó el Tribunal, en la resolución del caso.

4. Testigos querellantes. Impugnación.

Con relación a la objeción de los testimonios brindados por quienes atestiguan sobre los hechos y, al mismo tiempo, detentan la calidad de acusadores privados, es del caso señalar que en virtud de la expresa previsión legal (art. 86, C.P.P.N.) la parte puede brindar su versión también mediante ese medio de

prueba, sin perjuicio del grado de validez que se le atribuya en la sentencia.

Por lo demás, respecto a la tacha de inconstitucionalidad de ese precepto legal alegada por la defensa de Argañaraz, si bien en virtud de la doctrina de "Di Nunzio" (ya citado) esta Sala debe tratar los agravios de carácter federal en su calidad de tribunal intermedio en la causa, es del caso recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho invariablemente que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución Nacional gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, sólo cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable; tan delicada facultad también requiere que el planteo efectuado ofrezca la adecuada fundamentación que exige el art. 15, ley 48, (Fallos 226:688; 242:73; 300:241 y 1087, entre otros).

Con sujeción a tales principios, teniendo en cuenta que el interesado en la declaración de la inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional y reparando en que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador, entiendo que el planteo no se encuentra fundado en debida forma (Fallos 253:362; 257:127; 307:1983; 308:1631). Ello así, pues el recurrente pretende que se declare la invalidez de la norma aludida con la simple y única afirmación de su inconstitucionalidad, y lejos está de fundar debidamente su pretensión, razón por la cual el planteo en cuestión deviene inexorablemente inadmisible (cfr. en igual sentido mi voto en la causa 7925, "Casal Muñiz, Pedro Andrés Fabián y otro s/recurso de casación", reg. nro.: 1082.07.3, rta.: 13/08/2007).

5. Afectación al principio de congruencia

Respecto a la vulneración del principio de congruencia, el nudo del planteo de la defensa de Chabán radica en que, tanto en las oportunidades en las que declaró en la instrucción del sumario como durante el transcurso del debate, no se le habrían exhibido ni sido interrogado sobre las anotaciones contenidas en la agenda

secuestrada en el domicilio del acusado Diego Marcelo Argañaraz, así como tampoco se le habrían mencionado en el debate, sino "*únicamente el Sr. Fiscal General en su alegato final*". Como consecuencia de tal omisión entiende que "*el hecho que sustenta la condena, no reconoce coherencia fáctica con el descripto a lo largo del debate*", circunstancia que habría vulnerado el derecho a la defensa en juicio.

En cuanto a la pretendida afectación al principio de congruencia, conviene resaltar que el agravio no se dirige a cuestionar la descripción y estabilidad de los sucesos imputados constitutivos del delito de cohecho. Por ello, no se trata de una denuncia por violación a la regla que determina que debe existir correlación entre la acusación y la sentencia y que fija el ámbito de decisión de los jueces en correspondencia con el hecho descripto en el primero de los actos procesales señalados. En verdad, de lo que se trata es de determinar si en todo momento se respetó el contradictorio, en cuanto el imputado haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa sobre las prueba de cargo (cfr. mi voto en causa 5488, "Moreyra, Rubén Omar s/ recurso de casación", reg. nro.: 504/2005, rta.: 16/06/2005).

En este orden de ideas, observo que cuando al imputado Chabán le fueron intimados esos hechos se le comunicó la existencia de los elementos que sustentaban esa imputación, así se le indicó el "*allanamiento efectuado a fs. 9738/51*", poniéndose "*de resalto* […] *los elementos y documentación secuestrados en los diversos allanamientos realizados en autos y que se ponen a la vista del imputado*" (v. esp. fs. 14.190/14.191 vta., 14.194 y 14.198). En cuanto a la medida de prueba mencionada, en el acta referida se dejó constancia del secuestro de "*una agenda personal de cuerina de color negro con anotaciones de recital del grupo Callejeros*" (sic) (cfr. fs. 9.747).

Posteriormente, previo a la audiencia oral y pública, el Tribunal proveyó la prueba peticionada, oportunidad en la cual se dispuso la incorporación por lectura de la prueba documental, señalándose que "*la incorporación de las actas importa tener por incluido para el debate la documentación y demás elementos que conforman su contenido*", entre las cuales se indicó el "*acta de allanamiento y detención de Marcelo Argañaraz (fs. 9.746/7)*" (cfr. fs. 62.088 vta. y 62.186/62.186 vta.). Además, ese aspecto fue

tratado al momento de la audiencia preliminar, en la cual se determinó un índice de las pruebas incorporadas y se solicitó a las partes que utilicen esta guía a fin de agilizar la búsqueda durante el debate oral y público (cfr. fs. 63.879 vta).

En definitiva, de ello se deduce que se le dio a conocer el suceso fáctico atribuido y dicho elemento de prueba exhibido durante la audiencia de juicio, es decir que la defensa tuvo la posibilidad de controlar esa prueba y, si lo estimaba pertinente, proponer otra distinta para abonar su posición, de manera tal que tuvo oportunidad de ejercer el contradictorio, por lo que corresponde rechazar la impugnación deducida (cfr., en igual sentido, mis votos en la causas 5119, "Arévalo, José del Valle s/ recurso de casación", reg. nro.: 273.05.3, rta.: 14/04/2005; 5488, "Moreyra, Rubén Omar s/ recurso de casación", reg. nro.: 504/2005, rta.: 16/06/2005).

En tal sentido, en oportunidad de mejorar fundamentos en los términos del art. 466, C.P.P.N., la defensa del imputado Chabán tildó de nulos los cargos por considerar que "[a]*nte acusaciones incoherentes no puede ejercerse el pleno derecho de defensa, pues ante las groseras imprecisiones no puede llegar a entenderse ni siquiera de qué se lo está acusando. Una acusación formulada en estos términos imposibilita una defensa eficiente, como así también el acotamiento de las consecuencias jurídico-penales que de ella se derivan. En el caso, por los argumentos de los malogrados alegatos y sus desafortunados y contradictorios encuadres legales, no pudieron concluir más que en una engorrosa acusación*".

En este punto el impugnante omite especificar qué acusación es inválida, ni señala cuál es la descripción fáctica que considera indeterminada, de modo de analizar si, efectivamente, el derecho de defensa se ha visto cercenado o limitado de algún modo; en esas condiciones, la nulidad alegada no puede prosperar.

6. Nulidad de las acusaciones por el delito de cohecho

En cuanto al agravio relativo a la falta de legitimidad de las querellas respecto del delito de cohecho, el Tribunal de juicio señaló que esa cuestión era idéntica a la "*instada por la defensa del imputado Miguel Ángel Belay en la audiencia del día 22 del mes de agosto del año 2008* [que] *fue rechazada pues, de*

acuerdo a lo establecido por el artículo 358 del Código Procesal Penal de la Nación, las excepciones deben ser planteadas antes de fijarse la audiencia de debate". A ello agregó que "*no* [se] *cuestionó la legitimidad de los querellantes al contestar el traslado previsto por el artículo 349 de la legislación procesal nacional, ni* […] *antes de la fijación de la audiencia de juicio (artículo 358 del Código Procesal Penal de la Nación),* [ni] *como cuestión preliminar inmediatamente luego de abierto el debate (artículo 376 del citado cuerpo legal)*" (fs. 67.078 vta.). En concreto, sostuvo que el recurrente consintió la intervención de la que ahora se agravia, dado que no refutó la respuesta al planteo sobre la misma cuestión de la defensa de Belay ni lo hizo en el momento procesal oportuno.

En punto a ello, considero que las reglas procesales que rigen el tema son claras al indicar que la oportunidad procesal para introducir el planteo se encuentra precluída. Además, el recurrente no impugna la constitucionalidad de esas normas, lo cual es necesario para sostener una nulidad por violación directa a preceptos fundamentales.

Por ello, en tanto desconoce los preceptos legales que determinan las condiciones y fijan el momento procesal a partir del cual la querella es parte en el proceso y toda vez que los querellantes han actuado dentro del marco que les otorga la ley procesal, los argumentos del impugnante se tornan antijurídicos. Máxime cuando el Ministerio Público Fiscal también mantuvo la acusación por ese delito, extremo que torna definitivamente carente de virtualidad el planteo.

7. Nulidad del acta de debate

Ahora bien, respecto de la pretendida nulidad del acta de debate, coincido en que de una interpretación armónica de los arts. 394 y 395, C.P.P.N., no se exige el asentamiento total de lo acontecido en las audiencias de debate y que, al mismo tiempo, hoy se cuenta con soportes electrónicos que permiten el registro completo de la audiencia, tal es el caso de la video grabación.

En ese sentido, y al contrario de lo que pretende el impugnante, la utilización de nueva tecnología colabora y es más fiel que el registro actuarial del debate. Además, una transcripción en el sentido reclamado contraría los principios que inspiran el juicio oral, otorgándole al acta un valor más

importante que al propio acto del juicio (cfr. mi voto en la causa 6512, "Di Zeo, Rafael y otro s/recurso de casación", reg. nro.: 1464.06.3, rta.: 30/11/2006). En el caso bajo estudio, el debate público perdería su centralidad y ese lugar sería ocupado por la interpretación que hace el secretario del tribunal respecto de los acontecimientos ocurridos en la audiencia (cfr. mi voto en la causa 9870, "Corvalán, José Fabián s/recurso de casación", reg. nro.: 87/09; rta.: 11/02/2009).

Por lo demás, el impugnante no sólo participó de la audiencia preliminar sin objetar la decisión de grabar la totalidad del debate y confeccionar actas sintéticas integradas con los discos soporte electrónico (CD´s), sino que tampoco demuestra qué perjuicio efectivo significó esa decisión, teniendo en cuenta que se entregó una copia de la grabación a cada una de las partes y en ella consta un registro íntegro de cuanto sucedió en las audiencias.

Finalmente, no expresa cuáles serían las diferencias entre lo que efectivamente sucedió y lo registrado, de manera que la fidelidad de esas grabaciones no se encuentra cuestionada (cfr. mi voto en la causa 5796, "Brossio, Gastón Darío s/recurso de casación", reg. nro.: 1146.05.3, rta.: 20/12/2005).

8. Nulidad de las acusaciones por indeterminación

El defensor técnico de la imputada Fiszbin introduce la nulidad de las acusaciones —pública y privadas- porque considera que son indeterminadas e imprecisas, impidiéndole un pleno ejercicio de su derecho de defensa, pues, a su entender, le fueron imputados diferentes hechos constitutivos de los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público, homicidio doloso y estrago doloso y culposo sin individualizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los sucesos que sustentan esas imputaciones.

En dicho sentido, la asistencia técnica denunció que "*la ausencia de una descripción del hecho atribuido suficiente y específicamente lesiona el derecho de defensa consagrado por el Art. 18, Constitución Nacional, y más específicamente, conforme las disposiciones normativas del Art. 8, inc. 2, ap. b, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que expresamente exige la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada*".

El Tribunal de Juicio descartó la indeterminación de las acusaciones cursadas al momento de requerir la elevación a juicio, e indicó que las reglas concernientes al momento conclusivo del juicio oral no fijan pautas a seguir por las partes, de modo tal que mientras no se produzca una variación sustancial en el objeto del debate la ley otorga un marco de discreción para estructurar su ponencia. Por ello, indicó que "*de un estudio conjunto de los dos bloques que conforman las acusaciones, no se advierte el defecto señalado por la asistencia técnica*", pues de ellas se desprendería sin dificultad qué se le atribuyó a la imputada (fs. 67.087).

En esa línea, señaló que "*pese a que es innegable que los acusadores privados en sus exposiciones utilizaron conceptos que son propios de la estructura de los delitos culposos aun cuando estaban haciendo referencia a conductas de índole dolosa* […] *tal extremo no es suficiente para sostener, sin más, que las imputaciones son incomprensibles al punto tal de no poder desentrañarse la atribución penal pretendida*" (fs. 67.087 vta.). Al respecto, consideró suficiente que la conducta esté situada temporalmente, sin que sea necesaria una descripción más acabada, y que la parte no había mencionado cuáles eran las defensas de las que fue privada por esa circunstancia.

Ahora bien, sin entrar a analizar las consideraciones realizadas por el Tribunal en torno a los requisitos de una acusación válida, lo cierto es que la parte ni siquiera menciona las limitaciones que en su actividad defensiva habría significado la indeterminación de los actos procesales de intimación que denuncia. En este punto, el impugnante no cuestiona el argumento de la sentencia respecto de la necesidad de indicar qué actos defensivos se vio privado de ejercer; esto es, el perjuicio que en concreto se le habría ocasionado.

Desde un punto de vista formal, en lo que hace a su admisibilidad el recurso deducido revela una falencia en su fundamentación, por cuanto omite explicar y criticar acabadamente los argumentos que dieron los jueces de grado en su sentencia para rechazar su pretensión.

Por lo demás, en el caso los hechos quedaron definitivamente fijados en el requerimiento de elevación a juicio, pues no hubo ampliación de la acusación y, luego de celebrado el

juicio y en mérito a la prueba producida en el mismo, el acusador definió el encuadre jurídico y efectuó un pedido de pena.

Sentado ello, debo decir que también concuerdo con la posición adoptada por el juez Riggi, en orden a la invocada defectuosa descripción de los hechos endilgados a la imputada. En tal sentido, tal como allí se destaca, se observa que los sucesos fueron suficientemente anunciados, circunstancia ésta que permitió conocer acabadamente las conductas atribuidas y el pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio, tal como lo demuestran las explicaciones brindadas por la acusada al prestar declaración indagatoria, la actividad cumplida por los letrados durante el curso del debate, al momento de alegar y al interponer el recurso en estudio.

Cabe entonces recordar que "*la anulación de actos procesales tiene en mira resguardar el debido proceso y la defensa en juicio; resultando improcedente declarar la nulidad por la nulidad misma, exigiéndose la existencia de perjuicio -pas de nullité sans grief-*" (cfr. mi voto en la causa 7925, "Casal Muñiz, Pedro Andrés Fabián y otro s/recurso de casación", reg. nro.: 1082.07.3, rta.: 13/08/2007).

En consecuencia, al no verificarse la existencia de transgresiones a aquellas normas de orden superior que alegan las defensas, los agravios tratados en este punto no pueden prosperar, por lo que habré de rechazar los recursos sobre estas cuestiones (arts. 3, 123, 141, 166, 168 y cc, 398, 404, inc. 2°, y 471 a *contrario sensu*, C.P.P.N.). Por lo demás y teniendo en cuenta la decisión adoptada con relación a los planteos de nulidades, corresponde la imposición de costas a cargo de los litigantes derrotados al respecto (arts. 530 y 531, C.P.P.N.).

Descartado entonces que el juicio y posterior sentencia hubieran sido llevados a cabo con desconocimiento de alguna garantía de juzgamiento tal que fueran total o parcialmente nulos, corresponde entonces que pase a analizar los agravios referidos a la errónea aplicación de la ley sustantiva. Examen que implicará diferenciar entre los distintos acontecimientos históricos juzgados, que en el caso han sido dos: el hecho del incendio y sus consecuencias, que llamaré hecho o suceso "principal" dada su centralidad en este proceso, y aquellos acontecimientos calificados como cohecho, que analizaré en segundo término.

TERCERO:

Sobre la determinación de los hechos (suceso principal).

A fin de determinar cuál es la aplicación de la ley penal que en definitiva corresponda con relación a este acontecimiento hay que dejar asentada la base fáctica del caso. A ese efecto, en este apartado, es necesario dar respuesta a los agravios relativos a la justificación *externa*, es decir, la construcción de las premisas fácticas o "cuestiones de hecho y prueba".

Esta tarea de revisión -en la cual se deben tener presentes los límites que impone la inmediación propia del debate oral y público- supone partir de los hechos tal y como se los tuvo por acreditados en la sentencia del juicio, cuyos razonamientos pueden ser examinados en la medida de un determinado agravio (*quantum appelatum tantum devolutum*).

En tal sentido, ya en anteriores ocasiones tuve la oportunidad de sostener que dentro de los aspectos fácticos de una sentencia se puede distinguir entre "enunciados inferenciales" y "enunciados de inmediación" (PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. y BOUVIER, Hernán, "Casación, lógica y valoración de la prueba. Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencia de los tribunales casatorios", en *Nueva Doctrina Penal*, Nº 2004-B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004). Cuando nos encontremos frente a los segundos está vedada la revisión en esta instancia (cfr. mi voto en las causas 5195, "Orona Bruzzone, Alberto Javier y otro s/ recurso de casación", reg. nro.: 339/05, rta.: 04/05/2005; 5407, "Oliva, Juan Ignacio s/ recurso de casación", reg. nro.: 338/05, rta.: 04/05/2005; entre otros).

De modo tal que está vedado el control de la prueba que dependa en forma directa de la percepción, esto es los enunciados de inmediación, ello como consecuencia de las características del juicio oral y público. Sin embargo, nada impide el control de otros aspectos, es decir, de los que conforman las diferentes inferencias.

Sobre esta cuestión corresponde dejar sentado que el control de la motivación de la sentencia encierra dos aspectos, el primero "externo", el segundo "interno".

En primer lugar, con relación a los hechos la "justificación externa" consiste *"en la verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los*

medios de prueba, así como en el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la formación o convicción del juzgador". En segundo término, es necesario que ese proceso esté motivado, en cuanto "justificación, *exposición de 'las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable'*" (cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2º Edic., Marcial Pons, Madrid, 2004, pp.157 y sgtes.).

Ello es así, en razón de que el juez no sólo necesita convencerse a sí mismo, sino también a los litigantes y a la sociedad, de la justicia de su decisión, porque una sentencia jurisdiccional inmotivada ocasiona un desprestigio al Estado mismo.

En concreto, la motivación de los hechos significa explicitar el razonamiento mediante el cual se atribuye un valor o "peso" a cada medio de prueba y, de esa manera, fundamentar la elección de una hipótesis sobre un suceso. "*Todo esto lleva a sostener que, cuando la motivación sobre los hechos es capaz de responder a la función que le es propia, ésta satisface la exigencia de control sobre la racionalidad del razonamiento del juez sobre la prueba*" (TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 436).

Ahora bien, dado que se trata de hechos pasados, resulta "*claro que el juez, que no ha visto y tampoco puede constatar* [nota omitida], *se encuentra constreñido a operar a partir de vestigios que la acción de referencia hubiera podido dejar en las personas u objetos y en el ambiente afectados por ella, y de trazas de memoria de las que serían portadores los eventuales testigos de la misma. En este caso, de datos transmisibles por vía discursiva, mejor, signos, material semiótico.*" (ANDRÉS IBÁÑEZ, *Prueba y convicción…*, cit., pp. 49 y sgtes.). Observación que reclama ulteriores consideraciones.

En tal sentido, es necesario que a partir de diferentes elementos producidos en el marco del juicio se pueda inferir el evento fáctico que la norma penal captura con su descripción; operación que, teniendo en cuenta lo anterior, supone la elaboración racionalmente fundada de una sucesión de pasos lógicos que permitan sostener su materialidad.

Así pues, en este estado, resultan esclarecedoras las palabras de José I. Cafferata Nores cuando sobre los indicios nos enseña que "[s]*u fuerza probatoria reside en el grado de necesidad de la relación que revela entre un hecho conocido (el indiciario), psíquico o físico, debidamente acreditado, y otro desconocido (el indicado), cuya existencia se pretende demostrar. Para que una relación entre ambos sea necesaria será preciso que el hecho 'indiciario' no pueda ser relacionado con otro hecho que no sea el 'indicado': es lo que se llama 'univocidad' del indicio* [nota omitida]. *Si el hecho indiciario admite una explicación compatible con otro hecho distinto del indicado, o al menos no es óbice para ella, la relación entre ambos será contingente: es lo que se llama 'indicio anfibológico'*".

En ese sentido, "*sólo el* [indicio] *unívoco podrá producir certeza* [nota omitida], *en tanto que el anfibológico tornará meramente verosímil o probable el hecho indicado. La sentencia condenatoria podrá ser fundada sólo en aquél*" (Cafferata Nores, José Ignacio, *La prueba en el proceso penal*, 2ª Edic., De Palma, Buenos Aires, 1994, pp. 180 y sgtes.).

Sin embargo, esta última tesis se ve limitada porque "[l]*o que prueba es sólo la convergencia de indicios de calidad, que proceden de una diversidad de fuentes. Indicios, en plural, porque generalmente no suelen ser unívocos. De ahí la exigencia de que constituyan una pluralidad y guarden una relación de concordancia, que permita referirlos a la misma hipótesis que se trata de sufragar*" (Andrés Ibáñez, *ibídem*.).

Dicho ello y en segundo lugar, resulta imprescindible tener presente que "*una decisión está internamente justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de inferencia aceptadas*", es decir, si no existen vicios lógicos en la deducción de la conclusión a partir de las diversas proposiciones sobre hechos (cfr. Gascón Abellán, *ibídem*). Al respecto, las reglas de la lógica, "*son leyes a priori que, independientemente de la experiencia, se presentan a nuestro raciocinio como necesarias, evidentes e indiscutibles cuando analizamos nuestros propios pensamientos. Estas leyes están constituidas por las leyes fundamentales de coherencia y derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente*" (De la Rúa, *La casación…*, cit., pp. 154 y sgte.) (cfr.

mi voto en la causa 2329 "Navarro Villarroel, Sergio Iván s/ recurso de casación", reg. nro.: 120/2000, rta.: el 23/03/2000).

En este nivel de análisis se trata de la observancia de las leyes de la *lógica*, de los *principios de la experiencia* y de los *conocimientos científicos* de las deducciones que el tribunal formula a partir de la prueba de cargo. Constituye lo que se puede designar como la *infraestructura racional* de la formación de la convicción (BACIGALUPO, Enrique; *La impugnación de los hechos probados en la casación y otros estudios*, Ad·Hoc, Buenos Aires, 1994, pp. 28 y sgtes.). Al respecto, la C.S.J.N. ha afirmado que, "*el examen de un proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional y atendiendo a las reglas de la lógica*" (Fallos 311:2045).

La fundamentación de la sentencia configura así una de las calidades o requisitos esenciales, y parece evidente que su ausencia no puede menos que determinar la violación de la garantía de defensa, porque ella apareja necesariamente el quebrantamiento de una forma sustancial del "juicio", empleado el término en su verdadera significación constitucional (cfr. causa 6251, "Zambrano, Oscar Alberto s/ recurso casación", reg. nro.: 510/06, rta.; 26/05/2006).

En conclusión, en los límites que acuerdo a la presente revisión, los agravios planteados deben demostrar un supuesto de arbitrariedad en torno a la aplicación de las reglas de la sana crítica, si ellas fueran aplicadas, y en su caso si dicha aplicación fue correcta (cfr. "Casal", Fallos 328:3399, consid. 32). Con relación a los hechos y en los términos antes expuestos, ello supone verificar si se incurrió en una valoración fragmentada o aislada de los elementos de juicio, omisiones o falencias respecto de la verificación de hechos por un lado, o desconocimiento las reglas de la lógica o que el fallo se encuentra basado en afirmaciones dogmáticas que determinan su arbitrariedad por el otro.

1. Determinación de hechos en general.

En el marco de lo anteriormente expuesto, las impugnaciones que se deben considerar son aquellas que se dirigen a cuestionar la particular valoración asentada en la sentencia sobre elementos que darían cuenta de, o negarían la, participación de los diferentes imputados en los hechos relativos al incendio

ocurrido el 30 de diciembre de 2004 en el local “Cromañón”, y sus consecuencias.

En lo que sigue trataré las cuestiones discutidas en siguiente orden: *a)* hechos directamente relacionados con la subsunción realizada en la sentencia; *b)* elementos referidos a hechos anteriores a los del suceso principal; *c)* consideraciones generales sobre valoración de testimonios y *d)* agravios con relación al valor de los testimonios de los concurrentes al recital el día del hecho. Luego, examinaré las diferentes impugnaciones relativas a los imputados por el hecho principal, en este orden: Chabán, Argañaraz, demás miembros del grupo “Callejeros”, Villarreal y Díaz.

a) Hechos vinculados a la subsunción realizada en la sentencia.

Teniendo en cuenta la argumentación legal de la sentencia, los recurrentes discutieron diferentes aspectos vinculados con las condiciones del lugar en que se produjo el hecho principal. En ese sentido, la querella representada por el Dr. Iglesias planteó que se habría hecho una selección arbitraria de los “presupuestos típicos” porque, sostuvo, se tomaron sólo cuatro “factores” de riesgo y se descartaron otros elementos que también desembocarían en la producción de la situación de peligro.

Al momento de analizar la racionalidad y logicidad de los fundamentos de la sentencia señalaré que la necesidad de esa selección estaba dada por la de lograr sustento a la construcción dogmática escogida. En tal sentido, ese proceder es ilegítimo en términos epistemológicos, dado que se utilizó una hipótesis que no logra explicar la totalidad de los hechos comprobados. Por ello, el contenido de esta denuncia será considerado al momento de determinar la relevancia jurídica de los hechos sobre cuya materialidad no exista disputa alguna. Análogas consideraciones caben respecto de la observación del defensor de Argañaraz sobre una “interpretación *ex post* de los hechos”.

b) Valor de los hechos anteriores al suceso principal.

Respecto de hechos diferentes del imputado, la defensa de Argañaraz se agravió de la sobre valoración que se habría realizado de “incendios previos” porque esos incidentes no habrían constituido peligro alguno. En ese sentido, criticó que de los elementos secuestrados en su domicilio se pudiera inferir una

pretensión de su defendido de dotar de cierta "impronta pirotécnica" a la banda. Asimismo, cuestionó que las gacetillas confeccionadas por Aldana Aprea lo eran sin la supervisión de su defendido; también discutió la credibilidad de su testimonio. De igual modo, tildó de mendaz al testigo Juan Carlos Blander con relación a lo sucedido en el marco del recital que brindó la banda en el estadio Obras Sanitarias.

A su entender, "*sólo encontramos uno o unos pocos* [testimonios] *que hacen una referencia aislada de todo el resto respecto de la relación de mi defendido con la pirotecnia* […] *todos estos testigos de características uniformes señalan que no existe una actividad especial de Diego Marcelo Argañaraz en relación con la pirotecnia* [y] *para el caso de Aldana Aprea al no haber otro elemento que sostenga sus aislados dichos* […] *se da la situación del testigo único, testigo nulo*".

Por el contrario, las acusaciones adujeron la existencia de cierta actitud sobre el uso de pirotecnia, que sería compartida por los integrantes del grupo "Callejeros" (se apoyaron en los videos del 08/05/2004 y Obras Sanitarias del 30/07/2004, así como la entrevista del 28/07/2004). Del mismo modo, arguyeron que la consideración de Vázquez del uso de la pirotecnia como la "frutilla del postre" (Cd´s 274 J y K) expresaba la posición de todos los integrantes al respecto, razón por la cual resultaba contradictorio afirmar -como lo hacía el Tribunal de Juicio- que sólo Argañaraz deseaba que los fuegos de artificio formaran parte del espectáculo de la banda "Callejeros".

En verdad, de lo que se trata en el caso es de determinar la relevancia penal de los hechos atribuidos a las personas aquí juzgadas, por lo cual, cualquier hecho anterior y diferente de esa plataforma fáctica, sólo puede ser considerado como un indicio de un extremo que sea relevante para la acreditación de la intimación cursada en este proceso.

Si no se demuestra con la certeza requerida en esta etapa procesal que a través de conductas determinadas el o los agentes contribuyeron y/o participaron en un hecho típico, ellas sólo pueden constituir indicadores sobre elementos particulares de la participación criminal (arts. 45 y sgtes., C.P.).

Parece indiscutible que los agravios de la defensa de Argañaraz están dirigidos a cuestionar la relación entre su

defendido y el uso de pirotecnia el día del hecho. En los pasajes en los cuales el Tribunal de Juicio trató esta cuestión, indicó que "*la declaración testimonial brindada en el juicio por Juan Carlos Blander explotador de 'El Hangar' en ocasión de cobijar el recital de 'Callejeros'* [permite] *entender cuál era la postura del manager en relación al uso de pirotecnia en los recitales*" (fs. 67.169).

En concreto, señaló que "*Blander dio cuenta del fuerte altercado que tuvo en aquella ocasión por el pedido expreso de ingresar pirotecnia. Pero si se quisiese cuestionar su testimonio contamos con las anotaciones escritas del puño y letra de Argañaraz y secuestradas en la agenda que estaba en su domicilio. Refiriéndose al recital de aquel 21 de febrero anota: "Entra B.Palo. Bengalas (con cuidado)". Sumamente esclarecedor Argañaraz controlaba y decidía el tipo de pirotecnia que iba a aceptar en el show*" (*sic*) (fs. 67.169).

En cuanto al testimonio de Aprea, reseñó que ésta "*le hizo saber a Diego Marcelo Argañaraz la inconveniencia de que el grupo brindara recitales en lugares cerrados por el uso de pirotecnia con la respuesta de que 'y bueno, Callejeros es así'. Era la impronta que como manager quería dar al grupo, la que él se había dedicado a instalar pues le aseguraba creciente popularidad*" (fs. 67.169).

Asimismo, que ella indicó "*que tres o cuatro integrantes de 'la familia piojosa' figuraban siempre en la lista de invitados y que también se facilitaba el ingreso a los 'del fondo no fisura' abonando la entrada sólo por la mitad de la gente que llevaba. También en otro pasaje de su relato cuando expresó que Diego permitió a integrantes de 'la familia piojosa' ingresar dos bolsos llenos de bengalas y tres tiros en el recital de Excursionistas*" (fs. 67.169 vta.). Además, el Tribunal citó la entrevista a Sebastián Ruiz (prueba nº 166), corroborada por la declaración de Ignacio Girón, que corroboran sus dichos en este punto.

Finalmente, en la sentencia se trajo a colación la declaración de César Branzini, la cual confirmaría "*la estrecha relación que el manager de la banda mantenía con esos grupos de fans y su particular posición sobre el tema de la pirotecnia*" (fs. 67.169 vta.). Esta ilación, sin embargo, no es acertada, porque no

tiene relación alguna con el hecho aquí juzgado sino con un supuesto suceso ajeno a los aquí imputados.

Se puede afirmar que del conjunto de esos elementos, el Tribunal infirió que Argañaraz controlaba y decidía el tipo de pirotecnia que ingresaba en el show, que demostraba despreocupación o desdén ante las advertencias sobre el peligro que ello implicaba y que habrían existido dos ocasiones en las cuales estuvo en conocimiento o involucrado directamente en el ingreso de pirotecnia por parte de terceros.

Por eso, si bien constituyen elementos en ese sentido, de allí no se deduce necesariamente la consideración de mayor relevancia realizada en este pasaje de la sentencia: que esos elementos constituyen "*la razón por la que el cacheo resultó direccionado, selectivo, est*[é]*ril e ineficiente*" (fs. 67.169 vta.). Es que esa proposición es descriptiva de un estado de cosas relacionado a determinadas normas o deberes positivos, por lo tanto es normativa, de allí su importancia para el caso en concreto.

Esos extremos, permiten afirmar que tenía cabal conocimiento del ingreso en anteriores recitales y que ello suponía algún tipo —aun indefinido- de desobediencia de deberes —todavía indeterminados-. Sus presuntas intervenciones con relación al ingreso de tales elementos en otras ocasiones solamente constituyen indicios o indicadores de una posible conducta del mismo tenor; y dan una primera idea de cómo se instrumentaría el ingreso de pirotecnia en lugares cerrados.

Sin embargo, a fin de explicar el modo en que se implementó y llevó a cabo el control de ingreso de pirotecnia en el hecho principal aquí juzgado son necesarias mayores consideraciones.

En ese sentido, las observaciones del recurrente de que esas "actitudes" eran parte de una práctica social o cultural en nada afectan todas estas inferencias, sino que se mantienen en un plano ajeno a la determinación de hechos penalmente relevantes, de modo tal que no conmueven la valoración de elementos en la reconstrucción del hecho principal.

Por otro lado, el agravio sobre la validez del testimonio de Aldana Aprea no resulta atendible porque desconoce las constancias del juicio: su declaración no es la única fuente de

información dado que se cuenta con los mencionados dichos de Girón y Ruiz, que aportan datos en el mismo sentido.

Similares consideraciones se deben hacer con relación al uso de pirotecnia o "impronta bengalera", que, según alega el Dr. Iglesias, los demás miembros de "Callejeros" habrían fomentado o tolerado en sus recitales. Concretamente, ese recurrente afirmó que ellos "fomentaban", "incitaban" y "toleraban" el uso de pirotecnia en lugares cerrados como "Cromañon", por lo que "*consentían ese uso y facilitaban el ingreso de ese material cuando intervenían en la organización del espectáculo*". Finalmente, adujo que "*lo que se le*[s] *reprocha es que esa posición llevó a que se adoptaran medidas de seguridad no efectivas para evitar tanto el ingreso del material como su posterior uso por parte de sus seguidores*".

Más allá de la verdad o falsedad de esa afirmación, de lo que se trata es de analizar un acontecimiento histórico relevante para el derecho penal, de modo que si las conductas de los imputados no son *per se* captadas por un precepto legal, ellas no tienen ningún valor; cualquier juicio sobre actitudes reposa en consideraciones de tipo moral o éticas ajenas a las regulaciones propias de un Estado de Derecho.

Cuando el Tribunal de Juicio estudió el punto sostuvo que primero debía analizar si las alegaciones sobre ese "fomento" se podían tener por acreditadas con la certeza necesaria para esta etapa del proceso. Al respecto, reseñó diferentes testimonios de concurrentes que darían cuenta de una oposición al uso de pirotecnia y sostuvo que, teniendo en cuenta las demás evidencias aportadas por los acusadores, la prueba sobre el punto resultaba "equívoca".

En concreto, dijo que "[e]*sta contradicción evidente de los elementos de prueba, no permite sostener que el incentivo esté efectivamente acreditado. Más aún cuando las personas supuestamente incentivadas, como lo son los propios asistentes, aluden a que la banda no lo hacía*". Aunque, aclaró, "*la banda toleraba el uso de pirotecnia* […] *pues su empleo en los recitales fue siempre una constante y nada serio se hizo para evitar que esa práctica cesara definitivamente*". En síntesis, "*no hay prueba alguna de que concretamente el día del hecho la utilización de pirotecnia dentro del local haya estado determinada por el aliento*

o fomento que los acusadores pregonan respecto de la banda" (fs. 67.228 y 67.229 vta.).

Segundo, analizó si esas acciones constituían participación dolosa en un hecho ajeno. Al respecto, manifestó que *"cualquier actividad de aliento o fomento del uso de pirotecnia que pueda estimarse como realizada por los miembros de la banda "Callejeros", no puede considerase como participación en el hecho acaecido el día 30 de diciembre de 2004"* (fs. 67.229).

Descartada de plano la instigación, el Tribunal dijo que *"el dolo del cómplice debe referirse a la voluntad de participar en un hecho ajeno individualmente determinado. Además debe ser doble, esto es, el cómplice debe conocer que presta un aporte a la ejecución de ese hecho concreto, y asimismo, debe abarcar la realización de ese ilícito principal"* (fs. 67.230 vta.). Al respecto, negó que cuando, en recitales y/o entrevistas tiempo antes del día del hecho, los miembros de la banda hablaban sobre el uso de pirotecnia estuvieran representándose con ello su colaboración en las conductas típicas aquí investigadas. Por ende, concluyó que *"desde las reglas de la participación criminal no se puede afirmar dolo de complicidad de ninguna manera"* (fs. 67.230 vta.).

Con relación al primer aspecto, considero que el recurrente no demuestra que la argumentación sea arbitraria o contenga vicio lógico alguno, sino que discrepa en el valor otorgado a cada uno de los elementos considerados en este punto. Luego de una detallada enumeración de testimonios y de manifestaciones de los acusados, el Tribunal de Juicio sostuvo que no contaba con pruebas que le permitieran afirmar con certeza que los integrantes de la banda "Callejeros" promovieran el uso de pirotecnia en sus presentaciones; pero advirtió que sí lo toleraban. No se acercan razones por las cuales desconocer de plano ese juicio de valoración, que ha sido explicitado de manera clara y precisa.

Pero incluso cuando asistiera razón al recurrente, lo cierto es que no rebate el segundo argumento expuesto en la sentencia, que afirma la ausencia del elemento subjetivo necesario para la participación en el hecho de otro. Esa omisión sella la suerte del agravio, porque no toma en cuenta todas las razones en base a las cuales el Tribunal arriba a su conclusión.

Se podría argumentar que su impugnación se dirige a criticar el último razonamiento del Tribunal, que niega que sobre la base de antiguas manifestaciones se pueda construir ese elemento subjetivo de la participación, porque el recurrente sostuvo que el reproche consiste en que su posición sobre el uso de pirotecnia -que se desprendería de esas manifestaciones-, condujo a que se adoptara un control ineficaz en el ingreso al recital. Pero, las características del control de ingreso al lugar el día del hecho no se derivan directamente y sin más del contenido de esas manifestaciones de los imputados ni tampoco dan cuenta de que para ese espectáculo consintieran una determinada modalidad de ingreso de pirotecnia.

El contenido de esas manifestaciones, en tanto está constituido por diferentes juicios de valor de carácter estrictamente personal sobre el uso de pirotecnia, solamente puede referir a aspectos subjetivos de la imputación penal ajenos al carácter del agente, excluido de la autoridad del Estado (art. 19, C.N.). Ya se ha descartado, y el recurrente no lo cuestionó en esta instancia, que la "tolerancia" o "fomento" expresada en esas manifestaciones pudiera configurar el aspecto subjetivo (dolo) de la participación criminal. Por lo tanto, no tienen la virtualidad de explicar o inferir un determinado comportamiento al momento del hecho.

Por el contrario, ellas solamente pueden constituir indicios para afirmar que los agentes tenían conocimiento de que durante sus recitales, habitualmente y tanto en lugares cerrados como en otros a cielo abierto, el público hacía uso de esos artefactos. Ello, sumado a otros elementos, permitiría afirmar que era previsible su utilización el día del hecho principal. Análogas consideraciones caben respecto de los incendios previos, que sólo podrían sostener una proposición en el sentido de que el agente tenía conocimiento de sucesos de esa naturaleza, de determinadas circunstancias y sus efectos; volveré sobre la cuestión más adelante.

c) Consideraciones generales sobre valoración de testimonios.

Otros agravios están relacionados con la admisibilidad y valoración de diferentes testimonios. Ya he señalado los límites que se deben observar en la revisión de los fallos definitivos de

conformidad con la jurisprudencia de la C.S.J.N.. La centralidad que reviste el debate oral, público, contradictorio y continuo para el proceso penal también impone otras consideraciones ya no relativas a la medida de lo revisable, sino a los criterios rectores sobre admisibilidad y valoración de los testimonios idóneos a los efectos de fundar la sentencia definitiva.

En tal sentido, una cuestión a mi entender central en este caso y sobre la cual vengo sosteniendo invariablemente un criterio limitado refiere a la posibilidad de incorporar como material susceptible de valoración las distintas actuaciones recolectadas en la etapa de investigación del caso y, si ello correspondiera, cuál es el valor probatorio que se puede asignar a esos elementos.

El punto se vincula en realidad con dos cuestiones; en primer lugar, a la garantía constitucional de juicio público (arts. 18, 22, 24, 75 inc. 12, 118, C.N.; 11, D.U.D.H.; 8, C.A.D.H.; 14, P.I.D.C.P.). Tutela que esencialmente significa garantizar el derecho a contradecir todas las pruebas de cargo, ante el tribunal que dictará la sentencia. La excepción autorizada por los códigos procesales, en orden a las incorporaciones por lectura de pruebas producidas durante la instrucción, lesiona sin duda este principio por falta de inmediación. A pesar de ello, si existe acuerdo de partes y en los supuestos autorizados por la ley, los jueces deben admitir su incorporación al debate, sin perjuicio del valor probatorio que éstas puedan tener.

La segunda cuestión, si bien está directamente vinculada a la primera, gira en torno a la afectación del derecho de defensa, ante la imposibilidad de ejercer regularmente el contradictorio en algún momento del proceso, a través del derecho al interrogatorio, conferido con relación a la prueba de cargo. Este aspecto difiere del anterior, pues ya no se trata de un supuesto que involucra una cuestión de determinación del valor probatorio de un elemento sino, lisa y llanamente, de la procedencia de su inclusión como material de cargo.

Sostengo desde hace tiempo que se debe dar al imputado, al menos en algún momento del procedimiento, el derecho a controlar las declaraciones de las personas que sustentan la hipótesis acusatoria; si cuando se recibieron sus declaraciones no tuvo la oportunidad de intervenir, el proceso que arribó a una sentencia condenatoria sólo sobre la base de esas pruebas no se puede

considerar equitativo, en la medida en que no se garantiza suficientemente el derecho de interrogar testigos (cfr. mi voto en las causa 4919, "Tabeada, Arturo Valeriano s/ rec. de casación", reg. nro.: 447.04.3, rta.: 25/08/2004).

La C.S.J.N. ha decidido con este criterio estricto en el examen de las reglas procesales federales a la luz de las normas constitucionales, cuando afirmó que "*la circunstancia* [de] *que la incorporación por lectura de las declaraciones se produjo en el marco del art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación,* […] *no basta para subsanar la lesión al derecho de defensa producida durante el debate* […], *pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal*. […] *Desde este punto de vista, lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado*." (Fallos 329:5556, "Benítez, Aníbal Leonel"; con cita del TEDH, Unterpertinger vs. Austria, Serie A, N° 110, 24/11/1986, § 31).

Al respecto, se puede agregar que esta posición no sólo no ha sido modificada sino que fue adoptada por el M.P.F. en el Dictamen del Procurador General en el caso de Fallos 331:525. Allí, aunque la mayoría de los miembros de la C.S.J.N. rechazó analizar el asunto por aplicación del art. 280, C.P.C.C.N.-, los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni adhirieron a la opinión de aquél en cuanto afirmó que "[e]*l sistema de la oralidad no tolera el desarrollo de un juicio sin producción de prueba alguna, ya que este método exige, para la tutela del debido proceso, que los juzgadores experimenten el peso o la fuerza de la percepción por sus sentidos, según el principio de inmediatez. Y más todavía, porque esa prueba, adquirida y evaluada en el contradictorio, es la que luego servirá de sustento para dictar una sentencia razonada y válida, fundada en los hechos verificados y el derecho vigente. Lo contrario, sería conformarse con un debate huérfano de elementos fácticos, en el que la discusión sólo girase en torno a cuestiones puramente jurídicas o de crítica a las constancias extrajudiciales*" (Dictamen en causa "Barbone, Sergio Gabriel

s/infracción ley 23.737 y art. 277, 1° inc. c del Código Penal - causa N° 967-", rta.: 08/04/2008).

Por cierto, la posición adoptada por la C.S.J.N. en el primero de los casos citados se encuentra en la misma dirección que los estándares establecidos por los órganos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, además del criterio original del T.E.D.H. ya citado, se señala aquel según el cual "*el derecho de examinación exige que el imputado haya tenido 'una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra'*" (Säidi vs. Francia, Serie A, N° 261-C, rta.: 20/09/1993, § 43 y Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, Serie A, N° 146, rta.: 06/12/1988), y "*que 'testigo de cargo' es toda declaración de una persona en que se funda una acusación o una decisión judicial condenatoria*", es decir "*todo tipo de pruebas verbales*" (Bönisch vs. Austria, Serie A, N° 92, rta.: 06/05/1985).

En referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha señalado que "*la admisibilidad o inadmisibilidad puede ser un modo útil para asegurar, ex ante, que la sentencia no podrá fundarse en elementos de prueba que no han podido ser controlados de modo útil por el imputado y la defensa*". Sin embargo, ese criterio ha sido modificado en el sentido de que sólo "*una condena basada únicamente o en un grado decisivo sobre deposiciones hechas por una persona que el imputado no ha tenido oportunidad de examinar o hacer examinar en algún momento útil del proceso, no es el resultado de un proceso con las garantías del art. 6 CEDH*. [Pues] [d]*ebe darse oportunidad de control sea durante la investigación o en el juicio, observando el comportamiento del testigo bajo interrogatorio directo y, así examinar su confiabilidad*" (GARCÍA, Luís M, "El derecho a interrogar a los testigos de cargo en caso de abuso sexual sobre niños. Nota al caso P.S. v. Alemania", en *La Ley*, 2002-F, 15; cfr. asimismo los votos disidentes en el caso de TEDH Artner vs. Austria, Serie A, vol. 242-A, § 2).

También sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que "[t]*al como lo ha señalado la Corte Europea, dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su*

contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa" (Castillo Petruzzi vs. Perú, rta: 30/05/1999, § 154).

Lo dicho me permite concluir que la prueba incorporada al debate con quebrantamiento del derecho de contradicción (derecho al interrogatorio), debe ser excluida de toda valoración (art. 168, sgtes y cc. del C.P.P.N.), para garantizar el derecho al interrogatorio (arts. 18 y 75 inc. 22, C.N., 8.2.f, C.A.D.H.) (cfr. mi voto en causa 5261, "Marafoschi, Marcelo Héctor y Córdoba, Romina Ester s/recurso de casación", reg. nro.: 03.05.3, rta.: 01/02/2005, entre otros).

Todo ello indica que, si bien no existen razones para la incorporación de declaraciones producidas en momentos anteriores a la audiencia de debate oral y público, esa posibilidad se encuentra supeditada a que la defensa haya tenido, en su momento, la oportunidad de realizar un control efectivo y útil, de modo que el contradictorio quede garantizado en un trámite adversarial.

En definitiva, la cuestión reconduciría a una de valoración probatoria sobre los elementos no producidos en el debate, que no podrán en ningún caso fundar de forma dirimente la decisión final del proceso penal.

Por otro lado, en cuanto a la evaluación de estos testimonios, así como en general de los que se hubieran efectivamente producido en la audiencia oral y pública, tiene que estar razonablemente plasmada en la sentencia pues, de otra manera —tal como lo señalé al inicio- se trataría de un supuesto de arbitrariedad. Es así que, en primer lugar, el juzgador debe optar por aquellos testimonios que resulten más categóricos y convincentes frente a otros, conforme la antigua máxima de experiencia "*los testigos se pesan, no se cuentan*", de un modo que le permita dar cuenta de la sinceridad de unos y negarla respecto de otros, en orden a fundadas razones (FENOCCHIETTO, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. II, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 643). Es decir, el número de testigos que afirmen un hecho no es una variable que en principio incida en el grado de probabilidad con que se puede afirmar que un extremo fáctico efectivamente ocurrió.

Concretamente, con relación a la valoración sobre el rendimiento de un testimonio "*introducido como tal en un proceso*

concreto, es claro que su apreciación requiere dos juicios. Uno primero —externo- sobre el hablante; otro sobre lo hablado. Esto último, a su vez, ha de examinarse en dos planos: en sí mismo, como discurso, para evaluar su grado de consistencia interna; y desde el punto de vista de la información que contenga, que ha de ponerse en relación con la obtenida a partir de otros elementos probatorios. Así, la práctica de la testifical se articula en tres tramos: el de la audición del declarante; el de la determinación del crédito que como tal pudiera o no merecer; y el que tendría por objeto evaluar si lo narrado es o no cierto" (ANDRÉS IBÁÑEZ, *Prueba y convicción judicial…*, cit., pp. 113 y sgte.).

El primer punto remite a las características de la persona con relación a un hecho o, en general, al resultado del pleito. Las diferentes reglas que contiene la legislación procesal penal federal, que atienden a caracteres objetivos o subjetivos, brindan los lineamientos sobre los cuales se debe proceder en este punto.

No obstante ello, la mayor dificultad se presenta en los dos restantes aspectos. En el primero, porque allí se trata de calibrar su credibilidad, es decir, "*de saber si cuenta realmente lo que cree que presenció*". Al respecto, se debe atender a las particularidades de la declaración, al modo de prestarla, a la existencia o no de motivos para desfigurar u ocultar lo que percibió, la coherencia con anteriores declaraciones, a las circunstancias en que percibió el hecho y al grado de detalles del relato. Es decir, atendiendo a las circunstancias o datos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones, interpretándolas de acuerdo a las reglas de la sana crítica (cfr. mi voto en la causa 4582, "Tombacco, Federico Oscar y otros s/ recurso de casación", reg. nro.: 719/2004, rta.: 25/11/2004).

Por ello, de lo que se trata en última instancia es de "*dar fuerza a una afirmación inculpatoria de fuente testifical con datos probatorios de otra procedencia. Donde fuerza es calidad convictiva. Algo que sólo transmiten los elementos de juicio que gocen de ella, es decir, los obtenidos de una fuente atendible y dotas de contenido informativo contrastado. Pues la adición de indicios o indicadores débiles no corrobora ni refuerza.* […] *Tratándose de un testimonio, el elemento de corroboración debe recaer, pues, no sobre la atendibilidad del deponente —que habrá sido valorada-, sino sobre lo declarado por él acerca de*

circunstancias que relacionan, de una manera colateral, al inculpado con el hecho que es objeto de imputación. Debe, pues, ir referido no genéricamente a este último, sino a él en relación con el hecho de la causa. Por tanto, un dato corrobora si versando sobre hechos distintos del principal pero relacionados con él, al ser cruzados con la información inicial relativa al mismo, produce el efecto de conectar también —aunque indirectamente- al imputado con la acción delictiva que se le atribuye." (ANDRÉS IBÁÑEZ, *ibídem*, pp. 124 y sgtes.).

Sin embargo, habrá que reconocer que las declaraciones del *coimputado* no pueden tener valor, sino agregadas a otros medios de convicción. Es decir, se le puede conferir el valor de un indicio insuficiente para, por sí solo, acreditar, con el grado de probabilidad que se requiere en esta etapa del proceso penal, el suceso que constituye su objeto (cfr. MITTERMAIER, Karl J.A., *Tratado de la prueba en materia criminal*, Di Plácido, Buenos Aires, 1999, p. 324).

Sin perjuicio de ello, aún en el caso de admitir dicho elemento como única prueba, tampoco se respetaría la garantía de pluralidad de prueba. Resulta pertinente recordar que todo veredicto de condena se debe cimentar en una multiplicidad de pruebas homogéneas, unívocas y unidireccionales que acrediten, con el grado de probabilidad necesario, tanto la recreación histórica de los acontecimientos, como la responsabilidad penal de los autores del hecho ilícito.

En tal sentido, Ferrajoli ha remarcado "*la necesidad epistemológica de una pluralidad de confirmaciones según el esquema del modus ponens*". En tal sentido, "*la obligación del juez de 'dar cuenta de la motivación de los resultados adquiridos y de los criterios adoptados' equivale a la prescripción de que la motivación explicite todas las inferencias inductivas llevadas a cabo por el juez, además de los criterios pragmáticos y sintácticos por él adoptados, incluidos los de las contra pruebas y las refutaciones por modus tollens*" (FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 155) (cfr. mi voto en la causa 11.797, "Lastra Sala, Eduardo Daniel s/ recurso de casación", reg. nro.: 607/10, rta.: 03/05/2010).

La necesidad de una pluralidad de pruebas que sustenten la decisión del juicio también está presente respecto de los dichos

del mismo imputado. He señalado anteriormente que la circunstancia de que el imputado en su momento haya admitido su participación en el hecho que fuera materia de juzgamiento, no puede ser valorada en forma exclusiva sin que esté acompañada por otro elemento probatorio. En ese sentido, la declaración indagatoria constituye un acto de defensa que no puede ser base fundamental en la acusación (cfr. mi voto en causa 11.797, "Lastra Sala, Eduardo Daniel s/ recurso de casación", reg. nro.: 607/10, rta.: 03/05/2010).

d) Sobre el valor de los testimonios de los espectadores.

Ahora bien, teniendo en cuenta este marco, considero oportuno examinar en este apartado las impugnaciones de carácter general esgrimidas por las defensas de los imputados Chabán y Argañaraz respecto de los testimonios prestados durante la audiencia pública por parte de quienes asistieron en calidad de espectadores al local "Cromañón" el día del hecho principal.

Al respecto, ya refuté los agravios introducidos por el abogado defensor de Argañaraz, relativos a la inconstitucionalidad que supondría que quienes revisten la calidad de querellantes presten testimonio en audiencia pública y afirmé que la crítica al respecto reconducía a una cuestión de valoración probatoria.

La defensa técnica del imputado Omar Chabán se explayó sobre el punto cuando cuestionó que el Tribunal de Juicio haya dado credibilidad a lo declarado por los concurrentes al recital para de allí inferir que el día del hecho su defendido "*se dirigió al público dándole a entender que podría ocurrir lo que instantes después sucedió* [pues] *es totalmente ilógico que al inicio de una celebración haya hablado de 'muerte'*".

En cuanto a la valoración, resaltó el tiempo transcurrido y la "lúgubre perspectiva" del hecho. Sostuvo que "*hay una gran diferencia de contenidos entre los testimonios de las personas que se relacionaron con el lugar con motivo del trabajo que los que lo hicieron como concurrentes al recital, se observa una mayor solidez en los testimonios de los primeros y si bien en algunos puntos son coincidentes, los concurrentes en calidad de público son mucho más dispersos en sus relatos, sea por su escasa edad al momento del hecho, por el tiempo transcurrido, por haberse viciado sus testimonios*".

Se desprende de esta breve reseña que el impugnante cuestiona que los testimonios de los concurrentes sean aptos para afirmar que su defendido Chabán preveía el hecho sucedido y sus dramáticas consecuencias, porque ellos son menos creíbles y más "dispersos" que los de quienes trabajaban en el lugar, dada la "escasa" edad de los concurrentes y por el tiempo transcurrido.

En especial, denuncia que existiría "una gran diferencia de contenidos" entre los distintos grupos de testigos, pero no explica cuáles serían esas diferencias. Su comparación con otros testimonios supondría que éstos suministran información sustancialmente contradictoria o al menos diferente a la que contienen los dichos cuestionados; sin embargo, al no mencionar ni siquiera cuáles serían esos testimonios no existe la posibilidad de una revisión sobre el punto.

Por lo demás, esa diferencia no es relevante con relación al hecho que se intenta dilucidar, dado que en ese punto los dichos de los concurrentes no se referirían a características propias de las instalaciones del lugar u otros extremos que hicieran suponer que quienes se desempeñaban en el local estuvieran en mejores condiciones de precisar, sino que, por el contrario, hacen referencia a dichos del imputado dirigidos a los concurrentes.

Luego, con relación a la edad de los testigos, no es un dato de la realidad que *per se* determine de forma alguna el grado de credibilidad y/o "peso" de la testifical. Sin especificar otras circunstancias sobre la base de las cuales asignar a la edad del testigo un determinado efecto en la credibilidad, la pretensión del recurrente llevaría a resultados francamente irracionales, como entender creíble un testimonio sólo por el hecho de la edad de quien lo presta; la variedad de situaciones imaginables eximen de ulteriores consideraciones e implicaría volver a criterios de prueba tasada hoy superados.

Por el contrario, el tiempo transcurrido remite a un principio central de la epistemología, dado que es racionalmente previsible que una mayor lejanía entre la percepción directa y su manifestación en el juicio puede provocar olvidos en el testigo o distorsiones en la información que vuelca en la audiencia. Sin embargo, ello tampoco supone que en virtud del simple paso del tiempo se deba prescindir de un testigo, sino que es necesario

saber al menos en qué caso existirían elementos o indicadores que permitan fundar una distorsión o parcialidad o con cuáles otras testificales se contradeciría, de modo de relativizar su valor.

Por todo ello, basta con marcar que el señalamiento del recurrente es de carácter general y no indica qué testimonio valorado en la sentencia permitiría arribar a una conclusión distinta de la que postuló el Tribunal de Juicio en este punto. Sin mínimas precisiones, los agravios no resultan atendibles y deben ser rechazados, de conformidad con el art. 463, C.P.P.N., en cuanto manda explicar los motivos y que solución se pretende.

Sentado ello y arribado al momento de analizar la situación individual de cada uno de los imputados, conviene dejar sentado desde el inicio que en los siguientes apartados el análisis estará limitado a las discusiones sobre la necesaria determinación de los hechos.

La complejidad del caso impone adoptar un método que permita tratar la situación de cada uno de los imputados, procurando dar respuesta fundada a sus agravios y, al mismo tiempo, agrupar aquellos que versen sobre tópicos y problemáticas análogas, de modo de evitar repeticiones que abriguen contradicciones o vicios lógicos. Desde este marco es que se analizan seguidamente los diferentes agravios relativos a los imputados.

2. Agravios con relación a Chabán.

Los defensores del imputado Chabán presentaron una sucesión de agravios relacionados, en principio, con el tipo subjetivo del delito de incendio, específicamente alegando un desconocimiento de los factores de riesgo y la ausencia de "dolo de peligro". En cuanto a éste último aspecto, serán considerados en tanto supongan una discusión sobre elementos fácticos del caso, dado que en lo demás la calificación del hecho como doloso —de la forma en que fue expuesta en la sentencia aquí controlada- será analizada en el siguiente punto.

Ahora bien, con relación al uso de pirotecnia, sostuvieron que "*en esta oportunidad fue la primera vez que se utilizaron las candelas, o por lo menos que no era habitual el uso de las mismas*"; destacaron "específicamente los dichos de "*Leggio* […]*'el último día se vieron candelas, antes no'*,[…] *Antonio Visconti, Peluffo, Leonardo Djerfi, Arancibia, Bonacci, Orazi, Rossi,*

Sebastian Ruiz […], *Barroso* […], *Piñeiro* […] *y Curcuy*". Por ello, afirmaron que "*resulta inexacto concluir en que Chaban conocía el riesgo que el uso de ese tipo de pirotecnia comportaba*".

Sobre este aspecto, los jueces del Tribunal, "*siguiendo el testimonio de Leggio,* [dijeron] *que antes de comenzar a tocar "Callejeros", la detonación de una candela ganó la atención de Omar Chabán, lo que demuestra que sabía que existía pirotecnia antes del inicio del recital del referido grupo". Asimismo, recordaron "que Juan Carlos Bordón y Alfredo Mario Díaz, encargados de la seguridad en los recitales que brindó el grupo "La 25", explicitaron que el 25 de diciembre hubo dos principios de incendio, uno de ellos por la detonación de un artefacto pirotécnico. Este episodio fue conocido por Chabán, pues estuvo presente en esa oportunidad*". Por ello, "*con anterioridad a esa fecha, en su propio local, se habían detonado tales elementos* […] *y que incluso una de ellas incendió el techo*" (fs. 67.199).

El agravio de los impugnantes se centra en el desconocimiento que habría tenido Chabán del uso de determinado tipo de pirotecnia en virtud de que su uso "no era habitual". El Tribunal de Juicio había contestado ya ese argumento trayendo a colación anteriores eventos en los cuales se utilizó esa clase de fuegos de artificio en los cuales estuvo presente el imputado, razón por la cual descartaba que no fuera habitual su uso; en ese caso, la no habitualidad en nada modifica la conclusión, ya que el conocimiento se construye sobre dos incidentes puntuales que presenció Chabán.

Además, los jueces señalaron que incluso en una de esas oportunidades hubo un principio de incendio que fue sofocado. De tal modo, indicaron "*lo dicho por el acusado sobre el desconocimiento que tenía de la existencia de candelas en los recitales de rock resulta carente de sustento y, por ende, no puede fundar un error de conocimiento relevante*" (fs. 67.199 vta.).

Pero además, con relación al día del hecho, hicieron hincapié en "*las manifestaciones que dirigiera el propio acusado a los concurrentes el día 30 de diciembre. Los testimonios de Graciela Acuña, María Sol Aguilera, Eduardo Martín Di Pascua, Mariano Alberto Farreras, María Sol Demergasi, María de los Ángeles Mata, y Leonardo Andrés Almirón, son consecuentes en*

cuanto afirman haber escuchado al imputado decir frases tales como que 'no encendieran bengalas puesto que iba a suceder lo mismo que en el supermercado de Paraguay', 'se van a morir todos', 'seis mil personas no salen por una puerta' y 'que ya había pasado una vez con otra banda y que no quería que pase de nuevo'" (fs. 67.199).

De suerte que existen elementos de prueba sobre el día del suceso principal que, no sólo coinciden con aquellos que se refieren a hechos anteriores, sino que indican claramente y en forma inequívoca que el imputado actualizó el conocimiento sobre el uso de esos artefactos y el peligro que ello involucraba; razón por la cual el agravio no logra modificar la conclusión a la que se arriba en la sentencia sobre el punto.

Los defensores técnicos, agregaron que Chabán "*tomó los recaudos necesarios para neutralizar el uso de la pirotecnia en general y el peligro que su uso podría acarrear* […] *hablaba al público a fin de que desistan de su actitud* […] *colocó carteles que indicaban la prohibición del uso y se preocupó para que los cacheos fueran más estrictos*". Agregaron que ese extremo se encuentra sustentado en los dichos de los testigos "*Curcuy, Enriquez, Zerpa, Ortiz, Torres, Avila, Schiavoni, Bordon, Cáceres, Desch, Visconti Stella, Visconti Antonio, Diana, Diana Tedeschi, Peluffo, Carrizo, Arancibia, Duarte, Dominguez, Figueroa, Mata Bonacci, Orazi, Goñi, y Hansen*". Entendieron que "[t]*odas las previsiones, extremos cuidados, advertencias de Chaban que por lógica o sentido común deberían haber sido tomados como tales, se tornan en agravantes de su responsabilidad ante el hecho consumado*".

Las previsiones adoptadas por el imputado para neutralizar el peligro implican que lo conocía y supone la asunción de una posición de garantía sobre esa fuente de peligro para un determinado abanico de bienes jurídicos propios y ajenos. Por lo demás, el acaecimiento del hecho peligroso sólo da cuenta de que, en verdad, esos cuidados no fueron idóneos o eficaces para neutralizar un peligro probable; volveré sobre el punto al momento de determinar la relevancia penal de las conductas atribuidas.

Respecto a los materiales inflamables existentes en el techo del local, los defensores argumentaron que Chabán "*estaba convencido que el material utilizado como aislante acústico era ignífugo, y que, además estaban en condiciones operativas los*

elementos a utilizar como prevención de incendios". En ese sentido, enumeraron un conjunto de pruebas que dan cuenta de los elementos instalados en el local, que ciertos materiales "*no se encontraban prohibidos para su venta*" y que el sistema contra incendio era apto para el riesgo lógico.

Alegaron que "*en su arbitraria valoración de la prueba recolectada*" el Tribunal de Juicio "*se limitó a sostener que por la experiencia que tenía Chaban de los incendios del 1º de mayo y 25 de diciembre de 2.004, sabía que esos materiales eran inflamables o combustibles*".

Explicaron que "*en esas oportunidades la banda paró de tocar, que el lugar estaba lleno de humo y que algunos de los concurrentes salieron del lugar (otros se quedaron en el interior) pero que luego de ser <u>fácilmente soslayados</u> por el mismo Chabán y/o personal del lugar, los que habían salido reingresaron y el recital se reanudó sin problemas*". Según entienden, por ello "*resulta imposible que Chaban conociera la potencial peligrosidad de los materiales para los asistentes*".

Estos argumentos no logran conmover aquellos que expuso el Tribunal de Juicio en el sentido de que lo revelante en este aspecto era que "*él mismo dijo ser testigo de incendios —tres a más de uno- ocurridos por la intervención de uno o más de esos elementos cobertores*", por lo que "*el acusado sabía que esos materiales eran inflamables o combustibles como se demostró con los incendios que ya habían ocurrido, sea que esa ignición provocara "llamas" de fuego*[,…] *humo* […] *o ambas cosas*".

De modo que el Tribunal no se "limitó" a sostener ese conocimiento en la "experiencia", sino que —precisamente- lo infirió de anteriores eventos de idénticas características presenciadas por el imputado, por lo que no advierto arbitrariedad alguna.

Los defensores de Chabán también adujeron que "*existen pruebas que nos indican que el lugar era ofrecido como con capacidad para 5000 personas y por sus características y dimensiones, resultaba creíble esa capacidad*" y que "[p]*odrían haberse vendido 3026 entradas, pero ello no significa que hayan concurrido la totalidad de los que compraron entradas*"; es decir, "*que no estaban adentro <u>todos</u> los que habían comprado entradas*".

Asimismo, cuestionaron el cálculo de invitados realizado por el Tribunal y destacaron testimonios de los cuales surgiría *"que, si bien posteriormente fue percibido por algunos testigos como exceso abrumador de concurrentes, si hubiera sido así los testigos mencionados no hubieran podido desplazarse como lo hicieron"*.

Los defensores en favor de Chabán afirmaron que *"se produjo un caos por diversos motivos, a saber: había muchísima gente, todos empujaban y se caían"* (Orazi) (fs. 66.452 vta.); al inicio *"aún se podía transitar tranquilamente pero que las escaleras ya estaban muy colmadas de gente y era difícil subir y bajar"* (Pailos) (fs. 66.454); *"había mucha gente tanto en la planta alta como en las escaleras"* (Carlos Ezequiel Romero) (fs. 66.482); *"había mucha gente en el lugar, que no era fácil circular por su interior y que hacía mucho calor"* (Federico Alejandro Romero) (fs. 66.482 vta.); *"debido a la cantidad de concurrentes, no era fácil trasladarse de un punto a otro del establecimiento"* (María de los Ángeles Mata) (fs. 66.434 vta.) y *"Patricio Santos Fontanet se dirigió al público y les dijo 'tengan cuidado, hace mucho calor y hay mucha gente'"* (Oscar Ernesto Hansen) (fs. 66.441).

Esos elementos, por el contrario, fortalecen la hipótesis sostenida en el fallo en el sentido de que el lugar estaba "abarrotado" de personas, más allá de que el desplazamiento no fuera *absolutamente* imposible.

Por otro lado, se agraviaron porque *"se sostiene que su defendido tenía plena libertad para hacer modificaciones en el local, mencionándose las declaraciones de Julio Garola, gerente del hotel 'Central Park', y 'del hostil y falaz Albornoz'"*, pero no se consideraron los dichos de Mario Díaz, *"quien afirmó que 'del hotel pedían a Chabán que acustizara el lugar porque los sonidos molestaban a los pasajeros del hotel,*[entonces] *no tenía el dominio 100% del lugar'"*.

El Tribunal de Juicio también respondió esta alegación, que ahora se repite en esta instancia. Dijo: *"la* [tela] *ubicada en el sector delantero ya la había quitado"*, y *"según Albornoz había colocado unos tabiques con unas pinturas propias detrás de la cabina del DJ y ello había impedido la libre circulación entre los sectores superiores: parece ser entonces que cierto poder de*

decisión en lo que hace a la estructura interna del lugar tenía" (fs. 67.201).

De ello, indujo que "*pudo haber modificado toda la cobertura del cielorraso como en el caso de la parte cercana al escenario*". Y concluyó que, "[s]*i se encontraba impedido de realizar esa modificación como dijo, debió desistir de organizar el espectáculo en esas condiciones de peligro para las personas o los bienes*" (fs. 67.201/67.201 vta.).

Los recurrentes procuran que la necesidad de acustizar el local en razón de las solicitudes del personal del hotel lindero, implica que Chabán no tenía "dominio" sobre sus condiciones edilicias. En principio, ello indica lo contrario, dado que muestra que aquel no podía introducir modificaciones relativas a la insonorización del local que explotaba el imputado por sí mismo, sino que debía solicitárselo a Chabán, tal como lo alega la defensa. Lógicamente se deduce que, más allá del origen de ese señorío, era él de quien dependían las instalaciones, porque de otro modo nada habría que pedírsele.

El rechazo del agravio se impone, además, porque el Tribunal agregó otros dos elementos que los recurrentes no cuestionan (la anterior modificación parcial de esa cobertura y otras modificaciones en la zona de la cabina de sonido del *disc-jockey*), sobre la base de lo cual afirmó que Chabán tenía un cierto poder de decisión sobre la estructura interna del local que le permitía esa modificación en particular.

Los defensores de Chabán cuestionaron la valoración del Tribunal sobre la incidencia que tuvieron las "puertas vaivén" o "puertas cine" en el tiempo que llevó la evacuación del público ante el siniestro que se producía en el interior; en otras palabras, criticaron la tesis según la cual la estructura de ellas obstaculizó la salida del local. Concretamente, alegaron que "*el grueso de la gente salió en un tiempo aproximado de 6,25 minutos, lo que nos indica que, según el cálculo efectuado por los peritos arquitectos las doce puertas vaivén se encontraban abiertas en su totalidad; que los obstáculos que encontraron fueron básicamente la gente que todavía no había ingresado y que, desconociendo lo que sucedía en el interior, entorpecieron —sin intención- la evacuación*".

La observación del Tribunal sobre el punto consistió en señalar que "*gran cantidad de concurrentes,* […] *han ilustrado acabadamente cómo el punto crítico que había que superar para encontrar la salvación respecto del incendio eran las seis puertas 'vaiven' doble hoja*" y que "*gran cantidad de testigos denotan que una gran dificultad se hallaba al sector interno de las seis puertas que comunicaban al salón principal con las boleterías*" (fs. 67.182/ 67.182 vta.).

En concreto sobre estas puertas, el Tribunal reconoció haber escuchado testimonios contrarios sobre su estado al momento del hecho, por lo que concluyó que "[l]*a cuestión, pues, acerca del estado de las puertas cine no fue despejada, en tanto la prueba sobre el punto no resulta inequívoca*". Pero, ello no era determinante porque, coligió, "*las posibilidades de flujo se ven disminuidas si el ancho de salida no responde a un portón único, sino a seis puertas distintas*" (fs. 67.183/67.183 vta.).

Por lo tanto, concluyó que "*fue la propia estructura de las puertas cine, es decir, la circunstancia de que ese corredor de salida se encontrara dividido por seis puertas con sus respectivos marcos y hojas lo que dificultó la salida de una cantidad de personas considerable que pretendían con desesperación hacerlo simultáneamente, más allá de si estuvieran cerradas o abiertas*" (fs. 67.183 vta./67.184).

En vista de estos argumentos, las alegaciones de los recurrentes deben ser descartadas porque no consultan los fundamentos esgrimidos en la sentencia al analizar la cuestión, de modo que la siguiente conclusión permanece inalterada: "*ante el exceso abrumador de concurrentes y el cerramiento del portón alternativo, la propia estructura edilicia que presentaba el local dificultó la evacuación del público, concretamente en el sector donde están situadas las 'puertas vaivén'*" (fs. 67.184).

Por otro lado, en cuanto al "portón alternativo", los defensores sostienen que se afirmó de manera "*equivocada, tendenciosa y arbitraria*" que Chaban tenía dominio total del local. En tal sentido, indicaron que Víctor Ramón Fajardo, Mario Díaz, Julio Garola, Ezequiel Bohuier, Viviana Cozodoy, Héctor Damián Albornoz, Ana María Sandoval, Carlos Fuentes, manifestaron que "*la decisión de que la puerta alternativa permanezca cerrada no fue de Chaban sino del hotel*". Al respecto, también alegaron

que existía una clara intención del hotel por no ceder el uso de esa vía de escape.

La conclusión a la que arribó el Tribunal en este punto fue que "*si bien todo parecería indicar que ese acondicionamiento —candado y alambre- fue puesto por orden del dueño del complejo, a los fines de evaluarse como elemento de riesgo que contribuyó a la configuración de la situación típica, aquel extremo resulta irrelevante, al menos en el aspecto objetivo*" (fs. 67.180).

Sintéticamente, adujo que "[l]*a puerta estuvo cerrada durante el espectáculo, pese a que era claro que debía estar expedita, según los términos de la habilitación del local. Si ese portón no podía abrirse por orden del dueño del complejo, entonces los recitales no deberían haberse llevado a cabo*". Además, "*se ha logrado acreditar que las llaves del candado estaban en poder de Alfredo Mario Díaz, persona de confianza de Chabán y encargado del establecimiento*" (fs. 67.180 vta.).

Aquí observo que, claramente, en la concepción del Tribunal, lo determinante para asignar responsabilidad a Chabán por el estado de esa vía de escape fue que sabía que estaba cerrada con un candado cuya llave estaba en poder de su personal y que debía estar expedita según los términos de la habilitación del local, tal como lo indicó reiteradas veces. En ese análisis se dejó expresamente de lado la relevancia penal del origen de la orden de que ese portón estuviera cerrado de tal modo, se afirmó que si Chabán sabía que ese portón no podría abrirse ante una emergencia, no debía organizar recitales allí dentro.

Entonces, el agravio que los defensores dedujeron en esta instancia no se dirige a cuestionar la valoración que de ciertos elementos se hizo para arribar a la conclusión reseñada ni ataca alguno de los extremos de esa conclusión sobre aspectos fácticos del caso, sino que pretende introducir un elemento apartado de toda relevancia —en este caso- para excluir la responsabilidad penal de su defendido.

Por ello, tampoco permite modificar un ápice las conclusiones del Tribunal al respecto las alegaciones de los defensores en torno a que esa vía de escape "*no está prevista en ninguna parte del Código ni de la Ley, y comunica con otra unidad independiente situación irregular,* ***prohibida expresamente*** *por el Código de Edificación de la Ciudad de Buenos Aires*", lo que "*hacía*

que estuviera cerrada permanentemente (por orden del hotel) y no estuviese disponible".

Ya he anticipado que lo determinante en la visión del Tribunal fue que esa vía de evacuación estuviera contemplada en la habilitación del lugar para los fines que interesaban a Chabán y que de otro modo no podía poner en funcionamiento la estructura que arrendaba.

En concreto, el Tribunal de Juicio sostuvo que ella "*existía como medio de salida y había sido considerada en la habilitación como vía de escape en caso de siniestro —sobre el punto, reparar en el art. 2° de la disposición 6060 de la Dirección General de Registro y Certificados del Gobierno de la Ciudad obrante en el expte. 42.855 y en la plancheta de habilitación respectiva-*" (fs. 67.179 vta.).

Sobre ésta última, agregó más tarde que "[c]*onforme se desprende de la plancheta de habilitación del local —ver fs. 350 del legajo de la Pericia de Arquitectura-, '…el local posee una salida alternativa, la que se activa exclusivamente en caso de producirse un siniestro, permitiendo la evacuación del público concurrente por un corredor que sirve en casos normales para la entrada y salida de vehículos…'*" (fs. 67.205).

A ello sumó que el imputado conocía los términos de esa habilitación por lo que, sumado a la experiencia propia en el rubro, debía tener expedita esa vía de escape.

En tal sentido, destacó que, según la prueba identificada con el número 97.1 y el testimonio de Alfredo Mario Díaz, "*el tema del portón estuvo presente desde el inicio de la explotación del local de parte de Chabán*" (fs. 67.180). Asimismo, mencionó que en un anterior episodio, ante la emergencia, esa puerta se abrió para permitir el egreso del público (cfr. testimonio de Héctor Damián Albornoz).

También se mencionó que, respecto de otro de sus locales ("Cemento"), por notificación de la Superintendencia de Bomberos él estaba al tanto "*sobre la necesidad y obligación de que las puertas deben encontrarse totalmente abiertas y los medios de salida del local expeditos durante las horas que se desarrolle la actividad del mismo, para una rápida evacuación en caso de producirse un siniestro*" (fs. 67.206).

De todo ello se desprende que, además de constar en la habilitación, su relevancia estuvo basada en criterios objetivos, como lo son la experiencia del imputado en el rubro y un incidente previo donde se la utilizó para ese fin. Por lo tanto, la adecuación de la habilitación con el régimen legal no ha entrado en consideración en la sentencia que se analiza. En conclusión, el agravio no puede modificar la afirmación de que sin esa vía efectivamente disponible no se podía llevar a cabo un evento de esa naturaleza.

También criticaron la *trascendencia* que la sentencia otorgó a la puerta alternativa como medio de egreso en caso de un siniestro. Apoyándose en las declaraciones de Antonio Luis Visconti, Carolina Moreira, Pablo Ariel Peluffo, Nicolás Eibon Da Rosa Mederos, Eduardo Marcelo Boscoso, Jonathan Ricardo Arellano, Manuel Goñi, Oscar Hansen, Facundo Gustavo Orazi, Nelson Alejandro Pailos, María Luján Rossi, María Candelaria Saggin, sostuvieron que "*el público, al no conocer su existencia, mal podría haber recurrido a ella para salir*". En el mismo sentido, insisten en que al cartel indicador de esa salida, "*se encontraba tapado por las banderas*, [por lo que] *en consecuencia, el cartel no se encontraba operativo y por ese motivo la gente* […] *no la registraba mentalmente ni visualmente como una salida, de allí se deduce fácilmente que es DESACERTADA la valoración de la 'transcendencia que tenía el portón como egreso indispensable'*". Por ello, "*no se le puede achacar a Chabán la falta de apertura de la puerta alternativa no de emergencia*".

Este agravio sobre el desconocimiento de esa vía de escape queda rápidamente descartado en cuanto se recuerda "*la escena que narraron los bomberos cuando abrieron las puertas; Luís Alberto Areco describió la situación como una 'pared humana' de dos metros, todas ellas entrelazadas* […] *el bombero Darío Salgado, quien explicó que al abrirse el portón cayó una pila de personas de alrededor de dos metros de altura* [y] *José Marcelo Díaz, quien puso de relieve que detrás de esa abertura había una 'pila de personas'*" (fs. 67.179 vta.). Es evidente que muchas personas concibieron a ese "portón alternativo" como una salida de emergencia.

Por todo ello, habré de rechazar las pretensiones de la defensa y, por lo tanto, concurro con el Tribunal de Juicio en que

se acreditó la participación de Omar Emir Chabán respecto del suceso principal en los términos expuestos; examinaré la relevancia jurídica de esa intervención en el siguiente punto.

3. Agravios respecto de Argañaraz.

El defensor técnico del imputado Argañaraz cuestionó la veracidad de los dichos de los testigos César Branzini y Yolanda Mangiarotti, con relación a su advertencia sobre el peligro que entendía importaba el lanzamiento de fuegos de artificio en ámbitos cerrados durante los recitales de "Callejeros". Dijo que esos testigos eran "portadores de una clara animosidad" y sus dichos "aislados del plexo probatorio general"; además, a su entender sería "curioso" que advirtieran un peligro cuando no lo habían hecho los funcionarios.

Sin embargo, no se aprecia que los testigos hubieran volcado información en sus relatos como producto del dolor por la pérdida de su hija. Antes bien, en sentido contrario a lo denunciado por el impugnante, aunque sus dichos darían cuenta de episodios particulares en los cuales el imputado fue advertido del peligro del uso de pirotecnia, lo cierto es que ello se condice con los demás elementos que indican que él fue, de diversas maneras y por diferentes personas, actualizado de ese riesgo (v. gr. por ejemplo Aprea y Blander). Como se ha dicho anteriormente, ese tipo de información sólo nos permite afirmar que el agente tenía conocimiento del riesgo que conlleva usar pirotecnia en esas circunstancias.

El impugnante también se agravió de la valoración del contenido de la computadora personal de quien fuera hija de los mencionados y esposa de su defendido, porque —señaló- Argañaraz se la entregó voluntariamente a su suegra y entendió que no contenía información relevante para su responsabilidad penal. El argumento es a todas luces improcedente, porque en nada modifica el juicio de relevancia o valoración de un elemento de prueba la creencia del imputado sobre esos extremos.

Por último, la defensa de Argañaraz denunció el desconocimiento del derecho de defensa en juicio dado que no se lo habría escuchado "*al no haberse sopesado debidamente*" sus dichos "*sobre mecánicas y realidades que se dan en el ámbito del rock*"; que se verían confirmados por el resto de los elementos probatorios.

Señaló que "*ante la carencia de todo elemento probatorio que le permita atribuirle algún rol esencial* [se] *intent*[ó] *forzar el valor muy relativo de sus dichos, puesto que no se hace bajo juramento, y puede valorarse principalmente en su defensa*. Por último, dijo que "*se constituyó con sus dichos una espina dorsal de los fundamentos de acusación, sin otro asidero valedero alguno*".

Uno de los aspectos básicos del derecho de defensa en juicio implica la oportunidad de ser oído por un tribunal imparcial. Observo que en el debate oral Argañaraz prestó declaración indagatoria y afirmó que sostenía sus expresiones relativas a "la tragedia" dichas cuando se le cursó intimación por los hechos que se le atribuyen (declaración indagatoria), de modo que el agravio relativo a que "no fue escuchado" no puede prosperar.

No obstante, el impugnante argumentó que ello se debió a que su versión fue valorada en contradicción con los demás elementos probatorios existentes. En particular, sus alegaciones "sobre mecánicas y realidades que se dan en el ámbito del rock", además de resultar palmariamente genéricas, no demuestran conexión alguna con la imputación en la medida que no aportan elementos que den cuenta de su accionar el día de los hechos. Por lo demás, su afirmación en el sentido de que no existen otros elementos que sus dichos para fundar la acusación, ignora las pruebas citadas en la argumentación de la sentencia sobre el punto.

Por otro lado, remarcó que el local "Cromañón" era reconocido como uno de los "mejores" lugares para brindar recitales y que nadie había puesto antes en duda ese "valor". Enumeró los materiales con los que estaba construido y equipado el edificio; en especial, señaló que no se conocían los efectos letales de los materiales presuntamente ignífugos colocados en el cielorraso y que ello era diferente a conocer la existencia de que se hallaban instalados. Agregó que no había una obligación legal de conocer ese extremo y que en el caso se estaría ante una "causal absolutoria" del art. 34, C.P..

La particular valoración a que se refiere la defensa respecto de dicho reconocimiento, en principio, no tiene relevancia al momento de estipular la responsabilidad penal personal. En cuanto a las características del material instalado

en el cielorraso del lugar, el punto será tratado al momento de resolver las impugnaciones sobre el conocimiento de los demás aspectos fácticos de la imputación.

Su obligación de garantizar un desarrollo seguro del espectáculo, y por lo tanto de conocer las condiciones en que se encontraba el local, deriva de haberse dispuesto a organizarlo, conforme lo mandan las normas sobre faltas y contravenciones de la Ciudad de Buenos Aires; el Tribunal de Juicio ha abundado en razones al momento de fundar los deberes de ese rol. Por ello, es inaceptable su alegación sobre la existencia de una causal que lo exima de responsabilidad penal basada en la ausencia de obligaciones al respecto.

El defensor técnico de Argañaraz cuestionó la asignación del Tribunal oral de una posición de "manager" a su defendido, y particularmente señaló que "*muchos aspectos, situaciones de hecho o conocimiento se dan por probadas artificiosamente a partir de características que se le pretenden endilgar a estos roles*." Particularmente, denunció "*una falacia que como premisa mayor ha utilizado para la generación de convicción un hecho falso y/o desconocido, toda vez que se partió del 'es un representante o manager' y a partir de ahí el esfuerzo a modo de sofisma (no de razonamiento inductivo deductivo materialmente verdadero) para arribar a una conclusión forzada de sus propias razones (formalmente verdadera pero materialmente falsa)*".

En tal sentido argumentó que "*como parte integrante del Grupo Musical Callejeros, no fue PRODUCTOR u ORGANIZADOR de la serie de recitales dados los días 28, 29 y 30 de diciembre de República de Cromañón, así como de ningún otro, como tampoco lo es ningún grupo musical ni representante artístico, inclusive*" y cuestiona que haya tenido por probado que "*como manager de Callejeros se encargó de contactarse con distintas, personas para el sonido, la iluminación, la seguridad y demás menesteres que pudieran hacer que el espectáculo se lleve adelante*".

En concreto, dijo que "[e]*l haberle señalado a Omar Chabán que la banda musical prefería que estuvieran trabajando en el recital a 'Lolo' Bussi —seguridad-, Leggio —luces- y al sonidista, que se vendieran entradas como en todos los recitales por medio del comercio Locuras, con el conocimiento personal de Lucas Hasmat, no implica de modo alguno asumir el rol de organización*.

Más aún, […] ***Si hubiera tenido capacidad y autonomía de dominio y posibilidad de garante, porque no lo decidió unilateralmente? sin consultar a Chabán.***"

Para analizar los cuestionamientos del recurrente, conviene en este punto tomar nota de los argumentos que le permitieron al Tribunal de Juicio afirmar que el imputado Argañaraz tuvo intervención en la organización del espectáculo del día del hecho. En este aspecto, sostuvo que la organización estuvo marcada por cierta informalidad, indicando que no podía contar con ningún instrumento legal que diera cuenta de las diferentes relaciones jurídicas surgidas alrededor del evento.

Por ello, afirmó que "*se logró acreditar que el origen de los recitales que brindó "Callejeros" en "República Cromañón", comenzó a gestarse en una comunicación telefónica que mantuvieron Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz, ocasión en la cual se estableció el calendario de los shows de los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004*". Tal aseveración fue explicitada por los propios acusados: "*Argañaraz, en una de sus declaraciones indagatorias leídas en el debate, explicó que habló con Chabán* [y] *decidieron realizar los recitales de los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004 en "República Cromañón" para despedir el año.*". El mismo "*Chabán*, […] *aludió que Argañaraz se comunicó con él y le hizo saber la intención de tocar en esas fechas (ver declaración indagatoria de fecha 9 de junio de 2005 oportunamente leída en el debate y en aquella que efectuó durante el juicio el día 3 de abril de 2.009)*" (fs. 67.152 vta./67.153).

Con relación a los aspectos organizativos, el Tribunal dijo que "*se verificó una activa participación de parte de Diego Marcelo Argañaraz en la contratación del sonido, la iluminación y la presencia del grupo de rescatistas 'E.S.S.A.'*" (fs. 67.153).

En cuanto al sonido, citó al "*testigo Fabián Leggio, encargado del sonido del espectáculo,* [quien] *relató que habitualmente el manager de la banda, Diego Argañaraz, le avisaba dónde se realizaría el show y si el lugar contaba con equipos propios*" (fs. 67.153). Indicó que Sergio Fernando Piñeyro, quien ofició de iluminador la noche del 30 de diciembre, afirmó que lo convocó Argañaraz.

Por otra parte, sobre la impresión de las entradas dijo que "*se acreditó que Omar Emir Chabán sugirió un parámetro*

excesivo de público —4.000 mil personas, pese a que el lugar estaba habilitado para 1.031, conforme surge de la respectiva habilitación inserta en el libro descrito en el índice de prueba, punto 20-, y que Diego Marcelo Argañaraz aceptó un margen similar, abocándose, como se verá, a la impresión y distribución de las entradas" (fs. 67.153 vta.).

En la sentencia se destacó el diseño de la estructura de seguridad, subrayando la iniciativa de Argañaraz en la convocatoria de las personas necesarios, cuáles fueron sus tareas y su formación para realizarlas, así como los diferentes ámbitos de actuación y autonomía. La centralidad de este aspecto mereció una particular consideración del Tribunal, que será analizada al momento de dar respuestas a las impugnaciones sobre el punto.

Luego, analizó otro aspecto relacionado con la organización: el grupo de "rescatistas" conocido como "E.S.S.A.", sus integrantes "*José Gabriel Porticatto y María Laura Squillace* […] *se mostraron contestes al añadir que el manager de 'Callejeros' hablaba con su compañero Emiliano —fallecido en el incendio- para requerirle su colaboración y comunicarle la cantidad de público que estimaba concurriría al espectáculo musical*" (fs. 67.153).

Sobre su preparación para casos de emergencias, indicó que "[l]*a declaración recibida en el juicio a Omar Calvani, voluntario de la Cruz Roja y director de socorro del hospital de Vicente López fue contundente al respecto. Incluso refirió que le advirtió a Diego Marcelo Argañaraz de la incompetencia de esta gente y recibió como respuesta 'dejá que se ganen el mango'*" (fs. 67.157).

Por ello, tuvo por acreditado que "*Argañaraz, como manager del conjunto 'Callejeros', se encargó de contactarse con distintas personas para el sonido, la iluminación, la puesta en venta de las entradas, la seguridad y demás menesteres que pudieran hacer posible que se lleve adelante el espectáculo* [y] *estuvo recorriendo el lugar, impartió directivas sobre los medios de salida y en definitiva permaneció en concreto en el sitio ultimando detalles referentes al espectáculo*" (fs. 67.158); por todo lo cual detentaba una posición de garante.

Independientemente de la denominación que se dé a la función que cumplía Argañaraz dentro del grupo "Callejeros", su eventual responsabilidad penal debe ser decidida de acuerdo a las

conductas que haya llevado a cabo con relación a los hechos aquí juzgados. Del desarrollo consignado anteriormente, surge que el primero de los agravios de su defensor no puede prosperar, porque en la sentencia se dieron motivos suficientes por los cuales considerar que él se encargó de conseguir y disponer de ciertos recursos materiales y humanos relativos al sonido, iluminación, entradas y los rescatistas, sin los cuales el espectáculo no se habría podido llevar a cabo.

Ello no se derivó del simple hecho de considerarlo como el "manager" de la banda, sino de establecer cuáles son las funciones de un "manager" y a partir de allí inferir cuáles fueron sus acciones ese día. El Tribunal de Juicio enunció una serie de elementos —en su mayoría testimonios- en virtud de los cuales infirió que Argañaraz tomó intervención en pos de que el recital se llevara a cabo. El impugnante no se encargó de refutar esas afirmaciones de cada uno de los extremos sobre los cuales el sentenciante apoyó su inferencia, de forma tal que se deben entender como consentidas y firmes.

No obstante, el defensor técnico de Argañaraz sí impugnó que de esas comprobaciones se pueda inferir que su defendido haya asumido "el rol de organizador" con "capacidad y autonomía de dominio y posibilidad de garante". Esta observación, apunta a cuestionar la caracterización de Argañaraz como uno de los "organizadores" del espectáculo y tiene en mira la argumentación del Tribunal de Juicio.

En ese sentido, entiendo que no es determinante la definición que se pueda hacer de esos conceptos porque es ilegítimo atribuir responsabilidad penal en virtud de la asignación de una determinada función o rol conocido sin acreditar un actuar concreto. Antes bien, las personas deben responder por las conductas que despliegan con quebrantamiento de una norma penal; si luego es posible estandarizar o categorizar ese desenvolvimiento por ser una función conocida, ello es válido sólo en cuanto así se haga referencia a las conductas desplegadas, único sustento de la responsabilidad penal.

Entonces, lo definitivo en orden a establecer una eventual posición de garante son las acciones llevadas a cabo por el individuo el día del hecho. El recurrente no discutió las consideraciones del Tribunal sobre los distintos aspectos que dijo

hacían a la organización del espectáculo, sino que se limitó a cuestionar que se hubiera probado que su defendido se contactara con diferentes personas con ese fin.

En primer lugar, Piñeyro afirmó que "*él presta*[ba] *labores para la banda y que todo lo hablaba con el manager Diego Argañaraz; incluso éste último es quien le pagaba por sus servicios. La plata la podía cobrar al término de cada evento o en la semana subsiguiente. Explicó que como iluminador del grupo, recibía la lista de temas y luego trabajaba libremente, es decir, hacía lo que quería con las luces*" (fs. 66.640 vta.). El Tribunal señaló que "*quien ofició de iluminador la noche del 30 de diciembre, afirmó que lo convocó Diego Argañaraz. Más aún, al precisar detalles de su modalidad de trabajo, enfatizó que prestaba labores para la banda y que todo lo hablaba con el manager; incluso éste último era quien le pagaba por sus servicios*" (fs. 67.153).

De modo que contamos con el testimonio de una persona que afirmó que mantenía una relación de cierta estabilidad como iluminador de la banda "Callejeros", que trataba directamente con Argañaraz y que efectivamente se desempeñó el día del hecho, así como los dos anteriores.

En cuanto al sonido, insumo imprescindible para llevar adelante cualquier espectáculo musical, el Tribunal citó el testimonio de Leggio, quien dijo que "*durante el año 2004 se ocupó del sonido de todos los conciertos de 'Callejeros'* [y] *que habitualmente el manager de la banda Diego Argañaraz le avisaba dónde se realizaría el show y si el lugar contaba con equipos propios*" (fs. 66.624). Sobre "Callejeros" afirmó que "[f]*uera de los roles musicales, dijo que había un escenógrafo y un manager que tenía voz respecto de las fechas, los lugares, etc.*" (fs. 67.627).

Si bien de este testimonio no se desprende que Leggio fue convocado expresamente por Argañaraz para llevar adelante el recital del día del hecho, sí informa que era *el* sonidista de la banda y que efectivamente prestó tareas ese día; lo cual constituye un indicio más de que, en este punto, estaba envuelto en la organización del recital que brindaría. Es un elemento que no contradice el anterior, sino que apoya indirectamente la

hipótesis de que Argañaraz, que de corriente trababa acuerdos con Leggio, tomó intervención en la organización.

En cuanto a las entradas, aspecto central en un recital de las características del planeado para el día del hecho, se precisó que la conducta de Argañaraz fue reconocida por él mismo "*cuando dijo que si bien Chabán le comentó que el lugar tenía capacidad para 4000 personas, lo cierto es que decidió poner a la venta 3500 entradas, en consideración a la posible concurrencia de invitados*" (fs. 67.153 vta.). Del mismo modo —reitero- afirmó que tuvo a su exclusivo control la impresión y reparto de entradas, el seguimiento de las ventas y la liquidación final.

Apoyando ese elemento indiciario, citó los testimonios de "*Lucas Hasmat, a cargo del local de ventas que funciona en el barrio de Flores*, [quien] *explicó que, por ser amigo de Diego Argañaraz, recibió la totalidad de las entradas que iban a comercializarse para los recitales de "Callejeros" a efectuarse en "República Cromañón" los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004*" (fs. 67.153 vta.). A su vez, agregó que Martín Alejandro Hasmat, afirmó que el dinero de la recaudación se entregaba a Argañaraz y Ezequiel Martín Orlando recordó que hizo con él las liquidaciones de los días 28 y 29 de diciembre al finalizar el show. Éste último testigo "[p]*uso de relieve que también trabajó los tres días en la boletería de 'República Cromañón' a propuesta de Diego Argañaraz. Dijo que por su tarea éste último le abonó $ 100 por noche*" (fs. 66.636).

Por lo tanto, aquí contamos con una serie de testimonios cuyo contenido es coherente entre ellos respecto de la activa participación de Argañaraz en una cuestión definitoria de la organización del recital del 30 de diciembre de 2004, así como de los dos anteriores; en algunos casos incluso acordando con personas para que se desempeñarían en el local.

Además, la información que nos proporcionan coincide con el sentido de los anteriores elementos reseñados al indicar que el imputado se movilizó para canalizar el ingreso de los fondos necesarios para adquirir los servicios imprescindibles para un evento de esa naturaleza.

Otro elemento que reafirma esa hipótesis es que, con relación al "grupo de rescatistas" el testigo José Gabriel Porticatto precisó que "*se enteró de la realización de los*

recitales de "Callejeros" del 28 al 30 de diciembre de 2004 en 'Cromañón' y se contactó con 'Diego' para saber si necesitaba la asistencia del grupo 'ESSA' [y allí] *los recibió Argañaraz y se dividieron en dos grupos*" (fs. 66.551 vta.). Agregó que, en anteriores recitales, concurrieron "a pedido de Diego Argañaraz".

Entonces, contrariamente a lo que postula el impugnante, existen elementos que me permiten concluir que Argañaraz se puso en contacto con ciertas personas para concretar aspectos imprescindibles para la organización del recital.

El defensor técnico de Argañaraz también marcó que las funciones y facultades de su asistido eran diferentes de las de Chabán. En ese sentido, dijo que cuando accedían a brindar un espectáculo en un lugar, entendían que las condiciones de habilitación estaban en regla y que no tenía conocimiento de las inspecciones e intimaciones del Gobierno de la C.A.B.A. al lugar, sobre el cual sólo Chabán tenía las facultades propias del dominio de la cosa.

En la sentencia se afirmó que "*desde un punto de vista material las causas-fuentes de la posición de garante en la doctrina dominante se dividen en la actualidad en dos grandes grupos; por un lado, aquellos que asumen la función de protección de un bien jurídico determinado (deberes de custodia), y por otro, aquellos que se obligan a la supervisión de una fuente de peligro (deberes de aseguramiento o control)*". Para el Tribunal, de ese modo "*quienes se hayan avocado a la tarea de organizar el espectáculo del 30 de diciembre del año 2004, se obligaron en sentido genérico a la supervisión de la fuente de peligro que comporta la realización de un evento de concurrencia masiva*" (fs. 67.148 vta.)

La posición de garante fue fundada por el Tribunal en base a criterios materiales formales, entre los que se mencionó "la forma de ingreso del público al espectáculo", "la venta de entradas o permitir el ingreso excesivo de público", "producir avalanchas o aglomeraciones", "suministro de bebidas alcohólicas", "ingreso de artefactos pirotécnicos", "guardar artefactos pirotécnicos" y "obstrucción de salida o desconcentración". Algunos de estos aspectos fueron recién considerados.

Por ello, en la medida en que la posición de garante no se dedujo del incumplimiento de la normativa relativa a la

habilitación del local, el agravio no puede tener acogida favorable, dado que desconoce los argumentos expuestos en la sentencia, donde se fundó tal posición sobre criterios materiales.

He mantenido aparte un aspecto importante de la organización del recital en cuestión, que refiere a las condiciones de seguridad en las que se llevó a cabo el espectáculo. Corresponde ahora dar tratamiento a los agravios esgrimidos por el impugnante en este sentido.

La defensa de Argañaraz señaló que si no "*organizó el recital tampoco se puede ser responsable de la seguridad del local ni del público asistente o del recital en el sentido más amplio*", porque "[e]*l deber de seguridad tiene como responsable y titular al dueño o legítimo tenedor de la cosa o de la explotación. El objeto del deber se extiende y entiende preliminarmente a los que usan legalmente de la cosa intermediados en y por la concurrencia a la actividad recital*".

En ese sentido, argumentó que "*la seguridad es una obligación del legítimo tenedor del medio con posibilidad de generar daño. Y no tuvieron ni real ni formal ni jurídicamente esa obligación. Precisamente porque en la diversificación y complejidad de vínculos jurídicos que surgen de la realización de los recitales, no coloca, no se responsabiliza 'el artista' como parte del contrato los medios materiales para la realización de los mismos sino que, por el contrario, los reciben del titular de la explotación para la prestación artística*".

En punto a ello, recordó que Lorenzo "Lolo" Bussi "*fue sobreseído. Ahora bien, se le asigna a mi defendido un nexo o relación con él. Arbitrariamente se lo extiende con efectos contractuales, obviando lo que se acredita en la causa. En lo principal que ese listado de personas es el que se ofrece al dueño o explotador del local o productor, quienes convocan a ese personal, de manera informal, por experiencia o referencia pueden servir de nexos. En el recital los convocados se ponen a disposición del local por medio de quienes son responsables del mismo. El dueño, explotador, productor y la mas de las veces con el personal dependiente de ellos que asignan a éstas tareas*".

Concretamente dijo que las características del trabajo "*no son fijadas por ese personal ni por mi defendido. El personal coloca su experiencia y conocimiento del trabajo, pero no*

determina modalidades, ellas le son indicadas legalmente (artículos 64 y 65 de la Ley de Contrato de Trabajo) como las de organización económica y técnica de la empresa y dirección en lo funcional atendiendo a aquellos fines empresariales y a las exigencias de la producción […] *ese cumplimiento de órdenes e instrucciones sobre el modo de ejecución del trabajo son dadas por el empleador directa o personalmente o sus representantes, que para el caso son Villarreal o Díaz (artículo 86 de la LCT)* […] *Y así se cumplimentó el trabajo, con órdenes e instrucciones dadas por el propio Chabán, en pocas oportunidades y por sus empleados, a los que delegaba cuestiones operativas y decisionales sobre el mismo*".

En definitiva, sostuvo que "[e]*sa forma de vinculación para realizar la prestación no los convierte en personal dependiente de la banda y mi defendido no es gerente ni superior de ellos. La relación jurídica, contractual, con todas las informalidades y opacidades en su conformación, lo es con el propietario, explotador o concesionario o productor del evento artístico*". En especial, advirtió que "[q]*uien recomienda a un empleador la contratación de un trabajador no se convierte en modo alguno en responsable de los efectos del contrato, ni principal ni solidariamente*".

Asimismo, puntualizó que "*nadie discute, ni los testigos de la acusación han podido desmentir que el control de entrada ha sido exhaustivo, rígido, intenso y aún y pese a los resultados últimos, si se pudiera dar esa relación con el resultado último, eficiente* […] *ningún testigo declaró que mi defendido diera indicación alguna a quienes desarrollaban tareas para la seguridad del local*". Al respecto, añadió que "*con ello quedaría desvirtuado lo dicho por los testigos Yolanda Mangiarotti y Cesar Branzini -suegros del acusado-, respecto al dominio que Argañaraz tenía sobre el personal actuante*".

Destacó lo dicho por Argañaraz respecto a la rigurosidad de la revisación de los concurrentes los días 29 y 30 para que no ingresara pirotecnia y mencionó lo ocurrido con el "portón violeta" el día del hecho: Argañaraz señaló que antes del inicio del recital pidió al encargado del lugar (Mario Díaz) que lo abriera, sin resultado. Agregó el defensor que "[e]*llo es demostrativo de que una simple inquietud debía ser consultado con*

los dependientes del principal. Al respecto ver c[ó]*mo por la testimonial de Díaz, se reivindica el rol de dirección de Chabán y sus delegaciones en Villareal y Díaz, NUNCA en Argañaraz*".

Ya he dado cuenta de por qué considero que Argañaraz tomó parte en cuestiones relevantes y -en algunos casos- esenciales para que el espectáculo del día del hecho fuera materialmente posible, de modo que en este apartado habré de rechazar el punto de partida de su defensor, quien inicia su exposición negando ese extremo. Además, en la medida en que los aspectos atenientes a la seguridad integran o forman parte de la organización de cualquier evento de esas características, no es lógicamente posible excluir la participación en las cuestiones de seguridad a partir de negar que organizó.

Sin embargo, a fin de dar respuesta a los agravios del defensor de Argañaraz, conviene reseñar brevemente qué dijo el Tribunal de Juicio sobre la disposición de los recursos necesarios para la seguridad del evento con relación a su defendido.

Al respecto, hizo hincapié en "*el diseño de la estructura que definió la seguridad* [y dijo que] *Argañaraz tuvo a su cargo la convocatoria de un grupo de personas que se avocó a dicha tarea, sugiriendo incluso el número de individuos con el que se debía contar* [y] *que existían dos grupos de personas, uno convocado por Argañaraz y que se trataba del plantel de trabajo de Lorenzo Bussi; el otro conformado por empleados de Chabán*" (fs. 67.155).

"*Es decir, que en lo que a la seguridad del evento importa, tanto Argañaraz como Chabán tuvieron un marcado ámbito de decisión en torno a su diagramación, con reconocida autoridad sobre las personas que debían servir de contención al comportamiento del público, ya sea al ingreso, como en el interior del local*" (fs. 67.155).

Con relación al día del hecho, de sus testimonios surge que "*se congregaron en "República Cromañón", a los efectos de llevar adelante tareas de seguridad, Javier Schiavoni, Claudio Edgardo Curcuy, Oscar Ramón Ortiz —ubicados en la zona externa del local sobre la vereda de la calle Bartolomé Mitre-, Lorenzo Bussi, Javier Coria, Juan Domingo Ledesma, Carlos Jacobo Ávila, Claudio Adrián Ruiz, Juan Carlos Torres, Héctor y Fernando Zerpa —en el pasillo del ingreso de hombres situado en lo que se denomino "puerta de emergencia"- Mirta Carmen Enriquez —en el acceso*

principal situado en el sector de las boleterías y destinado al ingreso de mujeres e invitados-, Daniel Arturo Coria —sobre la escalera de acceso al VIP-, Sebastián Pattenden y Juan Domingo Ledesma —en el vallado frente al escenario, destacando que el último de los nombrados estuvo en un principio en el pasillo de ingreso de hombres- Leonardo Djerfy —camarines- Patricia González -baños- y Leonardo González — alternó en el sector de los baños y en la barra de aquel sector-" (fs. 67.155/67.155 vta.).

De sus dichos, se infirió "*que las tareas de seguridad o control, básicamente, consistieron en chequear las entradas, controlar la formación de las filas, revisar a cada asistente para evitar el ingreso, entre otras cosas, de material pirotécnico, y cuidar las pertenencias de la banda y la integridad del público*" (fs. 67.155 vta.).

En cuanto a los grupos mencionados, se afirmó que "*pertenecen al plantel de "República Cromañón", Patricia González, Leonardo González y Juan Domingo Ledesma. El resto del grupo, como se explicará, fue convocado por Diego Marcelo Argañaraz a través de Lorenzo Bussi*". Al respecto, "*Carlos Jacobo Ávila, Leonardo Djerfy, Fernando Horacio Zerpa, Héctor Zerpa, Daniel Arturo Coria y Sebastián Pattenden*" expusieron que fueron requeridos por Bussi. A su vez, "*Mirta Enriquez expresó que la llamó Claudio Curcuy y le solicitó que convocara también a Fabiana Goitea y a "Elizabeth""* (fs. 67.155 vta.).

Por otra parte, también precisó que "*Javier José Coria, Claudio Ruiz y Oscar Ramón Ortiz, estuvieron prestos al llamado que efectuó Héctor Zerpa* [y] *Juan Carlos Torres explicó también, sobre la modalidad de convocatoria del personal, que Bussi se comunicaba con Héctor Zerpa cuando necesitaba gente para trabajar*" (fs. 67.155 vta.).

En este sentido, puso de resalto que "*Bussi no se comportó de manera autónoma, sino que sus servicios fueron requeridos por el manager del grupo "Callejeros", Diego Marcelo Argañaraz*". Extremo que se tuvo "*por acreditado por los propios dichos de Lorenzo Fredy Bussi -ver declaración indagatoria de fecha 24 de febrero de 2005, incorporada por lectura conforme surge del proveído de fecha 4 de abril de 2.008*[, quien] *reconoció que Diego Marcelo Argañaraz lo contactó para que se aboque a las tareas de*

control y por ello se encargó de avisarles a los demás integrantes del grupo" (fs. 67.156).

Como señalé anteriormente, el Tribunal de Juicio entendió que existieron dos grupos de personas encargadas de la seguridad, pero "[a]*mén de la existencia de tales grupos, tanto el manager de la banda como el explotador del local tenían autoridad ante el personal de seguridad, sin perjuicio de quien los haya convocado*", *extremo que surgía de la declaración de "Claudio Edgardo Curcuy, quien explicó que Diego Argañaraz, manager de la banda, y los dueños de los lugares en donde se realizaban las presentaciones, también podían impartir instrucciones*" (fs. 67.156 vta.).

También destacó que ninguna de esas personas "*reunía las condiciones exigidas por la ley 118 entonces vigente en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires* [pues] [m]*ás allá de que alguno poseyera experiencia anterior en la seguridad de recitales (el caso de Bussi y de Curcuy) el resto era convocado por razones de amistad o parentesco, incluso con la propia banda (Leonardo Djerfy)*". Sobre el punto entendió que "*lo importante era ahorrar costos, por eso se había elegido "Cromañón", pues más allá de la menor capacidad en referencia a los recitales anteriores, la ganancia iba a ser importante*" (fs. 67.156 vta.).

El recurrente afirmó que su defendido sólo "ofreció" a Chabán determinadas personas para que se encargaran de la seguridad, que éstas se pusieron a disposición del dueño o explotador del lugar y que Argañaraz no fijaba su modalidad de trabajo porque no era su superior. Es decir, sostuvo que quien recomendaba la contratación de alguien no era responsable por los efectos de su labor.

A mayor abundamiento, se cuenta con los dichos de Lorenzo Bussi, quien manifestó que "*fue llamado por el manager de la banda "Callejeros" para trabajar en Cromañón* [y] *que el número de personas destinadas al control lo determinaba el manager*"; en ese sentido, afirmó que se encargó de contactar a las demás personas. Agregó que "*la distribución de las tareas, eran determinadas por 'Raúl'* [Villarreal]", a quien señaló como "*el jefe de seguridad en 'República Cromañón'*" (fs. 66.986 vta). Finalmente, puntualizó que "*como 'control' respondían tanto a Omar* [Chabán], *a Raúl* [Villarreal] *o a Diego* [Argañaraz] *de forma indistinta*" (declaración indagatoria del 24 de febrero de 2005 -fs. 10.337/52-

, incorporada al debate). Este relato aporta información respecto del hecho que aquí se investiga, en el sentido de confirmar la hipótesis de que fue Argañaraz quien se encargó de concertar los recursos humanos necesarios para llevar a cabo el evento.

En el mismo sentido, si bien no aporta información *directa* sobre el punto, los datos dados por Bussi se ven corroborados por la declaración de Claudio Edgardo Curcuy -quien se desempeñó en el equipo de seguridad ese día- cuando manifestó que "*generalmente era su amigo Lorenzo Bussi quien se encargaba tanto de juntar a todos los integrantes del grupo que iba a ejercer el control, como de dar las indicaciones*". Puntualmente, dijo que "*para trabajar como control era contactado por las bandas*" (fs. 66.534).

Efectivamente, varios de quienes se desempeñaron como "seguridad" el día 30 de diciembre del año 2004 sostuvieron que fueron convocados directamente por Bussi. Así. Carlos Jacobo Ávila dijo que ese día "*fue a trabajar al local "República Cromañón" para realizar tareas de control* […] *y que asistió porque recibió un llamado de 'Lolo'* [Bussi]", quien cuando "*lo llamó, le dijo que iba a tocar 'Callejeros' y que estaba buscando gente para trabajar*"; dijo "*desconocer quién contrataba los servicios del nombrado*" (fs. 66.541 vta.).

Entre otros que citó el Tribunal, Leonardo Djerfy, señaló que "*fue Lorenzo Bussi quien lo llamó para trabajar*" para los tres recitales de diciembre de 2004; Fernando Horacio Zerpa dijo que "*fue convocado por Lorenzo Bussi, junto a otras quince personas más*" y Daniel Arturo Coria manifestó que "*cuando trabajó en 'Cromañón' a él lo contrató Lorenzo Bussi y que en esas ocasiones no tuvo contacto directo con Omar Chabán* [pero] *no sabe quien contrató al nombrado Bussi para desempeñarse en ese local*" (fs. 66.521 vta.). Estos testimonios reafirman el relato de los hechos realizado por Bussi, dado que dan cuenta de personas que fueron por él convocadas.

Por último, estos dichos coinciden con el testimonio de Maximiliano Djerfy, quien dijo que "*en todas las presentaciones de 'Callejeros', estaba Piñeyro en las luces, Leggio en el sonido y Lolo* [Bussi] *haciendo seguridad*" (fs. 67.018). Esto da cuenta de que en esta ocasión sólo se estaba procediendo de la misma manera en que se prepararon anteriores eventos, porque los relatos son absolutamente coincidentes entre sí tanto respecto del hecho

principal como con relación a previos espectáculos de análogas características.

Por lo demás, estas observaciones rechazan las afirmaciones del defensor técnico de Argañaraz quien, apoyándose en los dichos de su asistido, también sostuvo que "*como se dio en diciembre en Cromañón, el productor debía contratar absolutamente todo, desde luz, sonido* […] *publicidad, seguridad, todo. Ellos —la banda musical- tenían a la hora indicada, que armar el sonido, probar, y después tocar.* […] *En cuanto al número de entradas a confeccionar, Omar era el que determinaba la cantidad*".

De modo que existe una serie de indicios que permiten afirmar que Argañaraz se comunicó con Lorenzo Bussi para solicitarle que convoque un determinado número de personas para trabajar en los tres recitales "Callejeros" de diciembre de 2004 en "Cromañón". Corresponde analizar si, a pesar de ello, el imputado era responsable por el modo en que desempeñarían sus tareas.

La defensa de Argañaraz insiste en que la condición de "dueño" o "explotador" de Chabán lo eximiría a aquél de la responsabilidad por la conducta de quienes ese día prestaron tareas relativas a la seguridad; cita la Ley de Contrato de Trabajo. Ya indiqué que la posición de garante construida por el Tribunal lo fue sobre criterios materiales, de modo que esta crítica no cuestiona los fundamentos del fallo, sino que enumera distintas razones que, a su entender, permitirían arribar a otra conclusión.

Pero además, el Tribunal de Juicio se encargó de diferenciar dos grupos de personas, destacando las diferentes funciones que tenían a cargo en distintos ámbitos del lugar, así como la ascendencia que tenían tanto Argañaraz como Chabán sobre ellos; en este sentido destacó el testimonio de Curcuy, quien afirmó que "*Diego Argañaraz* [así como] *los dueños de los lugares* […] *también podían impartir instrucciones*" y el de Sebastián Pattenden, quien sostuvo que para "*permitir el acceso de alguna persona hacia la zona de los camarines, donde se encontraban los músicos, era necesaria la autorización de Argañaraz*" (fs. 66.540).

Asimismo, el Tribunal de Juicio coligió del testimonio de Bussi que "*no sólo quien se contactaba con Lorenzo Bussi era Argañaraz, sino que aquél incluso establecía el número de*

asistentes que debían acompañarlo", lo cual "*hace alusión a la participación activa de Diego Marcelo Argañaraz*" (fs. 67.156).

De tal suerte que estos argumentos no permiten analizar la cuestión desde los parámetros que introduce el recurrente en esta etapa procesal, porque de lo que se trata es de, primero, examinar la racionalidad y fundamentación de los argumentos de la decisión que se cuestiona y, luego, de proporcionar otros por los cuales se debería arribar a una solución del caso diametralmente opuesta.

Por otro lado, el impugnante alegó que el día del hecho principal el control de ingreso de pirotecnia fue "exhaustivo, rígido, intenso" y que no existen elementos que den cuenta de que su defendido dio, en algún momento, indicación alguna al respecto.

Es que el control del día del hecho pudo haber sido más o menos exhaustivo que los anteriores pero de ello no se deriva que el control de ingreso de pirotecnia el día 30 de diciembre de 2004 fuera el debido, porque está probado que ese día *efectivamente* ingresó todo tipo de pirotecnia, de modo que *ese* control fue notoriamente ineficaz. Más aun, tal como lo señalaré al analizar la logicidad y fundamentación de la sentencia, la detonación de fuegos de artificio al interior del local era ya notoria desde la primera presentación que se realizó en esa fecha, lo que daba cuenta de que el control *que se estaba llevando a cabo* para el recital de la banda "Callejeros" *ya no era* efectivo a esos efectos.

Por análogas razones tampoco resulta procedente la queja del impugnante respecto de que "*sostener que se arbitrara* […] *una revisación que resulta prácticamente una requisa en pos del secuestro del material pirotécnico y por otro lado se le quiera dar un marco bengalero* […] *carece de sustento probatorio en los medios de prueba desarrollados en el debate,*[e] *incurre en una contradicción lógica insubsanable*". Por que, sin perjuicio de que ya descarté la relevancia penal de la "actitud bengalera" que pudiera tener la banda "Callejeros" y más allá de la descripción que se pueda hacer del control de ingreso de pirotecnia, lo cierto es que éste -*en los hechos*- se presentaba como inservible para impedirlo.

Sobre esta cuestión, precisamente la inexistencia de una intervención oportuna por parte de Argañaraz tendiente a modificar el curso de los acontecimientos es relevante porque da cuenta de

una conducta frente al conocimiento de acciones prohibidas fruto de la ineficacia o insuficiencia de un dispositivo por él montado. Que no se hayan alegado elementos que indiquen que él hubiera dado instrucciones al personal de seguridad no significa que no tuviera el deber y/o facultades para hacerlo, sino sólo que no lo hizo.

Sus observaciones respecto de su poder de disposición sobre "los portones violeta" no modifican estas afirmaciones respecto del control de ingreso, porque se refieren a una cuestión totalmente diferente, como es el estado de los medios de salida.

Lo determinante es si Argañaraz era responsable a efectos penales por la disposición de un control de acceso que no atendía a los deberes impuestos a quien estuviera abocado a llevar adelante un espectáculo de tales magnitudes. Los argumentos del Tribunal se centraron en señalar que Argañaraz tomó intervención en la disposición de una serie de acondicionamientos necesarios para llevar adelante el recital de la banda que representaba; de allí, dedujo que era "organizador" y sobre esa base sustentó una serie de deberes a su cargo.

El defensor técnico de Argañaraz se agravió porque "[n]*o hay prueba alguna que nos diga que, de manera o en tiempos previos o durante el desarrollo del propio recital del 30 de diciembre, Argañaraz haya tratado, hablado, concordado o compartido decisiones con Chabán*". Asimismo, manifestó que "*no s*[ó]*lo no habló al público, sino que también deberíamos preguntarnos si estaba en condiciones* […] *de hacerlo. La respuesta deviene negativa, y con ello se califica como infundado y arbitrario el decisorio en éste orden*".

En la sentencia se afirmó que "*se logró acreditar que el origen de los recitales que brindó 'Callejeros' en 'República Cromañón', comenzó a gestarse en una comunicación telefónica que mantuvieron Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz*" (fs. 67.152 vta.).

En concreto, los jueces del Tribunal Oral dijeron que "*en relación a la puesta en marcha del recital del 30 de diciembre, no nos asisten dudas en torno a la actividad que tuvo Omar Emir Chabán en su organización. Puso a disposición el local que explotaba, personal a su cargo tomó posición en distintos lugares del salón y llevó a cabo tareas inherentes al desarrollo de un espectáculo masivo —control, expendio de bebidas en las barras,*

mantenimiento del lugar en general, etcétera-". Agregó que "*Chabán tuvo una participación activa en el transcurso del evento, tomando posición en un lugar estratégico del local —mangrullo de sonido- para tener noción de cómo se llevaba a cabo el espectáculo*" (fs. 67.158).

Por otro lado, sostuvieron que "*se acreditó que Diego Marcelo Argañaraz, como manager del conjunto "Callejeros", se encargó de contactarse con distintas personas para el sonido, la iluminación, la puesta en venta de las entradas, la seguridad y demás menesteres que pudieran hacer posible que se lleve adelante el espectáculo*". De igual modo, dijeron que "*Argañaraz estuvo recorriendo el lugar, impartió directivas sobre los medios de salida y en definitiva permaneció en concreto en el sitio ultimando detalles referentes al espectáculo*" (fs. 67.158).

Aunque lamentaron que "*ninguno de los acusados quiso dar a conocer la cuota de participación que tuvo*", afirmaron que ese extremo "*logró develarse a raíz del aporte que brindaron las personas que trabajaron aquella noche*". Por ello, concluyeron que Argañaraz y Chabán "*se abocaron concretamente a la organización del recital del 30 de diciembre de 2004* [por lo cual], *demostramos que los nombrados detentaban una posición de garante*" (fs. 67.158).

De esto se desprende que el Tribunal de Juicio hizo un pormenorizado relato de los elementos que le permitían concluir que los imputados se encargaron de diferentes aspectos relativos a la "puesta en marcha" del recital. El único en el que hicieron referencia explícita a un acuerdo o decisión concertada entre ellos fue el relativo al "origen" de la serie de recitales que la banda "Callejeros" brindaría esos días en el local "Cromañón", que explotaba Chabán.

La posición de garante que, en esta parte, el Tribunal dio por acreditada, no estuvo sustentada en decisiones compartidas o concertadas, sino en las conductas concretas desplegadas en orden a llevar adelante el evento así como las realizadas ese mismo día; es decir, decisiones y acciones individuales. Por lo demás, la posibilidad de "hablar al público", en los términos que fue valorada por el Tribunal de Juicio, será tratada en el siguiente punto, al analizar su particular construcción dogmática.

El defensor técnico de Argañaraz también dijo que "[s]e *quiere endilgar que los recitales se hicieron en función de criterios de lucro, por ello la cantidad de gente que se prestó anuencia en que ingresara* [y que] *Si estuviera en su conocimiento los riesgos en que se ingresaba con la cantidad de gente indicada por Chabán, otra hubiera sido la historia*".

Además, el defensor técnico considera que "[e]*s realmente un misterio los parámetros que utiliza el Tribunal para la determinación de la cantidad de asistentes a Cromañón, alejándose largamente, de manera arbitraria, de los dichos de los testigos de SADAIC que asistieron a las mediciones de diciembre de 2004. Siempre teniendo en cuenta que lo que priorizan y tienden sus inspectores es a plantear que existen la mayor cantidad de asistentes posibles, pues en base a este mayor número percibe la entidad un canon mayor*".

Al momento de tratar la conducta de Argañaraz con relación a las entradas para el evento, he señalado la irrelevancia del ánimo de lucro; ese análisis resultaría necesario sólo en la medida en que se trate de una motivación captada por una particular figura penal. No obstante ello, su defensor introduce en este punto un planteo de falta de fundamentación sobre los criterios utilizados por el Tribunal de Juicio para determinar la cantidad de asistentes al local el día del hecho principal.

Los jueces del Tribunal dijeron que "*intentar*[ían] *arrojar alguna luz sobre el número efectivo de concurrentes al lugar*". Para ello utilizaron "*tanto lo informado por el representante de S.A.D.A.I.C., como las entradas comercializadas y, finalmente, lo percibido por quienes allí se encontraban*" (fs. 67.173).

Comenzaron afirmando que "[s]*i bien la cantidad de asistentes permitidos por la habilitación (1031 personas) no resulta un tema determinante dado que la cuestión no se dilucidará por una simple deducción numérica u operará con certeza matemática*". En ese sentido, el empleado de S.A.D.A.I.C. "*llegó a contabilizar 2811 concurrentes al recital del día 30 de diciembre de 2004, contando tanto invitados como quienes abonaron la entrada*" (fs. 67.173 vta.).

También puntualizaron que "*Lucas Hasmat recordó —ante una lectura- que para cada uno de los tres recitales llevados a cabo por la banda los días 28, 29 y 30 de diciembre en el local*

"República Cromañón", se colocaron a la venta 3500 entradas. Lo aseguró también Diego Argañaraz quien, como dijimos, se encargó de organizar la venta". Y que "*para el día del episodio se habían comercializado la totalidad de las entradas puestas a la venta*" (fs. 67.174).

Además, los integrantes del Tribunal Oral coligieron que "*si de cotejar las declaraciones de unos 270 concurrentes se dedujo el número de 86 "invitados",* […] *la cifra de los invitados se corresponde aproximadamente al 30 por ciento de aquellos que abonaron la entrada. De acuerdo a ello, si decimos que hay 3500 localidades vendidas* […] *arribamos a alrededor de 1000 concurrentes más que ingresaron sin localidad. Esto es, alrededor de 4500 personas*" (fs. 67.174 vta./67.175). Finalmente, concluyeron que si "*consideramos como "piso" o mínimo más que como "guía" al conteo de individuos efectuado por personal de S.A.D.A.I.C., podemos afirmar que la cifra de asistentes al recital de "Callejeros" del día de la tragedia debió rondar las 4500 personas*" (fs. 67.175/67.175 vta.).

En definitiva, en la sentencia es posible advertir con claridad los diferentes criterios que tuvo en cuenta el Tribunal para determinar el número de concurrentes al recital del día del hecho así como los elementos sobre los cuales sustentaron esas apreciaciones.

Pero además, esos jueces expresamente advirtieron que "*lo que queremos señalar es que el local estaba abarrotado de ocupantes y este extremo es el que en realidad importa a la hora de evaluar la conducta de los imputados* [porque] *esa circunstancia implicó la imposibilidad de trasladarse con cierta libertad tanto antes como, en mayor medida, cuando se produjo el siniestro, impidiendo una efectiva evacuación del lugar*" (fs. 67.176 vta.).

Por ello, lo relevante no es el número en sí mismo, sino como indicador de un estado de saturación de personas con determinados efectos ante una eventualidad de las características de la que sucedió. Por esas mismas razones, en nada modifica (al menos en este sentido) que fuera "ofrecido" o resultara "creíble" que el local tuviera capacidad para esa cantidad de público.

En otro punto, el defensor de Argañaraz argumentó que "[n]*adie ni nunca se percibía la posibilidad del incendio, con los peligrosos efectos que acarrea por sí mismos* (*sic*)." Explicó que

si Argañaraz *"o cualquiera de sus integrantes* [de la banda musical] *hubieran visualizado la posibilidad de incendio evidentemente no hubieran llevado a sus familiares y seres queridos a ese lugar"*. También afirmó que ese riesgo estaba "naturalizado en el tejido social" y que entonces *"es verdaderamente una desmesura achacarle a mi defendido* […] *poder percibir un incendio de estas características y frenar el recital donde estarían supuestamente tan a vista las fuentes de riesgo"*.

Este agravio impone analizar y decidir si —para este imputado- era previsible que se produjera un incendio como el que finalmente se produjo; tal como ha sido señalado en el voto que lidera este Acuerdo (aunque aquí limitado sólo a la base fáctica), en este punto implica diferenciar la previsibilidad del incendio de la relativa a sus consecuencias.

El Tribunal de Juicio resaltó *"su conocimiento acabado de que el lugar estaba repleto de gente, de que no todos los medios de salida se encontraban expeditos, de los incendios anteriores en el local, como asimismo del empleo de pirotecnia que en forma masiva se efectuaba por los seguidores de la banda que él manejaba, conforman un cuadro objetivo que impiden sostener racionalmente que teniendo esa situación a la vista, pueda alegar algún grado de desconocimiento del peligro inminente de incendio que existía dentro del local"*. Pero además, remarcó que *"actualizó definitivamente esa representación al escuchar el discurso de Chabán"*, hecho particular probado mas allá de toda duda a través de diversas testificales prestadas durante el debate oral y público (fs. 67.211).

Todo ello, pone *"en evidencia que Argañaraz efectivamente conocía la situación de peligro que para bienes y personas se podía generar con la producción de un incendio inminente"* (fs. 67.211/67.211 vta.).

En ese sentido, aclaró que *"la circunstancia de que en los recitales anteriores nunca se haya concretado una lesión, la presencia de muchos familiares y amigos dentro del local, como así también la confianza que podía descargar en Chabán en su calidad de explotador del establecimiento, constituyen elementos que, valorados en forma conjunta, nos llevan a predicar que en el caso concreto Argañaraz pudo confiar racionalmente en que el resultado lesivo podía finalmente ser evitado"* (fs. 67.211 vta.). Pero,

"[l]*o que nunca pudo confiar es que el incendio en las condiciones en que se desarrollaba el evento, no se iba a producir*" (fs. 67.212).

El defensor de Argañaraz se agravió de la valoración de los hechos relativos al estado del "portón alternativo", que "[o]*bviamente pudo ser vista y conocida en los momentos de prueba de sonido*", pero no le prestó atención *"ni se vio que estuviera cerrada con candados y desconocía su funcionamiento*", pues suponía que "*se abriría o sería abierta cuando fuere necesario*"; también dice que no pudo verla durante la "prueba de sonido" porque en esos momentos había poca luz en el ambiente. Agregó que ello no dependía de su defendido, porque "[q]*uien las abría, controlaba las entradas y cerraba el local era Mario Díaz, quien guardaba las llaves de un candado de debajo de la 'panchera' como el mismo reconoció, que era el personal dependiente de Omar Chabán*".

Sobre esta cuestión, el Tribunal de Juicio, sostuvo que "*si bien la denominada 'puerta alternativa' estuvo cerrada durante los tres recitales de 'Callejeros'* […] *el manager de la banda, antes del suceso, tomó conocimiento de su estado*" (citó los dichos de Juan Carlos Torres) (fs. 67.207).

Infirió que, como "*los equipos no pudieron ser ingresados por el sector del garage ya que el portón estaba cerrado* […] [t]*al circunstancia tuvo que ser comunicada al acusado*" (citó el testimonio de Fabián Leggio). Además, "*lo tuvo que haber visto cuando se acercaba a conversar con los integrantes del grupo 'E.S.S.A.', dado que estaban ubicados en ese sector* [y] *se acercaba a preguntarles si 'estaba todo bien'*" (fs. 67.207).

En cuanto a su presencia durante la "prueba de sonido", en horas de la tarde, manifestó que "*a la luz de la dimensión que tenía el portón, y su cercanía con el escenario, mal pudo no haber advertido que estaba fuera de uso y clausurado*", por lo que "*debió requerir la apertura de la misma, o al menos exigir, dada su condición de co-organizador del evento, que se encuentre en condiciones de ser abierta ante la inminencia de un siniestro*" (fs. 67.207).

De allí derivó que "*tenía conocimiento del estado que presentaba el portón alternativo la noche del 30 de diciembre de 2004, ya sea por comentarios de terceros, o por la simple percepción de sus sentidos*" (fs. 67.207).

De los testimonios citados por el Tribunal no es posible inferir ese conocimiento, porque de la circunstancia que estuviera cerrada —según la versión de Torres- no se infiere ningún conocimiento sobre ese estado. Por otro lado, de los dichos de Leggio es posible inferir el estado de ese portón, pero no un conocimiento por parte de Argañaraz.

En efecto, ese testigo expresó *"que sus colaboradores le dijeron que ingresaron por el portón violeta del lado izquierdo"*; *"el día 28 de diciembre de 2004 arribó al lugar entre las 16 ó 17 horas y que ya estaban presentes Ricardo, los chicos de iluminación y los del lugar* [y] [c]*reyó recordar que los equipos habían llegado un día antes del primer show"*; *"la conocía desde que funcionaba 'El Reventón'* [y que] [e]*n esa época se utilizaba para ingresar los equipos de sonidos y con posterioridad nunca más la vio abierta"*; *"Ricardo Vázquez en una oportunidad lo llamó por teléfono para decirle que no le dejaban entrar la camioneta por ese portón debido a un impedimento del hotel lindero* [y le] *indicó que descargaran por la parte delantera del local"*; *"recordó que Vázquez le dijo que ese acceso se encontraba roto y que no podían arreglarlo —refiriéndose al portón que comunicaba con el garaje"*; y finalmente que *"al personal de su equipo le efectuaron advertencias para que evitaran que el sonido se transfiriera hacia afuera y molestara a los huéspedes del hotel"* (fs. 66.624/66.626).

Por lo tanto, advierto que el Tribunal se limitó a afirmar que "tuvo" que -o "debió" haber- conocido, pero no acercó elementos sobre los cuales inferir que el imputado *tenía* conocimiento de ese extremo. Es decir, eran necesarias pruebas que permitieran concluir con certeza que Argañaraz conocía ese extremo fáctico; de otro modo, se realiza una afirmación carente de sustento fáctico. Esta circunstancia, además de tornar atendible el planteo de la defensa, da cuenta de la arbitrariedad porque ello constituía un punto neurálgico de la imputación dogmática —dolosa- hecha en la sentencia, en la medida que esa forma de imputación requiere el efectivo conocimiento de todos los aspectos objetivos requeridos por la norma penal.

Sin embargo, esto último no exime de responsabilidad penal respecto del hecho principal, porque se enumeraron diversas circunstancias por las cuales se tuvo por probado que al imputado Argañaraz le era previsible que se desatara un incendio y que éste

derivara en un peligro para, entre otros, bienes jurídicos propios de los asistentes.

Finalmente, en cuanto a la alegación del defensor técnico de Argañaraz de que a su defendido no se le puede imputar "*ninguna intención de dañar a nadie*", ese argumento remite a los elementos del tipo penal examinado por el Tribunal de Juicio, cuya aplicación al caso analizaré —y descartaré- en el punto siguiente. Sin embargo, a pesar de la imprecisión de esa crítica y teniendo en cuenta el desarrollo dogmático expuesto en el voto que lidera el acuerdo respecto de la estructura básica de la figura legal en cuestión, que es una figura de peligro, conviene remarcar que el daño directo sobre las personas -consecuencia que agrava la figura básica- es atribuible a título de culpa.

Por último, el defensor técnico de Argañaraz también cuestionó el rol que el Tribunal de Juicio le asignó su defendido con relación a los demás miembros de la banda "Callejeros". Concretamente, planteó que "*Diego Argañaraz, **era un miembro más de la banda musical**, como quedó probado a lo largo del juicio. Así también se puede visualizar al leer en cada trabajo o en cada actividad donde en la enumeración de todos los integrantes de la banda se leía al mismo nivel que los músicos y el escenógrafo el nombre de Diego Marcelo Argañaraz. Todos los integrantes percibían el mismo sueldo*". Agregó que "[n]*unca fueron una empresa. Ninguno del grupo ni fue, ni es, empresario del espectáculo.*".

En síntesis, dijo el defensor que "[n]*i en el caso, ni en lo general, las responsabilidades organizacionales, organizativas, las capacidades y expresiones de 'dominio' legal y fáctico sobre el lugar y sus eventos, del propietario-productor-organizador y el actor de la performance -artística, recreativa, lúdica, comunicacional, expresiva variada o deportiva- individual o grupal, podían ser equiparables ni equiparadas*". Y remató: "[a]*nte las decisiones trascendentes que debía tomar la banda, lo que debía hacer es trasladar la propuesta que llegaba a sus integrantes, se discutía los términos y se comunicaba la decisión a quien correspondía careciendo de mandato especial o general alguno en estas circunstancias que me autorice a celebrar contratos en nombre de la banda*".

Estas apreciaciones se vinculan con el punto a tratar respecto de la determinación de la responsabilidad, y en su caso

en qué grado, por parte de los demás miembros de la banda de música —si es que la hubiere-, en el armado del recital que brindarían el día que ocurrió el hecho principal.

Sin embargo, antes de culminar con este punto, corresponde dejar sentado que los agravios deducidos no logran conmover la conclusión del Tribunal de Juicio en el sentido de que se verificó una activa participación de parte de Diego Marcelo Argañaraz en la contratación del sonido y la iluminación, el armado de la estructura de seguridad, en la convocatoria del grupo de rescatistas y, de modo exclusivo, en el control, la impresión y reparto de entradas en puntos de venta, su seguimiento y liquidación final.

No se modificó en esta instancia la afirmación de que en materia de seguridad además de la participación activa de Diego Marcelo Argañaraz, el evento contó con personas ligadas más directamente a Chabán, pero que a pesar de la existencia de dos "grupos" de personas, tanto el manager de la banda como el explotador del local tenían autoridad ante el personal de seguridad, sin perjuicio de quien los haya convocado.

Por todo ello, entiendo que no fueron presentados en esta instancia argumentos por los cuales modificar la conclusión del Tribunal de Juicio, que dio por acreditado que Diego Argañaraz y Omar Chabán se dedicaron en forma conjunta y alternativamente sobre determinadas cuestiones a los aspectos centrales de la organización del recital del 30 de diciembre de 2004 en el marco del cual se produjo el hecho aquí juzgado.

4. Integrantes de la banda "Callejeros".

Los recurrentes controvirtieron diferentes postulados fácticos sustanciales en orden a determinar qué grado de participación, si es que existió alguno, tuvieron los músicos y escenógrafo de la banda "Callejeros" en la organización del recital del día del hecho principal.

El Tribunal de Juicio resolvió absolver a los imputados Santos Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y Cardell por su participación, en el marco del recital que brindaban el 30 de diciembre de 2004, en la producción del suceso aquí juzgado, en virtud de no haber alcanzado el grado de conocimiento necesario en esta etapa del proceso para dar por acreditados los hechos imputados y en aplicación del principio de

que ante la duda el juzgador debe resolver en favor de los intereses del imputado (art. 3, C.P.P.N.).

Los jueces que me preceden en el orden de votación han coincidido en lo sustancial de sus fundamentos respecto de la base fáctica -haciendo lugar a las impugnaciones de los acusadores- y decidieron que sí se encontraba acreditado con el grado de conocimiento requerido por la ley que, al igual que Chabán y Argañaraz, todos los demás integrantes de "Callejeros" intervinieron en los aspectos penalmente relevantes concernientes a la organización de ese evento.

Por ello, sin perjuicio de advertir que esa tesis sobre la base fáctica ha alcanzado la mayoría de los votos de este Acuerdo, en orden a fundar mi decisión sobre el punto es necesario que, en lo que sigue, analice los cuestionamientos introducidos por las partes relativos a la determinación de los hechos realizada en la sentencia.

Con relación al hecho principal, la tesis que sentó el Tribunal de Juicio es que la organización estuvo marcada por la informalidad, lo que obligaba tener particularmente en cuenta los diferentes testimonios que informaban sobre qué fue lo que hizo cada uno de los imputados, y que no existía prueba que diera cuenta de esa participación mancomunada. Es decir, postuló que el evento fue producido y organizado sólo por Chabán y Argañaraz y así negó que los demás integrantes hubieran, en forma alguna, participado o aportado en las cuestiones organizativas relacionadas con la producción del suceso disvalioso en cuestión.

Las críticas de los acusadores a ese entendimiento son que la imputación de los miembros de la banda como "bloque único" no es novedosa y se ve confirmada por la estrategia defensiva de los imputados (en ese sentido se menciona el alegato en tercera persona del defensor técnico de Argañaraz y la variación en la postura del imputado Djerfy, quien habría pasado de presentarse como integrante a empleado del grupo); también se recuerdan los razonamientos realizados por el órgano encargado del control de la etapa de investigación al momento de exponer las razones por las cuales entendía probable esa participación (confirmación del auto de procesamiento dispuesto por la Sala V de la Cámara de Apelaciones). Adelanto que estas cuestiones no pueden ser consideradas, toda vez que no se trata de una exposición de

agravios que se limite a la crítica, concreta y razonada de la sentencia del Tribunal oral.

En esa línea, se manifestó que las decisiones atinentes al grupo se tomaban en forma democrática, es decir con la participación activa de todos los integrantes del conjunto y no sólo por Argañaraz. Al respecto, se indicaron los testimonios de Aldana Aprea y Laura Mirta Fernández y las declaraciones de Carbone a fs. 20.204/20.224, Torrejón a fs. 20.177/20.195, Delgado a fs. 20.158/20.176 y Cardell a fs. 20.279/20.308.

Asimismo, se señaló que la entrevista a Fontanet publicada en la revista "Arde rock & roll", en la cual dijo "*En organización mejoramos un montón. Yo no me preocupo por la escenografía, así como no me preocupo por la seguridad, yo se que Diego va a cumplir con eso y hay un laburo metódico*" (Prueba nº 116.3.55). Ello —se postula- daría cuenta de la participación de todos los integrantes en las cuestiones relacionadas con la organización de los recitales que brindaban.

Por otro lado, también se arguyó que el grupo "Callejeros" constituía una empresa. Del mismo modo, se dijo que los recitales brindados implicarían un contrato de espectáculo y que la banda sería empleadora de todo el personal de seguridad (arts. 1143, 1188 y 1198, Cód. Civ.); asimismo, se manifestó que la marca "Callejeros" pertenecía a Vázquez y no a Argañaraz (Prueba nº 116.10), de lo cual se deduciría alguna consecuencia sobre la cuestión debatida. En esa línea, se agregó que la cantidad de gente dependía de la cantidad de entradas y ello está relacionado con el ánimo de lucro.

Otro aspecto señalado es que todos los integrantes tenían incidencia en las cuestiones de seguridad. Sobre el punto, se alegó que las diferencias en el uso de pirotecnia entre los tres recitales (se remite en este punto a los testimonios de Alfredo Díaz, Daniel Coria y Mirta Enríquez), implicó una decisión sobre la organización que en modo alguno podía ser tomada sólo por Argañaraz. Del mismo modo, se argumentó que la elección de Bussi a cargo de las tareas de control expresa la decisión de toda la banda por un control de carácter deficiente (en ese sentido se mencionó la existencia de tres modalidades de control de ingreso).

También se pusieron de resalto los dichos de Argañaraz en el sentido de que cuando ellos se encargaban de la seguridad

trataban de permitir el ingreso de fuegos de artificio (entrevista del 28/04/2004 en Rock & Pop). En la misma línea, se valoran los dichos de Fontanet en cuanto dijo: *"La organización de*[l] *lugar* [en referencia al estadio Obras Sanitarias] *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* [y que] [e]*xiste una necesidad de tocar en un lugar abierto para que no haya problemas con las bengalas porque ya nos estamos empezando a intoxicar con toda la humareda*".

De igual forma, se interpretó la visita a "Cromañón" por parte de cuatro integrantes del grupo (declaraciones de Argañaraz de fs. 19.988, Cardell de fs. 20.279/20.308, Fontanet de fs. 11.886, de Juan Carlos Blander y César Branzini), como uno de los elementos que demostraría el carácter colectivo de las decisiones. También se señalaron los dichos de Fontanet en el recital del estadio "Obras" cuando afirmó: "*es complicado, ustedes saben cómo nos manejamos nosotros siempre con este tema pero, a veces tenemos que hacer excepciones, no... no hay vuelta que darle…, yo … ustedes saben cómo nos manejamos o sea lo saben realmente pero bueno, son así las cosas... les pido a todos aquellos que trajeron bengalas y yo sé que lo hacen de corazón y nosotros lo valoramos un montón pero se los pido por favor por lo menos esta noche vamos a saltar y cantar que es lo que mejor nos sale y* […] *cuando estemos en otro lugar vamos a poder hacer todo lo que querramos... acuérdense que ustedes, ustedes pidieron Obras, acuérdense de eso, nosotros vamos a donde ustedes nos dicen*" (prueba nº 274.e).

En cuanto a los denominados factores de riesgo, se afirmó que la incitación al uso de pirotecnia y el conocimiento sobre su uso se desprenden del testimonio de Ignacio Javier Girón y de los dichos de Fontanet (recitales en 1999 en "Showcenter"; "Cromañon" 28/05/2004; "Obras Sanitarias" 30/07/2004 y "Cromañón" 28/12/2004).

Se remarcó cierta actitud sobre el uso de pirotecnia compartida por los integrantes (videos del 08/05/2004 y Obras Sanitarias del 30/07/2004, así como la entrevista del 28/07/2004). Del mismo modo, se arguyó que la consideración de Vázquez del uso de la pirotecnia como la "frutilla del postre" (Cd´s 274 J y K) expresaba la posición de todos los integrantes al respecto, razón por la cual resultaba contradictorio afirmar, como lo hacía el

Tribunal de Juicio, que sólo Argañaraz deseaba que los fuegos de artificio formaran parte de la "impronta" de la banda.

En concreto sobre el conocimiento del riesgo que ello implicaba, se mencionaron los dichos del cantante la noche del suceso principal advirtiendo sobre el uso de bengalas y el episodio en Paraguay (testimonios de Sebastián Darío Fernández, Victoria Elena García, Oscar Ernesto Hansen, Paola Vanesa Nieto, entre otros).

Por otro lado, en el marco de la imputación jurídica construida por el Tribunal de Juicio, se alegó que la posición de garante del imputado Fontanet estaba dada por su actuar precedente y se afirmó su capacidad, posibilidad y deber de evitar la situación de peligro conocida, ya sea ordenando la apertura de puertas, realizando el espectáculo en un estadio abierto o bien diciendo que no empezaba el recital en esas condiciones (se indicó aquí el testimonio de María Lucía Roncero y la entrevista que Fontanet brindó a la revista "Si se calla el cantor"). Finalmente, se argumentó que Fontanet y Argañaraz tenían un rol fundamental en la organización y que el primero, como líder de la banda, había asumido una posición de garante distinta; mientras que Vázquez y Carbone tenían un rol diferenciado. Aunque, la querella representada por el Dr. Iglesias señaló que los distintos grados de decisión se debían establecer al momento de la graduación de la pena.

Ahora bien, en los términos en que fue sentado anteriormente, entiendo que la revisión de la decisión en este punto supone una evaluación crítica de sus argumentos a la luz de los diferentes cuestionamientos arrimados por las partes. Lo que se debe determinar es si la sentencia adolece, en el punto, de algún vicio de magnitud tal que permita su revisión en contra del imputado y en tutela del derecho de las víctimas.

Revisión respecto de la cual tengo reservas en orden a la prohibición de *bis in ídem* (arts. 1, C.P.P.N., 18 y 75, inc. 22, C.N.; 29, incs. *a* y *b*, C.A.D.H.), en tanto la C.S.J.N. ya ha tenido oportunidades de señalar que ese principio constitucional veda la exposición al riesgo de la aplicación de una pena a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo ha sido por el mismo hecho (Fallos 299:221, 315:2680, 314:377, 319:43, entre otros)

Máxime si se acredita que la sentencia absolutoria fue dictada luego de un juicio válidamente cumplido; es decir, cuando se encuentra satisfecho el derecho a una sentencia fundada previo juicio llevado en *legal forma* (Fallos 268:266, 297:491, 299:17, 315:1551, 327:608, 328:830) y los actos y etapas procesales anteriores se encuentran precluidas (Fallos 272:188, 321:2826, entre muchos otros).

Sólo en orden a dicha validez se podría ingresar al tratamiento de los recursos de los acusadores, pero si de esa revisión resultara el reenvío para la realización de un nuevo juicio, ante la imposibilidad de analizar los hechos para modificar el decisorio -lo cual ya fue advertido por la C.S.J.N. en "Tarditti, Matías Estaban" (Fallos 331:2077)-, nos encontraríamos con el dilema que plantea la prohibición de un segundo juicio en contra de los imputados.

En tal sentido, la inicial posición minoritaria que negaba al Estado originar un nuevo juicio mediante un recurso de la acusación, aun cuando la absolución pudiera parecer errónea (sentada originariamente por los jueces Bossert y Petracchi en Fallos 321:1173, "Alvarado, Julio"), parece sin fisuras haberse convertido en el criterio mayoritario de la C.S.J.N. desde hace unos años (Fallos 330:2265, "Kang, Yong Soo") y admitido por unanimidad recientemente (Fallos 330:4928, "Lagos Rodas, Jonathan" y S.219.XLIV, "Sandoval, David Andrés").

Concretamente, allí se advirtió que una sentencia absolutoria dictada luego de un juicio válidamente cumplido precluye toda posibilidad de reeditar el debate como consecuencia de una imputación acusatoria. Una decisión diversa significaría otorgar al Estado una nueva chance para realizar su pretensión de condena ("Kang") cuando el imputado sea ajeno a la causal de nulidad de la sentencia ("Kang" y "Lagos Rodas"); lo cual ha sido confirmado en "Sandoval".

Por ello -aún con las consideraciones agregadas en "Luzarreta, Héctor José" (L.328.XLIII)- frente a la reglamentación legal para los supuestos de inobservancia de las normas procesales (en el supuesto aquellas relativas a la determinación de los hechos) que manda anular el pronunciamiento del Tribunal de Juicio y remitir el caso para su sustanciación (art. 471, C.P.P.N.), el conjunto de esos pronunciamientos de la C.S.J.N. vuelven actual el

dilema de reeditar actos ya cumplidos, aun cuando lo fueran de modo irregular o deficiente por parte de la acusación, sean representantes del Estado -fiscales, preventores o jueces- o la víctima o damnificado por el delito.

No obstante ello y para dar mayor satisfacción a los querellantes y al Ministerio Público Fiscal, habrá que analizar si el Tribunal de Juicio desconoció las probanzas producidas durante el debate, si su valoración es arbitraria o irrazonable y, por último, si la reconstrucción de los hechos desconoce las reglas de la sana crítica; cuidando de no efectuar un "nuevo juicio" (cfr. mis votos en causas 5696 "Sibio, Diego Gastón y otros s/ recurso de casación" rta.: 28/04/2006, reg. nro.: 367/06; 9104 "García, José Pedro s/ recurso de casación", rta.: 09/06/2008, reg. nro.: 726/08; entre otras).

Esto supone tener en cuenta la hipótesis fáctica que las partes persiguen demostrar por medio de la acreditación de determinados presupuestos. En el caso en concreto, plantean que los diferentes integrantes del grupo musical "Callejeros" participaron de alguna forma en la organización del recital en el marco del cual se produjeron los resultados penalmente reprobados; de esa manera se sostiene que son responsables por las consecuencias disvaliosas.

a) Marco y base del análisis sobre la responsabilidad penal.

El Tribunal de Juicio partió por señalar que "*aún 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 organizativos de tales recitales*" (fs. 67.158 vta.).

Lo cual constituye una afirmación de que lo relevante en este caso es la conducta *individual* desplegada por cada uno de los imputados en torno al suceso principal, dado que allí se hizo una distinción fundamental: la participación en una eventual decisión de brindar el recital en el lugar del hecho no supone necesariamente la participación en su organización, único extremo sobre el cual se podría construir una posición de garantía en su particular visión del caso. Por lo demás, se desprende otra consideración: que no se negó de plano la existencia de acuerdos

como base de decisiones atenientes al grupo, sino sólo descartó que ellas tuvieran alguna relación con las modalidades organizativas en que brindaría ese recital y lo cual impedía dar por configurada cualquier posición de garantía.

Es decir, de lo que se trata entonces es determinar el *contenido* de esos acuerdos, que en lo que aquí respecta deberían serlo con relación a cuestiones tales que permitan la imputación de responsabilidad penal.

Precisamente, sobre este aspecto ese Tribunal interpretó que "[l]*as pruebas* […] *vinculadas al manejo de la banda —punto en el cual se ha sostenido que 'todos participan'-, no impide señalar que existían tareas diferencias dentro el grupo*". Concretamente, valoró que "[l]*os movimientos de sus integrantes la noche del 30 de diciembre antes del recital hasta donde se los puede reconstruir brindan escasa información al respecto*" (fs. 67.159).

Por esas consideraciones, dijo que "*sólo cabe concluir ante la inexistencia de prueba que acredite lo contrario que, en lo que atañe a la concreta organización del recital que se efectuó el día 30 de diciembre de 2004, ninguno de los músicos de la banda ni el escenógrafo realizaron alguna actividad puntual* [pues] [l]*a prueba del juicio ya reseñada sólo demuestra que el único miembro de la banda que se ocupó en concreto de la organización del espectáculo fue su manager Diego Argañaraz*." (fs. 67.160 vta.).

Finalmente, también agregó que toda "*imputación a una suerte de órgano deliberativo no se corresponde con la teoría del delito que pregona la atribución de responsabilidad penal respecto a las acciones libres e individuales de las personas físicas*" (fs. 67.163).

La principal decisión del Tribunal de Juicio respecto de los músicos de la banda "Callejeros" es la inexistencia de elementos de prueba que permitan afirmar con la certeza necesaria en este estado del proceso que existió una actividad individual con relación a la organización del recital del día del hecho.

Los impugnantes no han presentado argumentos y elementos en orden a refutar esa afirmación sobre la ausencia de actividad concreta el día del hecho; en ninguno de los recursos presentados se ha hecho hincapié en esta conclusión central del Tribunal de Juicio. En tal sentido, las alegaciones no han demostrado un

supuesto de arbitrariedad por desconocimiento de pruebas conducentes o violación de elementales reglas de la lógica.

Adelanto que -en ese escenario- arribar a una solución como la pretendida, implicaría *necesariamente* emprender una nueva valoración de la prueba y, por ende, el reemplazo del juicio valorativo acerca de su significado, lo cual excede el marco de la revisión posible por vía casatoria, tal como lo manifesté anteriormente.

Como es sabido, los hechos probados deben dar cuenta de conductas susceptibles de asignar responsabilidad de acuerdo a los principios que rigen esta materia, de otra forma, son irrelevantes en términos penales. En tal sentido, se debe reafirmar que la responsabilidad penal es de estricto carácter individual dado que el principio de culpabilidad por el hecho impide cargar las consecuencias de acciones u omisiones ajenas como si fueran propias; en otros términos: las personas sólo son responsables por *sus* acciones u omisiones.

Por ello se presentan como acertados los dichos del defensor Dr. Gutiérrez durante la audiencia oral ante esta Sala cuando, al contestar las pretensiones de los acusadores, advirtió sobre la necesidad de atender *"a un sistema de imputación* […] *o a una teoría de la responsabilidad penal que surge fundamentalmente por toda la construcción de la modernidad; y por eso tanto causalistas como finalistas* […] *todos toman como punto central —vinculándolo a las causales de eximición fundamentalmente- a esto de la libertad, de la intencionalidad y de aquello que implica claramente una decisión del individuo, en llegar, en hacerlo, con un determinado grado de racionalidad y de generación de consciencia como para constituir un dolo. Y es mas, nuestro sistema plantea que para cada delito hay un dolo específico, tampoco hay un dolo general, sino que simplemente lo podemos generalizar en esta necesidad de intelegir a partir de una conducta objetiva o de aspectos objetivos, de que existió esa intención de dañar ya sea como voluntad, ya sea como racionalidad mas construida; y sino está tan construida y no llega a ese nivel de intencionalidad llegaremos —de acuerdo a los finalistas fundamentalmente- a los grados de culpa o imprudencia* […] *pero siempre ese grado de posibilidad de auscultar la subjetividad del*

individuo" (audiencia del 24 de febrero de 2011, 2da. parte, 2 hs., 09 min.).

Es que en un Estado Democrático de Derecho "*todo criterio subjetivo de imputación tiene que respetar la existencia de conocimiento y voluntad del autor respecto de la realización de la acción con sus modalidades y la producción del resultado*" (BINDER, Alberto M.: *Introducción al derecho penal*, Ad·Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 147) (cfr. mis votos en las causas 5487, "De Los Santos, Cristian Guido s/ recursos de casación", reg. nro.: 1142/05, rta.: 19/12/2005 y 6018, "Luna, Jorge Alberto s/ recursos de casación", reg. nro.: 1136/05, rta.: 15/12/2005).

De otro modo, la imputación se sostendría únicamente a partir de presunciones, extremo que, en atención al carácter limitativo del concepto en estudio, no puede prosperar, a riesgo de incurrir en un supuesto de responsabilidad objetiva, incompatible con los principios que rigen la materia (cfr. mi voto en la c. 10,769, "Gotelli, Aníbal s/recurso de casación", reg. nro.: 1310.09.3, rta.: 23/09/2009).

En ese marco, la responsabilidad personal por el hecho que surge del principio de culpabilidad implica "*que cada persona responde por aquello que forma parte de su competencia, entendiendo por tal, el ámbito en el que jurídicamente desenvuelve su libertad frente a los terceros. Esto supone la integración tanto de aquellos comportamientos que surgen de manera directa del sujeto activo como los que en virtud de su posición normativa le deben ser atribuidos —situación de garantía, dominio social o institucional, etc.- más allá de que no hubiera de su parte ejecución de "propia mano" por ser desarrollado —empíricamente- por otro*" (cfr. voto del juez Yacobucci en causa 8361 "Storchi, Fernando Martín y otros s/ recurso de casación", rta.: 15/07/2010, reg. nro.: 16.836, de la Sala II de ésta Cámara).

En tal sentido, la decisión judicial debe brindar razones acerca de la relación entre hechos y sujetos (autoría y responsabilidad); sólo como consecuencia de la fijación del hecho probado se puede determinar qué sujeto o sujetos se encuentran vinculados al mismo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación establece como requisito necesario que las sentencias penales contengan el examen acerca de la participación de cada uno de los imputados en los hechos ilícitos que se consideren probados, en

razón del derecho fundamental que posee el acusado basado en el art. 18, C.N., de tener conocimiento efectivo del delito por el cual ha sido condenado (Fallos: 312:2370) (cfr. mi voto en la c. 4.827, “Amengual, Miguel Ángel y otros s/recurso de casación”, reg. nro.: 317.04.3, rta.: 16/06/2004).

De tal modo, si la responsabilidad penal tiene por sustento la existencia de un acontecimiento histórico personal, entonces es necesario probar la ocurrencia de ese suceso de acuerdo a las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica racional; de las que he dado cuenta antes en este voto.

En particular sobre el punto del caso que debo ahora analizar, corresponde remarcar que los elementos de prueba deben permitir inferir conductas directamente relacionadas con el hecho tenido por acreditado. La información que aporten los diferentes testimonios, pericias, registros del soporte que fuera debe ser sobre la participación de los imputados en el acontecimiento histórico que está siendo analizado.

Aquí estamos revisando la sentencia emitida sobre un suceso ocurrido el 30 de diciembre de 2004 en el local “Cromañón” y lo que se pretende conmover es la decisión respecto a cuál fue la conducta de los músicos de la banda “Callejeros” al respecto. En este marco, toda información sobre *otros* eventos sólo puede constituir un mero indicio con relación a la actuación de los imputados, pero no lo será directamente sobre del objeto de juzgamiento.

Sustentar en esos indicios la participación criminal trasuntaría un supuesto de ausencia de fundamentación sobre la determinación de los hechos y una violación de los principios que rigen la responsabilidad penal antes mencionados. Con estas salvedades, en lo que sigue me centraré en analizar las críticas reseñadas.

Al respecto, las alegaciones vinculadas a la estrategia defensiva de los imputados, así como otras manifestaciones en ese sentido, no brindan ningún tipo de indicios respecto de la participación en el hecho. Antes bien, ello puede obedecer a una multiplicidad de razones de las cuales no se puede válidamente inferir la existencia de un acuerdo con relación a los hechos bajo juzgamiento, que permita asignar responsabilidad penal a cada uno

de los integrantes del grupo por conductas o decisiones colectivas relevantes en términos penales.

Del mismo modo, el argumento acerca de un "bloque imputación" que abarcaría a los integrantes del grupo musical en cuestión y así determinaría su responsabilidad penal, desconoce los principios básicos del derecho penal y debe ser descartado de plano. En efecto, el sólo hecho de pertenecer a una determinada estructura grupal no dice nada sobre acción individual alguna, único objeto relevante en orden a determinar la responsabilidad penal de una persona. Entendido así, esa alegación desconoce las dos observaciones hechas anteriormente, pues trasluce un *versari in re ilicita* y no aporta indicio alguno sobre los hechos juzgados. De igual modo, tampoco procedería ninguna otra construcción conceptual *a priori* en virtud de la cual determinar la responsabilidad penal de los involucrados.

En todo caso, y tal como sugerirían las opiniones reseñadas respecto del principio de culpabilidad por el hecho, la discusión giraría en torno a las posibilidades de imputar la decisión de un ente colectivo a sus miembros; pero esas apreciaciones lo deben ser en el marco de un derecho penal de acto (cfr. mis votos en las causas nº 5487, "De Los Santos, Cristian Guido s/ rec. de casación", reg. nro.: 1142/05, rta.: 19/12/2005; 6018, "Luna, Jorge Alberto s/ rec. de casación", reg. nro.: 1136/05, rta.: 15/12/2005 y 10.341 caratulada "Llanes, Roque Javier y otra s/ rec. de casación", reg. nro.: 981/09, rta.: 03/07/2009).

Por ello, esta cuestión (que en principio podría remitir a la discusión respecto de la responsabilidad penal de personas jurídicas), reclama elementales precisiones que no se acercaron a la discusión o que se presumen injustificadamente en detrimento de la responsabilidad penal de estricto carácter individual.

Por caso, remiten a otro de los argumentos esgrimidos por los acusadores a fin de asignar responsabilidad homogénea a todos los integrantes del grupo "Callejeros", sobre la base de considerarlos como una "empresa". Aquí basta con señalar que no se han arrimado al juicio elementos que permitan sostener que el grupo "Callejeros" pueda ser considerado como una persona jurídica en los términos de, por ejemplo, la legislación propia del derecho societario o de asociaciones o cooperativas, de manera tal que su

actuación pueda ser construida y responsabilizada sobre la base de esa reglamentación normativa.

Sin embargo, esa voz dista de ser unívoca y, en el marco de la presente, se la podría entender como la obra o designio llevado a cabo con la intervención de varias personas (Dicc. RAE, Espasa Calpe, Madrid, 1992, 5º acepción). En ese caso, sería imprescindible contar con la existencia de cierta forma de voluntad grupal o colectiva y, luego, establecer la vinculación con los individuos que aportan en la configuración de los hechos. Finalmente, examinar el contenido de las decisiones o disposiciones y determinar su relevancia penal.

En efecto, si bien no es posible una adecuación societaria típica, ello no es óbice para concebir, sobre la base de criterios materiales debidamente acreditados, a la agrupación como un actor compuesto o complejo desde el punto de vista de su integración y actuación; o, aún más, como responsable en términos civiles.

Aquí cobran relevancia las observaciones introducidas por los recurrentes, quienes remarcaron que las decisiones concernientes al grupo “Callejeros” eran tomadas en forma colectiva, así como los testimonios acercados, que indicarían el modo y circunstancias en que esas deliberaciones se desarrollaban.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente respecto del principio de culpabilidad, estas consideraciones sólo permitirían afirmar que las decisiones del manager de la banda podrían haber respondido a acuerdos previos adoptados de forma colectiva por el grupo si se demostrara algún tipo decisión de los demás asignada al agente ejecutante. De ese modo se contaría con reglas acerca de, por ejemplo, cómo se adopta una decisión en particular y cuán vinculante es para quienes se hubieran pronunciado en contra; extremo este último sobre el que nada han dicho los acusadores.

Luego, si esa estructura legal no logra acreditarse, era necesario dilucidar qué intervención tuvieron los integrantes del grupo —en el caso en concreto y en términos estrictamente individuales- sobre las condiciones en las cuales sería llevado a cabo el evento del día del hecho y que incidieron en la producción del resultado disvalioso. De tal manera, los miembros de “Callejeros”, como integrantes de ese acuerdo, serán penalmente responsables cuando mediante su conducta hayan de alguna forma determinado la actuación penalmente relevante por parte de quien

lo ejecuta (Argañaraz en el caso), sin perjuicio de la eventual responsabilidad civil que pudiere corresponder a cada uno de ellos. A ese efecto, en virtud del principio de culpabilidad se debe determinar la existencia de una intervención concreta en un acuerdo relativo a esas cuestiones específicas, como sustento de la imputación.

Precisamente sobre ese punto versó la central decisión del Tribunal de Juicio que reseñé al inicio de este acápite, la cual no se puede modificar sin exceder una tarea limitada exclusivamente a la revisión de la decisión que emanó de la percepción de la prueba producida en el debate oral y público.

b) Sucesos diferentes de la intervención el día del hecho.

El Tribunal de Juicio sostuvo que "*para fundar una posición de garante genérico, no basta meramente haber aceptado brindar un recital en un lugar* determinado, sino que debe haberse asumido el deber de custodiar una fuente de peligro", y agregó en este punto que de "*la prueba producida en el juicio, sólo surge que Argañaraz se colocó en dicha posición y no hay datos que desmientan que los músicos y el escenógrafo se hayan limitado a realizar las funciones que les competían, esto es, subir al escenario a la hora indicada para brindar el espectáculo y preparar la escenografía, respectivamente*". En tal sentido, indicó que "[l]*as pruebas resultan vinculadas al manejo de la banda —punto en el cual se ha sostenido que 'todos participan'-, no impide señalar que existían tareas diferencias dentro el grupo*" (fs. 67.159)

En particular, los jueces del debate afirmaron que "*la totalidad de los aspectos que se trataron para la organización del recital que aquí nos ocupa -sonido, iluminación, mantenimiento del lugar, habilitación de las barras, seguridad interna y externa del predio, cantidad, impresión y distribución de entradas, control de las ventas, liquidación del borderó, etcétera-, se desprende con extrema claridad que los músicos y el escenógrafo del conjunto 'Callejeros' no realizaron ningún tipo de aporte activo*" (fs.67.162 vta.).

Asimismo, recalcaron que "[n]*o hay indicio o elemento de prueba objetivo alguno que permita afirmar con certeza que Patricio Rogelio Santos Fontanet, Eduardo Arturo Vazquez, Juan Alberto Carbone, Christian Eleazar Torrejon, Maximiliano Djerfy,*

Elio Delgado y Daniel Horacio Cardell realizaron en concreto alguna tarea organizativa respecto del recital del 30 de diciembre" (fs. 67.162 vta.).

Finalmente, ante la inexistencia de una posición de garantía por su parte, ese órgano jurisdiccional, determinó que "*todas las referencias a supuestos conocimientos de los riesgos, de las condiciones del local, o al incumplimiento de determinados deberes que se les pretendieron endilgar en los alegatos no pueden ser objeto de reproche penal*" (fs. 67.162 vta.).

Sobre estas cuestiones conviene comenzar por destacar que las impugnaciones realizadas sobre la conducta desplegada por el imputado Argañaraz ya fueron analizadas al momento de responder los agravios relativos a su participación. En este punto, sólo he de reiterar que las alegaciones sobre la "incentivación" al uso de pirotecnia, que los acusadores ponen también en cabeza de los demás miembros de la banda de "Callejeros", no ofrecen bases para determinar su participación en los términos en que ésta está regulada en la ley penal argentina ni logran modificar las apreciaciones del Tribunal de Juicio sobre el punto.

Con relación a las manifestaciones de diferentes miembros de "Callejeros" sobre el uso de pirotecnia, en especial aquella puntual de Vázquez referida al día del hecho pero registrada previamente y las diversas de Fontanet en eventos anteriores así como sus dichos ese día antes de comenzar el espectáculo, en la medida en que todos los integrantes compartían escena en cada uno de esos recitales, ellas sí permiten inferir cierto conocimiento sobre ese uso, más allá de lo que ello pueda significar. Sin embargo, el conocimiento de ese extremo no es suficiente para generar responsabilidad penal, la cual requiere además una *intervención* concreta en el hecho en los términos antes expuestos.

En tal sentido, el representante del MPF alegó que la banda ya había brindado recitales en "Cromañón" los días 28 y 29 del mismo mes y año y que atento a cuanto se desprende de los testimonios de Alfredo Díaz, Daniel Coria y Mirta Enríquez -por citar sólo unos pocos- el uso de pirotecnia fue desigual en cada uno de los tres días.

Sin embargo, una variación en el uso de pirotecnia puede depender de varios factores. Ello sólo nos permite inferir que se produjo un cambio en cuanto a la organización entre un recital y

otro, y *suponer* su relación con el control del ingreso de pirotecnia —de lo cual dependería su uso en el interior.

Sin un elemento que la sustente, esa hipótesis es una mera suposición o sospecha que —insisto- todavía debe ser acreditada con certeza. El argumento, además, parte y presupone el supuesto que se pretende probar: la actuación *conjunta* respecto de ese aspecto central de la organización. Es una petición de principio.

Como lo señalé al momento de remarcar la importancia y alcance del principio de culpabilidad, en tanto la imputación penal no se limita a aquellas intervenciones de "propia mano", de lo que se trata en este caso es de desentrañar si existieron decisiones referidas a la estructuración del espectáculo y, luego, sobre qué aspectos, de tal modo de saber si estos imputados detentaban alguna posición de garantía. Por ello, lo que se debe determinar es si existen elementos que den cuenta —en términos fácticos- del alcance y relación de las decisiones grupales relativas a la organización del recital con la conducta de Argañaraz.

Concretamente, el asunto se circunscribe a examinar la asignación de responsabilidad penal que corresponde hacer sobre cada uno de los imputados y la reconstrucción de los hechos necesaria a ese efecto. Por ello, en los términos que vengo desarrollando el caso, corresponde que adelante mi discrepancia con la inferencia realizada en los votos que conforman la mayoría de este Acuerdo, en el sentido de que la participación de los miembros del grupo en la toma de *decisiones relativas a aspectos de la organización del evento del 30 de diciembre de 2004* ha sido acreditada; lo cual supone una conclusión contraria de la que arribó el Tribunal de Juicio. En lo que sigue expondré los fundamentos de esta conclusión.

A tal efecto, examinaré los diversos elementos que fueron considerados por el Tribunal de Juicio para sustentar su decisión así como los propuestos por las partes, de modo de —atendiendo a los límites legales y constitucionales sobre la materia- hacer efectivo el control de la decisión que en esta instancia se exige y fundar mi voto.

Observo que contamos con determinados testigos (cuyas testimoniales han sido valoradas por el Tribunal de Juicio) que afirman que les fue comentado o vieron el modo en que eran tomadas

las decisiones, pero de allí sólo se podría inferir la existencia de una modalidad asentada al respecto pero relativa a cuestiones generales. Es decir, de estos elementos se puede inferir —con limitado grado de conocimiento- que la banda "Callejeros" constituía un simple conjunto de personas que tomaban decisiones *generales* en forma colectiva, pero no afirmar con certeza la existencia de decisiones sobre las cuestiones que aquí interesan.

La testigo Aldana Aprea, quién realizaba tareas de difusión para la banda desde hacía alrededor de dos años al momento del hecho, contó 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,* […] *algún medio periodístico estaba interesado en realizarles alguna nota*" (fs. 66.614 vta.). También "[e]*stimó que consideraba que las determinaciones se tomaban por mayoría, aunque no podía precisarlo*"; aclarando que "*si bien no presenció muchas reuniones, sí vio que todos discutían. Alguna vez estuvo presente en charlas sobre notas a medios de comunicación y esa era la modalidad.*" (fs. 66.615).

Por su parte, Laura Mirta Fernández, quien fue pareja del imputado Eduardo Vázquez durante ocho años y mantuvo una relación de amistad con los demás miembros de la banda, declaró que "*Eduardo tenía reuniones con Aldana, 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*" (fs. 66.409 vta.). Respecto a la manera en que decidían dónde presentarse, explicó que "*Diego proponía y entre todos decidían*", pero cuando "*la propuesta generaba discusiones, señaló desconocer como zanjaban la disputa y que suponía que lo resolvían por mayoría*" (fs. 66.409 vta.).

Adviértase, de estas testificales dan cuenta de casos en los cuales "algún medio periodístico estaba interesado en realizarles alguna nota", "charlas sobre notas a medios de comunicación", "hacer las credenciales, el formato de las entradas y redactar los avisos publicitarios" y "dónde presentarse", pero ninguna de estas cuestiones exceden la afirmación del Tribunal de Juicio respecto de qué tipo de intervención de los músicos del

grupo "Callejeros" probaban esas afirmaciones; es decir, son aspectos de la organización que no se refieren a cuestiones conectadas o con incidencia en la producción del hecho principal.

No obstante ello, Aldana Aprea también indicó que "*según lo que tenía entendido todo lo referente a los shows, como ser la contratación de gente o de equipos, lo decidían de manera conjunta; ello sin perjuicio de que Argañaraz si surgía algo en el momento tenía autoridad para decidir*." (fs. 66.614 vta.). Además, Argañaraz "*le comentó que siempre trabajaban con la misma gente de seguridad* […] *quien era el sonidista y el iluminador, y resaltó que intentaban formar un equipo de trabajo y crecer en conjunto*" (fs. 66.616 vta.).

Se agrega aquí un *entendimiento* de la testigo, que tenía cierto conocimiento de la lógica interna del grupo, en el sentido de que "todo lo referente a los espectáculos, como ser la contratación de gente o de equipos, lo decidían de manera conjunta". Aparece como evidente que, teniendo en cuenta las reglas básicas de valoración de la prueba testifical que expuse anteriormente, un *entendimiento* no es equivalente a un *conocimiento* de esos aspectos a través de los sentidos; lo cual merma el valor de la información que aporta a la justificación de la premisa fáctica.

Por lo demás, ese extremo puede ser completado con la información que brinda el intercambio de esa testigo con Argañaraz, quien respecto de la "contratación de gente" le habría dicho que siempre trabajaban con el mismo personal de seguridad, de sonido y de iluminación. Pero no es lineal la vinculación de ese extremo con que "lo decidían de manera conjunta" porque esa información que aporta la testigo proviene de dos fuentes completamente diferentes: aquella de una charla con Argañaraz, ésta de una mera *suposición* propia de ella.

Luego, estos testimonios no permiten controvertir la afirmación del Tribunal sobre la inexistencia de una decisión sobre aspectos relevantes de la organización del recital del día del hecho que aquí se investiga, ni de ningún otro, sino sólo suponer cuestiones relativas a las relaciones públicas de la banda (especialmente con la prensa), al "formato" de las entradas, el lugar de la presentación, y en general a la contratación de personal.

Los recurrentes también señalan que las decisiones de la banda musical tuvieron real incidencia en las cuestiones de seguridad, especialmente en la elección del personal y en las condiciones en que Argañaraz llevaba a cabo sus funciones. Allí, se citaron los testimonios de Alfredo Díaz, Daniel Coria y Mirta Enríquez, la prueba nº 116.3.55 y la entrevista del 28/04/2004 en la radio "Rock & Pop".

En cuanto aquí importa, Alfredo Mario Díaz (empleado del local) sostuvo que cuando "*los portones principales se arrimaron para ser cerrados* […] *vio a Argañaraz, quien le manifestó que abra esos portones porque hacía mucho calor;* [pero] *no le hizo caso, pues si abría esas puertas, toda la gente que estaba afuera hubiera ingresado por la fuerza. No recordó que alguien de la banda 'Callejeros' hubiera efectuado otro requerimiento*" (fs. 66.589).

De aquí surge que ninguno de los miembros de la banda distinto de Argañaraz dio indicaciones a un empleado del lugar como Díaz (quien, por otro lado, también podía recibir directivas de Villarreal), que estaba involucrado en decisiones relevantes, como por ejemplo cerrar los "portones violeta", tal como surge de su testifical; lo que tampoco mella la conclusión del Tribunal de Juicio. Por lo demás, la mención de ese testigo a lo sucedido en otra fecha respecto de otra banda de música nada puede aportar al conocimiento de lo acontecido el día del hecho principal.

Por su lado, Daniel Arturo Coria "[d]*estacó que él no recibió ninguna directiva relativa a la pirotecnia, pero resaltó nuevamente que su función consistía en controlar el acceso al VIP, donde había una reja que abría para que pasaran las personas autorizadas*". Cuando fue interrogado sobre "*si tuvo contacto con los músicos, respondió que el día 29 cuando ingresó al local ni bien llegó se dirigió al baño y vio que la banda estaba efectuando la prueba de sonido*" (fs. 66.523 vta.). Otro testimonio aportado del cual no surge intervención alguna por parte de los músicos el día del hecho.

A su turno, Mirta Enríquez dijo "*que no conocía el local 'República Cromañón' y que nunca había trabajado como seguridad del grupo 'Callejeros'*" (fs. 66.537 vta.). También puso de relieve que "*en 'República Cromañón' la lista de invitados era manejada por la Srta. Aldana Aprea, quien era la jefa de prensa de*

'Callejeros' y que la presentación ante ella se realizaba luego de ser efectuado el cacheo" (fs. 66.538). En forma clara, de ello no surge ningún indicio respecto de los miembros de la banda.

Por otro lado, el Tribunal de Juicio valoró la "*copia del artículo 'Callejeros' una banda que crece… Lo importante es ser distintos' de la página de Internet de la revista 'Arde Rock and Roll' de Julio de 2003*", donde —en palabras del Tribunal- "*Patricio Fontanet dijo 'En organización mejoramos un montón. Yo no me preocupo por la escenografía, así como no me preocupo por la seguridad, yo se que Diego va a cumplir con eso y hay un laburo metódico'*", lo cual según ese órgano jurisdiccional "*permite extraer la misma conclusión que dejó el juicio: los músicos y el escenógrafo se encargan de lo artístico, el manager de la organización*" (fs. 67.160 vta.).

En verdad, se trata de una entrevista realizada un año y medio antes del suceso, por lo que mal podría aportar información sobre cuáles fueron las conductas respecto del evento del caso; por eso, incluso la conclusión que extrae el Tribunal es limitada a una época anterior. Además, no es posible desconocer otros elementos que dan cuenta de las modificaciones que el grupo tuvo durante ese lapso, lo cual no permite descartar cambios en su organización y despliegue. Luego, ello tampoco aporta información que permita afirmar fuera de toda duda que todos y cada uno tenía incidencia en la tarea asignada a uno en particular, por caso Argañaraz.

Al respecto, los recurrentes citaron en este punto la entrevista radial realizada por el periodista Juan Di Natale a los integrantes del grupo musical "Callejeros" de fecha 28/07/2004 (prueba 274.J), concretamente, a Argañaraz, Fontanet y Vázquez (fs. 66.936 vta./66.937). Pero, este elemento no aporta indicios sobre la cuestión a determinar en este punto: que las decisiones de Argañaraz relativas a los aspectos relevantes de la organización del evento del día 30 de diciembre de 2004 lo eran en función de un acuerdo grupal previo y específico al respecto entre aquélla y éste.

Similares consideraciones caben con relación a las declaraciones de Fontanet en la revista "Si se calla el cantor" nro. 7/04, aportada por la defensa del imputado Villarreal. Entre otras cosas, el primero de ellos dijo que "[n]*osotros queremos que*

la gente se divierta y no echamos a trompadas a un pibe porque prende una bengala como hacen ahí". Explicó que le costaba respirar por las bengalas y se lo hizo saber a la gente pero continuaron prendiéndolas —habría sido en un show en La Plata-. Por último, refirió que los conciertos los "manejan" ellos.

Nuevamente, este elemento no aporta ningún dato sobre el punto en controversia, sino sólo informa que en ciertas ocasiones y determinados lugares, el grupo habría tenido cierto control y mando sobre "la seguridad" de espectáculos *distintos* del que brindaban en "Cromañón" el día del hecho principal. Además, tampoco da cuenta de la participación de *todos* sus integrantes en esas cuestiones, por lo que tampoco sustenta la proposición fáctica que postulan los acusadores en contra de la conclusión del Tribunal de Juicio.

Por otro lado, los planteos de las acusaciones trasuntan que -desde una perspectiva probatoria- existirían ciertas diferencias sobre la base de las cuales considerar una intervención distinta por parte de cada uno de los músicos del grupo en la organización (en este caso, el establecimiento del control de ingreso) de anteriores eventos, de similares características al del hecho en juzgamiento. Al respecto, señalan como relevante para decidir esta cuestión las visitas que habrían realizado a Cromañón algunos músicos del grupo "Callejeros".

En tal sentido, mencionan al testigo César Branzini, quien dijo que "*Argañaraz y Patricio Santos Fontanet conocían 'Cromañón' con anterioridad a los recitales que la banda brindó en diciembre de 2004*" (fs. 66.613 vta.).

También a Juan Carlos Blander, de cuya testifical se desprende que su "*relación con el grupo 'Callejeros' se circunscribe a dos eventos artísticos; el primero de ellos en 'Hangar' —al momento en que era explotado por el declarante- y el restante en el estadio de 'Obras Sanitarias' -siendo el testigo quien estaba a cargo de la seguridad del espectáculo-*" (fs. 66.561 vta.). Quien agregó que "*les hizo saber sobre la prohibición de ingresar con pirotecnia* [y que] [t]*al circunstancia generó una discusión con 'Callejeros' dado que ellos entendían que las bengalas eran parte del folklore del grupo*". A ese encuentro "*concurrió Fontanet junto a un sujeto del mismo sexo. Los temas apuntados se decidieron en ese mismo momento, es decir, con las*

dos personas precisadas"; sobre la otra persona "*aseveró que podría tratarse de 'Diego', manager de la banda*" (fs. 66.563). Cuando testificó en el debate oral afirmó que Argañaraz le había manifestado que la banda no iba a aceptar que se prohíba el ingreso de bengalas, por que "*las bengalas eran parte de su público, y que la banda no iba a aceptar que no se lleven bengalas, sino no tocaban*" (fs. 66.563/66.563 vta.).

En cuanto al primero de los testimonios, es escasa la información que aporta, dado que no era la primera vez que la banda "Callejeros" daba un recital en "Cromañón", de lo cual se deduce, sin mayores precisiones, que conocían el local desde tiempo antes del suceso. En cuanto al segundo, aporta datos relevantes pero solamente referidos a dos imputados, es decir, a Argañaraz y Fontanet. En efecto, una discusión en la cual *ellos* manifestaron un interés en que se ingresara pirotecnia en ocasión de dar un recital; pero no provee de ningún elemento que permita extender esa información a los demás miembros del grupo, por lo tanto no contamos con indicios que den cuenta de la intervención de éstos últimos. Pero además, fundamentalmente esos elementos se refieren a fechas diferentes de la del hecho principal, por cual su valor convictivo es nulo en este proceso incluso respecto de los dos imputados mencionados.

Con relación a este punto los impugnantes mencionan las distintas declaraciones y manifestaciones que los miembros de la banda "Callejeros" (en especial aquellas de Argañaraz, Cardell y de Fontanet), de los cuales —entienden- se inferiría el extremo fáctico en cuestión.

Ahora bien, estos imputados así como los demás músicos prestaron declaración indagatoria al comienzo del debate oral y público (cfr. punto VII de la sentencia) por lo tanto sus dichos prestados en la etapa de instrucción conforme al análisis realizado en torno del art. 378, C.P.P.N., carecen de valor para formar la convicción del juzgador, tal como lo expuse oportunamente.

Lo que debo dejar sentado en este punto es que toda conclusión debe respetar la centralidad del debate oral y público. Por lo demás, ese acto —declaración durante la instrucción-, que conserva una denominación propia de la tradición inquisitiva del enjuiciamiento penal en la cual la confesión es la prueba

primordial (*confessio est probatio probatissima*), es un acto eminentemente de defensa en el inicio de la investigación. Ya he indicado el valor probatorio de esos dichos al momento de la decisión final.

Por otro lado, se introdujo un argumento vinculado a la capacidad del local. En ese sentido, se aduce que en tanto todos los miembros de "Callejeros" decidían cuántas entradas se ponían a la venta, ellos debían responder por el resultado disvalioso en cuanto estuviera determinado por ese factor.

Al momento de analizar los hechos relativos a la intervención de Argañaraz reseñé los testimonios con relación a esos acontecimientos. Remitiéndome a ello, corresponde aquí señalar que no brindan información de la cual inferir que una persona distinta del manager haya tomado intervención en la puesta en venta, control de liquidaciones y rendición de cuentas.

En particular sobre la decisión de cuántas entradas poner a la venta, tanto los dichos del propio Argañaraz como las testificales de Lucas Hasmat, Martín Alejandro Hasmat y Ezequiel Martín Orlando —ya analizadas- remiten al "manager" de "Callejeros" en singular. Nuevamente, si el contenido de las decisiones que se pueden dar por acreditadas no se vincula con actividad organizativa alguna, no es posible asignar responsabilidad penal en los términos que se pretende.

En consecuencia, como se advierte de este desarrollo *ninguno* de esos elementos de prueba aporta datos o información válida sobre su conducta el día del hecho; que es aquello sobre lo cual se pronunció el Tribunal de Juicio. Ninguno da cuenta de *la participación concreta e individual de cada uno de los imputados respecto de cuestiones específicas relativas a los aspectos organizativos examinados en este caso con relación al resultado disvalioso producido el 30 de diciembre de 2004*.

Es decir, no aportan indicios sobre qué implica esa toma de decisiones, qué cuestiones se hayan contenidas en ella; sin pruebas sobre ese contenido cualquier proposición inferida carece del debido sustento probatorio. Afirmar genéricamente que "todos tomaban las decisiones" no quita que se deba establecer y acreditar el contenido de las decisiones que adoptaban conjuntamente, cuando de lo que se trata es de identificar una conducta personal que fundamente la atribución de responsabilidad

por el hecho a partir de la intervención de un tercero en cuestiones concretas.

Por ello, siempre en cuanto a qué pruebas pueden ser valoradas al momento de la decisión final, entiendo que, a diferencia de los jueces Riggi y Catucci y en concordancia con lo decidido en la sentencia, resulta claro que de esos elementos de prueba no es posible inferir válidamente y con certeza que el día del hecho las conductas desplegadas por Argañaraz en torno a la organización obedecían a un acuerdo colectivo cuyo contenido *específico* tratara sobre la organización con relación a cuestiones directamente vinculadas con los factores que fueron determinantes del resultado. Sólo se pudo saber -con relativo grado de conocimiento- que ellos decidían cuestiones *generales* de los recitales, como por ejemplo el lugar en el cuál actuarían.

Claramente: de los elementos arrimados al juicio no se puede inferir, fundadamente, la intervención de *todos* ellos en la organización de cuestiones específicas; sino que para ellas tenían su "manager". Por ello, es razonable concluir que los miembros de "Callejeros" —salvo Argañaraz- no intervinieron respecto de aspectos directamente vinculados con el hecho puntual objeto de este juicio, del tipo de los que fueron discutidos en el debate y plasmados en la sentencia que aquí se pone en discusión (uso de pirotecnia, estado de los medios de salida, materiales instalados en el cielorraso y cantidad de público); ellos delegaban desde antes esos aspectos en su "manager".

Esta sustancial distinción entre decisiones *generales* acerca de la producción del espectáculo y *específicas*, que el día del hecho fueron determinantes del resultado, deben ser atendidas, pues se trata de acreditar una conducta individual que fundamente la responsabilidad penal por el hecho en los términos antes expuestos (principio de culpabilidad) que no puede ser suplida o completada con *cualquier* intervención de los imputados con relación a *cualquier* aspecto relacionado directa o indirectamente con el evento bajo juzgamiento, sino sólo con los factores determinantes del resultado.

Así, en el caso, no contamos con elementos que permitan afirmar la existencia de una intervención individual por parte de cada uno de los imputados que los vinculara con el accionar imprudente desplegado por Argañaraz. Luego, las pruebas

mencionadas y los argumentos esgrimidos por los recurrentes no permiten invalidar la afirmación del Tribunal de Juicio sobre los integrantes del grupo "Callejeros" respecto de la puesta en marcha del espectáculo el día del hecho principal, que no se presenta como arbitraria.

c) Particular situación del imputado Fontanet.

El Tribunal de Juicio trató en particular la situación del imputado Fontanet cuando advirtió que "*alguien podría sostener que como el nombrado era el cantante y líder artístico de la banda, tenía la facultad de detener el recital en las condiciones en que se estaba desarrollando, sobre todo desde su ubicación en el escenario y dado que era el más escuchado por el público*". Incluso -prosiguió ese órgano jurisdiccional- el día del hecho "*se dirigió a los espectadores luego del discurso de Chabán y les solicitó que se portaran bien*", por lo que "[p]*odría decirse aquí que incluso Fontanet sabía del riesgo que se podía llegar a correr si el espectáculo continuaba*" (fs. 67.231 vta.).

Sin embargo, contestó que "*aún cuando el cantante haya tenido la posibilidad de intervenir o haya sido conciente del peligro, jamás puede ser autor penalmente responsable por omisión, si es que no ocupa una posición de garante*" porque "*no co-organizó concretamente el recital*" (fs. 67.231 vta.).

Finalmente, el Tribunal de Juicio analizó la relevancia jurídico penal de una intervención —que pudo tener por acreditada- por parte de Fontanet el día del hecho: su frase "¿se van a portar bien?" antes de comenzar el espectáculo. En concreto, hizo dos consideraciones sobre el punto.

Primero, aseveró que "*durante el transcurso del debate, han declarado una cantidad considerable de concurrentes al recital del 30 de diciembre, que han sido consecuentes en sostener que no solamente el uso de pirotecnia era habitual en cualquier banda de rock, sino que lisa y llanamente el mensaje de los miembros de 'Callejeros' sobre el punto era contrario a su empleo* [y destacó que] *minutos antes del incendio Fontanet se pronunció en contra del uso de pirotecnia, tratando de dirigirse al público de manera tal de disuadirlo acerca del empleo de esos elementos y de calmar los ánimos que se habían exaltado luego del discurso de Chabán*" (fs. 67.227 vta./67.228; subrayado agregado).

Lo cual en su visión demostraba "*una actitud que de ningún modo puede catalogarse como de fomento al uso de pirotecnia* […] [m]*ás 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*" (fs. 67.228).

En segundo lugar, precisó que "*el 30 de diciembre* [Fontanet] *se dirigió a los espectadores luego del discurso de Chabán y les solicitó que se portaran bien. Podría decirse aquí que incluso Fontanet sabía del riesgo que se podía llegar a correr si el espectáculo continuaba. Pero* […] *sólo aquellos que participaron activamente en la organización del evento eran garantes genéricos por haber asumido el deber de controlar la fuente de peligro que comporta la realización de un espectáculo de concurrencia masiva y porque la ley así lo dispone respecto de los organizadores. Esto falta justamente respecto de Fontanet*" (fs. 67.231 vta.; destacado añadido).

Ante ello, debo analizar las alegaciones que —también- se han realizado en particular sobre la situación del cantante de "Callejeros" (Fontanet); adelanto, sin embargo, que no se demuestra la existencia de un supuesto de arbitrariedad en la valoración de Tribunal de Juicio y tampoco se logra alcanzar el grado de conocimiento necesario en esta etapa del proceso (certeza); razón por la cual corresponderá mantener la decisión del Tribunal de Juicio al respecto (art. 3, C.P.P.N.).

La razón es que sobre su actuación contamos con elementos que *en principio* permitirían inferir *alguna* intervención personal en situaciones concretas respecto de la organización pero estas se refieren a *otros* recitales. Ya he descartado la pertinencia de este tipo de pruebas y los argumentos que se pueden derivar, por lo que a esas observaciones me remito.

Ahora bien, la querella representada por el Dr. Iglesias señaló que Fontanet y Argañaraz desempeñarían un rol fundamental en la organización, asumiendo una posición de garante mientras que Vázquez y Carbone tendrían un rol diferenciado y se afirmó que los distintos grados de decisión se debían establecer por medio de la graduación de la pena

Sin embargo, esa proporción fue hecha manteniendo la tesis de que *todos* intervinieron en la disposición y establecimiento de

los aspectos relevantes de la organización del recital, por lo que se trata de una petición de principio.

Además, se presentan confundidas dos cuestiones sustancialmente diferentes. Al momento de determinar la responsabilidad penal de una persona lo primero que se debe hacer es probar el hecho que se le imputa, así como su participación en él; esa es la cuestión que se discute en este punto. Cuando se postula que todos los miembros de "Callejeros" decidían las cuestiones relevantes, el agregado relativo a la medición de la pena en nada confirma la tesis de la acusación porque no introduce ningún elemento que permita dar por acreditado, en los hechos, esos diferentes grados de decisión. Por lo tanto, dicha posición se adelanta en la aplicación de las reglas propias de la determinación de la pena, ajenas por completo a la determinación de la base fáctica; a mi ver ese tipo de argumentación no puede prosperar.

A pesar de ello, se debe tomar nota del señalamiento sobre la conducta del imputado Fontanet una vez que apareció en el escenario de "Cromañón" el 30 de diciembre de 2004.

Los impugnantes han remarcado varias veces los términos de su intervención (en especial la expresión: "¿se van a portar bien?") como un claro indicador de su conocimiento del riesgo que suponía el uso de pirotecnia en esas circunstancias. El Tribunal de Juicio hizo dos apreciaciones sobre este punto, que han sido reseñadas párrafos arriba.

En efecto, durante el transcurso del juicio, varios concurrentes hicieron referencia directa a esta cuestión. Corresponde reseñar las afirmaciones de algunos testigos que, por su ubicación en ese momento y lo detallado al declarar, pueden ser considerados como más relevantes en términos de valor probatorio.

El testigo Pablo Nicolás Lucero Sosa, quien se encontraba parado delante del escenario en la parte central, dijo que "*Fontanet pidió desde el escenario que no tiraran bengalas porque generaban mucho humo* [y] *les preguntó si se iban a portar bien*" (fs. 66.422 vta.). Por su parte, Miriam Paniagua afirmó que luego de los dichos de Chabán se presentó el grupo y "*el cantante dijo 'entendieron lo de la bengala' y preguntó en tres ocasiones 'se van a portar bien*". Asimismo, Amelia Soledad Fleita declaró que "*salió Fontanet y dijo 'loco lo que dice es que se dejen de joder*

con las bengalas porque no tocamos' [después] *salió la banda y el cantante volvió a expresarse preguntando si se iban a portar bien*" (fs. 66.867).

También María Inés Peralta dijo que "*salió 'Pato' al escenario y les refirió a los asistentes 'chicos lo que está diciendo es que no tiren petardos, ¿se van a portar bien?'*". Sonia Mabel Bellocardillo agregó que "*el cantante de 'Callejeros' también solicitó que cesaran con la pirotecnia y preguntó si se iban a portar bien*" (fs. 66.852 vta./66.853). En igual sentido, Iván David Dequi manifestó que "*tomó el micrófono el cantante de 'Callejeros' y dijo 'ya está, ya entendieron, no se puede tirar acá, sino nos morimos, nos prendemos fuego. 'Se van a portar bien?', respondiendo el público que sí*". Finalmente, Federico Claramut sostuvo que "*salió al escenario el cantante de Callejeros, Pato Fontanet, quien le pidió al público que se calmara y les preguntó si se iban a portar bien*" (fs. 66.375).

En fin, conforme surge del debate, sobre la existencia de esa frase declararon aproximadamente otros veintitrés testigos: Leonardo Andrés Almirón, María Victoria Arana, Matías Arcori, Sergio Bogochwal, Javier Alejandro Domínguez, Laura Andrea Barrios, Facundo Gil Sanz, Carla Preiti, Ramón del Valle Sosa, María Soledad Gómez Casadidio, Nelson Alejandro Pailos, Gustavo Martín Pascual, Aldana Soledad Villamil, Jorge Fernando Prieto, Agostina Gisella Venegoni, Pablo Ariel Peluffo, Amelia Esperanza Ramella, Christian Daniel Cires, Diego Benito Sánchez, Rubén Darío Camejo Zárate, Sonia Elizabeth Cancinos, Ayelén Mariel Rodríguez Jiménez y Paula Mónica Marcheschi.

Con estos elementos se puede inferir fuera de toda duda que esa frase existió. A su vez, corroborada por video aportado por Canal 13 (fs. 21.273/4 y 21.275/6) -que el Tribunal también valoró (cfr. fs. 66.935)- permite asignar cierto grado de veracidad a los dichos reseñados en tanto son todos coincidentes entre sí.

En concordancia con lo afirmado por el Tribunal de Juicio considero que de las expresiones de Fontanet en los momentos previos al inicio del recital del 30 de diciembre de 2004, con relación al uso de pirotecnia, es razonable inferir *algún* conocimiento del peligro que implicaba en esas circunstancias. En tal sentido, se debe tener en cuenta que su alocución retomó —con

otra terminología- la advertencia o llamado de atención al público anteriormente realizado por Chabán; quien había conectado esa utilización con un peligro concreto: el incendio del lugar, la cantidad de asistentes y el estado de las vías de evacuación, ilustrando las consecuencias con un incendio de similares características y consecuencias para la vida y salud de las personas, públicamente conocido.

Sin embargo allí terminó la intervención de Fontanet el día del hecho; luego de una respuesta presuntamente afirmativa y general por parte del público, inmediatamente el grupo comenzó a ejecutar el primer tema del recital. Ello, por los fundamentos expuestos en la sentencia, elimina toda relevancia penal de esa conducta.

En efecto, existe una apreciación realizada por el Tribunal de Juicio en el sentido de valorar esos dichos como una advertencia en contra de la utilización de material pirotécnico en tales circunstancias. No se demostró que esa valoración adolezca de un vicio tal que torne en arbitraria la decisión. Conforme lo señalé al inicio de este acápite, no es posible ahora practicar un nuevo juicio sobre las pruebas cuando no se demuestra ese extremo, que tampoco da cuenta sobre el real conocimiento del alcance de *todos* los aspectos determinantes del resultado.

Pero además, el Tribunal de Juicio destacó que ese hecho (el conocimiento) no tiene relación con *una intervención del imputado relativa a los factores determinantes del resultado*, punto en cuestión indispensable para dar por configurada su responsabilidad desde el prisma jurídico del tipo penal aplicable al caso. Es decir, el razonamiento del Tribunal de Juicio es que el conocimiento inferido a partir de esa frase podría configurar —sólo- el aspecto subjetivo del tipo penal aplicable al caso. Ya dije en el apartado anterior —con relación a la totalidad de los miembros de "Callejeros"- por qué era necesario acreditar una *actuación específica*; a esas observaciones me remito.

Como cualquier otro, éste consta de un aspecto objetivo que —en el caso de la imprudencia también- consiste en una *acción* que tiende a la producción del resultado como consecuencia (aunque éste no constituya el fin explicito del agente) una violación a un deber de cuidado atribuible ante una posición de garantía. Aquel *conocimiento* constitutivo del aspecto subjetivo no alcanza a

acreditar estos otros elementos del tipo penal en cuestión, porque en verdad se trata de un fenómeno completamente diferente; por lo tanto, concuerdo en que a partir de ese conocimiento no se pueden acreditar los aspectos objetivos necesarios en términos penales.

Como ya adelanté, la eventual participación que Fontanet haya tenido en hechos anteriores constituye indicio un muy débil de su participación en el hecho principal.

Sus manifestaciones respecto de que había lugares donde no "manejaban" la seguridad y otros que sí, darían cuenta del conocimiento y ascendencia sobre *esos* recitales. Pero el carácter general de esa afirmación sobre el contenido de las cuestiones que "manejaban" limita el valor de ese indicio y, de la misma forma que con relación al resto de los imputados, su peso convictivo es insignificante para acreditar el hecho aquí bajo juzgamiento. De igual forma, respecto de la ocasión en la cual Fontanet habría intervenido en una discusión directamente vinculada al uso de pirotecnia en el interior de un local (testifical de Blander), considero que constituye un indicio que no contiene otra información que la que provee su frase antes de comenzar el espectáculo.

Es que -también en este caso- el aspecto central de esos elementos de prueba es que se refieren a eventos diferentes de aquel en el marco del cual se produjo el hecho del caso y ninguno aporta información concreta sobre los movimientos de Fontanet ese día, lo cual constituyó el argumento central del Tribunal de Juicio al momento de decidir el punto. Para demostrar arbitrariedad en esa conclusión era necesario contar con algún elemento que dé cuenta de *la conducta de ese día* y los indicios que provienen de situaciones análogas anteriores resultan a mi juicio insuficientes para acreditar su participación en el hecho del 30 de diciembre de 2004.

Además, en el caso también están presentes otros elementos que demuestran los cambios operados en la dinámica del grupo en los últimos meses y los dichos del mismo Fontanet al señalar -tiempo antes del hecho- que él ya no se ocupaba más de la seguridad porque existía un trabajo "metódico" al respecto, indicando que esa tarea estaba en manos de Argañaraz. Esta circunstancia limita aun más la posibilidad de reconstruir el

hecho de la participación *solamente* sobre un razonamiento que implique extrapolar experiencias previas al caso en juzgamiento.

Por lo demás, las referencias a los fundamentos expuestos por el órgano de control de los actos de la instrucción al momento de examinar el procesamiento de los imputados, en nada pueden incidir en esta etapa del proceso porque esa fase tiene un objeto limitado y diverso al del juicio (art. 193, C.P.P.N.), de lo que se trata en esta instancia es de controlar los argumentos del Tribunal de Juicio expuestos en la sentencia basados en las pruebas producidas durante el debate oral y público, a las cuales el mencionado órgano jurisdiccional nunca pudo tener acceso.

Por todo ello, concluyo en que no se puede afirmar una intervención por parte de Fontanet, ya sea de "propia mano" o fundada en una decisión suya sobre la base de la cual actuó un tercero (Argañaraz), en la determinación y disposición de aspectos vinculados con la producción del incendio del 30 de diciembre de 2004 en el interior del local "Cromañón" en ocasión del recital de la banda "Callejeros", tal como se discute en el caso.

d) Conclusión.

Por las razones expuestas, entiendo que la aplicación del principio que manda resolver en favor del imputado en el supuesto de duda sobre los hechos (*in dubio pro reo*) realizada por el Tribunal de Juicio resulta correcta y una consecuencia razonable de la carencia de datos relevantes aportados al debate en orden a satisfacer el estándar probatorio necesario para destruir el estado jurídico de inocencia del que legal, constitucional y convencionalmente goza un ciudadano sometido a proceso penal: certeza. Y dicha interpretación aparece como la más respetuosa del principio *pro homine*.

El análisis de los fundamentos relativos a la determinación de los hechos a la luz de los agravios presentados con relación a los miembros de "Callejeros" impide llegar a una conclusión diferente de la que se arribó en la sentencia que aquí se revisa, pues no existe elemento alguno que permita si quiera reconstruir su participación en los hechos aquí bajo juzgamiento. Todo ello impide una modificación de la decisión liberatoria adoptada por el Tribunal de Juicio con relación a estos imputados.

En concreto respecto del imputado Fontanet porque los elementos con los que contamos no permiten arribar al estado de

certeza necesario en esta etapa del proceso, sobre lo cual queda latente el grado de conocimiento que —solamente- habilitó la realización del juicio.

Todo ello impide la modificación de la decisión adoptada por el Tribunal de Juicio por la que los imputados fueron absueltos y, ahora, los acusadores pretenden que esta Sala revoque y adopte una contraria a los intereses de los acusados. Al respecto, la representante del Ministerio Público de la Defensa Dra. Pollastri señaló al momento de su exposición oral en los términos del art. 465, C.P.P.N., que "*en este caso también rige la garantía del doble conforme consagrada en el art. 8, punto 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde* […] *el doble conforme sólo ampara al justiciable, por lo tanto la potestad recursiva del Ministerio Público Fiscal, y también de las querellas, encuentra una fuente únicamente local, y así como se ha dicho reiteradamente,* […] *entendemos que en este caso la Cámara tendrá que intervenir con la única finalidad de asegurar que los agravios federales de los recurrentes se conviertan como en un producto más elaborado antes de llegar a la Suprema Corte* (sic)" (audiencia del 24 de febrero del corriente, 2da. Parte, 2 hs., 38 min.).

Es que se ha sustanciado un juicio en la forma que indica la ley, por lo que no es posible invalidar lo decidido con relación al grupo en cuestión. El Tribunal de Juicio, con la inmediación que no cuenta esta instancia revisora, ha concluido de modo razonable que la prueba producida no le alcanzaba para condenar. Me pregunto entonces, si encontrándonos en peores condiciones —sin inmediación- se puede arribar a un resultado contrario.

A esta altura, la conclusión de la clásica monografía de S. Santis Mélendo cobra vital importancia cuando señala que "*no se trata de duda, sino de otro fenómeno: falta de pruebas. Cuando se dice* in dubio pro reo *se está diciendo que, a falta de pruebas, hay que absolver al reo; y esto parece que no necesita justificación. El juez no duda cuando absuelve. Está firmemente seguro, tiene la plena certeza: ¿de qué? De que le faltan pruebas para condenar.*" (SANTIS MÉLENDO, S., *In Dubio Pro Reo*, EJEA, Buenos Aires, 1971, p. 158). Y mi percepción al respecto es coincidente

con la de los jueces que presenciaron el debate oral y público: no se alcanzó el grado de conocimiento que habilita una condena.

Luego, *sin perjuicio de las consideraciones que deberé hacer dada la discrepancia de mis colegas respecto de la relevancia penal de estos hechos*, se debe concluir en afirmar que sobre las cuestiones fácticas involucradas no han sido aportados elementos probatorios ni razones valederas para modificar la absolución dispuesta por el Tribunal de Juicio con relación a Santos Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y Cardell (arts. 1, 3, 123, 168, 456, inc. 2, y 471, C.P.P.N.; 18 y 75, inc. 22, C.N.; 8.2. y 8.2.h, C.A.D.H.; 14.2, P.I.D.C.P.).

5. Cuestionamientos respecto de Villarreal.

Tanto el representante del Ministerio Público Fiscal como los acusadores particulares cuestionaron la valoración de ciertos testimonios en torno a la participación de Raúl Alcides Villarreal en el hecho principal.

La primera de esas partes, se agravió porque habría sido desconocida *"la general formación en el medio artístico del imputado, las características de la conducta que fuera desplegada por Villarreal"*. En este sentido, indicó que *"no sólo permitió sino que implementó una forma irregular y paralela de ingreso de gente al local República Cromañón, que consistió en recibir dinero directamente de los asistentes quienes ingresaban sin pasar los controles"*, lo cual *"preocupaba al mismísimo Argañaraz, tal como lo señalara éste en su indagatoria"*.

Señaló que Laura Mirta Fernández *"lo vio en la mitad de la calle revendiendo entradas"*, los empleados de "Locuras" *"dieron cuenta del manejo que tenía Villarreal en cuanto a la organización del ingreso del público"* y Diego Argarañaz *"recordó que esa noche Raúl Villarreal 'dio puerta'; circunstancia ésta que jamás fue negada por el propio imputado amén de haber sido corroborada con meridiana claridad en los testimonios de los empleados de Chabán y hasta del grupo de personas que a pedido de la banda controlaba el ingreso con Lorenzo Bussi a la cabeza, quien recibía a su vez las órdenes precisas de Villarreal"*.

Agregó que ese extremo se ve confirmado por *"el horario de arribo de Chabán, es decir que el organizador, pues así lo definió el Tribunal, llegó al lugar a pocos minutos de comenzar el show de Callejeros* […] *que 'dio puerta', actividad que conlleva, y ello*

fue avalado en forma unánime de parte de todos aquellos a quienes […] *se ha interrogado, la especial tarea de controlar el interior y el exterior del local 'todo'*".

En particular señaló que "*la noche del 30 ordenó a Mario Díaz cerrar los portones 'aquellos más grandes de ingreso, los únicos verdaderamente de ingreso' color violeta, a quien ayudó en la tarea*". En conclusión, "*controlaba la puerta y por su siempre estratégica ubicación y ante sus ojos dejó ingresar gente al lugar hasta que ni un alfiler cabía, eximidos de control*".

Asimismo, criticó la afirmación del Tribunal *a quo* en el sentido de que su tarea no era imprescindible en el lugar y que era una persona totalmente fungible "*porque de ningún testimonio ha surgido siquiera indicio para poner en tela de juicio nuestra afirmación, tal como la sostenemos. Aclaramos que si los jueces entendían reemplazable a Villarreal, ni atisbo tuvo la sentencia de referir en quién podrían haber recaído las precisas tareas que Raúl Villarreal llevaba adelante*". Al respecto, preguntó si "`*Dar puerta´ la noche del 30 con todas las implicancias que como bien sabemos conllevó, amén de haber vendido entradas aumentando sin control alguno el número de espectadores, tener bajo su control las puertas de acceso, ordenar el cierre de las principales al momento del comienzo del show* […] *¿fueron meras colaboraciones?*".

De ello dedujo su "*indiscutido aporte y la exclusiva colaboración de Villarreal* […] *como esencial en cuanto a su necesario protagonismo y dominio de la situación, al punto de que el mismo Chabán podía ausentarse garantizándose por medio de este partícipe, que todo fuera llevado adelante*". En tal sentido, remarcó que Villarreal "*libre y deliberadamente realiz*[ó] *un aporte que se considera vital para llevar adelante una actividad con la elevación sustancial del riesgo permitido, aumentando aún más esos riesgos a su esfera de actuación*".

En conclusión, toda vez que "[l]*as funciones específicas de Villarreal estaban dadas por su conocimiento del rubro y la especial confianza que existía con Chabán* […] *era conocedor de la implicancia de cada uno de los factores de riesgo jurídicamente desaprobados que* […] *con su anuencia y colaboración fueron elevados, con directa incidencia en la producción del estrago*".

Por su lado, la querella representada por los Dres. Poplavsky, Molina y Rico, mencionó el testimonio de Juan Francisco

Masullo, según el cual Villarreal habría recibido dinero para hacer pasar personas a "Cromañón", y agregó que él "*manejaba también parte de la seguridad, e incluso podía evitar que ingresantes no sean revisados*".

Luego, criticaron la conclusión a la que arriba el Tribunal de Juicio en el sentido de que este imputado no intervino en la organización concreta del evento del día 30 de diciembre de 2004. Señalan los testimonios de Masullo y Sandoval e indicaron que Villarreal "[n]*o tenía una función específica y podía ser que se colocara en la puerta para observar como ocurrían los ingresos, si veía que faltaba algo podía dar alguna indicación para solucionar el problema y debía cumplirse. Luego de los shows se reunía con Chabán y con su hermano Yamil, junto con el manager de la banda en la oficina del lugar*".

También señalaron el testimonio de Otarola, según el cual este imputado se ocupaba "del tema de las cuentas" cuando Chabán no estaba presente en el lugar y que si bien "*no podía precisar la función específica de aquél en el local,* […] *podía decir* […] *que se encargaba del tema de las boleterías, como ser vender las entradas y hacer los números, manejar los números de la fecha*", además de "*que si recibían una orden de Villarreal y no estaban Omar ni Yamil, debían cumplirla*".

Por todo ello, postulan que Villarreal tuvo intervención en la organización del recital en el marco del cual se produjo el hecho aquí juzgado.

También argumentaron en torno de la "fungibilidad" alegada por el Tribunal de Juicio. Plantearon que "*estaba plenamente interiorizado en el negocio, con absoluto conocimiento sobre la organización del mismo, su giro comercial y dinámica en cada evento que se llevaba a cabo, y con un importante grado de independencia en lo que a decisiones sobre el funcionamiento del local respecta*". En síntesis, "*como la persona de confianza de Chabán que, sin encargarse de nada en particular,* ***est[aba] al tanto de todo*** *y* [tenía] *injerencia en cualquiera de los aspectos del negocio*".

Los impugnantes también hicieron hincapié en el aporte y conocimiento de los factores de riesgo por parte de Villarreal. Concretamente, sostuvieron que "*Villarreal era realmente una de*

las personas que organizaba los recitales que se llevaban a cabo en 'REPÚBLICA CROMAÑON'".

En ese sentido, dicen que "*Villarreal participaba de las reuniones que Chabán tenía con las bandas, incluso las contactaba él mismo y, en esos términos, se acordaban las entradas que se venderían*". Además, por su experiencia "*no le podía pasar inadvertido ante sus ojos un lugar que, por dichos de varios de los asistentes, se hallaba 'colmado' o 'sobrepoblado'*".

En cuanto al estado del portón alternativo, aducen que su estado "era por todos conocido" y "*mal podía ser ignorada por Raúl Villarreal, máxime teniendo en cuenta* [su] *protagónico rol*". Al respecto, agregaron que "*pudo y debió arbitrar los medios necesarios para procurar su apertura o, al menos, intentar organizar la salida por las otras puertas*".

Por último, manifestaron que "*si el riesgo se hacía evidente a sus ojos, su conducta ilícita finca, justamente, en haber desoído esas advertencias y haber hecho el aporte que le correspondía para que el espectáculo se llevase adelante de todos modos* […] *Y, si no fuese así, si él sabía que no tenía ni la autonomía ni el poder para corregir esas falencias, no debería haberlas avalado*".

Finalmente, los querellantes representados entre otros por el Dr. Verdú, reseñaron una serie de irregularidades que presentaba el local "Cromañón" y postularon que el imputado Villarreal "*previendo que todas esas circunstancias podrían desencadenar en un suceso como el finalmente acontecido, prefirió seguir adelante con el espectáculo y llevarlo a cabo, sin importarle aquellas circunstancias apuntadas y los previsibles resultados que a partir de ellas resultaban esperables*".

En tal sentido, sostuvieron era responsable en términos penales "*atento su carácter, claramente probado en el juicio, de coordinador general del local `República Cromañón´ con directa ingerencia, en consecuencia, sobre los espectáculos que en el mismo se efectuaban*". Citan testimonios que, a su criterio, sustentan tal extremo.

Por otro lado, postularon que "*no podía escapar a su conocimiento que la puerta de emergencia estaba cerrada, que los matafuegos no funcionaban y que el techo y las paredes del local se encontraban cubiertos con materiales de fácil combustión*" y,

por lo tanto, no "*puede ser considerado ajeno al deficiente cacheo que, en definitiva, permitió el ingreso de pirotecnia al lugar*".

Asimismo, agregaron que "*desplazar totalmente la responsabilidad de Villarreal por las acciones y omisiones de Chabán significa desconocer, arbitrariamente, teniendo en cuenta lo probado en autos, que Villarreal pudo arbitrar el cuidado mínimo para proceder a la apertura de la puerta de emergencia una vez desatado el incendio y comenzada la evacuación. También pudo observar tal conducta con las puertas de doble hoja por las cuales había ingresado el público*".

En razón de estas consideraciones, plantearon que Villarreal debía "*responder por ese resultado muerte*", como coautor, junto a Omar Emir Chabán, por las acciones y omisiones que mencionan.

Tal como se destaca en el voto que lidera este Acuerdo, las impugnaciones se dirigen a cuestionar la conclusión del Tribunal de Juicio según la cual este imputado no desplegó *una conducta o acto* sobre la cual afirmar que tuvo intervención en el suceso aquí juzgado; lo cual, al igual que en los casos anteriormente tratados, invalida cualquier argumento apoyado exclusivamente sobre características de la persona (por ejemplo, su función de "coordinador" o semejante). Por eso, más allá de las diferentes calificaciones legales propuestas, la discusión remite a consideraciones de valoración probatoria y determinación de la base fáctica.

Ahora bien, ya en oportunidad de analizar los agravios sobre la determinación de los hechos relativos a los miembros del grupo musical "Callejeros" —quienes al igual que Villarreal fueron absueltos por el Tribunal de Juicio con relación al hecho principal- expuse mis reparos en orden a la prohibición de doble persecución penal (*ne bis in ídem*) y juzgué que en estos casos lo que se debe determinar es si la decisión cuestionada adolece de algún vicio de magnitud tal que permita su revisión en contra del imputado y en tutela del derecho de las víctimas; único extremo que —por los criterios jurisprudenciales allí citados- permitiría realizar esa modificación.

Con ese fin, para dar mejor respuesta a los planteos de las partes se debe determinar si el Tribunal de Juicio desconoció pruebas producidas durante el debate, valoró éstas de forma

arbitraria o irrazonable o desconoció las reglas de la lógica o la sana crítica; siempre cuidando de no efectuar un "nuevo juicio". Se impone entonces la necesidad de exponer los argumentos utilizados por el Tribunal de Juicio y examinarlos a la luz de las impugnaciones deducidas, de acuerdo a ese prisma.

Al momento de decidir, ese órgano jurisdiccional dijo que Villarreal no ocupó una posición de garantía. Comenzó fundamentando esa decisión afirmando que "*sólo los organizadores* [Chabán y Argañaraz] *asumen el deber de custodia de la fuente de peligro que comporta un espectáculo y porque así la ley lo dispone. Esas personas son quienes detentan una posición de garantía desde un punto de vista material-formal conforme lo propone la doctrina dominante, no los empleados del lugar donde se realiza el evento, por más jerarquizados o independientes que puedan mostrarse en la estructura de trabajo*" (fs. 67.233 vta.).

En ese sentido, el Tribunal de Juicio señaló que "*Villarreal no se encargó de decidir el número de entradas ni de su comercialización o distribución, no contrató al sonido, ni a la iluminación, ni a la seguridad, ni a los socorristas, ni a la publicidad. Ello lo hicieron el manager del grupo 'Callejeros' Diego Argañaraz y el explotador del local Omar Chabán*" (fs. 67.233 vta.).

En cuanto al sustento probatorio de esa proposición fáctica, dijo que "*no lo mencionaron los encargados de los locales de la firma 'Locuras' que comercializaron las entradas, no lo nombró el sonidista Leggio, tampoco lo hizo Piñeyro, encargado de la iluminación. Lorenzo Bussi no dijo haber sido convocado por él, como tampoco lo hicieron los socorristas Gabriel Porticatto y María Squilace. Por último y como dijimos, los propios acusados dijeron haber acordado entre sí la realización del show, sin mencionar a Villarreal*" (fs. 67.234).

Todo ello le permitió al Tribunal entender que "*no exist*[ía] *prueba objetiva o indicio fehaciente alguno que permita sostener que Villarreal haya participado activamente en la organización concreta del recital del 30 de diciembre de 2004; por ende, al no ser co-organizador no es garante en sentido genérico y no puede responder como autor de una omisión aún en el sentido amplio que maneja la teoría dominante*" (fs. 67.234). En otras palabras, no dispuso ninguna de las condiciones para el desarrollo

del evento; aunque, agregó, "[p]*uede haber realizado alguna colaboración, pero siempre bajo las órdenes de su empleador Chabán, el único explotador del local*" (fs. 67.234). Es que "[n]*o intervino en la fijación del número de entradas a comercializar,* […] *no ingresó o facilitó el ingreso de pirotecnia y no disponía sobre el estado de las vías de acceso,* […] [n]*i siquiera tenía las llaves del local que estaban en el sector de las barras al que también era ajeno*" (fs. 67.236 vta.).

En concreto, ese órgano jurisdiccional se preguntó si "*¿el cuadro de peligro inminente de producción del resultado fue conformado por decisión de Villarreal?*" (fs. 67.234) y respondió en forma negativa ese interrogante, señalando la ausencia de prueba sobre la participación de Villarreal en la organización del recital y, por lo tanto, negó la existencia de una posición de garantía fundada en criterios materiales.

Esta apreciación del Tribunal del Juicio es la que define la cuestión con mayor contundencia -cualquiera sea el prisma jurídico desde el cual se analicen los hechos- y las partes no han reparado en esa observación que, por lo demás, se deriva válidamente de las diferentes proposiciones fácticas construidas a partir de la prueba producida en el debate oral y público; es decir, de los razonamientos construidos desde las premisas hasta la conclusión.

Más todavía, teniendo en cuenta el examen anterior sobre el tipo de actuación por parte de Villarreal y tal como surge de los párrafos recién citados, en la sentencia se fundó la proposición de que ese accionar —aun cuando vinculado a los factores determinantes del resultado- estuvo condicionado por directivas concretas y determinantes de parte de Chabán.

En efecto, el Tribunal de Juicio dijo que Villarreal no tenía dominio sobre la causa fundamental del resultado "*porque estando la figura de Chabán en el establecimiento siempre quedaba al margen su posibilidad de dominio sobre el curso de los acontecimientos*" (fs. 67.234 vta.). Puntualmente, que si bien "*Villarreal era un hombre de confianza de Omar Chabán, su mano derecha, se quedaba a cargo o 'daba puerta' cuando no estaba éste* […] *en realidad allí todos transmitían las indicaciones que emanaban de Omar Chabán, dominador de las situaciones que se*

generaban en el predio, en lo que hace a la estructura de empleados del mismo" (fs. 67.235).

Aclaró ese extremo cuando agregó que el imputado tenía "*alguna libertad de movimiento que Chabán le otorgaba para actuar, especialmente, cuando él no estaba. Ello le permitía hacer ingresar allegados evitando los controles, practicar alguna liquidación, sugerirle a las personas del control la dirección de las hileras de personas o amagar una sanción contra Mirta Enriquez si no cumplía bien su función o recriminar a Bussi porque ya se estaba detonando pirotecnia mientras tocaba la banda soporte. Es que, justamente, respondía a Omar Chabán, el único encargado del establecimiento, pero era su segundo* […] *no su igual*".

Estas apreciaciones son contestes al indicar el ámbito de decisión acotado que el Tribunal entendió tenía Villarreal, de allí que en la sentencia se negó que él haya brindado "*un auxilio o cooperación a los organizadores del evento sin los cuales no hubiesen podido ejecutar el hecho*", toda vez que "*no facilitó o quitó obstáculos a los coautores, ni contribuyó a aumentar el peligro de la realización de la lesión. Únicamente cumplió las directivas que dictaba Chabán y mediante las cuales disponía la forma en que se explotaba el local* [y] *no tuvo ningún tipo de participación en la génesis de los cuatro factores de riesgo que interactuando han configurado la situación típica*" (fs. 67.236/67.236 vta.).

Este constituye otro argumento con relación a este imputado, quien desde la óptica de ese órgano jurisdiccional se limitaba a dar "consejos" a Bussi (personal de seguridad) y no órdenes, dado que era Argañaraz quien controlaba ese grupo de personas pues fue quien los había contratado, aunque aquéllos "[p]*odían interpretarlo fácilmente como una orden. Es que Villarreal dependía en su accionar, justamente, de ese aval dado por su jefe y era en ese marco en el cual permitía el ingreso libre de gente conocida. Justamente dijo dedicarse a las 'relaciones públicas' del lugar*" (fs. 67.235 vta.).

Los recurrentes no han aportado argumentos que permitan, sobre la base de la prueba producida, invalidar esa conclusión por arbitraria o irracional. En tal sentido, no inciden en la decisión las alegaciones de los recurrentes cuando denuncian que el Tribunal de Juicio no habría indicado en quién sino en Villarreal

podía Chabán delegar funciones dado que, precisamente, la conclusión de ese órgano jurisdiccional fue que "*la última palabra de todas formas la tenía Omar Chabán*" (fs. 67.236).

No obstante ello, las acusaciones plantearon que Villarreal habría implementado una forma irregular y paralela de ingreso, revendido entradas en las inmediaciones del lugar y, en general, "manejado" el ingreso de público. En lo que sigue expondré las razones por las cuales entiendo que estas alegaciones no alcanzan a modificar las conclusiones de la sentencia antes reseñadas.

En principio, del curso del debate oral y público surge que quienes se desempeñaban como personal de seguridad reconocían a Villarreal como "encargado" de ese aspecto del espectáculo, pero ninguna información relevante se desprende de esas pruebas, que no logran controvertir la conclusión de que esa cuestión central de la organización estuvo determinada por el aporte de Argañaraz en la confección, puesta a la venta y control de la recaudación proveniente de las entradas expedidas. También con relación al "manejo" de la seguridad, los elementos de prueba mencionaron en el caso de Argañaraz dan cuenta de que éste era quien había montado esa estructura y era supervisor de el modo en que las personas que llevaban directamente a cabo la tarea.

Es que, aunque el testigo invocado por las partes (Otarola) dijo que "*por lo que le habían informado,* [Villarreal] *era jefe de seguridad. Lo veía entrar y salir del 'boliche' mientras trabajaba y le daba órdenes a 'Mario' y, a su vez, éste último le impartía directivas a él y a sus compañeros* [también] *aclaró que nunca estuvo presente en un recital de 'Callejeros' en 'Cromañón'*" y que sus dichos eran por comentarios (fs. 66.669). O sea, se trata de un testimonio de oídas que no se refiere al día del hecho y que aporta datos generales y superficiales; todo lo cual torna insustanciales su testimonio sobre el punto.

A iguales conclusiones se arriba luego del examen de los testimonios de Daniel Coria (empleado del lugar) y Leggio, también alegados como pruebas relevantes por las partes. El primero afirmó que "*cuando ellos llegaban a dichos locales, el nombrado Villarreal le decía a Bussi qué era lo que ellos tenían que hacer, dónde se tenían que armar las filas o cuándo debían abrirse las puertas*"; pero el día del hecho sólo "*lo vio cuando llegó al*

boliche en su interior" y no tuvo ningún contacto con él. El segundo también indicó de manera general que Villarreal "*se ubicaba en la puerta y controlaba el ingreso y egreso del público"* (fs. 66.622 vta.). Es decir, nada informa sobre los pasos de Villarreal el día del hecho.

Solo Veloso contó que "*la noche del 30 de diciembre de 2004* [Villarreal] *vestía de negro y se hallaba en la puerta dándole órdenes a quienes ejercían el control, circunstancia que presenció mientras hacía la fila para ingresar"* (fs. 66.504 vta.); sin embargo, su testimonio no permite conocer en qué consistían los dichos de Villarreal y cuyo carácter de "órdenes" constituye una simple apreciación del testigo.

Por otro lado, los testimonios de De Jesús y Héctor Zerpa no dan cuenta de la posición que ocupaba Villarreal en la estructura de seguridad, porque, por su especificidad con el tema, la información que aportan se relaciona con otro aspecto que será considerado seguidamente: el estado de las vías de evacuación (que tampoco modifica la conclusión, aunque por otras razones).

Luego, estos testimonios se refieren en parte a espectáculos o días anteriores en los cuales los testigos prestaron tareas de seguridad y sólo permiten un escaso conocimiento del rol que desempeñaba Villarreal y cómo era percibido por quienes interactuaban con él. En el caso en que se describieron las circunstancias del día del hecho, solamente se informa que "daba órdenes", sin mayores precisiones. Es decir, nada informan sobre el contenido de esas órdenes y, fundamentalmente, ningún dato del cual se pueda inferir que fueron relevantes en la configuración de las condiciones o factores conectados con la situación típica de ese día y, de ese modo, controvertir la afirmación del Tribunal de Juicio de que Villarreal no detentaba ninguna posición de garantía.

Por último sobre el punto, el aludido —por las querellas- testimonio de Sandoval no constituye, por las razones que expondré al momento de examinar los hechos relativos al cohecho, una prueba válida para formar convicción. Así como tampoco los dichos de un coimputado (Argañaraz) revisten el valor necesario en esta etapa del proceso, de conformidad con las reglas relativas a la valoración de testimonios que expuse oportunamente. Por lo tanto, tampoco permiten modificar el juicio plasmado en la sentencia.

A pesar de ello, los recurrentes mencionan otros testimonios que se referirían a ese contenido. El testigo Claudio Ruiz sostuvo que el 28 de diciembre *"a las 19:30 hs. se autorizó la entrada del público por orden de Villarreal"* y que el día del hecho, *"mientras realizaba sus tareas, en dos oportunidades Villarreal hizo ingresar personas con él, no recordando haber efectuado otra excepción. Aclaró que los dejó pasar porque él creía que aquel era 'el seguridad del local'"* (fs. 66.545). En similar sentido, el testigo Bohuier agregó que el 29 de diciembre *"se anunció con Raúl Villarreal y este lo dejó entrar en compañía de unos amigos. No fueron revisados y se ubicaron en el sector VIP"* (fs. 66.545).

También Carlos Javier Medina dijo que el 30 de diciembre fue a "Cromañón" como espectador *"cerca de las 21:00 hs. e ingresó a través de la puerta de invitados. Allí habló con 'Lolo' y le preguntó si podía pasar. Asimismo, 'Lolo' le consultó a Villarreal -quien se encontraba en el hall- si podía dejarlo entrar y éste lo autorizó"* (fs. 66.549).

De igual forma, Fernando Horacio Zerpa puntualizó 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* [y] *que se encontraba prohibido el ingreso de pirotecnia al lugar, por lo que debían, incluso, revisar las zapatillas del público en busca de esos elementos. Recordó que uno de esos días 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'"*. Sobre el día del hecho, *"refirió que él, junto a uno de sus compañeros, fueron los encargados de abrir el portón 'violeta' que se encontraba cerrado por orden de Raúl Villarreal"* (fs. 66.526/66.527).

El testigo Masullo dijo que *"le preguntó a Villarreal si había posibilidad de entrar y que el nombrado le solicitó que aguardara unos instantes allí.* [Luego] *se acercó a él, le informó que podría ingresar y lo acompañó hasta las puertas que daban a la vereda* [y] *entró al recinto por el sector izquierdo sin ser*

revisado por ninguna persona y que observó que estaba muy colmado de gente, tornándose casi imposible caminar" (fs. 66.429 vta.).

Por su parte, Rodríguez Grellet indicó que "*la noche del 30 de diciembre de 2004* […] *su hermana y ella no fueron incluidas en la lista de invitados, sino que Villarreal que estaba en el hall, las dejó entrar. Agregó que sólo le revisaron su bolso y que no fueron 'cacheadas' ya que no había ninguna mujer efectuando esa tarea*" (fs. 66.479 vta.).

De estos testimonios solamente se desprende que (por los motivos que fuera) Villarreal dispuso excepcionar del "cacheo" a algunos concurrentes. El Tribunal argumentó: "[q]*ue haya dejado ingresar a alguna persona sin entrada o permitido el acceso de algún allegado, no constituye un aporte significativo al supuesto de hecho ya desde el plano objetivo, pues el exceso abrumador de concurrentes ya estaba predeterminado por los organizadores del evento, como se ha valorado anteriormente*" (fs. 67.236 vta.).

Es decir, el riesgo que dependía de la cantidad de asistentes no podía ser elevado, dado que el local estaba "saturado" de concurrentes por otro motivo (la cantidad de entradas puestas a la venta) que, como sostuve anteriormente, estaba determinado por la conducta desplegada por Argañaraz.

Los recurrentes no han cuestionado este argumento, central en el razonamiento del Tribunal de Juicio, según el cual su accionar no determinó en absoluto el resultado penalmente relevante por medio de ese factor. La crítica de ese punto era ineludible porque la conclusión liberatoria se sustenta en el análisis del nexo entre la conducta y el resultado (consecuencia jurídica del acto); es decir, se sitúa más allá de la concreta actuación del imputado ese día. Luego, si ese razonamiento queda en pie, no hay forma de modificar la conclusión argumentando en torno a la conducta desplegada.

La centralidad de ese razonamiento por parte del Tribunal de Juicio queda confirmada cuando se aborda el examen de otro de los "factores" que determinan el resultado, en tanto en la sentencia se sostuvo que "*tampoco intervino en forma central el día de los hechos en lo que hace a la parte operativa del desarrollo del espectáculo*", en particular respecto de las vías de evacuación (fs. 67.236 vta.).

Específicamente, respecto a los "portones violetas" de acceso insistió en que "*desde lo objetivo ese cierre no fue determinante para el peligro común. La traba del público en la zona de conflicto del fuego quedó establecida desde el sector de las puertas cine hacia adentro del salón*". Sostuvo que "*lo que hizo o al menos intentó hacer* [Villarreal] *fue que no ingresara aún más gente al lugar. Es que se habían vendido todas las entradas y la gente* [*"más de un centenar de personas"*] *quería entrar sin ellas*" (fs. 67.237).

La intervención de Villarreal respecto de esta vía de ingreso y evacuación del local no está discutida. Se infiere de los dichos de De Jesús, asistente al recital del día del hecho, quién "*vio a Villarreal dar la orden de cerrar el portón de acceso a las boleterías* […] *para que no se 'colaran' personas, según escuchó por comentarios. Puntualmente, pudo observar que el propio Villarreal con la colaboración de Mario Díaz cerraron ese portón y que sólo quedó abierta una pequeña puertita que esa hoja tiene en su parte media*". Además, manifestó que "*a su entender, Villarreal era el jefe de seguridad de este último local, pues lo vio impartiendo directivas a toda la gente encargada de los cacheos, tanto si se tratara de empleados del lugar o respecto de aquellos que vestían remeras negras con la inscripción 'Callejeros Control'— en los recitales de esa banda-*" (fs. 66.393 vta./66.394).

También Héctor Zerpa aportó información al respecto: dijo que Villarreal era "*el jefe de seguridad de los boliches*" "Cemento" y "Cromañón" y que "*al concurrir a los mentados lugares era informado que estaba bajo las órdenes de Villarreal*". En cuanto al día en que se produjo el hecho, señaló que "[c]*uando terminó de tocar 'Ojos Locos', por orden de Raúl Villarreal, se cerraron los portones principales para que la gente no ingrese sin pagar, quedando abiertas únicamente la puerta chica de la hoja derecha y la persiana azul —pasillo amarillo-*" (fs. 66.529).

Ahora bien, en la sentencia no se negó la existencia de esa acción por parte de Villarreal, sin embargo el argumento del Tribunal de Juicio refiere que esa acción tampoco no incidió en la configuración del peligro o elevación del riesgo; aunque esas evaluaciones fueron realizadas con relación al estado de las vías de salida. Ello surgió de la valoración de diferentes elementos

que, según entendió, indican que fueron las características de las "puertas cine" (ubicadas entre el hall de ingreso y el recinto principal o salón propiamente dicho) las determinantes en la evacuación del público frente al surgimiento del foco ígneo.

Adviértase, los jueces del Tribunal dijeron que "*ese cierre momentáneo de los portones principales no comportó una situación significativa de peligro* [porque] *la zona de influencia del fuego, es decir, el sector a donde estaba acotado el peligro común para los bienes y personas* […] *finalizaba una vez que se atravesaban las denominadas puertas cine*". Valoraron diferentes "*relatos* [que] *son contestes en afirmar en que el humo denso y tóxico se sentía desde ese sector hacia adentro del salón* […] *Y los que estaban aún expuestos a las consecuencias del incendio, no habían quedado trabados por un efecto dominó derivado de la demora en la reapertura de los portones principales, sino que su permanencia en el salón propiamente dicho obedeció al obstáculo que por sí mismas representaban las denominadas puertas cine*" (fs. 67.183).

En concreto, dijeron que el "*estado de las puertas cine no fue despejad*[o], *en tanto la prueba sobre el punto no resulta inequívoca. Sin embargo, si se repara en el estudio pericial que se efectuó con la intervención de personal del tribunal, como así también de las exposiciones de los peritos arquitectos, puede extraerse una conclusión acerca del motivo por el cual ese sector provocó un efecto embudo que detuvo considerablemente la salida de los concurrentes*". Por ello, "*el hecho de que se encontraran abiertas o cerradas no resulta relevante como factor de demora en la salida del público* [pues] *no es lo mismo un corredor de nueve metros de ancho ininterrumpido de salida, que uno que a su vez se ve dividido en seis compartimientos*" (fs. 67.183/67.183 vta.).

Lo cual se condice con la apreciación del Tribunal de Juicio en el sentido de que "*a la luz de la cantidad de gente que se encontraba fuera del local pugnando por entrar, sirvió de contención para evitar una mayor confusión en la salida del público*" (fs. 67.184 vta.).

En conclusión, la revisión de estos puntos de la sentencia, que fueron relevantes en la consideración de la situación procesal del imputado Argañaraz, ante la ausencia de un supuesto de arbitrariedad por desconocimiento de elementos

probatorios conducentes para resolver el punto o quebrantamiento de las reglas de la lógica, implicaría emprender una nueva valoración de esos elementos y la emisión de un nuevo juicio sobre su significado. A riesgo de ser reiterativa, el control por vía casatoria supone el análisis de razonabilidad de la sentencia y no que se practique un nuevo juicio sin inmediación y en contra del imputado.

Ya señalé anteriormente que, ante los límites que impone el principio de inmediación, la C.S.J.N. ha indicado la imposibilidad de modificar la base fáctica bajo la forma del un juicio diferente del modo en que sucedió el hecho, tanto por medio del tratamiento de un vicio en la calificación legal o en aplicación de las reglas de la sana crítica (Fallos 331:2077).

En esas circunstancias, los límites de la revisión que se debe realizar en esta instancia impiden la realización de una nueva valoración sobre la prueba producida en el debate, pues ello supondría reemplazar el juicio realizado por el Tribunal en favor de uno propio —realizado en peores condiciones que aquellas en las cuales forjó su decisión el Tribunal de Juicio- y la existencia de esta instancia de revisión persigue controlar la decisión que emana del juicio en los términos que he indicado al inicio de este voto.

Por ello, en atención a los argumentos expuestos respecto del ingreso de pirotecnia y el control que detentaba sobre los medios de salida (“portones violeta”), era razonable concluir que sus acciones fueron “*totalmente periféricas y* [que] *no significan ningún tipo de cooperación en el episodio central*” (fs. 67.237).

Por lo demás, los señalamientos que destacan la experiencia de Villarreal en la actividad que desarrollaba aportan débiles indicios de los cuales inferir su conocimiento respecto de las circunstancias que hacían al suceso. Además, se trata solamente de uno de los aspectos de la responsabilidad penal necesarios desde el punto de vista de los elementos del tipo penal, que como he señalado reiteradamente en este voto, requiere la existencia de un *acto* que le pertenezca al individuo. Finalmente, tampoco dan cuenta de la apreciación del Tribunal de Juicio de que resultaba “*intrascendente que conociera aquellos factores de riesgo que convergían en el peligro actual porque no*

le era exigible que los neutralizara dado que no había asumido efectivamente el control de la situación de peligro" (fs. 67.234).

Por lo tanto, esas alegaciones trasuntan un juicio valorativo discrepante con los argumentos del Tribunal de Juicio sin demostrar una posición que lo obligara a particulares cuidados; el cual fue el punto de partida del sentenciante. Por último, las alegaciones en el sentido de que "debía" o "pudo" conocer no constituyen argumentos relativos a la *existencia* de ese conocimiento, único extremo penalmente relevante.

En esas condiciones, *fuera de la decisión que deberé tomar dada la diferente calificación legal que entienden aplicable mis colegas*, concluyo en confirmar la absolución dispuesta por el Tribunal de Juicio con relación a Villarreal respecto de estos hechos (arts. 1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 2, y 457, C.P.P.N.; 18 y 75, inc. 22, C.N.; 8.2.h, C.A.D.H.); sin perjuicio de la confirmación a la que también arribaré respecto de los hechos calificados como cohecho activo.

CUARTO:

Examen de la justificación dogmática (hecho principal).

Examinados las cuestiones relativas a la determinación del hecho principal, corresponde analizar los argumentos que los defensores técnicos de los imputados Chabán, Argañaraz y Díaz introdujeron con relación a la elaboración teórica que expuso el Tribunal, y que le permitió llegar a la subsunción legal sobre la que basó sus conclusiones. Por ello, en razón de la función de revisión del tribunal que integro, en lo que sigue me abocaré a examinar la racionalidad y logicidad de estos argumentos.

En ese sentido, la defensa de Chabán denunció que el razonamiento del Tribunal partió de "enunciados categóricos", adelantándose la conclusión, porque se habría construido un "razonamiento dogmático que, a modo de silogismo, arriba necesariamente a la conclusión adelantada" (sobre el punto se explayó al ampliar fundamentos en la audiencia del art. 465, C.P.P.N., del 24 de febrero, CD, 2da. parte, 30 min.). Del mismo modo, la defensa de Díaz así como el Estado Nacional denunciaron la falta de fundamentación en la aplicación de la ley penal.

Por ello, se procede a examinar la subsunción legal realizada en la sentencia, de acuerdo a las reglas relativas a la logicidad interna de los diferentes razonamientos construidos en

ella y que le permitieron al Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 concluir a la condena de los imputados Chabán, Argañaraz y Díaz por la figura legal prevista en el art. 186, C.P., que, agravada por las circunstancias previstas inc. 5º, prevé una pena para quien causa un incendio de prisión de ocho a veinticinco años.

En efecto, ese órgano jurisdiccional concibió las conductas desplegadas por los imputados con relación a este hecho como "omisiones", es decir, ausencia de acciones. Por lo tanto, dijo que era necesario "*establecer si en particular el tipo del delito de incendio* [doloso] *en cuanto reprime al que 'causare incendio'* [previsto en el art. 186, C.P.] *permite su realización a través de comportamientos omisivos*", a pesar de que no exista una "cláusula de equivalencia" entre acción y omisión en la legislación penal argentina. Es decir, "*en qué supuestos la no evitación de un perjuicio para el bien jurídico puede ser equiparada a su realización activa*" (fs. 67.114/67.115 vta.).

En esa línea, los jueces del debate dijeron que era necesario hallar una "identidad material y estructural entre la acción y la omisión". Al respecto, afirmaron que esa equivalencia se encuentra configurada cuando el imputado domina la causa fundamental del resultado y, además, asume mediante un acto personal ese dominio de modo efectivo. De esa forma, una omisión es idéntica a la realización de una acción, por lo que resulta directamente "inscribible" en un tipo penal que capta una acción (cfr. punto XIII de la sentencia). De allí, dedujeron que aquel precepto penal era de aplicación al caso.

No obstante conviene recrear detalladamente los argumentos que sustentaron la construcción jurídica sobre la base de la cual ese órgano jurisdiccional arribó a la aplicación del art. 186, C.P.; respecto del cual no existen en el presente caso opiniones o argumentos —por parte de los recurrentes- contra la tesis de que ese precepto legal solamente tipifica comportamientos comisivos. Por ello, considero prudente remitirme aquí a todas consideraciones realizadas en la sentencia bajo examen así como a los votos de los jueces que me preceden en este Acuerdo.

1. Fundamentos de la decisión recurrida.

En orden a fundar su posición, el Tribunal de Juicio dejó sentado que la "teoría del dominio del hecho" sería su basamento para determinar "*cuándo se puede afirmar que un tipo comisivo de*

la Parte Especial se realiza a través de la omisión de impedir el acaecimiento del resultado típico descripto en la norma" (fs. 67.115 vta.).

Desde el inicio, advirtió que la "*imposibilidad de encontrar parámetros de identidad obedece a que, desde un plano ontológico, la acción y la omisión resultan conceptos irreconducibles, pues en este campo es claro que la dirección de un comportamiento activo hacia la consumación no puede resultar igual a no intervenir para impedir una lesión con capacidad de hacerlo*" (fs. 67.116 vta.).

Por lo tanto, señaló que "*dado que en la comisión por omisión se pretende castigar al omitente de acuerdo a un tipo comisivo de la parte especial y con su correspondiente escala punitiva, no bastaría a nuestro juicio para afirmar la tipicidad de la omisión, la mera infracción al deber especial de actuar del garante, sino que* ***resultará necesario hallar una identidad material y estructural entre la acción y la omisión, que solamente puede encontrarse en el plano normativo***". Así, "*de comisión por omisión en sentido estricto sólo cabe hablar respecto de aquellas omisiones que, por ser* ***portadoras de un contenido de injusto idéntico al de la acción típica, realizan el tipo de la parte especial y por ello son directamente y sin más subsumibles en éste***" (fs. 67.117, destacado en el original).

Hecha esa aclaración, el siguiente paso argumental consistió en "*determinar cuál es el criterio rector que nos permitiría afirmar, en el plano normativo, que una omisión guarda una identidad estructural con la realización activa de la conducta típica y que en tal virtud* (sic) *se encuentra comprendida en el tipo penal comisivo de la parte especial*" (fs. 67.117 vta.).

Al respecto, señaló que "*el criterio decisivo de la identidad es el de la relación de dominio social, entendiéndose por tal al conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho típico*". En esa línea, definió el dominio social como "*el conjunto de condiciones que permiten al sujeto que se encuentra en esa relación concreta, y sólo a él, tomar la decisión, y posteriormente actualizarla mediante un acto*

de dominio concreto, de realizar la lesión del bien jurídico en una forma típica que es, por cierto, el acto supremo de dominio". Por ello, "*sólo puede ser idéntica a la acción aquella omisión de una acción determinada de la que quepa afirmar que su realización produce en general, con certeza, definitivamente y sin que sean necesarias ulteriores intervenciones, el resultado salvador, o dicho de otro modo: que produce, de ese modo, la contención del potencial lesivo de la causa fundamental y determinante del resultado*" (fs. 67.117 vta./67.119).

Postuló que "***sólo si un sujeto posee la capacidad de acción de dominio de la causa fundamental del resultado y, además, asume mediante un acto personal ese dominio de modo efectivo se sitúa en la posición específica de garantía del tipo de comisión por omisión y podrá ser su omisión idéntica a la realización del tipo mediante una acción positiva***" (fs. 67.119, enfatizado en el original).

En esos términos, concibió un "*fundamento común para la acción y la omisión, que está constituido por el dominio social de hecho, y con ello una identidad valorativa y estructural a nivel de lo injusto típico, que permite subsumir directamente a las omisiones, aunque acotado a los casos en que ese dominio se verifique concretamente, en los tipos de la Parte Especial.*". Según entendió, en estos supuestos "*no se verificaría una lesión al principio de legalidad, porque en dichas omisiones el desvalor de la omisión como del resultado es idéntico al desvalor de acción y de resultado que concurre en el delito de comisión, porque el sujeto se encuentra en una posición tal que puede decidir acerca de la lesión del bien jurídico de la misma manera que lo hace cuando realiza una conducta activa, precisamente porque tiene ese dominio sobre la situación típica*" (fs. 67.119/67.119 vta.).

En la misma línea de argumentación, con otra apoyatura dogmática anotó que "[a]*l no existir, entonces, un fundamento de punibilidad común —entre acción y omisión- la única razón por la que cabe justificar la sujeción de la omisión del garante de impedir el resultado al marco penal del tipo de lo injusto de comisión activa, será uno de merecimiento de pena. Pero aquí,* […] *la equivalencia sólo podrá fundamentarse en una semejanza de hechos y, acaso, en una identidad de razón basada en la esfera axiológica, pero estos son justamente los referentes de la*

analogía prohibida". Por lo tanto, sin esa equivalencia ontológica, el "*necesario juicio de identidad sólo puede establecerse en el plano normativo de las estructuras de imputación; lo único que justifica que a la omisión se le imponga la misma pena que la correspondiente a la causación activa del resultado es que el supuesto hecho omisivo en cuestión sea estructuralmente y materialmente idéntico a su comisión activa*" (fs. 67.119 vta./67.120).

Por ello, "[a]*ún cuando se reconoce que en la comisión por omisión el proceso causal y su resultado son, por regla general, ajenos al omitente, ello no significa que dicho proceso y ese resultado no puedan ser jurídicamente imputados a quien, sin poner en marcha el curso causal, ejerce un dominio sobre el mismo, idéntico desde un punto de vista normativo al ejercido en los supuestos de comisión activa*". En definitiva, "*sólo cuando de la posición ostentada por el sujeto surge un dominio sobre el riesgo típico normativamente idéntico al que se obtiene por vía del movimiento corporal que pone en marcha el proceso causal, se puede afirmar la identidad entre la omisión y la comisión activa*" (fs. 67.120).

De esa manera —explicó- "*para la comisión por omisión, sólo mediante la búsqueda de elementos de identidad estructural con la comisión en las omisiones equiparables es posible obtener una solución restrictiva y, por ello, conforme con el principio de legalidad*" (fs. 67.120/67.120 vta.).

En esas condiciones, mantuvo que "*sí, efectivamente, la verdadera comisión por omisión guarda identidad estructural y valorativa con la comisión activa a nivel de injusto típico, la cláusula* [legislativa de equivalencia] *en estos casos no cumpliría ninguna función, pues las omisiones a las que venimos haciendo referencia son directamente subsumibles en el tipo activo de la parte especial de que se trate, justamente en virtud de esa igualdad normativa*". Ello así, toda vez que "*si se ha encontrado a nivel de injusto típico una identidad estructural y material entre la acción y la comisión por omisión, aquellos comportamientos omisivos que reúnan esta igualdad valorativa —y que por cierto son muy acotados-, son directamente subsumibles en el tipo de la parte especial, precisamente por ser idénticos en su contenido de injusto*" (fs. 67.123).

Por esos argumentos, el Tribunal entendió que "*los supuestos en que es factible determinar una identidad estructural y valorativa entre la acción y la omisión a nivel de injusto típico, de acuerdo a los criterios rectores trazados por Gracia Martín, Rodríguez Mesa, Silva Sánchez y Schünemann, la comisión por omisión así restringida no es inconstitucional por resultar directamente subsumible en los tipos activos de la parte especial que se trate; y si esto es así, el castigo de este reducido número de omisiones no requiere en nuestro derecho positivo de la existencia de ninguna cláusula de equivalencia, la cual de existir, incluso, atentaría contra la legalidad estricta al permitir la punición de comportamientos que no guardan el mismo desvalor típico*" (fs. 67.128).

2. Examen del caso.

Sin pretensión de agotar todo el desarrollo expuesto en la sentencia, en vista de los argumentos reseñados, entiendo que, en orden a no violentar el principio de legalidad material, si bien se afirma que no existe igualdad ontológica entre acción y omisión, sería necesario establecer un criterio de identidad que permita subsumir las omisiones directamente en los tipos legales que fueron redactados de forma comisiva.

En efecto, más allá de la cuestión de la ontología de las acciones, cuando se tiene en mira sancionar determinada conducta omisiva hay que establecer una situación en la cual la ausencia de un comportamiento genera responsabilidad penal; pues en estos casos, en verdad, existen comportamientos activos —por ejemplo, el alejarse del lugar- pero son irrelevantes, dado que se persigue captar el *no hacer*. Ello, en otras palabras, supone que el legislador recurre a factores normativos para determinar cuándo un incremento del riesgo tolerado o el acaecimiento de un suceso lesivo pueden ser imputados al agente omitente.

Sin embargo, cuando no existe un tipo penal de omisión para el caso ni el Código Penal contiene una regla de equivalencia entre acciones y omisiones, si se persigue sancionar penalmente una omisión —ausencia de un acto— por aplicación de un tipo penal que capta una conducta pero describiéndola de forma activa —presencia de un acto—, es indispensable dar cuenta de un fundamento común que permita equiparar la ausencia y la presencia del acto, o sea, la omisión y la acción. Ese requerimiento está

dado por la exigencia de que los comportamientos humanos, para ser punibles, deben estar *expresamente* previstos en la ley al momento del hecho.

El Tribunal del debate dijo que esa identidad está dada por "el dominio sobre la causa fundamental del hecho" o "la relación de dominio social", cuyo contenido definió como un conjunto de condiciones que fundamentan una relación de dependencia del bien jurídico a un sujeto, que permiten -sólo a él- tomar la decisión de omitir una acción que "*produce en general, con certeza, definitivamente y sin que sean necesarias ulteriores intervenciones*", la contención del potencial lesivo de esas condiciones, que constituirían la causa fundamental y determinante del resultado.

Al realizar esas consideraciones se preocupó por señalar que se diferenciaba de lo que denominó "la opinión mayoritaria" que "*basa el juicio de imputación solamente en la infracción a ese deber de actuar y en el desvalor del resultado, pero no permite encontrar una identidad a nivel de injusto típico entre el desvalor de acción y omisión*" (fs. 67.124), destacando así la necesidad de una posición de garante específica, que radicaría en la efectiva asunción del dominio personal sobre una situación de peligro preexistente y absolutamente determinada.

En sus palabras, el "*fundamento común para la acción y la omisión, que está constituido por el dominio social de hecho, y con ello una identidad valorativa y estructural a nivel de lo injusto típico, que permite subsumir directamente a las omisiones, aunque acotado a los casos en que ese dominio se verifique concretamente, en los tipos de la Parte Especial.*". La razón de ello, es que "*el sujeto se encuentra en una posición tal que puede decidir acerca de la lesión del bien jurídico de la misma manera que lo hace cuando realiza una conducta activa, precisamente porque tiene ese dominio sobre la situación típica*" (fs. 67.119/67.119 vta.).

Este punto es medular para la construcción dogmática realizada en la sentencia. Con todo, observo que a lo largo del desarrollo de los fundamentos se escribió que esa identidad es "*valorativa y estructural*", también que el supuesto es "*estructuralmente y materialmente idéntico*", "*idéntico desde un punto de vista normativo*" o que se trata de una "*identidad*

estructural". Asimismo, se afirmó que "*los únicos supuestos de comisión por omisión admisibles serían, precisamente, los que resulten inscribibles en los tipos de la Parte Especial, por ser estructuralmente idénticos a los supuestos de realización activa de los mismos*", porque "*en dichas omisiones el desvalor de la omisión como del resultado es idéntico al desvalor de acción y de resultado que concurre en el delito de comisión*", y que la "*identidad sólo puede establecerse en el plano normativo de las estructuras de imputación*" (fs. 67.119 vta./67.120).

Como se puede apreciar, la definición de la identidad sobre la cual el mismo Tribunal sustenta la equivalencia —se la define alternativa o conjuntamente como *estructural*, *valorativa*, *material* y/o *normativa*- no es unívoca. Ello plantea una primera cuestión, pues resulta claro que se trata de establecer una identidad entre un *hacer* y un *no hacer*, tal que permita sostener que se está frente a *lo mismo* y no a un supuesto *análogo*, toda vez que esto último se encuentra vedado por el mandato de legalidad estricta. Si no está claramente establecido en qué consiste esa identidad, entonces será doblemente improbable, sino imposible, averiguar si en el caso efectivamente concurrió. Una conclusión en ese sentido conllevaría un vicio en la justificación de la decisión, con los efectos anteriormente señalados, pero también resultaría apresurada si del desarrollo de los argumentos que la sustentan surge claramente su tenor.

Por esa razón, arribado a este punto y teniendo en cuenta los diferentes agravios deducidos por las partes, se plantean dos niveles de análisis, ordenados teniendo en cuenta las reglas para analizar las cuestiones constitucionales, que mandan examinar primero la correspondencia de la norma con el caso para, luego, determinar si su particular interpretación resulta acorde al texto constitucional o no.

El primero de esos niveles persigue responder el siguiente interrogante: **¿se da en el caso en concreto la identidad que se concibió en la sentencia?** En efecto, más allá de las consideraciones generales, lo cierto es que los tribunales están llamados a resolver casos sobre hechos puntuales y teniendo en cuenta, en fin, las circunstancias en las que se desarrolló un determinado acontecimiento histórico. Esto supone la motivación de las premisas fácticas y la demostración de los pasos lógicos que

permiten arribar a la conclusión; es decir, la justificación *externa* e *interna* de la decisión.

Luego, y sólo en el caso en que la respuesta fuera positiva, es decir que se pueda afirmar que se trata de uno de aquellos de los que se pregona aquella identidad determinada, entonces cabría averiguar si, a la luz de los diferentes principios del derecho penal moderno propio de un Estado de Derecho, **¿es legítima la aplicación de esa identidad?**

El fin de esta discusión, también planteada por los recurrentes, es determinar si un acontecimiento histórico es captado o no por la norma penal. El punto de partida lo encontramos en que el principio de legalidad sustantivo (*nullum crimen sine lege*) es una garantía en favor del acusado que determina la necesidad de una ley expresa y estricta (mandato de determinación) que posibilite la diferenciación de las distintas conductas contenidas en la ley penal (cfr., SCHÜNEMANN, Bernd, *Nulla poena sine lege?*, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1978, pp. 4 y sgtes.; ROXIN, Claus: *Strafrecht, Algemeiner Teil*, 3º Edic. Beck, München, 1997, p. 98 y MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal, parte general*, 5º Edic., Reppertor, Barcelona, 2000, p.78; cfr. causa 6549, "Peralta, Diego Marcelo s/ recurso casación", reg. nro.: 739/06, rta.: 04/07/2006).

La importancia del punto se aprecia aún más cuando "*la restricción o limitación proviene del derecho penal,* [porque aquí] *es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano*". Por estas razones, "*en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal*" (Corte IDH, Kimel vs. Argentina, sentencia del 02/05/2008, § 63 y sus notas), en orden a "*no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación*" (Corte IDH, Ricardo Canese Vs. Paraguay, sentencia del 31/08/2004, § 124).

En fin, que estén presentes las exigencias que nacen del principio de legalidad material o *nullum crimen sine lege*, en cuanto "[n]*adie puede ser condenado por acciones u omisiones que*

en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable" (art. 9, C.A.D.H) o "[n]*adie puede ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional*" (art. 15, 1º párr., P.I.D.C.P.). Evidentemente, este aspecto también involucra el principio republicano de gobierno y las diferentes competencias constitucionales.

Ahora bien, en cuanto al primer punto se debe partir necesariamente de la descripción legal de la conducta sobre la cual se trabajó en la sentencia que, tal y como se encontraba prevista al momento del hecho, sanciona a "el que causare incendio, explosión o inundación" (art. 186, C.P.). Sobre las características y naturaleza jurídica de esta figura legal, entiendo prudente remitirme a las extensas consideraciones realizadas en el voto que lidera este Acuerdo, así como a las realizadas en la sentencia bajo examen. Desde allí se podrán recorrer los argumentos a fin de examinarlos conforme a los principios enunciados al inicio.

Con relación "*al conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto*", o "causa fundamental del resultado", el Tribunal Oral dijo que estaba conformada por "*el uso de elementos de pirotecnia dentro del local; la existencia en el techo de material inflamable; el exceso abrumador de concurrentes al espectáculo y finalmente la situación de los medios de salida, particularmente, el caso del portón denominado 'alternativo'*" (fs. 67.165). Esos hechos, en su visión, estaban ordenados de manera necesaria a la posible lesión al bien jurídico, y constituían lo que denominó posición de garantía genérica, en tanto habían sido establecidos y dispuestos por los imputados.

Sin embargo, la vaga identidad de la acción y la omisión es recortada o limitada desde el inicio, pues el Tribunal de Juicio descartó toda relevancia penal de un conjunto de infracciones de normas de seguridad detectadas, que datan de momentos anteriores al inicio del recital. En otros términos, en la configuración legal de la sentencia se quitó toda referencia a las infracciones de las normas de seguridad que se debían tomar en

cuenta a la hora de llevar adelante un espectáculo de esas características.

Así, sostuvo que las irregularidades detectadas no realizaban tipo de injusto penal alguno, pues "*todas las conductas activas u omisivas previas al ingreso de los espectadores al lugar, no pueden ser consideradas penalmente relevantes, precisamente, porque antes de ello no existe comienzo de ejecución de ningún tipo penal*" (fs. 67.164).

En esa línea, señaló que "*la situación de peligro para el bien jurídico cumplía la misma función que los actos preparatorios en la comisión. Es decir, que si bien en un principio resulta atípica, pues no aparece como la realización prohibida por la norma, dicha situación cuando entra en la esfera de posible influencia del sujeto, está ya organizada de un modo adecuado en dirección a la lesión del bien jurídico. Cuando el sujeto ha asumido el dominio de esos factores causales se encuentra ya en posición de decidir sobre la lesión de ese bien, tanto mediante la realización de una acción como dejando que siga su curso*" (fs. 67.164 vta.).

En el mismo sentido, planteó que "*la organización del recital de "Callejeros" de parte de Omar Chabán y Diego Argañaraz, en su origen, resultaba una situación atípica, pues los preparativos previos del evento, aún cuando podían considerarse antirreglamentarios, no constituían un peligro inminente de lesión hacia el bien jurídico y tampoco los colocaba, antes del ingreso de los espectadores, en posición de decidirse sobre la lesión*" (fs. 67.164 vta.).

Y dijo que "*ese peligro inicial se fue transformando en uno prohibido y distintos aspectos de la organización del recital en esas condiciones cobraron una significación tal, que inequívocamente iban dirigidos hacia la producción del injusto típico, en el caso, el incendio con peligro común agravado por el probable resultado muerte*" (fs. 67.164 vta.).

En verdad, es claro que —en principio- solamente algunas de esas irregularidades fueron apreciadas por el Tribunal de Juicio al momento de concebir el desvalor de acción, de lo cual cabría deducir que ésta fue concebida después del ingreso de los espectadores. No obstante ello, algunos de los "factores" seleccionados parecen haber sido dispuestos con anterioridad al

ingreso del público (instalación de materiales en el techo, cierre o traba de salidas de evacuación, cantidad de entradas puestas a la venta, etc.).

En efecto, mientras que es posible reconstruir cierto desarrollo temporal de algunos factores, ello no sucede respecto de otros. En particular, no es el caso que las condiciones de los medios de salida o los materiales instalados en el cielorraso fueran menos determinantes del resultado antes del ingreso del público que luego de ese momento. Las acciones de disponer el cierre del portón alternativo así como la instalación (o no retiro) de ciertos materiales en el cielorraso fueron anteriores, incluso, a la *apertura* del lugar el día del hecho.

Claro está, el peligro propio que importa el incendio no podría haberse configurado sin el ingreso de personas al lugar, y esa parece ser la razón por la que el Tribunal descarta la relevancia penal de las irregularidades anteriores. Sin embargo, la preeminencia otorgada a esos "factores", que en la tónica del Tribunal estaban bajo el dominio de los organizadores, demuestra que algunas de esas irregularidades previas a ese momento sí fueron tomadas en consideración al determinar el disvalor de acción.

No parece, pues, que toda disposición anterior al ingreso de público fuera completamente irrelevante en términos penales; sólo serían atípicas por sí mismas. Lo que sucede es que esas acciones u omisiones no son *per se* elementos relevantes en la construcción dogmática tal como la presentó el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24; pero, al mismo tiempo, permiten construir el concepto de "organización" y "organizador" de los factores que se tomarán como "determinantes del resultado".

Se desechan las irregularidades como penalmente relevantes pero se valoran como contenido de injusto, porque la posición de garante "genérica" está concebida sobre criterios estrictamente materiales. De esa forma, la determinación de la situación típica parece estar guiada por la necesidad de dar con ciertas acciones que expliquen el resultado, porque no encuentro ninguna otra razón para no descartar de plano las irregularidades dejadas de lado como penalmente irrelevantes al inicio. Si ese fuera el caso, no sólo perderían todo sentido las disposiciones denunciadas pero no tomadas en cuenta por el Tribunal, por ejemplo, las de detección y

extinción de focos ígneos, sino también las que utilizó para construir su postura.

Esa forma de razonar, tiene el riesgo de deducir el desvalor de acción del desvalor de resultado, lo cual también mella la identidad que pretende encontrar el Tribunal en su particular forma de razonar, dado que esa identidad es entre una acción y una omisión, independientemente del resultado. Por ello, sin perjuicio de señalar que no queda totalmente despejado en qué consiste esa identidad, lo cierto es que una hipótesis que necesite de un recorte parcial de los hechos tiene el defecto epistemológico de no explicar la totalidad de las conductas de los imputados.

En pos del respeto al estado jurídico de inocencia, la culpabilidad de un imputado se debe probar con certeza. En ese sentido, son atendibles los distintos agravios esgrimidos contra el fallo en cuanto se consideraron irrelevantes ciertas acciones u omisiones por parte de los imputados. La eliminación de toda duda razonable supone que la hipótesis acusatoria "*acoja favorablemente el mayor número de confirmaciones; que explique de manera satisfactoria, en términos de experiencia, el porqué del hallazgo en el lugar de los hechos y en el contexto de la acción del mayor número de los datos probatorios relevantes, sin dejar fuera alguno fundamental; y que, al mismo tiempo, resista las contrapruebas que se le hayan opuesto; al contrario de lo ocurrido con las hipótesis alternativas, que no habrán podido soportarlas*" (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 93 y sgte.; cfr. en el mismo sentido FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 8ª Edic., Trotta, Madrid, 2006, p. 150).

Sin embargo, el Tribunal de Juicio dijo que "*en el caso concreto de "República Cromañón", el mero hecho de que Chabán y Argañaraz hayan sido organizadores del espectáculo, si bien permite sostener que revisten una posición de garante genérica, no los coloca todavía en situación de realizar el tipo de incendio en comisión por omisión, si no se demuestra que hayan asumido mediante un acto personal el control de los factores determinantes del resultado*".

Desde este punto de partida se advierte que el razonamiento es circular, pues si los imputados fueron los

organizadores porque concibieron, montaron y pusieron en acto los factores determinantes del resultado, ello supone que tenían el control sobre todos esos extremos; desde allí se tuvo por probada la posición de garante genérica. Luego, es claro que la asunción del dominio no puede ser tal sino el *mantener el dominio inicial*, dado que la posición de garante genérica se construyó sobre criterios materiales.

En esa línea es que planteó que "*la presencia acreditada de los nombrados en el local 'República Cromañón' realizando conductas activas relacionadas con el desarrollo del evento en los momentos previos al comienzo del recital de 'Callejeros', es decir, cuando la situación ya se encontraba dirigida a la posible lesión del bien jurídico, permite afirmar con certeza que ambos asumieron efectivamente el dominio de dicha situación*" (fs. 67.185 vta,). Ello, en el análisis del Tribunal, "*importa afirmar que los nombrados se encontraban en posición de garante específica*" (fs. 67.186 vta.).

En otras palabras, se remarcó la necesidad de que exista un acto personal de asunción del control de "los factores determinantes del resultado", y se afirmó que la mera presencia de los imputados en los momentos previos al comienzo del recital de "Callejeros" permite deducir que ambos "asumieron efectivamente el dominio de dicha situación". Es que esa "asunción" fue inicial y ya había ocurrido, pues en la tesis del Tribunal fueron ellos mismos quienes montaron los factores determinantes del resultado, aspecto directamente relacionado su temprana definición en el sentido de que sólo Argañaraz y Chabán organizaban el espectáculo.

Por ello, la posición de garante específica se sustentó sobre los mismos hechos valorados para fundar la posición de garante genérica. Pero además, se pasó de afirmar un control sobre los "factores" a un dominio de la "situación", lo cual debió ser explicado dado que constituye un paso lógico fundamental en su desarrollo argumental.

Si la necesariedad de la "asunción" de la situación por el mero hecho de su presencia en el lugar está prefijada porque ellos son los organizadores, se funden así dos niveles de análisis, que en la tónica del Tribunal son bien diferentes. En la medida que la teoría expuesta en la sentencia reclama un segundo elemento (un acto personal de asunción efectiva del dominio de los factores de

riesgo), claramente diferenciado de la función de protección de un bien jurídico o posición de garante genérica, en orden a salvar la legalidad de la imputación, resultaba necesario fundarlo en sucesos diferentes.

Si la justificación de ese extremo está apoyada en los mismos elementos fácticos que dan sustento a la posición de garante genérica (que no impide por sí sola la violación al principio de legalidad material), la afirmación de su configuración en el caso en concreto es meramente dogmática, dado que carece de todo sustento en los hechos de la causa. Luego, son aplicables aquí los mismos principios de la motivación de los hechos respecto de todos los elementos que configuran una particular forma de subsunción legal.

Sin perjuicio de ello, en la sentencia se consignan algunos actos particulares que darían cuenta de esa asunción del dominio. Respecto del imputado Chabán el Tribunal manifestó que, momentos antes del inicio del foco ígneo, "*paró la música de fondo que se estaba reproduciendo y se dirigió al público para reprocharle su actitud sobre el uso de pirotecnia* [lo cual] *demuestra que el nombrado tenía en sus manos efectivamente el control sobre el recital* [y que] *asumió mediante una conducta activa el dominio sobre la situación peligrosa, lo cual lo coloca en la posición de garante específico de la que venimos hablando*" (fs. 67.185 vta.). Y remarcó que "*tal era el dominio que Chabán tenía sobre la situación de peligro, que no solamente llegó a detener el show que hasta el momento se estaba desarrollando, sino que incluso hasta hubo tiempo de que el público le respondiera a sus manifestaciones*"; por lo tanto, "[e]*n todo momento pues, podía decidir si el evento continuaba o no en las condiciones en que se estaba realizando*" (fs. 67.186).

Estas aseveraciones suponen que el hecho de que Chabán pudiera detener la reproducción de música y hablar a través del sistema de sonido instalado en el lugar, implicaba —necesariamente- un control sobre los factores determinantes del resultado. En otras palabras, que si detenía el sonido controlaba el estado de los medios de evacuación, la disposición de materiales instalados en el techo, la cantidad de asistentes y, sobre todo, podía disponer sobre el uso de pirotecnia dentro del lugar.

El Tribunal, sin ningún tipo de explicación al respecto dijo que Chabán asumió el control en términos generales sobre "la situación" o "el evento": entendió que el control sobre la música o el sonido es equivalente al control sobre el desarrollo de los "factores" determinantes del peligro. Esto, puede fundar un poder de control sobre el desarrollo general del espectáculo, ya que él era el encargado general del local, sin embargo, nada dice sobre la asunción de un control sobre los factores determinantes del peligro. En tanto (según el desarrollo de la sentencia) tiene el mismo contenido que la omisión penalmente relevante, me explayaré sobre el punto al momento de analizar las características de la acción debida.

Con relación a Diego Argañaraz, sostuvo la idea de que "*asumió también mediante un acto voluntario el dominio sobre la situación de peligro que estaba preordenada a la lesión del bien jurídico*" (fs. 67.186).

A su respecto, dijo que "*fue visto el día 30 por el interior del local y en el hall de entradas* [e] *impartió directivas sobre los medios de egreso, indicándoles a Mario Díaz que abriera los portones color violeta y a Leonardo Djerfy que cerrara la puerta que comunica el camarín con el estacionamiento del hotel*" (fs. 67.186). Además, señaló que "*tenía poder de disposición del personal de seguridad en la entrada, podía decidir quienes ingresaban o no al lugar e incluso tenía el poder de impartirle directivas a las personas encargadas del sonido, en el caso Leggio y sus empleados*" (fs. 67.186).

Por todo ello, postuló que tenía "*la misma posibilidad de influir en el evento para detener el show tal como lo hizo en cierto momento Chabán. Además, podía dirigirse a sus compañeros del grupo musical y decirles que en las condiciones en que se venía desarrollando el espectáculo no salgan al escenario*" (fs. 67.186).

Estos son los fundamentos del Tribunal para afirmar que Argañaraz tenía dominio sobre el curso del suceso. Ahora, en primer lugar existe una contradicción insalvable respecto de los "portones violeta", dado que el estado de esa vía fue expresamente descartado por el Tribunal con relación a la configuración del peligro.

En efecto, sostuvo que el "*cierre momentáneo de los portones principales no comportó una situación significativa de peligro* [pues] *la zona de influencia del fuego, es decir, el sector a donde estaba acotado el peligro común para los bienes y personas, había quedado constituido por ambos pisos del salón y finalizaba una vez que se atravesaban las denominadas puertas cine*" (fs. 67.182).

Destacándose con estas aseveraciones, "*que el cierre inicial de los portones violetas sobre la hora de inicio del espectáculo para impedir el ingreso de las personas que aún se encontraban afuera del local sin entrada, no tuvo una influencia decisiva en la configuración concreta del supuesto de hecho*". Ello así pues, quienes "*estaban aún expuestos a las consecuencias del incendio, no habían quedado trabados por un efecto dominó derivado de la demora en la reapertura de los portones principales, sino que su permanencia en el salón propiamente dicho obedeció al obstáculo que por sí mismas representaban las denominadas puertas cine*" (fs. 67.183).

Asimismo, al momento de analizar el conocimiento de Chabán, se reafirmó que "*la cuestión relativa al cierre momentáneo de los portones principales —las puertas violetas- no constituyó un elemento determinante para la configuración concreta del hecho* [razón por la cual] *el conocimiento de este extremo no resulta necesario*" (fs. 67.206 vta.).

Análogas consideraciones caben con relación a la puerta que va desde el camarín al estacionamiento del hotel, dado que no fue considerada por el Tribunal como vía de evacuación al momento de analizar el estado de los medios de salida como uno de los "factores" determinantes del resultado (cfr. punto XIX.D de la sentencia).

Luego, si de esos hechos se quiere inferir que Argañaraz tenía control sobre los medios de evacuación, entonces era necesario explicar cómo es que eso es posible cuando las dos vías que menciona fueron descartas a efectos del peligro típico. Pues de lo que se trataba en ese punto era de fundamentar que el agente había asumido el control sobre los medios de salida que aportaran en la configuración de la situación típica.

El segundo extremo no fue considerado al momento del examen de ese factor de riesgo. En cuanto al primero, de las

constancias de la causa surge que, por el contrario, no sólo fue Villarreal y no Argañaraz quien ordenó cerrar los "portones violetas", sino que éste último le solicitó su apertura a Mario Díaz, pero no fue obedecido (sin perjuicio de señalar que, por otras razones —con las que coincido-, el Tribunal de Juicio descartó la relevancia penal de esa acción).

En efecto, conforme surge de la sentencia, el testigo Gustavo Adrián de Jesús, quien se encontraba sobre la vereda, dijo que "*vio a Villarreal dar la orden de cerrar el portón de acceso a las boleterías* […] *supuestamente para que no se 'colaran' personas, según escuchó por comentarios. Puntualmente, pudo observar que el propio Villarreal con la colaboración de Mario Díaz cerraron ese portón*" (fs. 66.393 vta.); en idéntico sentido testificó Damian Espinoza. También Mirta Enríquez "*ratificó que en ese momento Villarreal mandó cerrar el portón grande que daba a la boletería pues un grupo de jóvenes que carecían de entrada intentaba ingresar a 'Cromañón'*" (fs. 66.538).

En particular, el propio Mario Díaz dijo que "[p]*ara evitar que esas personas accedieran en malón al local, los portones principales se arrimaron para ser cerrados.* […] *Recordó que en ese momento vio a Argañaraz, quien le manifestó que abra esos portones porque hacía mucho calor; de todos modos* […] *no le hizo caso, pues si abría esas puertas, toda la gente que estaba afuera hubiera ingresado por la fuerza. No recordó que alguien de la banda 'Callejeros' hubiera efectuado otro requerimiento*" (fs. 66.589).

Finalmente, Fernando Horacio Zerpa, personal de control ese día, refirió que "*él, junto a uno de sus compañeros, fueron los encargados de abrir el portón 'violeta' que se encontraba cerrado por orden de Raúl Villarreal*" (fs. 66.527).

Por lo tanto, constituye una afirmación parcial y sesgada en contra del imputado -Argañaraz-, que además desconoce las constancias de la causa, inferir de allí un dominio sobre los medios de salida, porque no sólo su opinión fue totalmente desoída, lo cual da cuenta de que no podía decidir sobre esa vía, sino que él perseguía habilitarla y no clausurarla. Ninguna posición de garantía por parte de Argañaraz, construida sobre criterios materiales, se puede deducir de allí.

En segundo término, se sostiene que tenía control sobre el ingreso de asistentes pues detentaba "poder de disposición" sobre el personal de seguridad. Sin embargo, de ello sólo se puede inferir que había asumido el control o tenía responsabilidad sobre el exceso de concurrentes, lo cual fue valorado por el Tribunal al momento de construir la posición de "organizador" que le achaca a este imputado.

El ingreso excesivo de concurrentes fue determinante en la lógica del Tribunal para dar por configurada la situación típica, pero el control sobre el *ingreso* es un acto diferente a asumir el control sobre el exceso. Éste, en verdad, está vinculado con la cantidad de entradas puestas a la venta, lo que depende de una observación *ex ante* de las dimensiones del local y seguridad de los espectadores, o desatendiendo esos cuidados. Ni a Argañaraz ni a quienes controlaban se les podía exigir que no dejaran ingresar a quienes tenían sus entradas legítimamente adquiridas. Por lo cual, nuevamente, adquiere importancia otro conjunto de conductas relacionadas con la decisión de poner a la venta un determinado número de entradas.

La vigilancia sobre el ingreso, en verdad, adquiere importancia no ya con relación a quién entra y quién no, sino a las condiciones en que lo hace; en particular, si se respetan las normas de admisión atinentes a, por ejemplo, la prohibición de ingreso con pirotecnia. Si ello es así, era necesario explicar cómo tenía el control de un ingreso de pirotecnia más o menos eficaz y por qué de allí se puede inferir que dominaba el desarrollo de la situación típica, también conformada por otros factores. Este aspecto, en verdad, tiene relevancia sustancial para determinar si existió un debido cumplimiento de las normas de cuidado respectivas.

En tercer lugar, el Tribunal afirmó su posición de garante específica pues podía impartir directivas a quien se encargaba del sistema de audio. En principio, caben aquí las mismas consideraciones realizadas respecto del imputado Chabán, dado que la posibilidad de incidir en la reproducción de audio no significa asunción del dominio de ningún componente de la situación típica.

Pero, aun si así fuera, no advierto que ello sugiera una asunción total sobre el control de sonido del recital, dado que en el mismo lugar se encontraba Chabán. En efecto, esa asunción no

podía tener, como afirma el Tribunal, *la misma* posibilidad de influir en el evento que la que detentaba: tanto respecto de la detención del sonido como de la aparición de la banda en el escenario, su acción dependía de la voluntad de otras personas (grupo de sonidistas y músicos).

En cuanto a esto último, también se mencionó que Argañaraz podía pedirles a los miembros de "Callejeros" que no subieran al escenario. Esta afirmación, en verdad, no guarda ninguna relación con la asunción del dominio de la situación de riesgo, porque el sugerir, incluso obligar o forzar, a los músicos a no aparecer en escena no implica una asunción del control de ninguno de los factores que configuran la causa del resultado.

De esa manera, actuar en tal sentido no supone asumir el control de los medios de salida, de la instalación de ciertos materiales en el cielorraso ni, menos aún, el exceso de asistentes en el lugar. Por lo demás, sólo es posible concebir cierta relación de esa posibilidad con el uso de pirotecnia, cuando *antes* se supone, al igual que en el caso anterior, una conexión entre el inicio del recital y el uso de pirotecnia.

Como se desprende de todo ello, caben aquí dos consideraciones. Primero, no existe en la sentencia que estamos analizando una fundamentación coherente, acabada y apoyada en los hechos del caso que permita concluir con certeza que los imputados asumieran, mediante un acto voluntario, el dominio de la causa fundamental del resultado, constituida por determinados factores de riesgo, y que, por lo tanto, detentaran una posición de garante específica en los términos que allí fue concebida.

Aquí se aprecia el vicio de fundamentación que mencioné anteriormente, pues la ausencia de un hecho que demuestre ese acto de asunción de dominio está dada porque *ya* la puesta en marcha de esos factores fue obra de los mismos agentes. En este sentido, entiendo que es contradictorio fundar la posición de garante específica afirmando que podían asumir lo que ya les pertenecía como lo sería, respecto de la posición de garante genérica, concebir que esos factores eran autónomos de manera tal que los imputados pudieran asumir su dominio.

Adviértase, no se trata de afirmar una determinada teoría o posición sobre qué debe entenderse por una omisión impropia, sino de marcar que la sentencia adolece de fundamentación

suficiente para sustentar la tesis que defiende. Si el fin último de su argumentación era lograr identidad entre una omisión y una acción, de modo de "inscribir" directamente lo primero en un tipo penal que captura lo segundo, la alegación de esa identidad desprovista de toda apoyatura en los hechos relevantes impide completamente cualquier justificación la imputación de un tipo penal comisivo a la omisión concebida en el caso en concreto.

El siguiente punto central es que en la construcción de la posición de garante específica (que consiste en el control de los factores determinantes del resultado) se valoró la acción que, en opinión del Tribunal, tenía la virtualidad de evitar el acaecimiento del resultado. En efecto, en el caso de ambos imputados se señaló que controlaban el sonido o la aparición de los músicos al escenario.

Sin embargo, no se afirmó que lo peligroso fuera el inicio del concierto de "Callejeros" sino ciertos factores que configuraban la situación típica *desde antes*. Teniendo en cuenta que el desenvolvimiento de estos factores no era homogéneo pero sí independiente al desarrollo del concierto de esa banda, o de cualquier otra, se debería explicar cómo es que su control implicaba necesariamente el dominio de los factores de producción del resultado.

Ahora bien, sin perjuicio de la ausencia de fundamentación sobre estas cuestiones, incluso en el caso en que se pudiera sustentar la hipótesis del Tribunal sobre la existencia de una asunción del dominio de la situación típica, lo cierto es que resta analizar, en los términos en que es requerida por las bases dogmáticas sentadas en la sentencia, cuál "*fue la omisión penalmente relevante que, por contener el mismo desvalor de injusto típico, es equiparable a la realización activa del tipo que hemos seleccionado*" (fs. 67.186 vta.).

El Tribunal de Juicio, en forma previa, se encargó de resaltar que todos los factores causales "*fueron los que le dieron al suceso su propia configuración, sin que pueda otorgarse relevancia a uno sobre otro a los efectos de la realización del tipo de injusto*". Entonces, advirtió que para "*establecer cuál era la acción indicada para contrarrestar el potencial lesivo que iba dirigido hacia la realización del tipo y que sin dudas hubiera sido la conducta que definitivamente iba a alcanzar el resultado*

salvador, hay que pensar en un comportamiento que tenga la aptitud para neutralizar todas los factores de riesgo mencionados y no uno solo de ellos" (fs. 67.187/67.187 vta.).

Como se advierte, aquí se trata de otra decisión de importancia para la construcción del Tribunal de Juicio, dado que se pasa de concebir el proceso como producto de una multiplicidad de factores con diversos desarrollos causales determinantes del resultado.

De esa manera, postuló que "*la única acción positiva que lucía idónea para detener el curso causal dirigido a la producción del resultado era, lisa y llanamente, disponer la suspensión definitiva del espectáculo*[, porque era] *el único comportamiento que por sí solo podía contener el curso de los acontecimientos y anular de una vez el peligro de producción del incendio era dar por concluido el show*" (fs. 67.187 vta.).

En primer lugar, y con relación a lo manifestado en último término respecto de la cuestión anterior, es del caso señalar que en la sentencia se concluyó que "[t]*odo indicaba claramente que <u>si 'Callejeros' comenzaba a tocar, la pirotecnia se iba a accionar indefectiblemente</u>, como había ocurrido ya ese mismo día, durante el recital de la banda soporte 'Ojos Locos' y también en el intervalo entre ambos grupos cuando se reprodujo música de fondo*" (fs. 67.188 vta., subrayado agregado).

Conforme ha sido reseñado anteriormente, para la construcción dogmática del Tribunal el lapso que adquiere importancia se iniciaría desde el ingreso del público, pues desde ese momento se configuraba la situación típica. Entonces, parece lógico afirmar que venían disparándose fuegos artificiales ya en ocasión del espectáculo de bandas que se habían presentado más temprano ese mismo día e, incluso, sin que existiera concierto alguno sino sólo música de fondo. Así lo reconoció el Tribunal, tal como expondré en breve. Pero, por ello mismo, resulta inexacto afirmar una relación "indefectible" entre el comenzar a tocar de "Callejeros" y el accionar de pirotecnia.

En efecto, quedan dos posibilidades para sostener el razonamiento de la sentencia: o los "factores de riesgo" ya estaban dirigidos a producir el resultado peligroso y no hay conexión alguna con el ingreso al escenario y comienzo del recital

de "Callejeros", o bien se supone un inexplicado *plus* en el lanzamiento de fuegos de artificios por esa razón.

El Tribunal no explicó esta segunda implicación lógica de carácter necesario entre el comenzar a tocar y un accionar de pirotecnia distinto del que *ya existía*. Tanto la ausencia de una explicación sobre ese incremento forzoso cuanto los elementos producidos durante el debate, dan cuenta de que, en realidad, ese hecho no suponía ninguna modificación esencial en el uso de pirotecnia por parte del público dentro del interior del local. Sin embargo, en tanto y en cuanto es la única interpretación que utiliza el Tribunal para sostener el contenido de la omisión exigida, es necesario profundizar este punto a fin de determinar cuál era la relación entre esos extremos.

En la sentencia se tuvo por acreditado "*que el día 30 de diciembre de 2004 se accionó una cantidad significativa de elementos pirotécnicos —bengalas de diversos tipos, foguetas tres tiros, petardos, baterías y candelas- en el interior del local. Dicho accionar no se circunscribió al recital de 'Callejeros', sino que se inició desde el comienzo de la jornada con el show del grupo soporte 'Ojos Locos'*" (fs. 67.166).

Esta afirmación permite inferir válidamente que, incluso en la hipótesis fáctica del Tribunal, el ingreso de "Callejeros" al lugar no era una condición fundamental para el uso de pirotecnia, pues ya antes venía disparándose. Nada indica entonces que la acción omitida fuese necesaria sólo a partir del ingreso de esa banda. Si esto es así, como entiendo que lo es, vuelven a cobrar relevancia las condiciones en que se montó el espectáculo el día del hecho, y no si el inicio del concierto de esta banda desencadenaba un uso de pirotecnia tal que el incendio era automático.

Los elementos reseñados dan cuenta de que incluso cuando sólo hubiera "música de fondo" se disparaban bengalas. En este sentido, en nada modifica la conclusión los hechos anteriores y la variedad de argumentos que desde allí se construyeron con relación a una supuesta actitud o predisposición "bengalera" de la banda "Callejeros", porque el peligro propio de la detonación de pirotecnia en esas condiciones ya estaba configurado desde antes de su aparición en escena. Además, de lo que se trata es de examinar la participación de los diferentes imputados en los

hechos relevantes para un tipo penal en particular, que en el caso se afirma captaría determinada omisión y peligro para el bien jurídico, y no otros elementos.

Entiendo haber demostrado que no existía relación automática alguna entre el inicio del recital y el inicio del foco ígneo. En cualquier caso, en lo que sigue, continuaré con el análisis de los argumentos del Tribunal suponiendo que esa relación efectivamente existía.

Respecto del caso que aquí se juzga, ese órgano sostuvo que "*el único comportamiento que por sí solo podía contener el curso de los acontecimientos y anular de una vez el peligro de producción del incendio era dar por concluido el show*"; en otros términos, "*disponer la suspensión definitiva del espectáculo*" (fs. 67.187 vta.).

Sobre este aspecto, esencial para su arquitectura dogmática, dijo que "*sólo puede ser idéntica a la acción aquella omisión de una acción determinada de la que quepa afirmar que su realización produce en general, con certeza, definitivamente y sin que sean necesarias ulteriores intervenciones, el resultado salvador, o dicho de otro modo: que produce, de ese modo, la contención del potencial lesivo de la causa fundamental y determinante del resultado*", tal que el agente "*decide la lesión del bien jurídico de la misma manera*" que cuando lo hace por medio de una acción (fs. 67.119, subrayado agregado).

Del mismo modo, incluso empleando una fórmula un tanto menos categórica que ésta última, explicó que "[p]*or acción indicada hay que entender una conducta que, desde una perspectiva ex ante, se estima objetivamente apropiada —más aún, necesaria- para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva*" (fs. 67.187 vta., subrayado agregado).

Dicho ello, su examen sobre la necesidad de esta suspensión estuvo precedido por la negación de esa característica en otras dos acciones (abrir todas las puertas o incautar toda la pirotecnia que había dentro del local) que, en general y desde su punto de vista, sólo hubieran importado la contención parcial de los "factores de riesgo".

Se afirmó que había "*dos factores que ya en la confluencia de la situación típica eran prácticamente imposibles de ser modificados*; […] *la cantidad de público y los materiales del*

techo" (fs. 67.188). Asimismo, se descartó una incautación total de pirotecnia por impracticable y, finalmente, se afirmó que la habilitación de todas las vía de escape sólo hubiera modificado, quizá parcialmente, los resultados que agravan la figura, pero no eliminado el peligro típico.

Adviértase que la evaluación de estas acciones posibles no se hace teniendo en cuenta la totalidad de los factores de peligro a efectos del peligro típico, sino considerando alguno de ellos en forma individual. Sin embargo, si con ese ejercicio se persigue precisar la acción necesaria, como debía serlo en el caso de la omisión penalmente relevante para la tesis del Tribunal, era necesaria también en ese punto una consideración del conjunto de los factores determinantes del resultado. Cualquier análisis que desconociera esta premisa del propio razonamiento emprendido, sería completamente irrelevante y contradictoria al momento de justificar la determinación de la acción debida.

Ahora bien, en primer lugar conviene referirse a la necesidad de certeza de esa acción con relación al resultado, ya que el Tribunal afirmó que de esa manera el agente decidiría de *igual* forma que en los casos de comisión. Teniendo en cuenta esos términos, las dificultades que se presentan en este punto son evidentes porque es indiscutible que no se puede alcanzar un conocimiento sobre un hecho en términos de certeza, sino de grados de confirmación de una hipótesis.

Estos problemas se ven agravados en nuestro caso, dado que aquí se trata no sólo de "conocer" un hecho inexistente, sino de establecer cuáles hubieran sido las consecuencias o efectos de esa conducta hipotética en ese sentido, lo cual implica concebir la existencia de *otra* situación fáctica hipotética.

En esas condiciones, es posible que ese paso esté determinado por las reglas lógicas que gobiernan los razonamientos deductivos. Analizar la cuestión desde este punto de vista permitirá vislumbrar si es lógicamente viable determinar ese extremo y, al mismo tiempo, descartar que esa acción *no* hubiera producido otro efecto que evitar el incendio. Ello es así porque las reglas de la lógica son válidas universalmente, *a priori* e independientemente de la verdad o falsedad de las proposiciones fácticas.

Entonces, corresponde deducir que lo que se postula en la sentencia es que se debe tratar de una acción que *ex ante* evite el resultado disvalioso, por lo tanto hay que determinar en qué consiste esa acción. Sin embargo, ella en verdad *no existió*, sino que se partió de los hechos corroborados y de allí se *dedujo* que, *de haber ocurrido*, habría producido determinado efecto.

Es decir, a través de los hechos probados (en concreto, que no se suspendió el recital entonces el incendio ocurrió), se imputó una omisión de una acción (detener el recital) porque se supuso que ella eliminaba el resultado (evitar el incendio). Adviértase que la necesariedad de esa conducta sólo remite a consideraciones de tipo normativo (en el caso, la misma teoría que postula el Tribunal) y no fáctico, pero aquella depende de la validez de la relación entre hechos. Así, una acción es necesaria si es suficiente para evitar un incendio, de allí que sea una omisión penalmente relevante.

Por lo tanto, lo que se aseveró fue que de los hechos, tal como los concibió el Tribunal, se deducía que una acción (detener el concierto) era suficiente para producir un hecho (no incendio). El primer paso consiste en revisar si esa deducción excluye lógicamente lo contrario, es decir, que a pesar de la suspensión se produjera el resultado. Luego, si las reglas lógicas no permiten excluir esa posibilidad, corresponderá analizar la afirmación desde un punto de vista fáctico, o sea, si en las particulares condiciones del caso, nunca una suspensión del recital podría haber conducido a un incendio; sin embargo, en ese caso sólo se tratará de grados de probabilidad pero nunca de certeza.

En cuanto al primer aspecto, la derivación lógica implica una proposición (descripción de un estado de cosas) de carácter condicional. Ello en nuestro caso quiere decir que si "no se detuvo el recital" (omisión), *entonces*, es verdadero que "se produjo un incendio". En términos de lógica abstracta, significa que "[e]*l hecho* p *es condición suficiente de* q *cuando conocer la verdad de 'p' permite afirmar la verdad de 'q'*" (ECHAVE, Delia Teresa, URQUIJO María Eugenia y GUIBOURG, Ricardo A., *Lógica, proposición y norma*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 61). Sobre este paso lógico se apoyó la construcción de la sentencia, dado que esta es la hipótesis fáctica que se tuvo por probada.

A partir de los hechos probados y aplicando esta simple ley lógica, afirmó con valor de verdad que cuando existe la acción "detener el recital" (que es la negación de *continuó el recital*) "no se produce el resultado" (que es la negación de *se produjo un incendio*). Las reglas del condicional permiten sostener que si es verdadera la proposición condicional cuando las dos proposiciones individuales son verdaderas (hechos probados), luego aquél también es verdadero cuando se niegan éstas dos: con la suspensión del recital se evitaba el incendio.

Es decir, de los hechos comprobados se saltó a un hipotético caso, dado que para afirmar la identidad desde su teoría es necesario suponer la existencia de una acción que pudiera evitar el resultado dañoso. Este primer paso es correcto desde el punto de vista lógico, y no hay nada que señalar al respecto.

Adicionalmente, las reglas lógicas del condicional también permiten afirmar que es falsa una proposición cuando su antecedente es verdadero (no se detuvo el concierto) y su consecuente es falso (no se dio el resultado típico). Esto por la sencilla razón de que si conocer la verdad de *p* permite afirmar la verdad de *q*, entonces es inválido sostener al mismo tiempo que si *p* es cierto, lo segundo puede ser falso. En consecuencia, el razonamiento de la sentencia aparece coherente también en cuanto deduce que luego del inicio del concierto de "Callejeros" se produciría el incendio, es decir, que es falso que *no deteniéndose* el recital *se evadía* el siniestro. Afirmo que es "coherente" dado que, al menos, ello no es posible de negar porque es correcto en términos lógicos.

Sin embargo, cuando el Tribunal tuvo que concebir la omisión penalmente relevante, supuso la existencia de la acción debida y de allí afirmó que *necesariamente* el resultado no se habría producido. Como anticipamos, la característica principal de la acción omitida es que "*su realización produce en general, con certeza, definitivamente y sin que sean necesarias ulteriores intervenciones, el resultado salvador*".

Esto significa sostener que siempre y en todos los casos en que el antecedente fuera falso, el consecuente también lo sería y que de lo contrario sería falso el condicional; parar el espectáculo implicaba *forzosamente* la ausencia del resultado

disvalioso. A diferencia de los supuestos anteriores, esto es lógicamente incorrecto, dado que no en todos los casos en que el antecedente es falso el consecuente *debe* ser falso. Precisamente, el condicional es verdadero cuando el antecedente es falso pero el consecuente es verdadero. Aplicado a nuestro caso: los hechos probados no permiten excluir lógicamente que sea verdadero que se produzca un incendio cuando se detenga el recital.

En efecto, de un supuesto condicional materialmente verdadero, es decir, en el cual su validez depende de la verdad fáctica de su antecedente y su consecuente, como es el caso que el Tribunal de Juicio tuvo por acreditado, sólo se puede deducir sin violentar las reglas de la lógica, que es inválida una proposición que contenga un antecedente verdadero y un consecuente falso.

Por eso, si bien es probable la tesis del Tribunal que sostiene que no se puede excluir que -con las condiciones que se encuentran acreditadas- la continuación del espectáculo importara el inicio de un incendio, de esa afirmación no se sigue *de forma necesaria* que con su suspensión se evitaba el siniestro. Precisamente, incluso aceptando la tesis expuesta en la sentencia, el llevar adelante el concierto es una condición meramente *suficiente* para la producción del resultado, pero ello no excluye la verdad de la proposición “si se detenía el recital entonces (de todas maneras) se producía el incendio”.

Esto así porque las reglas lógicas de las proposiciones condicionales dan cuenta de que es verdadero un condicional formado por un antecedente falso y un consecuente verdadero. Ello permite sostener que con los hechos probados es perfectamente posible deducir lógicamente y con valor de verdad que incluso cuando se detuviera el recital el incendio se produciría.

En conclusión, de los hechos acreditados no se puede excluir lógicamente que en el caso en que se suspendiera el concierto *igualmente* se produjera el incendio. Los pasos lógicos que contiene la sentencia no excluyen ese supuesto. Ello porque la oración condicional no dice nada sobre la verdad de las fórmulas que la integran, sino que sólo enuncia cierta relación entre dos proposiciones simples. Entonces, de la afirmación de que el incendio se produjo porque no se detuvo el recital, no se puede derivar lógicamente qué hubiera pasado si se hubiera detenido, dado que el condicional “*será falso o verdadero según exista o no*

un estado de cosas capaz de verificar el antecedente y hacer falso, al mismo tiempo, el consecuente" (ECHAVE, *et. al.*, *ibídem*, p. 74).

Al ser lógicamente posibles ambos escenarios, las proposiciones que se pueden enunciar mediante el condicional son contingentes. Esta definición "*corresponde a proposiciones que dicen algo sobre el mundo y cuya verdad depende de que el valor de verdad del antecedente y del consecuente se combinen en la realidad*", de manera tal que "*es preciso examinar el mundo empírico y buscar en él pruebas que verifiquen la proposición o que muestren su falsedad*" (ECHAVE, *et. al.*, *ibídem*, p. 72/74). Por esta razón, es que no se puede derivar, ni menos excluir, el valor de verdad de proposiciones de las cuales no se puede demostrar la verdad de todos sus elementos individuales.

Con este desarrollo se demuestra que no es posible excluir totalmente la posibilidad de hacer un juicio hipotético verdadero en el sentido de que deteniendo el recital se producía (igual) el incendio. Si no es posible excluir *a priori* esa posibilidad, entonces tampoco es posible predicar con *certeza* la relación entre las dos proposiciones individuales. Ello, como se adelantó, depende de la verdad o falsedad del estado de cosas que describa cada proposición, lo cual nos deja en el próximo punto a examinar.

En efecto, negada la *certeza*, en términos de una exclusión lógica, resta por analizar esa eventualidad desde un segundo punto de vista, externo al razonamiento lógico y relativo a la construcción de las premisas fácticas, para determinar si es posible descartar, o no, un incendio en el caso de que el recital no hubiera continuado. Aquí se debe partir del resto de las cualidades que se reclama a la conducta omitida para que exprese un contenido de injusto idéntico al de una acción, según la postura adoptada en la sentencia.

En forma clara, según la concepción del Tribunal, la acción omitida tiene otras dos características fundamentales: evita *definitivamente* el resultado disvalioso y *no necesita de ulteriores intervenciones* para lograr el salvataje. De esa manera, para que el razonamiento del Tribunal sea correcto, la siguiente pregunta debería tener, eminentemente, una respuesta necesariamente negativa: con la sola suspensión del recital ¿se podría haber producido el incendio?

He señalado anteriormente que, aun en el entendimiento del Tribunal de Juicio, la situación típica se encontraba configurada desde antes que los músicos aparecieran en escena; en particular, el lugar se encontraba colmado de espectadores y se venía detonando pirotecnia, incluso sin ningún grupo musical dispuesto sobre el escenario (intervalos con música de fondo). Por lo tanto, se puede afirmar que estos dos "factores" terminaron por configurar la situación típica, dado que el estado de los medios de evacuación y los materiales combustibles instalados en el techo son condiciones que fueron dispuestas con anterioridad al ingreso del público y, también, de la misma apertura ese día.

Como bien se advierte, la utilización de pirotecnia en el interior de "Cromañón" era determinante para la configuración de la situación típica. Entonces, si bien la acción salvadora debe dar cuenta de todos los factores determinantes del resultado, lo cierto es que el uso de pirotecnia fue lo que desencadenó el foco ígneo; los demás factores, hacían de cualquier fuego que se desatara un incendio y ya estaban cabalmente configurados y operando en toda su extensión. Por lo demás, más allá de su peligrosidad constante, el uso de pirotecnia no produce *por sí solo* fuego sino cuando entra en contacto con terceros elementos.

Por ello, sin perjuicio de que la acción salvadora debía ser de tal naturaleza que permitiese neutralizar todos los factores, por sus características, la suspensión que se reclamó sólo podía operar *per se*, directamente y con alguna posibilidad de éxito con la premura de las circunstancias del caso, sobre la permanencia del público y uso de pirotecnia en el interior del local.

En efecto, no es evidente una relación directa, y sin mayores intervenciones, de la decisión reclamada con la habilitación de los medios de salida, ni menos aún con el retiro de los materiales instalados en el cielorraso del local.

Por el contrario, frente al no inicio o suspensión definitiva de un espectáculo ya comenzado caben dos cursos hipotéticos de los hechos: *i)* los asistentes no abandonaban el lugar (al menos inmediatamente), permaneciendo en su interior, por ejemplo, aguardando las razones de esa decisión o su reinicio, o bien *ii)* se retiraban gradualmente de acuerdo al estado de los medios de evacuación habilitados.

Ahora bien, en cualquiera de los dos casos la utilización de pirotecnia es perfectamente concebible, aunque -podría argumentarse- en magnitudes diferentes: ya he dado cuenta de que su uso fue una constante durante esa jornada. Conviene recordar, en ese sentido, que en la sentencia se tuvo por acreditada la "*detonación de elementos de pirotecnia en el interior del salón el día 30 de diciembre de 2004 durante toda la jornada*" (fs. 67.167 vta., subrayado agregado).

De ello se sigue que, cuando el Tribunal oral sostiene que "*la única acción que definitivamente hubiera alcanzado el resultado salvador era detener el espectáculo*", ***supone*** que así se causaba un cambio en el desarrollo de *ese* factor de riesgo. Es que si el agente está obligado a una acción que impida el resultado sobre la base de una situación de hecho que configura una posición de garante genérica en términos materiales, y detenta una posición de garante específica porque asumió el control de esa situación, es incoherente que la acción de salvataje no tenga alguna relación con el dominio sobre los factores determinantes del resultado. En ese momento, y con las demás condiciones establecidas, el factor determinante en uno u otro sentido era el uso de pirotecnia. Por ello, es evidente que la acción omitida debía dar cuenta de ese extremo.

En este punto, si bien la defensa de Chabán cuestiona el análisis sobre la exigibilidad de la conducta omitida sin rebatir todas las consideraciones del Tribunal -lo cual haría defectuosa la presentación de su agravio- sí marca que para el uso de pirotecnia no era determinante el comienzo del recital de "Callejeros".

La correlación entre ambos sucesos no es evidente y tampoco se encuentra fundada en la sentencia que de esa manera se impedía definitivamente el accionar de pirotecnia dentro del local, cuando este paso argumental era vital en la postura del Tribunal, porque de otra forma no le era posible sostener que en el caso el agente se decidió de la misma forma en contra del bien jurídico como si lo hubiera hecho por medio de una acción de "causar un incendio". De esa manera, sin perjuicio de que el agravio tal como se lo ha presentado no es procedente, lo cierto es que da cuenta la ausencia de fundamentación sobre la cuestión, a la que se arriba por otro canal de revisión.

Similares consideraciones caben respecto de la segunda cualidad. No se especificó en la sentencia, pero existen dos formas de concebir una *ulterior intervención*: del mismo agente o de terceras personas. Si de lo que se trata es de evaluar la acción salvadora del bien jurídico en orden a establecer si aquí el agente decidió de la misma forma que en un caso de comisión, entonces con ella, se hace referencia a otra intervención del mismo agente, distinta de la concebida como la única debida.

Este aspecto estrecha aún más la intervención requerida en el caso, dado que decidir la suspensión del recital bastaría como intervención para detener definitivamente el desarrollo de los factores determinantes del resultado.

Ahora, de los párrafos anteriores se desprende que la sola interrupción del espectáculo no detenía de forma necesaria el curso de los acontecimientos que se venía dando, especialmente en cuanto al uso de pirotecnia; luego, no es posible descartar de plano la necesidad de ulteriores intervenciones.

En primer lugar, una modificación sustancial en el uso de pirotecnia reclamaba, al menos, cierta intervención de parte de quienes la habían ingresado pese a la prohibición de admisión y estaban utilizando desde el inicio o, de otra forma, una activa y decidida actuación por parte de terceras personas.

Al respecto, no es ocioso señalar que el mismo Tribunal de Juicio consideró que, ante la suspensión definitiva del recital, posiblemente *"el público hubiera reaccionado* […] *rompiendo los instrumentos musicales e incluso destruyendo gran parte del local"* (fs. 67.225 vta.). No parece ser esa una situación en la que luego de la suspensión del recital no fueran necesarias ulteriores intervenciones.

Incluso desde el punto de vista individual, existen elementos que indican que, en principio, ellos no tenían el *conocimiento* necesario para detener el sonido; aspecto que no fue tratado expresamente en la sentencia. El testimonio de Leggio, quien se desempeñaba ese día como encargado del sonido, graficó sobre la impericia de Chabán para cortar el sonido del recital.

Él relató que *"al comenzar la banda a cantar estaba muy atento al sonido pero percibió que se detonaron bengalas y pudo oír los fogonazos"*. Inmediatamente Chabán le dijo *"dame el micrófono* [y] *le pidió que cortara el sonido. Éste intentó*

cortarlo pero no lo logró y agregó que él tampoco 'llegó a cortarlo`". Seguidamente afirmó que "*Chabán se 'avalanzó' sobre la consola pero no pudo apagar el sonido*" (fs. 66.625 vta.).

Además, explicó "*que el sonido no puede apagarse totalmente desde ninguna de las dos consolas porque son independientes*" y aclaró "*que desde el monitoreo era necesario tocar 8 teclas para apagar el sonido* [y] *que en su consola Omar Chabán tocó 7 u 8 perillas pero que ninguna era el 'master', es decir, la que apagaba todo*". Agregó que "*ese equipo tiene aproximadamente 1000 perillas y tenía 26/28 canales de micrófonos conectados*" (fs. 66.626). Este relato da cuenta de que la tarea no era sencilla y lineal, como parece haberlo concebido y afirmado el Tribunal, razón por la cual era necesario —al menos- sopesarlo con el resto de los elementos probatorios.

De igual manera cabría concluir respecto de los demás "factores determinantes del resultado", dado que si no era a través de una intervención de propia mano por parte de los imputados, cualquier modificación en su desarrollo hubiera necesitado de la participación de terceros. En cualquier caso, sin una explicación en ese sentido, no puedo concluir que ese extremo de la identidad postulada se encuentre debidamente apoyado por los hechos de la causa.

En esas condiciones, ninguna de estas características, necesarias para la identidad pregonada, se encuentra fundada en la sentencia. Además, de los hechos tenidos por acreditados por el mismo Tribunal de Juicio, se desprende que la acción reclamada no habría evitado el resultado, en los términos en que lo reclaman sus postulados teóricos.

En síntesis, se sostuvo que, ante el desarrollo de circunstancias sobre las que afirmó los imputados ejercían control absoluto, su conducta omitida —detener el recital- podía subsumirse directamente en un tipo legal que capta una conducta activa —causar un incendio- porque, y esto es sustancial, son idénticas estructural y valorativamente desde el punto de vista del injusto típico. En otras palabras, el desvalor de la omisión construida era idéntico al desvalor de la acción prevista legalmente.

En concreto, no se da en el caso la difusa identidad predicada, que fue construida sobre la base de una selección

parcial de circunstancias, confundidas entre sí en la fundamentación de ambas posiciones de garante. En particular, respecto de la posición de garante específica, que constituía el punto distintivo de la tesis del Tribunal, su contenido no se motivó en hechos autónomos, sino que se recurrió a los mismos fundamentos utilizados para la posición genérica y la omisión propiamente dicha. En cuanto a la acción debida tal como se la reclamó, no es posible afirmar con certeza que hubiese evitado el resultado disvalioso; antes bien, reitero, los hechos tal como fueron valorados dan cuenta de esa (im)posibilidad aún ante su ejecución. De esa forma, entiendo que no se demostró que en el caso se encuentren reunidos los extremos que permitirían la "inscripción" de una omisión en un tipo comisivo, de acuerdo a la teoría presentada como "marco teórico".

Esos vicios, por cierto, permitieron que "*una tesis doctrinal elaborada con el fin de asegurar la completa igualdad estructural y valorativa entre acción y omisión vino a fundamentar, en el enjuiciamiento del caso 'Cromañón', la supuesta equivalencia estructural y valorativa que existe entre 'causar un incendio' y 'no cancelar un concierto'. Para ello bastó con que se interpretaran de un modo 'flexible' los requisitos establecidos en dicha tesis a la hora de configurar la posición de garante así, el hecho de que uno de los procesados en la noche de autos parara la música de fondo dirigiéndose al público para reprocharle su actitud sobre el uso de pirotecnia, y que el otro procesado hubiera podido dirigirse a sus compañeros del grupo musical para que no salieran al escenario, sirven para demostrar que ambos poseían el 'dominio efectivo sobre la causa fundamental del incendio', concretada en la capacidad de suspender el recital; o lo que es lo mismo, que la cancelación del concierto habría producido en general, con certeza, definitivamente y sin que fueran necesarias acciones ulteriores intermedias, el resultado salvador*" (cfr. HAVA GARCÍA, Esther, "Comisión por omisión, dolo de peligro e imprudencia. Un análisis a propósito de La Sentencia del caso 'Cromañon'", en *Revista de Derecho Penal* 2010-1, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2010, p. 306).

3. Conclusión y decisión.

Según entiendo haber demostrado, más allá de si su construcción dogmática es jurídicamente correcta o no, lo cierto

es que en la sentencia no se encuentra fundado que en el caso en concreto estén configurados los extremos fácticos necesarios en orden a su aplicación.

En efecto, el Tribunal, en orden a lograr una aplicación del tipo penal previsto en el art. 186, inc. 5º, C.P., sostuvo que era necesario acreditar el dominio, mediante un acto personal efectivo por parte de los imputados, de la causa fundamental del resultado. Como expresé antes, esos extremos, en los términos que el mismo Tribunal los definió, no encuentran el sustento fáctico necesario en los hechos del caso, de acuerdo al material probatorio producido y valorado.

En consecuencia, no se da en el caso la identidad pregonada que, según ese órgano jurisdiccional, permitía afirmar que la no evitación de un perjuicio para un bien jurídico es equivalente a la realización activa del daño. Luego, no se puede mantener la "inscripción" directa de las omisiones reprochadas en el tipo penal previsto en el art. 186, inc. 5º, C.P., que capta la acción de causar un incendio; por lo tanto, considero que no se puede responsabilizar penalmente a los acusados Chabán, Argañaraz y Díaz en los términos de ese delito.

Por ello, creo que al dar los motivos de su decisión, el Tribunal prescindió de los hechos del caso se encuentran indisolublemente vinculados a la aplicación de la ley sustantiva, y viceversa, por lo que la subsunción legal escogida en la sentencia suponía que cada uno de los extremos estuviera motivado en los hechos tenidos por acreditados, de conformidad con las reglas de la sana crítica (arts. 123 y 398, 2º párr., C.P.P.N.).

En ese sentido, la sentencia debe constituir un acto razonado, que atienda a las peticiones de las partes, los hechos esenciales que *estén probados* y considerando las *pruebas conducentes* que fueran producidas durante el juicio. Su génesis lógica debe representar un conjunto de razonamientos integrados por deducciones e inducciones y como juicio reflejar el trabajo intelectual del juez, quien realiza en el acto un estudio crítico de las cuestiones planteadas por los justiciables, sus pruebas y alegatos.

En el presente, he advertido que la sentencia sólo muestra en este punto una fundamentación aparente, pues ha sido construida

en base a premisas implícitas y afirmaciones dogmáticas que carecen de sustento probatorio.

Por lo demás, si bien "*es verdad que una afirmación dogmática también constituye premisa mayor para la conclusión*, […] *los fallos judiciales no pueden auto-sustentarse. No basta resolver el litigio; hay que resolverlo con arreglo a criterios y a apreciaciones que, por hallarse dotados de fuerza de convicción puedan convencer. De otro modo la decisión no sería mas que el producto del arbitrio ilimitado de los jueces*" (CARRIÓ, Genaro y CARRIÓ, Alejandro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, T. 1, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 259). En otras palabras: no basta que un fallo tenga fundamentos; es menester que estos fundamentos estén a su vez fundados, porque si no lo están entonces sólo hay apariencia de fundamentación (CARRIÓ, *et al.*; *ibídem*, p. 260). Esto es lo que ha sucedido en autos.

Por todo lo expuesto, puedo concluir que existió un vicio en la justificación de la identidad pregonada como indispensable a efectos de subsumir la omisión en un tipo penal que en su descripción capta una acción, lo cual redundó en una inexacta subsunción de los hechos del caso en un supuesto típico legal, o errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1º, C.P.P.N.); de modo que corresponde que esta Sala case la sentencia en punto a la subsunción de los hecho en la ley sustantiva y resuelva el caso con arreglo a la ley y doctrina que se declare de aplicación (art. 470, C.P.P.N.).

4. Otras cuestiones planteadas.

Por último, las defensas de los imputados Chabán, Argañaraz y Díaz, así como el Estado Nacional, plantearon diversas violaciones a preceptos constitucionales —esencialmente con relación al principio de legalidad material y del derecho de defensa en juicio- en razón de la aplicación que hizo el Tribunal de Juicio de un delito "en comisión por omisión". A su turno, el representante del MPF y la querella representada por los Dres. Campos e Iglesias, sostuvieron la adecuación constitucional de esa construcción dogmática y plantearon que el Tribunal de Juicio no habría escogido una postura correcta desde el punto de vista constitucional.

En esas condiciones, la conclusión a la que arribé respecto de la aplicación de la ley penal exime de la necesidad de analizar el caso desde el punto de mira de la alegada violación del principio de legalidad material, dado que revela la existencia de un acto jurisdiccional inválido que torna imposible el examen de su interpretación legal a la luz de los principios consagrados en la Constitución Nacional.

Finalmente, con relación a las críticas del representante del MPF y la querella representada por el Dr. Iglesias dirigidas contra la particular posición dogmática del Tribunal de Juicio, dada la solución a la que se arribó en este punto, esos agravios resultan insustanciales.

No obstante ello, sus peticiones, en el fondo relativas a la subsunción jurídica, serán analizadas en el siguiente punto.

QUINTO:

Calificación legal de las conductas (hecho principal).

Tratados los agravios relativos a las cuestiones fácticas de los casos de Chabán, Villarreal, Argañaraz y los demás miembros de "Callejeros" (Santos Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y Cardell) así como el de Díaz e invalidada la calificación legal aplicada por el Tribunal de Juicio, corresponde en este acápite examinar esta cuestión. Con ese fin resulta ineludible realizar algunas precisiones, tanto de carácter procedimental cuanto estrictamente dogmático.

1. Previas y necesarias consideraciones procesales y sustantivas.

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).

En algunas de las cuestiones tratadas, no existe concordancia entre los votos precedentes. Ante esa situación, "[l]*a votación debe hacerse 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).

En esas condiciones, la siguiente cuestión a tratar es aquella relativa a la calificación legal de esos hechos. A diferencia del punto anterior, al respecto existe un desacuerdo entre los jueces que me preceden en la votación, por lo que se impone una decisión que dirima la cuestión.

En concreto, mientras que en la primera de esas opiniones —la del juez Riggi- se convalidó la calificación aplicada en la sentencia (art. 186, inc. 5º, C.P.; estrago doloso seguido de muerte), la jueza Catucci, que votó en segundo término, ha entendido que no se puede dar por configurado el aspecto subjetivo (dolo) de esa figura legal.

Básicamente, la Dra. Catucci sostuvo que los imputados *confiaban* en evitar un resultado que les era previsible, porque "[s]*i nos atenemos a que con anterioridad algunos de los coprocesados habían sorteado otros principios de incendio, puede suponerse que también pudieron pensar en superar otro*". Es así que dejó planteado que "*la conducta desplegada con anterioridad, la permitida y buscada ese mismo día no encaja en ninguna de las formas del dolo, sino que se adecua sin esfuerzo a un grave accionar culposo*". Más aún, sostuvo que esa apreciación se veía corroborada "*al no poder probar la existencia de un elemento psicológico de unión, cual es la intención*".

Al respecto, el representante del MPF y la parte querellante representada por el Dr. Iglesias, apoyándose en distinta jurisprudencia y doctrina, han mantenido en esta instancia la procedencia de una imputación en los términos del art. 186, C.P., pues, según entienden, esa calificación no resultaría violatoria de precepto constitucional alguno. Sin embargo, sus argumentos, en lo sustancial, no brindan razones por las cuales entender que esa es la interpretación correcta de la ley penal. Tampoco los recurrentes han acercado razones valederas para concluir que los hechos del caso den cuenta de los extremos teóricos necesarios que permitirían subsumir una omisión en el tipo legal previsto en ese artículo, en los términos que ellos postulan.

Al mismo tiempo, soy de la opinión que los fundamentos expuestos en el voto que lidera este Acuerdo no aportan *nuevos*

argumentos que permitan arribar a una solución favorable a la aplicación de ese tipo penal, sino que confirman la aproximación dogmática del Tribunal oral. Y el análisis de los hechos allí expuesto no modifica las observaciones que hice precedentemente respecto de la sentencia del Tribunal de Juicio. Simultáneamente, concuerdo con la exposición sobre el aspecto subjetivo que desarrolló la colega que me precede en la votación y que, en lo sustancial, supone atender a los agravios expuestos por la defensa de Chabán respecto de los criterios que se deben observar al momento de diferenciar los casos de dolo eventual de aquellos en lo cuales se trata de culpa con representación.

En esta línea, ya he tenido la oportunidad de referirme a que, en orden a imputar un comportamiento doloso, "*el autor del delito debe conocer los elementos del tipo objetivo y, además, querer la realización del resultado*" (cfr. mi voto en la causa 4832, "Cejas, Alberto Federico s/ recurso de casación", rta.: 30/11/2004, reg. nro.: 736.04.3). También he afirmado la necesidad del aspecto volitivo cuando sostuve que "*en el dolo la prelación lógica coincide con la prioridad cronológica: el aspecto intelectual del dolo siempre debe estar antepuesto al volitivo*" (cfr. causa 5000, "Cabello, Sebastián s/recurso de casación", rta.: 02/09/2005; reg. Nro.: 680.05.3; en el mismo sentido, mi voto en las causas 5304, "De Haro, Sebastián Ezequiel s/recurso de casación", rta.: 24/11/2005, reg. nro.: 1051.05.3; 6654, "Rodríguez, Matías Damián Oscar s/recurso de casación", rta.: 26/06/2006, reg. nro.: 689/2006).

Es que "*todo criterio subjetivo de imputación tiene que respetar la existencia de conocimiento y voluntad del autor respecto de la realización de la acción con sus modalidades y la producción del resultado*" (BINDER, *Introducción…*, cit., p. 147; en igual sentido cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2º Edic., Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 519 y sgtes.).

En el caso de dolo eventual, el conocimiento debe ser real y no meramente potencial, porque "*no se trata de una voluntad de hecho eventual (condicionada) sino de <u>una voluntad no condicionada para el hecho, que se extiende a cosas que posiblemente (eventualmente) se producirán</u>*" (Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, De Palma, Buenos Aires, 1956, p. 75; resaltado agregado).

Es decir, "[ú]*nicamente la producción del resultado, no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas*" (ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, p. 426).

En la tradición continental, la discusión en torno a los criterios necesarios para distinguir entre dolo eventual y culpa con representación es extendida; sin embargo, la función de la jurisdicción es decidir el caso que se le presenta de manera coherente y fundada. Para responder a esta cuestión se debe atender a la caracterización hecha de cada modo básico: el dolo es conocimiento y voluntad de la concreción del tipo.

En ese contexto, se afirma que "[e]*n el dolus eventualis, el autor quiere el hecho incondicionalmente, también para el caso de que se presenten como posibles consecuencias penales secundarias. En la culpa conciente actúa en la esperanza de que evitará la consecuencia criminal representada como posible, o sea, como si la circunstancia representada como posible no existiera*" (WELZEL, *Derecho Penal*, cit., pp. 75; destacado agregado).

En un sentido análogo —en tanto se arriba a igual solución del caso- se postula que "[l]*a diferencia radica sin embargo en que el* [agente] *confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad* […], *pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. Esta confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido. Sin duda se le puede reprochar al sujeto su descuidada negligencia o ligereza y castigarle por ello, pero como no ha tomado decisión alguna en contra de los valores jurídicos típicamente protegidos* […] *aquel reproche es más atenuado y merece sólo la pena de la imprudencia*". En síntesis, "*el dolo eventual se presenta como decisión por la posible lesión del bien jurídico, mientras que el sujeto que actúa con imprudencia consciente confía en la no producción del resultado, pese a crear un peligro no permitido*" (ROXIN, *ibídem*, p. 426 y 1.019; subrayado agregado).

De tal suerte, es necesario que de los considerandos de la sentencia se desprendan los elementos probatorios que le permitan al juez demostrar que el autor ha actuado con dolo eventual: que pese a todo se haya decidido contra el bien jurídico. Por eso, conviene recordar qué se debe probar en estos casos. Así, "*se pretende explicar el dolo simplemente a partir de la 'conciencia*

del riesgo', cuando el dolo es mucho más que eso. Su esencia […] *es la decisión voluntaria y consciente del autor en contra del bien jurídico, y* […] *para ello no alcanza con el simple conocimiento del peligro. Además del conocimiento del riesgo es necesario demostrar una especial actitud subjetiva del autor como es la falta de 'confianza en la evitación' del resultado*" (DONNA, Edgardo Alberto y DE LA FUENTE, Javier Esteban, "Prevención, culpabilidad y la idea objetiva del dolo. El dolo eventual y su diferencia con la imprudencia consciente. A propósito del fallo 'Cabello'", en *Revista de Derecho Penal*, Nº 2003-2, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 514; subrayado añadido).

En este caso, un actuar culposo está dado por la presencia de elementos sobre los cuales entender que, en el caso de incendiarse alguna parte del local, los imputados confiaban en que podrían aplacarlo y evitar que se propague. Inversamente, se tratará de un caso de dolo eventual si las acusaciones presentaran elementos y argumentos según los cuales concluir que, ante la previsibilidad de un foco ígneo en virtud del uso de material pirotécnico en el interior de "Cromañón", los acusados no abrigaban confianza alguna en poder evitar el incendio y las previsibles consecuencias riesgosas y/o letales para la vida de todos quienes se encontraban allí.

En tanto se presenta como dirimente, entiendo que conviene abordar el tratamiento de esta cuestión al inicio de cada apartado referido a cada uno de los imputados porque, todos los demás puntos iguales, decidida en uno u otro sentido impone un abordaje de los hechos desde una particular perspectiva dogmática.

Luego, ante la ausencia o imposibilidad de acreditar esa actitud, siempre que se encuentre previsto legalmente para esa misma conducta, se impone analizar la aplicación del tipo legal culposo, que "*no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable*". Es así que "[l]*os tipos culposos son tipos abiertos, es decir, necesitados de la búsqueda de una norma de cuidado que los complete o cierre, lo que no se explica por efecto de mera arbitrariedad legislativa sino porque es imposible prever las innumerables formas en que la realización de una acción puede*

violar un deber de cuidado y crear un peligro" (ZAFFARONI *et al.*, *Derecho penal…*, cit., pp. 549 y ss.; subrayado agregado).

Asimismo, mientras "[l]*os delitos de peligro concreto* […] *requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo*[,…] [u]*n 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 un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto*" (ROXIN, *Derecho Penal*, cit., pp. 363 y 404).

En concreto sobre este requisito, "*en los delitos imprudentes de resultado, éste debe haber sido provocado en forma causal, por la acción. En este contexto, la `causa´ del resultado está constituida por la acción específica, incluidas todas sus cualidades esenciales, en especial con respecto a la evitabilidad del posterior perjuicio del bien jurídico*" (DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal*, T. V, Rbinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 191).

Por ello, cuando se trata de un delito culposo, "[l]*a averiguación de la relación de determinación del resultado por la creación del peligro prohibido obliga a realizar un doble juicio hipotético*". En el primero "*se imagina la conducta del autor dentro del marco normativo, es decir, sin violar el deber de cuidado y, por tanto, sin crear ningún peligro. No habrá determinación cuando la acción así imaginada hubiese producido igualmente el resultado* [nota omitida]". En el juicio abstracto, se excluye el nexo cuando "*la norma de cuidado no tenga por fin la evitación del peligro de esos resultados*" (cfr. ZAFFARONI *et al.*, *Derecho Penal*, cit., p. 560 y sgtes., esp. § 3-5).

Por ello, en el caso de los delitos culposos, para afirmar ese nexo "*no basta con que la conducta sea violatoria del deber de cuidado y cause el resultado, sino que, además debe mediar una relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y la causación del resultado, es decir que la violación del deber de cuidado debe ser determinante del resultado*" (cfr. ZAFFARONI *et al.*, *Derecho Penal…*, cit., pp. 560 y sgtes.; resaltado añadido).

De modo que la conexión exigida se debe entender como la necesidad de que el resultado haya sido *determinado* por otro suceso; lo cual constituye el presupuesto ontológico general de la imputación jurídico-penal en los delitos de resultado (cfr. en tal

sentido PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *Causalidad y determinabilidad*, en AA.VV., "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin", Lerner-La Lectura, Córdoba, 2001, p. 111).

Pero, "*¿Qué ocurre si, como es frecuente en la práctica, no se sabe seguro si el resultado constituyó la realización del riesgo típico o, por el contrario, se debió a otro factor imprevisible? El principio in dubio pro reo debe conducir en este caso a la impunidad, en cuanto no está probado que se ha realizado el tipo imprudente, que requiere causar* [en rigor: determinar] *un resultado por la imprudencia de la conducta*" (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 5º edic., Reppertor, Barcelona, 1998, p. 285; cfr. en igual sentido GIL GIL, Alicia, *Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva*, Revista de Derecho Penal 2002-1 "Delitos Culposos I", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pp. 49-50).

Por ello, en este ámbito la discusión se reduce a un problema de valoración probatoria, campo en el cual rige el principio del *in dubio pro reo*. (cfr. DONNA, Edgardo A., *La imputación objetiva*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1997, p. 35; también, KAUFMANN, Armin, "Tipicidad y causación", en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, Depalma, Buenos Aires pp. 20 y sgtes.). Reiterando las palabras de Sentis Mélendo, "*no se trata de duda sino de otro fenómeno: falta de pruebas*" (SENTIS MÉLENDO, *In Dubio…*, cit., p. 158).

Por lo tanto, al respecto se puede concluir que "*la necesaria aplicación del principio 'in dubio pro reo' debe conducir a la absolución incluso en los casos límites de extrema falta de cuidado y siendo poco probable la explicación a través de otro riego; pero no porque no concurra un comportamiento desaprobado, sino porque no está probado que el resultado pueda ser atribuido al comportamiento*" (JAKOBS, Günther:, *La Imputación en el derecho penal*, Ad·Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 125; subrayado agregado).

En nuestro caso, todo ello supone que descartada la aplicación del art. 186, inc. 5, C.P., corresponde exponer las razones por las cuales subsumir las diferentes conductas imputadas en el art. 189, C.P., en cuanto establece que "[s]*erá reprimido con prisión de un mes a un año, el que, por imprudencia o*

negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio u otros estragos. Si el hecho u omisión culpable pusiera en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona, el máximo de la pena podrá elevarse hasta cinco años" (texto según ley 25.189; B. O.: 28/10/1999; énfasis añadido).

Sentado ello y en cuanto al caso en concreto, siempre teniendo en cuenta los hechos que la sentencia tuvo por acreditados así como aquellas consideraciones realizadas en esta instancia a la luz de los agravios introducidos, pasaré a examinar la situación procesal de cada uno de los imputados desde el punto de vista dogmático.

2. Responsabilidad de Chabán.

Tal como se explicitara precedentemente, la construcción dogmática expuesta por el Tribunal de Juicio no puede ser mantenida.

Por su parte, la jueza que me precede en el orden de votación expuso una serie de razones por las cuales arribó a la conclusión según la cual el imputado, aunque preveía el resultado, confiaba en evitar cualquier consecuencia disvaliosa. Coincido en lo fundamental con esta afirmación de la situación del imputado Chabán, por cuanto contaba con experiencias similares previas que habían sido sorteadas porque los focos ígneos fueron de poca envergadura y fácilmente extinguidos; lo cual, por lo demás, permite afirmar que esa creencia guardaba cierta racionalidad.

En la sentencia se fundamentó respecto de lo que se denominó "posición de garante genérica"; en lo que sigue no diferenciaré entre posiciones genérica y específica: en cuanto me refiera a una "posición de garante" lo será a los fundamentos dados por el Tribunal en torno a la posición "genérica". Entiendo que esos argumentos alcanzan a los elementos necesarios para fundar la posición de garante típica del delito imprudente.

Al respecto, el punto de partida de la sentencia —que no se cuestionó y por lo tanto ha adquirido firmeza- consistió en la identificación de una serie de deberes de cuidado con origen en una fuente formal; concretamente, el Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CCCABA). Esta normativa completa el tipo penal imprudente del caso, en cuanto se remite a "los reglamentos u ordenanzas".

Allí se precisó que su art. 96 conmina a quien *"omite los recaudos de organización o seguridad exigidos por la legislación vigente o por la autoridad competente respecto de un espectáculo masivo"*. Dentro de esos recaudos, se destacan la forma de ingreso del público al espectáculo (art. 90), la venta de entradas o permitir el ingreso excesivo de público (art. 92), producir avalanchas o aglomeraciones (art. 100), el suministro de bebidas alcohólicas (art. 104), el ingreso de artefactos pirotécnicos (art. 106), el guardar artefactos pirotécnicos (art. 107), y la obstrucción de salida o desconcentración (art. 110).

Tampoco se modificaron las afirmaciones del Tribunal de Juicio en el sentido de que, como uno de los "organizadores", Chabán detentaba una posición de garantía y, por lo tanto, debía observar esas precauciones legales (cfr. la primera parte del punto XVII de la sentencia). Particularmente, la siguiente conclusión permanece inalterada: *"en relación a la puesta en marcha del recital del 30 de diciembre, no* [hay] *dudas en torno a la actividad que tuvo Omar Emir Chabán en su organización. Puso a disposición el local que explotaba, personal a su cargo tomó posición en distintos lugares del salón y llevó a cabo tareas inherentes al desarrollo de un espectáculo masivo —control, expendio de bebidas en las barras, mantenimiento del lugar en general"* (fs. 67.158). En síntesis, estaba en una posición en la cual debía cumplir con los recaudos mencionados.

Luego, respecto del conocimiento de este imputado sobre las condiciones en que se desarrollaba el espectáculo el día del hecho, concuerdo en lo sustancial con cuanto se ha señalado en el voto que me precede. También en este voto he dado las razones por las cuales los agravios introducidos sobre el punto no permiten modificar esta conclusión: Chabán estaba al tanto de las condiciones que fueron determinantes en la concreción del resultado.

En especial, conocía el estado de las vías de evacuación, los potenciales efectos de los materiales instalados en el cielorraso del local, el exceso de la capacidad de personas que legalmente podía albergar "Cromañón" así como la cantidad que ingresaría el día del hecho y, finalmente, sabía del uso de pirotecnia, sus características y previsibles efectos. Especialmente, los anteriores episodios ocurridos en ese mismo

ámbito ante su presencia permiten sostener que conocía los efectos de fuego ardiendo sobre los materiales del cielorraso.

Aparece como evidente que esas circunstancias inobservaban los reglamentos y/o ordenanzas impuestos para los casos de espectáculos de concurrencia masiva como el que se llevaría a cabo el 30 de diciembre de 2004 en "Cromañón". Asimismo, como lo señaló el Tribunal al compararlo con otros recitales, ese proceder demostró una impericia en la *lex artis* propia de la profesión u ocupación que desempeñaba Chabán y la que lo identificaba socialmente; a la cual también remite el tipo penal bajo consideración. Por lo demás, esos extremos también refutan sus alegaciones en torno a un "error de hecho y de derecho".

Luego, es necesario fundar el nexo entre esas conductas y el resultado disvalioso. En cuanto aquí interesa, cualquier espectáculo de las características de las del caso supone un abanico de riesgos, de la misma forma que cualquier otra actividad social de similar envergadura. Las disposiciones legales tienen por objeto mantener esos riesgos dentro de márgenes que impidan la transformación de la actividad en socialmente disvaliosa, de modo que el costo social de su realización supere los beneficios que aporta a la sociedad. Cuando se supera el nivel de riesgo permitido, el desarrollo de ese ámbito de vida social deja de tener valor alguno ante el costo en bienes que significa y por eso el orden jurídico no lo tolera (cfr. mi voto en la causa 5062, "Fernández, Juan Carlos s/ recurso de casación", rta.: 22/12/2004, reg. nro.: 844/2004).

En el caso en concreto, la violación de los cuidados necesarios no sólo supuso la creación de un peligro concreto sino que elevó los riesgos por fuera de lo permitido y así la probabilidad de acaecimiento del resultado, en el que finalmente concurrieron aquellos. La sobre ocupación del lugar con sus vías de escape limitadas y revestido en parte con material tóxico al contacto con el fuego producido por el uso de pirotecnia (que no se impidió ingresaran al lugar), sobrepasó el riesgo permitido de lesiones para la vida y salud de los asistentes a esta clase de actividad social. Aspectos todos que han sido expuestos en detalle en el voto que me precede.

Finalmente, no sólo las normas que determinaban esos deberes de cuidados tienen por fin evitar la realización de un

peligro como el que finalmente acaeció, sino que de haberlos realizado hubieran evitado el incendio así como los resultados consecuentes. En tanto esas condiciones fueron determinantes en la concreción de ese riesgo, no existen dudas acerca del nexo de imputación entre la violación al deber de cuidado y el resultado finalmente ocurrido.

Entonces, la situación típica de incendio es imputable a las conductas desplegadas para concretar el espectáculo. La actividad se llevó a cabo de tal manera (particularmente con relación al estado y disposición de las vías de escape) que finalmente el incendio tuvo consecuencias letales para la vida 193 de personas y graves para la integridad de otro casi millar y medio de asistentes. Por lo tanto, tampoco se duda en atribuir estas consecuencias desastrosas a la forma en que fue dispuesto el local "Cromañón" para el espectáculo del 30 de diciembre de 2004.

Por otro lado, el imputado, además de estar al tanto de esas irregularidades, se representaba perfectamente el peligro que esa situación implicaba, tanto los incendios anteriores en situaciones similares como sus propios dichos antes del inicio de recital de "Callejeros" de ese día, dan cuenta de su previsión de que se podía incendiar el lugar y que quienes estaban allí dentro no podrían salir fácilmente de él, lo cual ponía en serio riesgo su integridad física y su vida. Es decir, Chabán se representaba la producción de la situación de peligro (incendio) que el tipo legal requiere.

Estas manifestaciones no estaban limitadas a la concreción de ese elemento del tipo objetivo, sino también a sus consecuencias para la vida de los asistentes; especialmente por sus referencias a otro hecho públicamente conocido en el que fallecieron varias personas. Así, cabe afirmar que su conocimiento también abarcaba esa circunstancia agravante del tipo legal básico.

Finalmente, no se han introducido planteos que permitan excluir la antijuricidad de la conducta ni circunstancias que excluyan la culpabilidad por el hecho. En consecuencia, concurro con la decisión de la jueza que me precede en que Chabán es autor penalmente responsable del delito previsto en el art. 189, 2º párr., C.P.. Por lo demás y en atención a la solución a la que se ha arribado, considero que la parte ha tenido razón plausible para

litigar, por lo tanto no corresponde imponer costas en esta instancia (arts. 530 y 531, C.P.P.N.).

3. Responsabilidad de Argañaraz.

La actividad desarrollada por Argañaraz fue concebida por el Tribunal de Juicio como sustancialmente análoga a aquella desplegada por Chabán; en concreto, se lo tuvo como otro de los "organizadores" del espectáculo.

Se imponen aquí idénticas consideraciones a las del caso de Chabán sobre el aspecto subjetivo del tipo: no se han acercado elementos por los cuales entender que Argañaraz no tenía confianza en la evitación de un peligro que se presentaba como previsible. Más aun, el conocimiento que tenía de infortunios anteriores que habían sido evitados sin mayores consecuencias así como las manifestaciones de Chabán acerca de las condiciones de seguridad de "Cromañón" permiten inferir cierta creencia en el sentido de que un principio de incendio podría ser sofocado sin más.

Ahora bien, en tanto han sido refutados los agravios de la defensa, ha quedado acreditado que este imputado tuvo participación sustancial en la organización del recital del día del hecho. Esa posición está sustentada no sólo en el hecho de haberse contactado con determinadas personas que brindaban servicios propios de esa actividad sino que tomó a su cargo un aspecto central e imprescindible (como lo es el ingreso de recursos económicos en cualquier actividad) para poner en marcha el espectáculo: la preparación, distribución y retiro y concentración del dinero producto de la venta de entradas.

Por lo demás, esta cuestión está directamente relacionada con la cantidad de asistentes y, por lo tanto, con uno de los factores en torno de los cuales se discute la elevación del riesgo. No existen dudas respecto de la participación de Argañaraz en la decisión de poner a la venta determinada cantidad de entradas (aprox. 3.500) previendo además un número no estrictamente determinado de "invitados" (personas que accederían al predio por fuera de el número de entradas).

Ese total no sólo superaba ampliamente la capacidad para la cual estaba habilitado el lugar sino que era evidente que por su demasía suponía un riesgo por fuera del que puede suponer una actividad de tal naturaleza. Es que esa circunstancia, también notada por quienes asistieron a los dos recitales anteriores al

del 30 de diciembre de 2004, constituyó por sí sola un peligro para quienes ingresaban al lugar y fue determinada desconociendo cualquier criterio propio de la experiencia y mantenido a pesar de la contemplación en los dos días anteriores. La incidencia de esta variable fue explicada convenientemente en el punto de la sentencia que emergió del juicio (cfr. esp. punto XIX.C de la sentencia).

Además, su intervención en el montaje del espectáculo también fue determinante en lo concerniente a la seguridad, en especial aquel aspecto relativo al control de ingreso de pirotecnia. La ineficacia demostrada en los días anteriores del personal por él convocado daba cuenta *ya* de la inobservancia de los recaudos de seguridad de quien toma parte en la organización de una actividad de esas características, puntualmente en este caso la prohibición del ingreso de pirotecnia que, se sabía, era accionada al interior del lugar.

En ese sentido, ya al momento de analizar los cuestionamientos sobre la base fáctica concluí en que el "cacheo" de ese día se mostraba como ineficaz tanto antes como durante la jornada en la que se produciría el incendio. En tanto había convocado a quienes realizaban de propia mano esa tarea no podía estar ajeno a esa ineficacia, puesta de manifiesto los dos días anteriores y el mismo día del hecho desde tiempo antes que "Callejeros" hiciera aparición en escena.

No obstante, conviene en este punto precisar el fundamento de su responsabilidad por ese incremento del riesgo originado en la ineficacia del control cuando éste era realizado por terceras personas. Existen casos en que "*concurriendo una relación planificable, debería estar claro que el sujeto a quien compete la primera lesión en todo caso responderá de la lesión sobrevenida cuando quien actúa en segundo lugar se encuentra en una situación desventajosa y esto sea competencia del primero: con su comportamiento el segundo interviniente ni siquiera crea un riesgo desaprobado, o actúa tras una ponderación racional de bienes, o está exculpado. Dicho de otro modo, el primer interviniente responde si el segundo es su instrumento*" (JAKOBS, *La imputación…*, cit., p. 115).

Lo relevante en este punto será entonces determinar si el riesgo creado depende de errores atribuibles a quienes actuaron

llevando a cabo el “cacheo”; pues en éste caso los daños producidos serían consecuencia de sus errores y no sería justo que Argañaraz respondiera por los comportamientos descuidados de ellos. Esta fue una de las alegaciones de su defensa técnica.

Sin embargo, al mismo tiempo “*también resultaría insatisfactorio que el primer interviniente pudiese configurar el mundo de un modo muy arriesgado y, acto seguido, librarse de la responsabilidad aduciendo pequeños errores por parte de quienes intentan minimizar el riesgo. Sucede, por tanto, algo en cierto modo similar al enjuiciamiento de actividades peligrosas en el ámbito, del Derecho del trabajo: mientras quien ejecute la actividad no falle en su tarea de forma estrepitosa, es quien ha dado la orden de realizar la tarea quien debe tener en cuenta que con ocasión de una actividad peligrosa pueden producirse errores*”. Por consiguiente, “*el hecho de que un segundo interviniente se comporte de modo defectuoso no es* per se *suficiente para exonerar al primero, pues este, sin razón alguna, ha impuesto, al menos, a quien interviene en segundo lugar la necesidad de solucionar el conflicto*” (JAKOBS, *ídem*, p. 116; subrayado agregado).

Entiendo que esta situación se da en el presente caso, porque si bien los concurrentes indicaron que se realizó un control en el acceso al lugar (“cacheo”) —lo que elimina la existencia de un error por parte del personal que realizaba esa actividad- ese sensible ámbito de la organización fue establecido de modo ineficaz por Argañaraz pues no es menos cierto que *de hecho* se ingresó y detonó pirotecnia adentro del local (al igual que los días anteriores), tal como lo indican en forma unívoca las pruebas producidas durante el debate; extremo que demuestra que actuó en desconocimiento de los deberes de cuidado que tenía que observar.

Por lo demás, la selectividad a que se hallaba dispuesto ese control al momento del ingreso, convenientemente tratada y examinada en la sentencia del Tribunal oral (esp. punto XIX.B; fs. 67.170 y sgtes.) constituye una explicación tanto en el plano fáctico del uso de pirotecnia en el interior de “Cromañón” (hecho acreditado con certeza) cuanto desde una perspectiva normativa del riesgo que creaba el ingreso de material de ese tenor.

Asimismo, Argañaraz también asumió el control de otro ámbito de la organización que el derecho y la práctica indicaban

como necesario para una actividad social de estas características: la conformación de un grupo de rescatistas para casos de siniestros, como el que se produjo. Este punto constituye otro fundamento de su responsabilidad penal.

Ello así porque fue dispuesto de manera ineficaz para contener los peligros que la propia actividad generaba: los testimonios analizados dan cuenta de la ausencia de preparación de los integrantes de ese grupo para afrontar situaciones extremas. Disponer de modo ineficaz una medida prevista para la contención de los riesgos inherentes a la actividad desplegada supone el desconocimiento del deber de asegurar un desarrollo de la organización socialmente adecuado.

Dispuesto de esa manera este aspecto crucial de la organización, es indudable que esos extremos fueron determinantes y elevaron el riesgo para la integridad y vida de los asistentes. Por lo demás, el disvalor expresado por esa conducta es palmario: justamente el grupo de personas que debían actuar ante situaciones críticas era incapaz de una acción de salvataje eficaz.

Finalmente, esa posición sobre las cuestiones necesarias para llevar adelante un recital ("organizar") también fue demostrada por otras razones que, aunque no relacionadas con la elevación del riesgo (sonido e iluminación), sí confirman que efectivamente estaba directamente a cargo de llevar adelante el espectáculo.

Por lo tanto, esos aspectos que tomó a su cargo implicaban asumir una posición de garantía sobre una organización propia (el recital) y su desempeño fue en desconocimiento de las normas impuestas para contener los riesgos propios de esa actividad; es decir, defectuosa (cfr. las reglas del C.C.C.A.B.A. citadas en el caso de Chabán).

Como señalé anteriormente, el tipo penal desde el cual se analiza el caso remite tanto a los reglamentos y ordenanzas cuanto a las reglas del arte o profesión. El deber de observar esas reglas no puede ser excluido alegando su desconocimiento, porque justamente lo que reclama la ley es el cumplimiento de los deberes a quien decide llevar adelante una actividad de tal naturaleza.

Pero además, la conducta de Argañaraz elevó el riesgo normal de una actividad social de esas características no sólo si se tiene en cuenta el estándar legal sino también por encima de

cualquier previsión que surgiera de la experiencia o de las reglas de la profesión o arte que desempeñaba en esa situación. En efecto, de los testimonios relevados sobre el punto se desprende que la cantidad de asistentes a cada uno de los tres recitales de diciembre de 2004 era desbordante ya desde el punto de vista de una persona razonable.

Es que grado o nivel del riesgo permitido no depende exclusivamente del límite legal fijado por la ley (en este caso la habilitación que mandaba no superar los 1.031 asistentes), sino que "*lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma de la permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución. El Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila*[;…] *el Derecho, sin embargo, no desempeña más que esta función auxiliar*" (JAKOBS, *La imputación…*, cit., p. 48).

Esta indicación, que concuerda con el criterio defendido por el Tribunal de Juicio según el cual lo determinante era el estado de saturación, también da respuesta a la alegación de la parte en el sentido de que ese riesgo estaba naturalizado. En tal sentido, las cuestiones debatidas en torno de las imputaciones dirigidas a los funcionarios del área de control del gobierno de la CABA informan justamente lo contrario: las aglomeraciones de personas en espectáculos de estas características constituían una situación peligrosa que ameritaba respuestas inmediatas.

La saturación de personas era evidente desde todo punto de vista ya desde dos días antes y, a pesar de la posibilidad limitar esa situación (por ejemplo, no vendiendo entradas "por boletería" ese día o eliminando el ingreso de invitados), el día del hecho se mantuvo esa configuración riesgosa. De esa manera, la magnitud del exceso, sumado a la expresa previsión de "invitados" que sumarían al número de asistentes "con entrada", trasuntó en un riesgo no permitido en virtud de lo que socialmente se considera como adecuado: que la cantidad de asistentes a un recital en un lugar cerrado no se transforme *per se* en un riesgo para su integridad física o sus vidas. No existen dudas a mi entender que la violación de esos elementales deberes de cuidados destinados a mantener el riesgo dentro de lo permitido fueron determinantes para el resultado.

En tal sentido, el riesgo de incendio que suponía un control ineficaz y la aglomeración palmaria producida por la sobre venta de entradas, sumado al ingreso adicional de un número indeterminado de "invitados", hacían previsible, dada la experiencia del imputado, un riesgo concreto para las vidas de todos quienes asistían a presenciar el espectáculo. De modo que también su conocimiento alcanzaba los elementos objetivos que agravan la figura básica en consideración.

Desde los lineamientos generales respecto del contenido del actuar culposo expuestos anteriormente cabe concluir entonces que las conductas desplegadas por Argañaraz configuraron el supuesto previsto en el art. 189, 2º párr., C.P., que es autor penalmente responsable de ese delito. Esto, además, torna innecesario realizar mayores consideraciones sobre las agravios expuestos por su defensor respecto de la necesidad de analizar el caso desde la reglas de la imprudencia y las críticas sobre el modo en que se fundó el dolo en la sentencia que emergió del juicio.

Finalmente, en tanto no se introdujo ningún planteo relativo a la justificación del actuar imprudente ni se discutió una exclusión de la capacidad de motivarse en la normativa aplicable al caso, concluyo en forma coincidente con la decisión propugnada en el voto que me precede. Por lo demás y en atención a la solución a la que se ha arribado, considero que la parte ha tenido razón plausible para litigar, por lo tanto no corresponde imponer costas en esta instancia (arts. 530 y 531, C.P.P.N.).

4. Miembros del conjunto "Callejeros".

En el caso bajo estudio, los jueces que votaron en primer y segundo término han coincidido en lo sustancial de la solución que dan a los agravios introducidos relativos a la existencia de los hechos y afirmado la participación de todos los imputados.

En particular, mis colegas sostuvieron que *también* los demás miembros del grupo "Callejeros" tuvieron algún tipo de intervención en lo hechos. Es decir, que Santos Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y Cardell participaron en la organización del recital del 30 de diciembre de 2004 en el local "Cromañón".

Concretamente, el Dr. Riggi acordó en afirmar que "*debido a la forma en que tomaban las decisiones y a su contenido, todos*

los integrantes de la banda, por igual, participaron de la organización del espectáculo la noche del 30 de diciembre de 2004, porque mediante sus elecciones dispusieron cómo debía realizarse el show y colaboraron en la preparación, fijando la reglas en las que actuarían […] *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*".

Ello equivale a decir —postula este voto de la mayoría- "*que asumieron la posición de garantía desde el punto de vista formal y, además, intervinieron activamente en la creación de la fuente de peligro pues estuvieron encargados de ciertos aspectos del show que colaboraron a generar las condiciones riesgosas para que se produjera la tragedia* [por lo que] *se conformó en el supuesto en estudio una voluntad común respecto de los distintos aspectos -estructurales, artísticos, de difusión y seguridad- propios de la organización y ejecución de los shows*".

Por su parte, la jueza Catucci sostuvo que "*es irrebatible que todos se avinieron a dar comienzo a la función del 30 de diciembre de 2004, con pleno conocimiento, al menos de la riesgosa estructura del local, del estado de las salidas, aún las de emergencia, circunstancia agravada por el temerario número de personas que entraron*".

Y agregó: "*coincido con el Dr. Riggi 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, entre ellas el uso de pirotecnia participaron en la organización del recital* [porque] *ellos participaban en el reparto de las ganancias en relación al número de entradas, y de recitales, habiendo convenido tres en ese mes de diciembre, atento a la demanda de espectadores*".

Por mi parte, ya he dado los fundamentos por los cuales considero que solamente respecto de Chabán y Argañaraz existen elementos que permiten inferir, con la certeza necesaria en este estado del proceso, su participación en los hechos dados por acreditados. Según entiendo, ello torna insustancial un pronunciamiento sobre la significación penal de esas conductas reprochadas, porque de hecho creo que no han sido acreditados los

extremos de las acusaciones cursadas con el grado de certeza que esta etapa del proceso requiere.

En consecuencia, el grado de probabilidad acreditado sólo habilitó la realización del juicio, pero por imperio constitucional la falta de prueba impide la imposición de condena y habilita la aplicación del *in dubio pro reo* previsto por el art. 3, C.P.P.N..

Sin embargo, he quedado en minoría porque mis colegas han arribado a una conclusión contraria a la que postulo.

Pero, al igual que en los casos de los imputados anteriormente tratados, mis colegas difieren en la relevancia jurídica de esas conductas. Por eso, incluso ante mi decisión en contrario y de conformidad con las reglas anteriormente reseñadas, esa decisión mayoritaria sobre la base fáctica del caso y la participación de cada uno de los imputados me vincula en el tratamiento de las cuestiones posteriores que es necesario abordar.

Frente a esa situación, respecto de los demás miembros del conjunto "Callejeros" la decisión que debo tomar se circunscribe a dirimir entre las dos opiniones contrapuestas de mis colegas en lo que a la calificación legal se refiere, sin otra consideración que los términos de sus fundamentos, pues en lo demás ellos han brindado argumentos sustancialmente iguales. En tal sentido, ya señalé que comparto con la jueza Catucci el abordaje dogmático sobre el aspecto subjetivo del tipo, cualquiera fuera la figura penal que se encuentre bajo examen; en particular, sostuve que coincido en definir el actuar doloso como conocimiento y voluntad de realización del tipo.

Además, esta posición es coherente con los fundamentos que expuse respecto de los demás implicados, en especial con relación a Argañaraz, conjuntamente con quien —según la tesis sostenida por la mayoría- habrían participado en los hechos del caso los demás integrantes de "Callejeros". En esas condiciones, a mi entender sería incoherente concluir que el actuar de aquel fue imprudente y el de estos doloso; ni tampoco advierto elementos que permitan arribar a esta última conclusión.

En esos términos, me inclino por la solución final a la que arribó la jueza Catucci respecto de Santos Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y Cardell con relación al hecho

principal; razones por las cuales -en este punto- emito mi voto en idéntico sentido al suyo, con la reserva de opinión que antecede.

Por lo demás y en atención a la solución a la que se ha arribado, considero que las partes han tenido razón plausible para litigar, por lo tanto no corresponde imponer costas en esta instancia (arts. 530 y 531, C.P.P.N.).

5. Intervención de Villarreal.

De manera similar al caso de los imputados recién considerados, los jueces que me preceden en el orden de votación han coincidido en lo sustancial de la solución que dan a los agravios relativos a la determinación de los hechos con relación al imputado Villarreal.

El juez que lidera este Acuerdo, al momento de sentar los fundamentos por los cuales entendió que Villarreal es penalmente responsable en calidad de partícipe necesario en el delito de incendio doloso seguido de muerte (art. 186, inc. 5º, C.P.), sostuvo 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*".

Luego, enumeró todas las intervenciones de Villarreal que entendió acreditas y agregó 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*", hecho en el cual Chabán habría necesitado de su intervención.

En definitiva, concluyó que "*el show* [del 30 de diciembre de 2004] *no podría haberse llevado a cabo en las condiciones impuestas por el gerenciador del local y la banda musical, sin la necesaria colaboración de Raúl Villarreal*", porque Chabán "[n]*ecesitaba indefectiblemente de una persona de suma confianza que manejara la parte operativa del lugar como ocurrió en el caso*".

Por su lado, la jueza Catucci dijo que coincidía "*en que el imputado, ejerció tareas imprescindibles vinculadas al funcionamiento del local" y que "conocía plenamente los factores de riesgo que la noche de la tragedia se unieron para desembocar en el resultado*".

Puntualmente, dijo que compartía "*las consideraciones efectuadas en el voto que lidera este acuerdo, en cuanto a que la prueba producida en el debate demuestra que Villarreal era parte casi imprescindible de la organización*", y consideró los elementos de prueba analizados en el primer voto, que a su entender daban cuenta de ese extremo. Agregó 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*".

Por ello, concluyó que "[l]*a intervención de Villarreal en este punto,* […] *denota una forma de culpa que se adscribe al tipo del art. 189 2° párrafo del Código Penal, pues como se ha valorado respecto de Omar Chabán, la inobservancia de las reglas y ordenanzas que regían la actividad fue determinante de la producción del resultado finalmente acaecido*".

En cuanto a mi posición, en el apartado correspondiente expuse las razones por las cuales considero que no existen argumentos ni elementos que permitan válidamente alterar la decisión del Tribunal de Juicio de absolver al imputado Villarreal por estos hechos. Según entiendo, esa conclusión respecto de la base fáctica torna insustancial un pronunciamiento sobre la significación penal de las conductas atribuidas, porque de hecho entiendo que no han sido acreditados los extremos de las acusaciones más allá del grado de conocimiento que habilitó la realización del juicio oral; es decir, no se alcanzó la certeza necesaria para un pronunciamiento condenatorio (art. 3, C.P.P.N.).

A pesar de ello, mi posición sobre el punto resultó minoritaria en este Acuerdo y, por las reglas relativas a la conformación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales colegiados —ya expuestas-, me encuentro compelida a dirimir ante las diferentes calificaciones legales que entiende aplicable la mayoría, alcanzada sólo con relación a la base fáctica. Por lo tanto, mi voto en este punto está limitado a brindar las razones de esa opción.

En tal sentido, las consideraciones de carácter sustantivo que hice al momento de establecer el contenido del aspecto subjetivo sobre la base del cual determinar la calificación legal de los hechos imputados, así como la aplicación de esos criterios

a los casos de los demás imputados, inclinan la decisión en el sentido de la tomada por la jueza que me precede en el orden de votación.

Entonces, mi decisión sobre esta cuestión también se inclina por la postura de la jueza Catucci, quien entendió que se debe responsabilizar penalmente al imputado Villarreal en los términos del art. 189, 2º párr., C.P.; razones por las cuales emito mi voto en idéntico sentido al suyo, con la salvedad de opinión expuesta.

Por lo demás y en atención a la solución a la que se ha arribado, considero que la parte ha tenido razón plausible para litigar, por lo tanto no corresponde imponer costas en esta instancia (arts. 530 y 531, C.P.P.N.).

6. Conclusiones.

Ante la concurrencia de distintas conductas imprudentes cometidas por diferentes personas, acuerdo en que la autoría en los delitos culposos se estructura sobre la causación (imputación) del resultado a una conducta evitable; por lo que toda concausa evitable fundamenta la autoría de quien introduce la causa (cfr. WELZEL, *Derecho Penal…*, cit., p. 104).

En tal sentido, "[e]*l tipo imprudente se integra con un resultado que no es perseguido por la finalidad, sino meramente causado, por lo que no es posible hablar de ningún dominio del hecho, puesto que no se condujo la causalidad finalmente hacia ese resultado, sino que sólo desembocó en él. Luego, como no hubo una conducta dirigida a ese resultado, no pudo haber ni autor ni partícipe, sino sólo causantes*" (ZAFFARONI *et al.*, *Derecho Penal…*, cit., p. 790). En consecuencia, al tratarse de un supuesto de imprudencia, todos los intervinientes responden en tanto hayan infringido la norma de cuidado, sin que ello impida tomar cuenta el grado del aporte al momento de la determinación de la pena en el marco del respeto a los principios y garantías constitucionales.

Dicho cuanto precede, en relación a las alegaciones en torno a la prohibición que existiría de retrotraer la imputación de los hechos a las personas juzgadas en este juicio en virtud del accionar de propia mano de quienes habrían lanzado el aparato pirotécnico que originó el foco ígneo que culminó en el incendio con consecuencias letales para la vida y salud de quienes también

presenciaban el recital, entiendo que no permiten modificar la solución a la que aquí se arriba.

La primera razón de ello es que no forma parte del objeto de este proceso el juzgamiento de la conducta de esas personas, de allí que cualquier determinación en ese sentido para resolver el presente caso implicaría un adelantamiento de decisiones sobre hechos que todavía no han sido juzgados. El segundo argumento que se impone es que la "prohibición de regreso" supone "*un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo*", lo cual entiendo no se da en el caso (cfr. JAKOBS, *La imputación…*, cit., pp. 31 y sgtes.). En efecto, tal como lo he señalado, los comportamientos de los imputados en este proceso no tienen un significado social que pueda ser catalogado como "común" o "inocuo" porque, justamente, sus conductas demostraban desprecio por todas las normas de cuidado que sus posiciones en la organización montada requerían que cumplieran. Por lo tanto, no corresponde eximirlos de responsabilidad penal.

Por lo demás, la aplicación de la figura prevista en el art. 189, C.P., permite sortear la cuestión de la imputación por conductas omitidas, tal como han sido cursadas en las acusaciones. En efecto, al contrario del supuesto doloso, este tipo legal capta expresamente una "omisión culpable", lo que, a su vez, torna innecesario determinar si la negligencia o la imprudencia importan una ausencia de acción y por lo tanto captan una omisión.

Finalmente, los argumentos por los que arribo a la aplicación de un actuar imprudente hacen innecesario cualquier pronunciamiento sobre la legitimidad de una construcción dogmática según la cual sería permitido aplicar un tipo redactado de forma comisiva a una serie de conductas que se han definido como omisivas (cfr. mi voto en causa 6514, "Raffaelli, Julio Ángel Rosario y otro s/recurso de casación", reg. nro.: 1013.06.3, rta.: 13/09/2006).

SEXTO:

Determinación de los hechos (imputación por cohecho).

Las partes introdujeron planteos de diversa naturaleza contra la decisión del Tribunal de Juicio respecto de la imputación por cohecho, punto en el cual ese órgano colegiado sostuvo la existencia de responsabilidad penal de Chabán, Díaz, Villarreal y Argañaraz y absolvió a los demás imputados. En la

medida en que las parten cuestionaron alternativa y simultáneamente diferentes aspectos de la base fáctica que se relacionan con cada uno de los imputados, en primer lugar me avocaré a responder las críticas sobre los hechos tenidos por acreditados; como adelante al inicio, seguiré en la medida de lo posible el orden impreso por el juez Riggi. Luego analizaré la relevancia penal respecto de cada uno de los imputados en particular.

El relato histórico, tal como lo tuvo por acreditado ese Tribunal es "*que el Subcomisario Carlos Rubén Díaz, quien prestara funciones en la seccional 7ma. de la Policía Federal Argentina como jefe operativo y el Sr. Omar Emir Chabán —explotador del local 'República Cromañón' sito en Bartolomé Mitre 3060/66/70 de esta ciudad, a partir del mes de noviembre del año 2004 celebraron un acuerdo espurio, a través del cual se pactó la entrega de distintas sumas de dinero, a cambio de brindar seguridad a 'República de Cromañón' y comprometer la omisión funcional de hacer cesar las numerosas contravenciones en las que incurría el establecimiento*".

Concretamente, que "*el día 10 de diciembre de ese año con motivo del recital brindado por el grupo musical 'Los Gardelitos'* […] *el funcionario policial recibió al menos la suma de cien pesos ($ 100). También la serie de recitales realizados por el grupo 'Callejeros' los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004*".

Sobre éstas últimas, "[e]*n las dos primeras fechas el Subcomisario Carlos Rubén Díaz recibió de manos de Raúl Alcides Villarreal y por encargo directo de Omar Emir Chabán la suma de seiscientos pesos ($ 600) repartidos en trescientos pesos ($ 300) por cada jornada. Ese dinero fue imputado como un gasto por los co-organizadores de esos recitales, que como ya fuera afirmado, resultaron ser Omar Emir Chabán y Diego Marcelo Argañaraz, de acuerdo a la prueba documental obtenida. En la última fecha tenemos por cierto que el Subcomisario Díaz no llegó a obtener la suma dineraria pactada, atento los hechos ocurridos*" (cfr. fs. 67.238 y sgtes.).

Teniendo en cuenta el orden en el cual los jueces que me preceden en la votación, en lo que sigue daré tratamiento a los agravios deducidos con relación a esta conclusión del sentenciante sobre tales hechos.

1. Sobre las anotaciones en el "folleto Rockmañón".

La defensa del imputado Díaz sostuvo que la participación de su defendido en los hechos no se podía inferir del folleto "Rockmañón" (obrante a fs. 12.310) porque allí sólo se consignaba "poli" y, aunque el Tribunal había descartado que se tratara de otra persona, no existía prueba alguna que indicara que esa expresión se refiriera a Díaz. Tanto esta parte cuanto el representante del Estado nacional alegaron que se desconoció el testimonio de Victor Ramón Fajardo, que indicaría a otra persona como el objeto de esa mención.

También la defensa técnica de Villarreal refirió que allí no se lee "*POLI + 100*" sino "*POLI 100 y una cruz* […] *igual que sadaic y el suplemento SI. Además POLI + 100 resulta indicativo e inductivo, porque no era así*". Por último, repitió que en su alegato mencionó quién era objeto de esa indicación.

Al momento de valorar ese elemento, el Tribunal de Juicio sostuvo que esa rendición de cuentas había sido confeccionada por Villarreal (quien así lo reconoció) y que no "tenía fecha cierta", es decir, no se había podido determinar a qué espectáculo o a qué día correspondía, razón por la cual no procedía imputación por el suceso al que hubiera referido.

Y agregó que la persona a quien las partes aluden "*nunca fue hallad*[a], *porque 'poli' no es otra cosa que el rubro que denota el pago de sobornos a la policía para omitir cumplir con sus funciones. Ello no es una idea peregrina, sino que se corrobora con los dichos de Viviana Cozodoy quien* [el 29 de diciembre] *presenció una conversación entre Omar Emir Chabán y Raúl Alcides Villarreal*" sobre pagos en ese sentido (fs. 67.239).

De lo que se trata aquí es del sentido que cabe asignarle a una expresión contenida en un elemento de prueba. De corroborarse las alegaciones de la parte, ese documento carecería de valor para probar el hecho captado por la norma penal, pues su objeto de referencia sería otro hecho sin relevancia penal para este caso.

En verdad, el principio general es que la prueba de las intimaciones cursadas corresponde a las partes acusadoras. Sin embargo, ello no quita que en los planteos defensivos concretos la parte deba aportar elementos mínimos que sustenten su afirmación o que, al menos, permitan dar con ellos; de otro modo sus defensas

serían siempre eficaces e ilimitadas. En esos términos, entiendo que no puede prosperar el argumento de las partes y corresponde rechazar su agravio.

También se indicó la omisión de valorar la mención del testigo Fajardo acerca de la existencia de un miembro de seguridad que era policía. De la relación de sus dichos que contiene la sentencia surge que: "*Chabán tenía un empleado de 'control' que era policía en actividad en otra jurisdicción*"; lo describió "*como una persona delgada de 1,78 m. de estatura y tez morena*" (fs. 66.606 vta.).

Concurren aquí análogas razones a las recién expuestas, porque ninguna de las partes (incluida la defensa de Chabán) aportó datos sobre este supuesto empleado ni requirió medida alguna al respecto; la sola indicación de su existencia por parte de un testigo se presenta como un débil argumento para inferir el sentido de la anotación en cuestión, más aun cuando no concurren otros indicios en la misma línea, por lo que su incidencia es nula.

Dicho ello, los agravios presentados no permiten modificar la inferencia que realizó el Tribunal de Juicio sobre la mencionada anotación en el panfleto "Rockmañón"; nada se puede agregar sobre este instrumento probatorio más que mantener el valor y sentido asignado por el Tribunal de Juicio. En particular, la siguiente apreciación se mantiene inalterada: "*que si bien el evento al que corresponde la liquidación del reverso del panfleto no pudo ser inequívocamente fijado en el tiempo, y por ello no cabrá su imputación puntual, el folleto en sí mismo es un valioso indicio y prueba basal del pacto espurio que ligaba a "Cromañón" con la policía. Efectivamente de él surge la leyenda ya mentada de "Poli 100"* […] *y cierto es que, más allá de no saberse a qué fecha corresponde, no puede sostenerse la inverosímil versión de que se trataba del tal Poli o Polito, que nunca apareció*" (fs. 67.244).

2. Sobre las anotaciones en la agenda de Argañaraz.

La defensa de Díaz cuestionó que se haya tenido por acreditado el pago en concepto de "policía" sobre la base de las anotaciones hechas en la agenda de Argañaraz, pues no hay allí "*ninguna referencia a Díaz* [y] [s]*olamente se mencionan anotaciones en papeles que no son de nuestro asistido, que no se corresponden con su puño y letra*".

Por su parte, la defensa técnica de Chabán alegó que las anotaciones que obran en esa agenda fueron hechas "***para tener una IDEA DE LOS GASTOS DE LA FECHA, pero de ninguna manera se puede interpretar que esa idea se haya llevado a cabo***", es decir, "***como expectativa de gastos de futuro, a la supuesta policía adicional***", lo cual "***no significa, de ninguna manera, que dicho dinero le fuera entregado a Raúl Villarreal para que le abonara a la policía***". También apuntó esa parte que, en su indagatoria, Argañaraz "*cuando a preguntas del Sr. Fiscal para que diga si esto era un pago adicional o una 'coima'* ***refi[rió] que no lo sabe****, que sólo puede decir que había presencia policial*".

De similar modo, el defensor técnico de Argañaraz dijo que no era suficiente tener por acreditada la participación necesaria atribuida a su defendido sólo con esas anotaciones, porque solamente eran "para tener una idea" de los gastos. Además, cuestionó que se le endilgara su "*conocimiento en función de ser el monto aparentemente irrisorio por el pago del costo de policía adicional*. [Porque] *podría decirse que por el mentado sentido común parece también una cantidad exigua para ser una coima*"; por lo cual reclamó la absolución por aplicación del principio de *in dubio pro reo*.

De igual manera, la defensa técnica de Villarreal cuestionó el valor asignado a los dichos de Argañaraz sobre el punto, dado que se trata de un coimputado, e indicó que "[l]*a suma de supuestos elementos carentes de convicción probatoria, nunca puede potenciarse, ya que al carecer de valor daría cero; este es el error en el que incurre V.E. al pretender fundar la condena para nuestro asistido: sumar lo que no existe*". Con relación a la agenda señaló que "*el mismo Tribunal da por tierra el valor probatorio de la misma, ya que está poniendo en crisis el valor de aquéllas, por ejemplo, la falta de fechas ciertas en las anotaciones*" y criticó que se haya tomado "*como prueba en contra de* [Villarreal], *anotaciones existentes en la agenda de un co-imputado, sin datar, y las explicaciones que éste da de las mismas en su declaración indagatoria, cuando declara sin juramento de decir verdad*".

Ahora bien, en cuanto a los argumentos según los cuales esas anotaciones eran meros "gastos a futuro" cabe consignar que esa alegación no ha sido demostrada con otros elementos y, por el

contrario, los indicios con los que se cuenta indican precisamente lo contrario. El Tribunal de Juicio brindó razones por las cuales entendió acreditado que esa particular contabilidad de ingresos y egresos era asentada una vez realizados los cobros y erogaciones respectivas.

A los extremos señalados por el juez que lidera este Acuerdo (montos de las planillas de SADAIC correspondientes al 28 y 29 de diciembre de 2004, concordantes con esos detalles), cabe agregar que es improbable —sino imposible- predecir con tal grado de precisión el dinero ingresado por las entradas (tanto "anticipadas" como "por boletería", expedidas el mismo día del recital) así como los gastos porcentuales de esos subtotales (por ej. SADAIC). En particular, se infiere que aquellas anotaciones relativas al día del incendio se encuentran incompletas muy probablemente debido a que la jornada no llegó a su fin, por lo que no estaban consignadas desde antes sino que se iban asentando conforme las erogaciones eran concretadas; todo lo cual torna improcedente el argumento intentado.

Finalmente, la mención a un monto alegadamente "irrisorio" en nada altera las conclusiones sobre la determinación de las premisas fácticas del caso, pues su medida es penalmente irrelevante dado que, acreditado, la ley penal no establece diferencias con relación a esa variable. Por otro lado, si con ello se quiso hacer alusión a una supuesta irrealidad o improbabilidad de un acuerdo de las características de las del imputado por semejante monto, tampoco corresponde hacer lugar a la pretensión de la parte porque el agravio carece de fundamentación y no rebate los argumentos del Tribunal de Juicio al dar por probados el extremo en cuestión.

Otro punto discutido por las partes al deducir estas impugnaciones refiere a las inferencias extraídas de las anotaciones allí contenidas. Al momento de dar tratamiento a los planteos de nulidad se descartó toda irregularidad en la adquisición para este proceso penal de la agenda perteneciente a Argañaraz. Cuando analizó las correspondientes al 28 de diciembre de 2004 el Tribunal de Juicio afirmó que se trataba de una "rendición de cuentas", dio las razones por las cuales entendía que se referían a esa fecha y, remarcando las coincidencias con el testimonio de Cozodoy, concluyó que "[e]*se día se pagó a la*

policía la suma de trescientos pesos ($ 300) conforme lo consignara el propio Argañaraz en el detalle de gastos. Doscientos pesos ($ 200) que representaban el 'plus' por el corte de calle, y los cien pesos ($ 100) base del acuerdo corrupto" (fs. 67.240 vta.).

Advierto que la conversación entre Chabán y Villarreal relatada por esa testigo se refirió tanto a ese día (29 de diciembre de 2004) cuanto a "anoche" (28 de diciembre de 2004). A pesar de que en las observaciones del día siguiente (29/12/2004) no se consignó ningún gasto referido a la policía, el Tribunal del Juicio expuso que el pago de esa jornada también estaba acreditado dado que la coincidencia con esas anotaciones elevaba el valor convictivo de la testifical.

No obstante ello, conviene en el punto señalar que este desarrollo presupone diferenciar la acreditación de dos hechos distintos: la existencia del pago y la identidad de su destinatario; del análisis de la agenda en cuestión se deriva sólo lo primero pero no lo segundo. Lo último se examinó en consideración de otros elementos.

En efecto, el Tribunal de Juicio reconstruyó la participación de Díaz principalmente a partir de los testimonios de Viviana Cozodoy, Ana Sandoval, Eduardo Daniel Sempé, el Comisario Molina, Alfredo Mario Díaz y Héctor Damián Albornoz (así como los reconocimientos realizados por éstos últimos dos; fs. 12.588 y 12.590), la orden interna n° 2153/2004 de la P.F.A. (prueba 120.3), R.R.P.F.A n° 32 Reglamento de la División Orden Público, el informe de fs 17.353 y los registros de los libros de la Seccional 7º de la P.F.A..

Por lo tanto, el agravio dirigido a cuestionar que esas anotaciones no tiene entidad para acreditar la identidad del destinatario del pago, no invalida el discernimiento del Tribunal de Juicio respecto de la participación porque cada uno de esos acontecimientos fácticos (el hecho del pago y el hecho de la participación) responde a pruebas e indicios diferentes, que concatenados llevan a la conclusión. Por último, tampoco incide en la acreditación de su participación que Díaz no haya confeccionado ese detalle de gastos.

Sólo a modo de conclusión los jueces destacaron "*la contundente prueba hallada en poder de Diego Marcelo Argañaraz que*

acredita el efectivo pago a la Policía Federal de trescientos pesos ($ 300) por el recital realizado el día 28 de diciembre de 2004" (fs. 67.244; énfasis agregado). En ella, es lógico que estén contenidas las inferencias de todas las pruebas consideradas, tal como se detalla más adelante.

En esas condiciones, entiendo que no resultan atendibles las alegaciones de la defensa de Díaz, pues desconocen el sentido de las inferencias practicadas por el Tribunal de Juicio a partir de la agenda perteneciente a Argañaraz, que fuera secuestrada en su domicilio.

En cuanto a los planteos que trajo la defensa de Villarreal, caben aquí similares explicaciones. Pues al momento de analizar su situación personal, el sentenciante entendió que "[s]*u participación se encuentra acreditada en base a la conversación aludida por la testigo Viviana Cozodoy que mantuvieron el nombrado y Omar Emir Chabán en la oficina donde se hacían las liquidaciones de cada recital. A su vez está corroborado por las propias anotaciones de Diego Marcelo Argañaraz en su agenda. A esta conversación ocurrida el 29 de diciembre, y en la que se hizo referencia a ese día y a lo sucedido el 28, cabe agregar que la testigo también se pronunció sobre la liquidación que Villarreal efectuó el día que tocó la banda 'Gardelitos', el 10 de diciembre de 2004"* (fs. 67.256/67.256 vta.; destacado agregado).

Efectivamente, de esta breve exposición surge que el sustrato de sus inferencias sobre la participación de Villarreal está constituido por el testimonio de Viviana Cozodoy. La mención a la "corroboración" que aportarían las anotaciones de esa agenda da cuenta de la centralidad de la testifical respecto de la participación de Villarreal y aquellas refieren principalmente a la existencia del pago; razonamiento respecto del cual no se aprecia vicio alguno. Por el contrario, ya señalé anteriormente en este voto que la exigencia de motivación de la sentencia se satisface con la existencia de una pluralidad de datos probatorios graves, precisos y concordantes.

Con relación a que esas anotaciones fueron realizadas por el co-imputado Argañaraz, caben aquí las mismas consideraciones que se realizarán a continuación respecto de otro de los agravios de la defensa de Villarreal: la diferencia entre los dicho de un co-imputado y las anotaciones realizadas por él con anterioridad

al hecho; lo central es la objetividad del instrumento secuestrado, que contiene anotaciones asentadas antes del suceso principal y una vez recibidos los ingresos y hechos cada uno de los desembolsos. Por lo tanto, estas alegaciones no alcanzan a modificar los razonamientos expuestos por el Tribunal de Juicio sobre la cuestión.

La defensa de Villarreal introdujo un planteo referido al valor probatorio de los dichos de Argañaraz al momento de su indagatoria, dada su calidad de coimputado.

Ya he afirmado que la tutela constitucional del juicio oral y público es también un límite al ejercicio del poder jurisdiccional del Estado, de ahí que sea limitado el valor probatorio de cualquier prueba producida durante la instrucción.

Ya desde el inicio de la vigencia de la actual reglamentación federal se observó crítica y agudamente que "[s]*i el fundamento de la sentencia debe surgir de los actos producidos en el juicio y allí está presente el imputado con su facultad de declarar como le plazca o de no declarar, no se entiende por qué razón debe ser leída la declaración prestada con anterioridad*" (BOVINO, Alberto, "El debate", en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 191/192).

Es que la reglamentación penal federal manda que "[d]*espués de la apertura del debate o de resueltas las cuestiones incidentales en el sentido de la prosecución del juicio, el presidente procederá, bajo penal de nulidad, a recibir la de declaración al imputado, conforme los artículos 296 y siguientes, advirtiéndole que el debate continuará aunque no declare*". Y el legislador federal agregó: "[s]*i el imputado se negare a declarar o incurriere en contradicciones, las que se le harán notar, el presidente ordenará la lectura de las declaraciones prestadas por aquél en la instrucción*" (art. 378, C.P.P.N.).

En esas condiciones, sólo una circunstancia adicional a los supuestos legales permitiría la reproducción de sus palabras durante la etapa inicial del enjuiciamiento penal federal: cuando el imputado se remita *expresamente*, total o parcialmente, a aquello que él manifestó en determinado momento de la instrucción, de modo tal que no queden dudas que su voluntad es que en ese acto

(declaración al inicio del juicio) se les dé lectura y así pasen a formar parte del debate oral y público.

Pero, una vez decidida su incorporación, el valor que en términos de convicción tienen esos dichos está determinado por las reglas generales de valoración, ya señaladas. Es decir, se le puede conferir el valor de "elemento de convicción orientador del mérito sobre la culpabilidad" pero, por sí solo, es un indicio insuficiente para acreditar con el grado de probabilidad que se requiere en esta etapa del proceso penal la responsabilidad penal del imputado.

Por lo tanto, hay en este caso dos cuestiones a considerar: el valor de los dichos en instrucción y en el marco de un acto de defensa como lo es la indagatoria y la calidad de coimputado.

En tal sentido, en principio la declaración indagatoria prestada en instrucción ninguna eficacia podría tener dado que el imputado volvió a hacerlo frente a los jueces del debate. A pesar de ello, en el caso en concreto fue el mismo imputado quien "[a]*l declarar ante el Tribunal, afirmó haber sido el primero en declarar antes que se abriera el sumario, 'lo que dije en un primer momento lo sostengo y es mi verdad', aseguró, por lo que no iba a hablar de la tragedia*" (fs. 67.008 vta.).

En la medida que él se remitió a sus dichos recogidos en la etapa de preparación del caso, sosteniéndolos, no es posible desconocerlos porque en definitiva sólo se trata de una forma o manera de expresarse: ora repitiendo nuevamente lo dicho ora ratificando sin mas lo ya manifestado. No obstante, ello no invalida el juicio general que he expuesto, según el cual ese sólo elemento no es suficiente para adquirir el conocimiento de los hechos con la certeza necesaria en esta etapa del proceso. Por lo tanto, ese elemento constituye un simple indicio que es necesario revalidar con otras pruebas que aporten datos concordantes, máxime cuando se ha impedido el derecho al interrogatorio en razón del carácter de la declaración prestada.

Por el contrario, como recién adelanté, diferente es el caso de las anotaciones pues, no cuestionada su autenticidad, constituyen un instrumento que aporta datos objetivos sobre los cuales no caben mayores dudas.

Precisamente, las incógnitas que pueden existir a su respecto refieren al mismo contenido, lo que da cuenta de la independencia entre la información que contienen y las particulares condiciones o características subjetivas que detenta aquella persona a la que son atribuidas. Es en este sentido que se entiende la crítica de la defensa de Villarreal dirigida a fundar una supuesta ausencia de "fecha cierta".

Analizada convenientemente, esta última cuestión presenta dos aristas: la fecha en que fueron realizadas y la fecha a que se refieren. Entiendo que estas cuestiones ya han sido contestadas. En efecto, el Tribunal de Juicio brindó razones (que ya analicé párrafos más arriba) por las cuales cabe afirmar que esas anotaciones se refieren individualmente a los tres espectáculos que se desarrollaron el 28, 29 y 30 de diciembre de 2004 así como por qué se puede afirmar que fueron realizadas una vez consignados los diferentes ingresos y egresos de dinero y no a modo de "expectativas de gastos".

Con esos argumentos, el requerimiento de una "fecha cierta" sólo pretende una formalidad que no es necesario exigir, porque de lo que se trata es de un elemento que aporta información sobre hechos que se busca acreditar, conjuntamente con otros medios de prueba. Cuando al lado de un elemento existen otros que confirman la hipótesis que se tiene sobre su contenido, su valor probatorio no está sustentado en la ley sino en las reglas propias de la actividad probatoria (por ejemplo, indicios precisos y concordantes).

La parte argumentó que la suma de indicios alegadamente débiles no permite adquirir un mayor grado de conocimiento ni aumentar la probabilidad de que la hipótesis fáctica, que por ellos se persigue probar, sea verdadera. Aunque no indicó cuáles serían los indicios débiles ni presentó mínimas razones respecto de esa invocada ineptitud probatoria, su argumento sería atendible solamente en la medida en que la información de unos indicios fuera absolutamente independiente de la de otros, dado que cuando la información que contienen unos en relación con otros que elevan la calidad convictiva de los primeros, éstos sí constituyen una fuente con contenido informativo contrastado y confiable. A mi modo de ver, un indicio débil se puede fortificar cuando concurren

hacia él otros elementos que lo van confirmando en diferentes grados (la lógica inferencial consiste básicamente en ello).

En el caso, por sus características las anotaciones acreditan fuera de toda duda la existencia del pago, pero constituyen meros indicios de la existencia y participación de personas alrededor de ese acto. No obstante, hacia la determinación de éstas últimas convergen otros elementos de prueba (testimonios sobre la base de los cuales el Tribunal de Juicio acreditó la participación de los imputados) cuya fuerza probatoria depende de variables independientes de aquellas que moldean el valor de las referidas anotaciones. Más adelante trataré las impugnaciones sobre el valor asignado a esas testificales, aquí sólo basta con diferenciar los distintos elementos y razonamientos utilizados por el Tribunal de Juicio para abordar estos hechos en particular y dar respuesta a los agravios, que no logran descalificar como válidas las conclusiones del Tribunal de Juicio reseñadas.

3. Sobre la validez del testimonio de Ana María Sandoval.

La defensa del imputado Chabán cuestionó la incorporación por lectura de la declaración de Ana María Sandoval; aspecto sobre el cual también se explayó al momento de ampliar sus fundamentos en los términos del art. 465, 4º párr., C.P.P.N..

Observo que Sandoval no prestó declaración durante el debate dado que falleció antes de su inicio. En virtud de ello y en aplicación del art. 391, inc. 3º, C.P.P.N., el Tribunal de Juicio decidió incorporar por lectura sus declaraciones prestadas durante la investigación del caso (glosadas a fs. 4.204/07 y 12.313/4).

Ya he expresado por qué, más allá de esa autorización legal, desde el punto de mira de la Constitución Nacional lo determinante en estos casos es que se haya respetado el contradictorio y brindado a la defensa una oportunidad útil de controlar la prueba de cargo, a la luz de lo afirmado por la C.S.J.N. en Fallos 329:5556 (“Benítez, Aníbal Leonel”). Cuando se haya dado ese proceso contradictorio la cuestión reconduce a una de valoración probatoria sobre los elementos no producidos en el debate, que no podrán en ningún caso fundar de forma independiente la decisión definitiva, sino que se deberá atender a las demás pruebas producidas durante el debate.

Ahora bien, advierto que cuando Sandoval declaró en la sede del juzgado que instruyó el caso, ninguna de las defensas presenció el acto ni fue notificada de que se llevaría a cabo; sólo el representante del MPF fue anoticiado telefónicamente de la segunda citación cursada y presenció esa declaración (cfr. actas de las declaraciones de fs. 4.204/07 y 12.313/4 así como los decretos de citación de fs. 9.345/9.346 y 12.311).

Por lo tanto, las declaraciones que Ana María Sandoval brindara durante la etapa de preparación del caso tienen un mínimo valor en el juicio. Sin embargo, ello no supone que todos los juicios de valoración en los que esas declaraciones hayan sido sopesadas deban necesariamente ser invalidados en esta instancia. Siempre que la conclusión se haya alcanzado por medio de otros elementos concurrentes, ella se puede mantener.

Por ejemplo, un aspecto que el Tribunal señaló teniendo en cuenta sólo esta declaración -que aquí no se valorará- es el relativo al tiempo (noviembre de 2004) al que refiere el folleto "Rockmañón". A pesar de ello, ese mismo elemento contiene la leyenda "Inaugura viernes 24 setiembre !! (*sic*)", por lo que es dable afirmar que trata sobre una fecha —al menos- posterior a esa y, teniendo en cuenta su sentido probatorio, no muy distante de la afirmada por el Tribunal de Juicio. Lo mismo ocurre respecto de los montos de los pagos, que se infieren tanto del folleto "Rockmañón" cuanto de la agenda de Argañaraz y el testimonio de Cozodoy.

Por lo tanto, el argumento de la incorporación no permite *per se* invalidar cualquier proposición fáctica afirmada en la sentencia, sino que es necesario demostrar que alguna en particular fue apoyada *sólo* en esa prueba; extremo que el recurrente no demuestra y que, por lo tanto, sella la suerte de su impugnación.

4. Cuestionamientos a la testifical de Viviana Cozodoy.

En primer término, la defensa de Díaz se agravió de la violación de incomunicación de Viviana Cozodoy durante la audiencia en la que declaró. En tal sentido, explicó la defensa técnica que "*el hecho existió* [y] *no podemos como defensores saber que fue lo que paso con el testigo en todos los minutos (fueron varios) que estuvo fuera de nuestra visión. Deberá entender V.E., tal como surge de la sentencia, que el testimonio de Cozodoy, es*

el único medio de prueba sobre el que se asienta la endeble condena a nuestro asistido, por lo que se debieron extremar los recaudos para evitar situaciones como las vividas, que empañan definitivamente el testimonio de Cozodoy".

Sobre esta cuestión, ya introducida por la parte al momento de sus alegatos, el Tribunal de Juicio aclaró que "[l]*a testigo fue en esos momentos* [durante los cuales se suspendió la audiencia] *interrogada por su estado de salud, por personal médico del servicio de emergencias 'Vittal', y asistida por su terapeuta Susana Hermida, encontrándose además en todo momento junto a personal de la Secretaría del Tribunal*", para finalmente contestar que ello "*exclu*[ía] *toda posibilidad de contaminación del testimonio. Testimonio éste que ya hemos dicho impresionó como veraz. Viviana Cozodoy no miente, como tampoco miente el bordereaux aportado por Sandoval, ni las anotaciones en la agenda personal de Diego Marcelo Argañaraz*" (fs. 67.253 vta.).

De ello se deduce que tanto el contexto en el que permaneció la testigo durante ese breve cuarto intermedio cuanto las demás pruebas que en la visión del Tribunal coinciden con los términos de su declaración, tornaban injustificadas las críticas de la defensa dirigidas a minar la credibilidad de esta testifical sobre la base de esa situación sorteada durante el debate.

La defensa insiste ante esta instancia en que no sabe qué ocurrió durante esos "varios minutos", con lo que implícitamente rechaza las explicaciones del Tribunal de Juicio. Sin embargo, no aporta argumentos por los cuales entender que esa explicación del Tribunal -que aparece como razonable- es falsa en el sentido de que durante ese momento la testigo fue de alguna manera influenciada. Sin elementos por los cuales inferir que, en verdad, esa respuesta por parte del Tribunal de Juicio esconde una manipulación de la declaración o que el testigo a partir de allí varió el contenido de sus dichos, esto es, el agravio concreto, su alegación se trata de una afirmación vacía de contenido que no puede ser atendida.

Por lo demás, que se trate de un testimonio "dirimente" para tener por acreditadas las imputaciones nada dice acerca de su (in)verosimilitud. Es que la "importancia" relativa de un elemento de prueba con relación a los demás en base a los cuales se alcanza determinado conocimiento de un hecho pasado, es decir, su

contenido, nada modifica la anterior conclusión: que la testigo no se vio de ninguna manera influenciada durante ese intervalo. De lo que se trata en este caso es de probar el hecho de la influencia; como adelanté, ningún elemento ha sido acercado al respecto, por lo tanto el agravio debe ser rechazado.

Descartado ese agravio, por otro lado la defensa de Díaz señaló que "*Cozodoy vio a Díaz, solamente una o dos veces en la calle (Bartolomé Mitre)* [pero] [l]*uego en rueda de personas no lo reconoció, y no lo hizo por que nunca lo vió y mintió*". El representante del Estado Nacional agregó que al ser preguntada por el "*nombre y el apellido del supuesto funcionario que vio en la calle dijo `Yo ya lo sabía porque me lo dijeron en una de las primeras declaraciones y ahí me enteré también que era el Subcomisario*". La defensa de Díaz concluyó que ella recordaba varios detalles pero no "*quien le informó la identidad de Díaz, ni el cargo, abrigando esta parte serias dudas respecto de si no se le mencionó las señas particulares, que luego llevaron a describirlo fisonómicamente*"; todo lo cual mellaría el valor probatorio de sus dichos.

Asimismo, criticó el razonamiento del Tribunal oral según el cual ella fue veraz sobre el pago de trescientos pesos a la policía porque coincidía con lo asentado en la agenda Argañaraz, a la que nunca tuvo acceso, porque "*de ninguna manera se puede aseverar o afirmar con certeza de que tal dinero, si es que efectivamente existió, haya llegado a la persona de DIAZ. No existe un solo elemento que así lo reafirme*".

La defensa de Villarreal recordó que sobre lo ocurrido el día 29 de diciembre la testigo dijo: "*el 29 escuché una conversación, estaba en la oficina haciendo conteo de tickets y vino Raúl Villarreal y en un momento entra Chabán y le pregunta a Raúl Villarreal cómo había arreglado con el Comisario y Raúl Villarreal dijo lo de siempre más 200 igual que anoche, así corta la calle*". Pero —argumentó- ello sería contradictorio "*con lo declarado por Díaz, ya que* […] *éste dice que el 29 de diciembre Omar Chaban se encontraba operado y la oficina no se habría abierto, encontrándose Díaz con Chaban en la barra*". Se preguntaron cómo es que Chaban pudo estar adentro de las oficinas con Raúl y Cozodoy si la oficina estaba cerrada.

Además, la defensa de Díaz apuntó que Cozodoy "*no record*[ó] *si fue Villarreal a buscarla o mandó a Mario DIAZ a la boletería*", lo cual "*resultó ser contradictorio también ya que en la instrucción al declarar a mediados de 2007 dijo claramente que ella `estaba mirando el recital de Callejeros el 29 y VILLARREAL le pidió que fuera a la oficina a ayudarlo*".

Por último, el representante del Estado Nacional afirmó que Cozodoy "*indicó `no saber que se haya hecho el pago a la P.F.A. el 29´*", que Chabán y Villarreal "*dijeron solo Comisario*" y que "***no vio a CHABÁN entregar dinero a funcionario policial alguno***". Del mismo modo, la defensa de Villarreal dijo que su declaración no tiene ningún valor probatorio porque "*no vio a Chabán ni a Villarreal entregar dinero a funcionario policial alguno, tampoco vió el papel en el que decía 'Poli + 100', se lo contó Ana Sandoval*".

Ahora bien, en cuanto a la identificación de Díaz, lo que este testimonio aporta son indicios acerca de su presencia en "Cromañón" o en sus inmediaciones de personal policial, que son concordantes y coincidentes con otras testificales y reconocimientos positivos. El hecho de que ella no haya reconocido a Díaz en su oportunidad, no impide la inferencia de ese hecho a partir de otros elementos, de conformidad con el principio de pluralidad de pruebas y las reglas de la sana crítica.

En efecto, Alfredo Mario Díaz dijo que "*en varias ocasiones —tres o cuatro- vio en el interior del local a un hombre de baja estatura que entraba y saludaba a Omar Chabán y que parecía policía* [y que] *siempre lo veía en el hall del local. Una sola vez lo vio ingresar al salón, en el mes de noviembre aproximadamente, una noche en que había poco público. Que estuvo observando un rato el recital que en esa ocasión se estaba llevando a cabo, mientras aguardaba la llegada de Chabán*" (fs. 66.590 vta.).

Por su lado, Héctor Damián Albornoz mencionó en su declaración que "*en dos oportunidades vio a Omar Chabán conversando con un oficial de policía vestido de traje fuera de su oficina*". Luego de que fue leído un pasaje de la declaración prestada en la etapa de instrucción, "*recordó que había mencionado que el episodio había sido durante algunos de los recitales de*

'Callejeros' de los días 28 y 29 de diciembre de 2004" (fs. 66.571).

En sendas ruedas de reconocimiento, ambos indicaron a Díaz como el funcionario policial que mencionaron en sus declaraciones (cfr. fs. 12.588 y 12.590, respectivamente).

A todo ello se agregan los argumentos anteriormente examinados, de los cuales se desprende la actuación funcional de Díaz en esas fechas. En este sentido, el Tribunal de Juicio valoró diferentes documentos secuestrados en la sede de la P.F.A. con juridicción en la zona, entre los cuales *"el registro de las 19.20 horas del 30 de diciembre de 2004,* […] *indica la presencia de un QTH fijo en Bartolomé Mitre y Jean Jaures y también el del día 29 de diciembre a las 20.35 horas — libro móvil 307, pág. 73, constancia III-* [que] *en el mismo lugar y por orden de Oficial Jefe —Subcomisario- se implantó también un QTH, que según constancia de fs. 73 del libro mencionado —constancia I- fue relevado a las 0.00 horas del 30 de diciembre de 2004"* (fs. 67.247 vta.).

Tampoco se puede aceptar la crítica referida a la (in)existencia del dinero dado que, precisamente, el testimonio de Cozodoy es conteste con los datos consignados en la agenda secuestrada en poder de Argañaraz que indican un pago de trescientos pesos a la policía. La intervención de Díaz en ese intercambio se infiere de la existencia de contravenciones y el incumplimiento funcional por parte del personal policial, punto que se tratará más adelante.

En cuanto a las contradicciones entre los dichos de Cozodoy con el testimonio de Díaz, a las razones expuestas por el juez Riggi en su voto (apartado 1.d.5), que comparto en lo sustancial y permiten afirmar que ello no alcanza para excluir la presencia de Chabán allí, agrego que el testimonio de Cozodoy sobre lo ocurrido en la oficina de "Cromañón" es concordante con otros elementos ya examinados (la agenda de Argañaraz) así como con la existencia de una interrupción del tránsito en la calle Bartolomé Mitre, que también será establecido más adelante.

Finalmente, similares consideraciones caben con relación a los argumentos en el sentido de que Cozodoy no vio a Chabán ni a Villarreal entregar dinero a Díaz. Es que la información que aporta su testimonio constituye un indicio coincidente con otros

elementos y no, como parecen pretender los recurrentes, una prueba que acredita en soledad la materialidad del pago y la intervención de los imputados. Que ella no haya visto el pago no excluye *per se* su existencia, que en este caso se acredita con otros elementos de prueba que confirman la hipótesis acusatoria en este punto.

5. Críticas al testimonio de Héctor Damián Albornoz.

Los defensa técnica de Díaz criticó las inferencias practicadas a partir de los dichos de Héctor Damián Albornoz, porque, pese a que éste testigo es el único que afirmó haber visto la entrega de dinero a su defendido por parte de Chabán (lo cual —alegan- determinaba con cierta seguridad que estaba involucrado en el cohecho juzgado), el Tribunal de Juicio descartó el tramo de ese testimonio que hace referencia al episodio que vinculaba a Díaz con los pagos, dadas las contradicciones en que se incurriría con lo manifestado por Viviana Cozodoy.

En particular, que se hayan descartado "*aquellas apreciaciones que contradicen lo manifestado por Cozodoy, manteniendo el resto de su declaración como prueba de cargo*"; lo que constituiría un "disparate". En concreto, señaló que "*la mención de Albornoz de haber visto el día 29 a Chaban haber dado dinero a Díaz*" es contradictorio con los dichos de aquella y, así, se caería en un "*paralelismo entre la agenda de Argañaraz y el testimonio de Cozodoy*".

En tal sentido, atacó el argumento del Tribunal según el cual "*atento al tiempo transcurrido desde ocurridos los hechos, Albornoz, ha confundido en algún sentido lo que vio*", toda vez que —afirma el impugnante- los "*dichos de Albornoz, fueron expresados a escasos meses de ocurrencia del hecho que nos ocupa. Es decir, que estas manifestaciones no fueron un descubrimiento del día de su declaración en el debate, como parece establecer el Tribunal, al fundar la mentira en el transcurso del tiempo*".

Los jueces del debate afirmaron que "[l]*as expresiones de Albornoz durante la audiencia* [los persuadían] *que en el caso se ha dado 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'*" (fs. 67.248 vta.). Y, por ello, sostuvieron que "[e]*sta confusión a* [su] *entender se ha dado en un grado suficiente para que no* [pudieran] *considerar como prueba de*

cargo este episodio, (la escena del 'pasamanos' del billete), como ocurrida el día 29 de diciembre, sin perjuicio de resultar verosímiles las manifestaciones del testigo en su conjunto" (fs. 67.248 vta.).

En síntesis, que "*atento el tiempo transcurrido desde ocurridos los hechos, ha confundido en algún sentido lo que vio, sea en cuanto al momento en que se produjo, sea en cuanto a las circunstancias de la escena en sí misma* [porque] [l]*as dudosas condiciones de visibilidad del episodio —transmitidas por el propio testigo-, la circunstancia de que haya podido ver sólo 'algo color violeta' y la palabra 'vino', sin saber si se trataba especialmente de esta bebida —pues no está entre las que se expendían-, o si se trataba de una referencia a bebidas alcohólicas en general*", todo por lo cual concluyeron en "*la imposibilidad de valorar su testimonio en este tramo*" (fs. 67.249).

De este relato surge que el Tribunal descartó ese testimonio tanto respecto de la existencia de ese episodio como de su ubicación temporal, dio las razones por las cuales procedía de ese modo y por qué entendía que, pese a ello, igualmente esos extremos fácticos de los acusadores se encontraban probados.

Entiendo que estas razones no se ven conmovidas por las alegaciones de las partes al respecto, quienes centran sus críticas tanto en el valor asignado al testimonio de Cozodoy en este punto cuanto a la "divisibilidad" de los dichos de Albornoz. Ello así porque el Tribunal del Juicio dio los motivos razonables por los cuales entendía que el testigo no había fijado en su memoria esos hechos puntales.

En lo demás, concuerdo con lo afirmado por el juez que se expidió en primer término, en cuanto argumentó respecto de una supuesta confabulación de los testigos, dado que no se han aportado elementos que sustenten esa denuncia (cfr. punto 1.d.8 del voto del juez Riggi).

6. La existencia del "pacto espurio".

La defensa de Díaz denunció la ausencia o apariencia de fundamentación en la acreditación de la existencia así como el lugar y tiempo del "pacto espurio". También que su contenido consistiera "*en brindar seguridad al local, y permitir la ocurrencia de contravenciones sin que se las hiciera cesar*". En

particular, cuestionó "*que dicho pacto tuviera su primera expresión con fecha 10 de diciembre de 2004*[,…] *que Villareal, haya entregado al Sub comisario Diaz, seiscientos pesos en dos tandas de trescientos, los días 28 y 29 de diciembre de 2004* [y que] *el día 30 de diciembre de 2004 haya brindado seguridad colocando un patrullero con dos subordinados en la puerta del establecimiento con expresa indicación de no actuar ante las flagrantes contravenciones*".

Asimismo, criticó que el comienzo de ejecución del pacto haya sido establecido sobre la base de la época en la que Ana Sandoval halló el volante "Rockmañón" (noviembre de 2004) "*cuando en realidad lo que tiene es un papel que no se sabe a qué pertenece, y menos aún a que fecha*". Agregó que en la última de esas fechas, el personal desplegado en las inmediaciones del local "*estaba a la ordenes de otra persona,* [por lo que] *no es verdad que la afectación de móviles y el carro de combate estuviera a cargo de nuestro asistido, en tanto el mismo se encontraba de licencia anual*". Este último punto también fue señalado por el representante de los intereses del Estado Nacional, quien indicó que por tal motivo "[n]***i pudo receptar el dinero, ni pudo brindar contraprestación alguna***".

Concretamente, la defensa de Díaz planteó que su defendido "*no prestó servicios el día 10 de diciembre de 2004, por lo que mal pudo estar a cargo de nada* [y entonces] *nunca pudo recibir suma de dinero alguna, por la sencilla razón que no se encontraba en servicio*".

Dos cuestiones se imponen en este apartado: la acreditación de la existencia de un pacto ilegítimo y la prueba sobre el pago del día 10 de diciembre de 2004. En este apartado trataré la primera de ellas, en el que sigue la restante.

Respecto del primer punto, los jueces del Tribunal oral hablaron "*de un comienzo de ejecución del pacto venal en noviembre del año 2004 pues es esta la época en que Sandoval encontró el remanido volante. Dijo la testigo entre octubre y noviembre de ese año, por lo cual nos resulta forzoso partir de este último mes en aplicación del 'in dubio pro reo'*" (fs. 67.242).

Posteriormente, agregaron "*que si bien el evento al que corresponde la liquidación del reverso del panfleto no pudo ser inequívocamente fijado en el tiempo, y por ello no cabrá su*

imputación puntual, el folleto en sí mismo es un valioso indicio y prueba basal del pacto espurio que ligaba a 'Cromañón' con la policía" (fs. 67.244). Y que "[s]*i a ese bordereaux le sumamos la contundente prueba hallada en poder de Diego Marcelo Argañaraz que acredita el efectivo pago a la Policía Federal de trescientos pesos ($ 300) por el recital realizado el día 28 de diciembre de 2004 la conclusión es obvia, el acuerdo venal existió y no puede ser fruto de ninguna conspiración*" (fs. 67.244).

Luego agregaron que "*la relación que resulta origen del pacto que unía a* [Chabán y Díaz] *encuentra su inicio en la presentación espontánea que Díaz hiciera el día de inauguración de 'República de Cromañón'. Es admitida por el propio Subcomisario Carlos Rubén Díaz* […] *en su declaración indagatoria que luce a fs. 14.171/89*" (fs. 67.247).

Finalmente, en este punto también se mencionaron los dichos de Sempé, quien "*recordó que se abonaba dinero ya desde la época de 'Cemento', sin detectar modalidades diferenciadas entre este establecimiento y 'República Cromañón' y que sabía que el rubro se consignaba en las liquidaciones*" (fs. 67.250). Sin embargo, en la sentencia se puntualizó que "*ante la lectura de sus dichos brindados durante la instrucción relativos a que Omar Emir Chabán le habría dicho que tanto en 'Cemento' como en 'Cromañón' pagaba 100 pesos cada quinientos asistentes, si bien no los recordó puntualmente, señaló que en aquel momento lo 'tenía más fresco' y que creía que en ambos lugares era igual, que no había una modalidad diferenciada*" (fs. 67.241 vta.).

También se relató que —siempre según Sempé- "*se consignaban no sólo los gastos correspondientes a S.A.D.A.I.C, S.A.D.E.M y seguridad sino también los referidos a la policía*". Aunque, se aclaró que ese testigo "[i]*ndicó desconocer la forma en que ese gasto se abonaba pues el encargado de efectuarlo era Omar Emir Chabán y lo incluía en la liquidación final*" (fs. 67.241 vta.).

De la exposición de estas razones se deduce que el Tribunal de Juicio, en orden a fundamentar la existencia del alegado pacto con fines ilegítimos, valoró un testimonio que indicaría una práctica de cierta similitud con la que se intenta acreditar; el reconocimiento del propio de Díaz de su concurrencia a "Cromañón" el día de su inauguración; los dichos de Sandoval, el

momento en que ésta encontró el "folleto Rockmañón", así como su contenido, y la acreditación de un pago posterior (28/12/2004).

El testigo Sempé dijo que se desempeñaba como "manager" de otro conjunto musical, que "*tocó en varias oportunidades en el local 'Cemento' y dos veces en 'República Cromañón'* [y que] *el sistema era igual en los dos sitios, pero que tenía más recuerdos de 'Cemento' porque allí habían tocado más veces*" (fs. 66.671/66.671 vta.).

En particular, de la relación de su testifical surge que declaró que "*en la planilla de gastos también se incluían los referidos a la policía, aunque no pudo recordar claramente en qué términos. Suponía que era como 'policía adicional' y que dentro de ese contexto, probablemente sería necesaria la presentación de notas. De todos modos el encargado, en su caso era Omar Chabán*". Agregó que "*en 'Cemento' el monto que se pagaba rondaba los $150, pero que éste dependía también de la cantidad de público estimado. Aclaró que subía cada 500 personas aproximadamente porque contrataban más patrulleros*" (fs. 66.671 vta.).

Luego, se consignó que "[a] *preguntas de la Dra. Campos señaló que no recordaba puntualmente como era la modalidad de dicho pago en 'Cromañón' porque no tenía presentes puntualmente las dos liquidaciones que allí se efectuaron, recordaba mejor el caso del otro local porque lo había hecho en diez o doce oportunidades, sin perjuicio de lo cual, no le parecía que fuera diferente. La letrada proced*[ió] *a la lectura de fs. 11.455 vta. el tercer renglón vinculado a que Chabán le habría dicho que tanto en 'Cemento' como en 'Cromañón' pagaba 100 pesos cada 500 personas que entraban, no lo recuerda puntualmente, creía que eran 150 pesos pero en aquél momento fue mucho más fresco y cree que efectivamente era en los dos lugares igual, no había una modalidad diferenciada*" (fs. 66.671 vta.).

A continuación, el testigo "[s]*ostuvo que no recordaba haber visto policías uniformados en el interior o exterior de los locales de Omar Chabán* [y que] *desconocía la forma en que se abonaba ese gasto pues el encargado de efectuarlo era Chabán y lo incluía en la liquidación final, la cual era informal* [porque] [s]e *escribía en un papel cualquiera y sólo a veces se le presentaban recibos como, por ejemplo, los de SADAIC*" (fs. 66.671 vta.). Finalmente, manifestó que "*la liquidación la efectuaban en*

una oficina pequeña ubicada en la planta baja y que se encontraban presentes él, Chabán y posiblemente Raúl Villarreal que estaba siempre en todas las cosas, además no era algo secreto" (fs. 66.672).

Considero que de esta exposición solamente se puede inferir que Chabán, en el marco de los espectáculos producidos en otro de sus locales ("Cemento") destinaba determinadas sumas de dinero a "la policía" (lo cual podría representar una primera aproximación a los hechos juzgados), toda vez que el testigo Sempé dijo que ello ocurrió dos veces en "Cromañón".

Las partes tuvieron la posibilidad de discutir respecto de las eventuales diferencias que apreciaran entre las declaraciones prestadas en instrucción y las incorporadas durante el debate y, tal como surge de la misma declaración de Sempé en el juicio, pudieron inquirir acerca de qué conocía y recordaba; es decir, controlar la prueba.

De esa manera, solamente es acertado inferir que Chabán determinaba ciertas sumas de dinero a la policía desde tiempo antes del 30 de diciembre de 2004.

Sin embargo, la existencia del folleto "Rockmañón" adquiere aquí mayor relevancia al sumarse ambas pruebas e inclinar la balanza en el sentido que se hace en la sentencia. Así, permanece inalterada la apreciación del Tribunal de Juicio según la cual la palabra "POLI" vinculada a "100" refiere a un pago de cien pesos ($100) a la policía, específicamente y tal como lo entendió el Tribunal de Juicio a la Policía Federal Argentina.

Siguiendo esa línea, el Tribunal expresamente dijo que constituía "un valioso indicio y prueba basal del pacto espurio". Señalé anteriormente que la valoración de las anotaciones allí contenidas no lograba ser conmovida por los agravios presentados, por lo tanto corresponde aquí mantener ese juicio según el cual es un indicio central de la existencia de un acuerdo ilegítimo. Además, se puede afirmar que es concordante con las apreciaciones del testimonio de Sempé, en el sentido de que en "Cromañón" se pagaba a la policía.

A continuación, en la sentencia se sostuvo que la acreditación del pago correspondiente al 28 de diciembre de 2004 también demuestra la existencia del acuerdo venal, considerando particularmente las anotaciones de la agenda de Argañaraz.

Entiendo que un pago particular no supone necesariamente un pacto de carácter general y previo ni éste conlleva forzozamente su cumplimiento periódico por medio de pagos individuales porque, en verdad, se trata de dos acontecimientos históricos diferentes, que se deben acreditar como tales aunque mantengan estrecha relación en términos jurídico penales.

No obstante, esa diferenciación entre ambos acontecimientos históricos no impide que, en este caso, del modo y circunstancias en que los pagos individuales fueron realizados surjan pautas —conforme hechos acreditados- sobre los cuales inferir la existencia de un *modus operandi* o actuar conjunto. Así pues, en la medida en que de la sucesión periódica de una conducta en ocasión de arreglos individuales surja un actuar estandarizado con una base mínima compartida, se puede considerar configurado algún acuerdo al respecto. Nada impide que conductas de tales características sean valoradas y consideradas a fin de establecer si se está en presencia de un concurso de voluntades determinado.

Visto así, la acreditación de pagos realizados los días 10 y 28 de diciembre de 2004 (a los que se debe agregar el del 29 de ese mes y año, de similares características, que también se dio por probado), sumada a otros elementos como el folleto "Rockmañón" y el testimonio de Sempé que, aunque sin precisar el motivo de esos pagos, dan cuenta de gastos constantes destinados a "la policía", permite inferir la existencia no ya de un pacto concreto y cuasi formalizado (con lugar, tiempo y condiciones perfectamente delimitadas) sino la de un *modus operandi*, que se repetía "espontáneamente" en cada ocasión en la cual el local gerenciado por Chabán producía un expectáculo de las características de las del 30 de dicimbre de 2004, sobre el que más abajo serán analizados los agravios.

En esos términos, entiendo que los fundamentos del Tribunal de Juicio son razonables y se encuentran debidamente fundados en las constancias aportadas, por lo que no se da ningún supuesto de arbitrariedad.

Por otro lado, en cuanto a la visita del local de Díaz el día de la inauguración de "Cromañón", observo que si bien del documento obrante a fs. 8.293 vta. surge que, en principio, sería el 10 de abril de 2004, al momento de testificar Carlos Abel Stortini "[r]*ecordó haber asistido a controlar 'Latino Once' y 'La*

Máquina' y a la inauguración de 'República Cromañón', el día 30 o 31 de marzo de 2004 [y que] [e]*n la fecha referida asistió junto al Subcomisario Díaz para controlar que el local contara con toda la documentación* [pero que] *no se presentó ante Omar Chabán ni ingresó al local, desconociendo si el Subcomisario Díaz revisó la documentación*". En el mismo sentido el Tribunal de Juicio mencionó la prueba identificada con el número 97.1, que consiste en una hoja donde se puede leer "*República Cromañón:* […] *inauguración 31/3*".

Por su parte, al momento de su declaración indagatoria al inicio del debate, Díaz manifestó que en ese momento no declaraba; no haciéndolo en el resto de las jornadas que insumió el debate oral y público (cfr. audiencia del día 22 de agosto de 2008; Cuerpo I de Actas de Debate, fs. 12). En virtud de ello, el Tribunal incorporó por lectura sus dichos en ocasión de su declaración indagatoria al momento de la intimación inicial.

De sus dichos el Tribunal de Juicio consideró que "*conoció a Omar Emir Chabán y a Raúl Alcides Villarreal el día que se inauguraba el local* [y que] *se fue presentando en aquellas ocasiones en que supo por terceros que habría algún evento, señalando que ello ocurrió en el año 2004*" (fs. 67.247). El tal sentido, sostuvo que "[e]*stas expresiones de Díaz resultan contestes con los dichos del Subcomisario Carlos Abel Stortini, quien en el debate refirió haber concurrido junto a él para controlar que el local contara con la documentación correspondiente*" (fs. 67.247). Aunque puntualiza que "*Stortini dijo además no haberse presentado personalmente ante Chabán en esa ocasión, ni siquiera haber ingresado al local, desconociendo si el Subcomisario Díaz revisó la documentación*", ese tribunal concluyó que "*Díaz se presentaba asiduamente en 'República Cromañón'*" (fs. 67.247).

Dos circunstancias mellan el peso probatorio de estos elementos en el sentido que han sido valorados por el Tribunal de Juicio. En primer lugar, más allá de que la incorporación de los dichos del imputado tiene base legal (cfr. art. 391, C.P.P.N.), ello no invalida las consideraciones oportunamente realizadas respecto del valor probatorio que ese tipo de elemento tiene al momento de realizar la determinación final de los hechos en el proceso penal: simple indicio.

En segundo término -y principalmente-, la fecha de la inauguración es diferente de aquellas en las cuales se habrían realizado los pagos e, incluso, anterior en mucho al supuesto "pacto". Estos elementos sólo permiten conocer que Díaz se acercaba a "Cromañón" con —indeterminada- periodicidad desde y que parlamentaba en esas ocasiones con Chabán y Villarreal.

En síntesis, realizado un análisis de cada uno de los elementos valorados por el Tribunal de Juicio en orden a acreditar la existencia de un acuerdo ilegítimo, entiendo que no es posible afirmar con certeza la existencia de un pacto concreto e identificable a la manera de un contrato o acuerdo expreso, con términos claros y obligaciones delimitadas; tal y como parecen reclamarlo las partes. Sin embargo, existen elementos que ponen de manifiesto un proceder común de cada uno de los intervinientes alrededor del giro comercial y artístico de "Cromañón".

La racionalidad de esta conclusión a la que arribo se ve confirmada por el tratamiento de otros de los aspectos del alegado "pacto espurio": los montos involucrados.

Con relación a esto, la defensa de Díaz planteó que existía prueba contradictoria sobre la entrega de cien pesos por cada recital, dado que "*si tomamos el testimonio de Sandoval, sería de pesos cien por cada quinientas personas, lo mismo el testimonio de Cozodoy — dependiendo qu*[é] *parte del testimonio tomemos - , o el de* [S]*empe. Es decir, que al Tribunal se le antojó que la verdad eran cien pesos por cada recital*"; por lo que no estaría probado ese extremo. Esta aparente arbitrariedad también fue señalada por el representante del Estado Nacional, quien alegó que no existían pruebas válidamente producidas durante el debate sobre la base de las cuales afirmar que el monto pagado era en función de la cantidad de asistentes al espectáculo en cuestión.

Los defensores de Villarreal también impugnaron las afirmaciones de la sentencia respecto del contenido de este acuerdo. En concreto, marcaron una contradicción porque "*en un principio el Tribunal afirma que Raúl Villarreal pagó al comisario, por las fechas 28 y 29 de diciembre, la suma de $600* [pero luego sostuvo que] [e]*l acuerdo tuvo por objeto que Díaz omitiera funcionalmente a cambio de una suma de dinero, que afirmamos fue al menos de setecientos pesos ($ 700)*".

En este punto, los jueces del debate habían afirmado: "[p]*artimos de la base de dar por cierto que el pacto espurio contemplaba cuanto menos la entrega de cien pesos ($ 100) por cada recital. Este monto es mencionado por Ana María Sandoval y Eduardo Sempé, si bien atribuyendo la variación de esa cifra en función del número de concurrentes. Sin embargo se ha verificado, -en base de los dichos de Viviana Cozodoy y la prueba documental que como ya veremos nos da cuenta de la suma exacta abonada los días 28 y 29 de diciembre- que esa cifra no siempre respondía al número de espectadores sino a otras circunstancias —verbigracia, el corte de calle- que la tornaban variable*" (fs. 67.239 vta.).

Es decir, ya en la tónica de la sentencia que aquí se examina lo determinante no son los términos de un pacto estático e inmutable, hecho del que depende la logicidad y consistencia de los razonamientos mediante los cuales se alcanza la acreditación de cada uno de los pagos en forma individual. El remanido "acuerdo espúreo" no es más que la figuración de un actuar consistente que se infiere de la información constante y homogénea que aportan cada uno de los sucesos en particular. Y sus variaciones en el monto, como no podía ser de otra manera, responden a las singulares características de cada uno de esos momentos. El argumento de la incosistencia del "acuerdo" en virtud de las diferentes sumas, por lo tanto, no alcanza a desmantelar esos argumentos, por lo que es ineficaz para alcanzar una decisión en sentido contrario a la postulada por el Tribunal de Juicio respecto de los hechos en particular; que serán analizados más abajo.

7. Hecho del 10 de diciembre de 2004.

Los jueces del debate afirmaron que establecían "*la concreción del acto corrupto el día 10 de diciembre pues es esta la oportunidad en que la testigo Cozodoy refiere haber presenciado la liquidación de este rubro como un gasto del recital*" (fs. 67.242). En concreto, señalaron que "*recordó Cozodoy en su testimonio haber visto otra oportunidad en la que se liquidó un pago a la policía de la misma forma que en el volante de Rockmañón, tratándose en esa oportunidad de un recital que brindó el grupo 'Los Gardelitos', es decir el 10 de diciembre de 2004. Respecto de este último evento, la veracidad del relato de la testigo, exhaustivamente interrogada por las partes resulta*

indubitable, pues más allá de cualquier nerviosismo, ratificó que la ocurrencia de este otro episodio de anotaciones fue en el recital que brindara esta banda, resultando ello una prueba más del pacto que unía a Chabán y Carlos Rubén Díaz a lo largo del funcionamiento del local 'República Cromañón'" (fs. 67.242).

Asimismo, valoraron que "[l]*a nota de SADAIC de esa fecha adjunta a la planilla da cuenta de la asistencia al evento de 321 personas (compulsar sobre n° 182 y fotocopias de fs. 10.724), por lo tanto y en base al acuerdo venal correspondía el pago de cien pesos ($ 100), justamente el importe que Cozodoy afirma que Villarreal asentó en el bordereaux respectivo*" (fs. 67.242).

La defensa de Díaz cuestionó que el pago del 10 de diciembre haya existido porque su defendido estaba de licencia ese día, razón por la cual entiende que no podría ser beneficiario de pago ilegítimo alguno ni brindar la contraprestación atrbuida (omisión del control propio de sus funciones).

En concreto, dice que "*el día 10 de diciembre de 2004, quien dispone la afectación de móviles de la Comisaría, es Sevald, no Díaz*", por lo que el "*10 de diciembre de 2004, este personal estaba a la órdenes de otra persona, no es verdad que la afectación de móviles y el carro de combate estuviera a cargo de nuestro asistido, en tanto el mismo se encontraba de licencia anual, circunstancia plenamente probada en autos*". Se indicó el "*Informe sobre los servicios prestados por el Subcomisario Díaz (fs. 17.353)* [donde] [s]*e hace saber cuáles fueron los servicios prestados por el Subcomisario Carlos Rubén Díaz en el transcurso de los meses de septiembre a diciembre del año 2004. Asimismo, se informa que del 6 al 30 de septiembre y del 26 de noviembre al 10 de diciembre de 2004, hizo uso de su licencia anual*".

Por estas consideraciones, la defensa técnica de Díaz sostiene que "***como no existe prueba alguna en la causa de la existencia o presencia de nuestro asistido percibiendo sumas de dinero de manos de Chabán o Villareal, directamente se lo posiciona en dicha situación por ser el Jefe Operativo de la Comisaría, cayendo en abusos de asegurar su presencia en días que se encuentra probado no estuvo***".

Sobre esta cuestión, en la sentencia se afirmó que "[e]*l informe de fs. 17.353 acredita que el Subcomisario Carlos Rubén Díaz prestó servicios en la Seccional 7ª en oportunidad de los*

episodios que se le imputan. El día 10 de diciembre de 10 a 20 hs. a terminar y el 28, 29 y 30 de diciembre de 20.00 a 8.00 horas (sic)" (fs. 67.246 vta.; subrayado agregado).

En cuanto a la testigo Cozodoy, se manifestó que "*en otras oportunidades sí vio que se hacía con el dinero y los gastos. Una vez fue en el recital de 'Callejeros' del 29 de diciembre de 2004 y en otra ocasión en una fecha anterior, cree que en un show de la banda 'Los Gardelitos'. En ésta última presentación, observó que Villarreal efectuaba un detalle de gastos, anotando en un papel en blanco distintos pagos, entre los que figuraban erogaciones a 'SADAIC', al sindicato de músicos y otro donde consignó 'poli más 100'. Agregó no recordar si esa vez hubo gastos por sonido*" (fs. 66.573).

En respuesta a preguntas "*para que diga si el Sr. Villarreal le manifestó a que obedecía el gasto que se consignara como 'poli mas 100', dijo que no, que solamente lo escuchó, pero que no sabía a que estaba destinado*" (fs. 66.575 vta.). Además, cuando se le inquirió "*si en alguna otra ocasión le comentaron que se haya efectuado algún pago a la Policía Federal, dijo que sí, que en cierta ocasión, un compañero suyo, Damián Albornoz —cuyo apodo es He-man-, le contó que había visto cómo Chabán le pasaba un billete color violeta al Sub Comisario; agregó que no puede precisar la fecha de ese episodio. De todos, aclaró que personalmente nunca vio a Chabán entregar dinero a funcionario alguno*" (fs. 66.576).

Posteriormente, en la relación de los hechos plasmada en la sentencia se dejó constancia que, durante su declaración en juicio, "*se le dio lectura a un pasaje de una de sus declaraciones prestadas en la instrucción, puntualmente el tramo que comienza en los dos últimos renglones de la foja 12.336* [donde] *había referido que 'Villarreal sacaba la cuenta de pagarle a la policía cien pesos cada quinientas personas que había en el recital y luego, según el resultado, consignaba el importe pertinente de gasto. Manifiesta que en ningún momento Raúl decía a qué obedecía dicho importe y sólo se dedicaba a devengarlo como gasto. Esto ella lo vio en dos o tres oportunidades que, según recuerda, podían ser las fechas en que tocó Carajo y uno de los recitales de La 25'*" (fs. 66.576 vta.).

Luego —continúa la sentencia- "[s]e *le dio lectura entonces de los dos párrafos siguientes, donde había referido 'que durante los recitales siempre pasaba un patrullero de la Seccional 7ma. de la Policía Federal y se bajaban uno o dos policías uniformados, que entraban al local y charlaban en la puerta o en el hall con Omar o Raúl. Refiere que ella nunca vio que tanto Omar o Raúl le hayan entregado dinero a los policías'*. Al respecto "*señaló que sí lo recordaba, pero que no estaba segura. Agregó que no vio entregas de dinero y que no podía aseverar acerca de si pasaban patrulleros o no*" (fs. 66.576 vta.).

En cuanto a la fecha que ahora se examina, advierto que Cozodoy primero manifestó que *observó* a Villarreal anotando un detalle de pagos entre los cuales figuraba "poli más 100" e inmediatamente y ante una consulta sobre si sabía el destino de ese gasto respondió que sólo lo *escuchó* y que no conocía su motivo. No se han alegado otros elementos que sustenten estos dichos, mas que el no cuestionado argumento del Tribunal de que ese día (10/12/2004) la banda "Los Gardelitos" —referencia por medio de la cual la testigo recuerda el episodio- brindó un recital en "Cromañón".

Ahora bien, aun con las imprecisiones del relato sobre el concreto episodio que se trata de conocer y que, en definitiva, liman su valor convictivo, soy de la opinión que provee esta prueba de información sobre la base de la cual inferir, con limitado grado de convicción y sin mayores precisiones, la existencia de pagos a "la policía".

Sin embargo, sobre la existencia de un pago existe otro argumento en el cual el Tribunal de Juicio se apoyó al momento de analizar el hecho del 10 de diciembre y que ha sido cuestionado por las partes.

En efecto, el Tribunal valoró la nota de S.A.D.A.I.C. según la cual el 10 de diciembre de 2004 concurrieron 321 personas y dijo que "*por lo tanto y en base al acuerdo venal correspondía el pago de cien pesos ($ 100), justamente el importe que Cozodoy afirma que Villarreal asentó en el bordereaux respectivo*" (cfr. fs. 10.724 y 67.242). Es decir, utilizó esa constancia como recurso argumental por el cual otorgar mayor valor probatorio al testimonio de Cozodoy. Dichas evaluaciones sobre esos elementos de prueba coinciden con su apreciación según la cual los pagos

particulares respondían a un acuerdo previo, aclarando que "*esa cifra no siempre respondía al número de espectadores sino a otras circunstancias —verbigracia, el corte de calle- que la tornaban variable*" (fs. 67.239 vta.).

Efectivamente, Cozodoy dijo que "*Sandoval le manifestó que* [la inscripción 'poli más 100' en un papel] *significaba que se pagaba a la policía 100 pesos cada 500 personas que iban al local*" (fs. 66.574). Por otro lado, al momento de declarar en juicio se leyó un pasaje de una de sus declaraciones ante la instrucción, donde había afirmado que "*Villarreal sacaba la cuenta de pagarle a la policía cien pesos cada quinientas personas que había en el recital y luego, según el resultado, consignaba el importe pertinente de gasto*"; sin embargo, en ese momento la testigo dijo que "no lo recordaba" (fs. 66.576 vta.).

Conforme lo he manifestado anteriormente, el valor probatorio de un testimonio al momento de la decisión final en un proceso penal depende de que se respete el principio de contradicción. En este caso en concreto, no obstante su lectura durante el debate habilitaría la discusión sobre el punto, posibilitando el ejercicio del derecho de interrogar al testigo también sobre las eventuales diferencias en sus dichos, lo cierto es que la testigo dijo expresamente que "no lo recordaba", manifestación que impide introducir la información adquirida durante la instrucción dado que no lo dijo en el debate.

Pero al mismo tiempo, al sumar las mencionadas constancias de S.A.D.A.I.C. en orden a acreditar el monto pagado, contó con prueba ahora suficiente que coincide con una de las variables de hecho vinculadas al *modus operandi*: la cantidad de asistentes, que el 10 de diciembre fue de 312, es decir, dentro de los quinientos asistentes por los que corresponderían cien pesos.

Entonces, advierto que los indicios aportados por el mencionado testimonio se ven fortalecidos por otra prueba independiente y concordante que, conjuntamente, permiten afirmar que ese día se realizó un pago a "la policía". A su vez, todo ello concuerda con los términos de lo que el Tribunal de Juicio llamó "pacto", que se debe entender como el modo sostenido en el cual se actuaba en ese ámbito respecto del accionar policial.

Por eso, en lo que sigue resta por examinar los diferentes elementos de pruebas y argumentos que ese tribunal utilizó con

relación a la acreditación de la *participación* de Díaz en esos hechos, en su calidad de funcionario policial.

Al respecto, Cozodoy señaló en varias oportunidades que desconocía absolutamente el motivo, razón o fin de la erogación a la que refería la mentada anotación o alocución vista o escuchada; su testimonio no aporta ningún dato en ese sentido. Ese extremo, necesario para establecer el contenido final de la acción de pagar, se puede inferir de la inexistencia de constancias de haber solicitado a la P.F.A. el servicio de policía adicional para esa fecha, así como para las demás, por parte de quienes regenteaban "Cromañón".

En este sentido, el Tribunal razonó que "*se ha corroborado que no había servicio de policía adicional en 'República Cromañón'. El detalle de gastos se hacía al final de cada show, por lo que nunca podía ser el monto a abonar por adicionales, ya que la previsión de estos debía ser anterior al show del que se tratara*" (fs. 67.241 vta.). Y que entonces, "[n]o *cabe otra explicación más que la 'protección al negocio' y no la debida protección a la comunidad, a la presencia de estos móviles y personal policial ya que 'República Cromañón' nunca contrató servicios de policía adicional. Ello se verifica fácilmente con los informes glosados a fs. 13.766 y 15.644 que así lo indican*" (fs. 67.252 vta.).

Así, se valoraron informes del servicio de policía adicional según los cuales "*con relación a 'República Cromañón' hace saber que no ha contratado los servicios de policía adicional*" (cfr. fs. 13.766 y 15.644). También se mencionó el informe de la División General de Comisarías, en el cual se detalla que esa repartición no envió personal de la Seccional 7º de la P.F.A. a ningún local de esa jurisdicción a pedido de organizadores de eventos así como tampoco bajo el régimen de policía adicional.

Según se indicó en la sentencia, y no ha sido cuestionado por las partes, el organizador de espectáculos debe efectuar convenios de custodia adicional con la P.F.A. con el propósito de garantizar la seguridad (Ordenanza nro. 51.586, reformada por la nro. 51.277) y la contratación del servicio contra incendios de la Superintendencia Federal de Bomberos.

Dicho ello, considero que, incluso cuando del testimonio de Cozodoy no se pueda inferir el motivo o finalidad del pago, existiendo gastos que se asentaban con la referencia "poli" (sobre la cual no se presentaron argumentos que permitan suponer que esa leyenda no representa a "la policía", sino todo lo contrario) y, al mismo tiempo, contando con constancias de las cuales surge que no se contrató en ningún momento el servicio de policía adicional para el local "Cromañón", es correcto inferir que esas deducciones se debían a pagos indebidos a "la policía" y que, como tales, tienen relevancia penal. Por ello, entiendo se mantiene inalterada la afirmación del Tribunal de que "[n]o *cabe otra explicación más que la 'protección al negocio' y no la debida protección a la comunidad*" (fs. 67.252 vta.).

Sin embargo, en particular sobre el 10 de diciembre, otra controversia gira alrededor del informe obrante a fs. 17.353, en el cual el Subcomisario Gustavo Oscar Impellizzeri (2º Jefe de la Comisaría 7º de la P.F.A.) informó "*los días y horarios que presto servicio el Subcomisario Carlos Rubén Díaz en el transcurso del mes de Setiembre al 30 de Diciembre del año 2004* (*sic*)". En el detalle de esas fechas se consignó "*MES DE DICIEMBRE*" y en detalle del día 10 de ese mes "*de 20.00 a terminar*", mientras que al final del informe "*se dej*[ó] *constancia que el signante usufructuo su licencia anual del 06 al 30 de Setiembre y del 26 de Noviembre al 10 de Diciembre de 2004* (*sic*)". Finalmente se aclaró "*que los horarios mencionados no son de un estricto absoluto*".

Como se aprecia, se trata de un elemento que no aporta indicios unívocos porque mientras en el detalle de las fechas en las que Díaz cumplió funciones —objeto del informe- se asentó, sin otras consideraciones, que el 10 de diciembre lo hizo desde las 20 horas hasta "terminar", el párrafo del final contradice palmariamente el detalle diario en dos períodos, uno de los cuales abarca esa fecha; ello torna ambiguo el informe. Por lo demás, no existe ninguna especificación sobre qué significa "terminar" en términos horarios o funcionales.

Ante esta encrucijada, y a diferencia de lo que ocurre respecto de los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004 (sobre los cuales no caben dudas que se desempeñó de 20.00 a 08.00 horas), entiendo que ese informe es un elemento que no permite extraer datos utiles en este estado del proceso, porque por su intermedio

se pueden afirmar dos estados de cosas contrarios con relación al día 10 de ese mes: que Díaz trabajó y que estuvo de licencia. En consecuencia, no es posible tener certeza sobre ninguna de las dos inferencias que de allí se desprenden.

A pesar de ello, los magistrados del juicio tuvieron en cuenta otros elementos. Señalaron "*como prueba de la presencia policial en los locales bailables de la jurisdicción -relacionado ello con el episodio ocurrido el 10 de diciembre de 2004-, el contenido de la orden interna n° 2153/2004 dada por el entonces Comisario Gabriel Ismael Sevald, que dispuso tanto para ese día viernes 10, como para el sábado 11 del mismo mes, a partir de las 22.00 horas, la afectación de móviles en servicio que recorrieran asiduamente los locales bailables en misión de seguridad general, observación e información, resaltándose asimismo la concurrencia de un pelotón de combate a través de la Dirección General de Orden Urbano*. […] *Todo este personal estaba bajo las órdenes del jefe operativo de la dependencia, Subcomisario Carlos Rubén Díaz*" (fs. 67.242/67.242 vta.; subrayado agregado).

Sin embargo, ningún dato de los allí contenidos permite dilucidar si efectivamente Díaz prestó funciones el 10 de diciembre. En primer lugar, no se puede afirmar con certeza el despliegue de recursos de la P.F.A. en la zona de "Cromañón" el día sábado 11 de Diciembre de 2004 habría estado a cargo de Díaz, lo cual surgiría —según el Tribunal de Juicio- de la mencionada orden interna de esa fuerza de seguridad.

Es que el informe de Impellizzeri (fs. 17.353/17.353 vta.) es claro en indicar que ese día Díaz estaba "de franco" y no hay razones para dudar de la autenticidad de ese dato porque la licencia indicada al final no se superpone con esa fecha. Por lo tanto, hay elementos que contradicen palmariamente la conclusión a la que arribó el Tribunal de Juicio.

Pero además, la señalada orden interna referida al 10 y 11 de diciembre de 2004 fue suscripta el primero de esos días por Sevald "*PARA CONOCIMIENTO DE LOS SRES. JEFES DE SERVICIO Y JEFES DE SERVICIO EXTERNO* [y] *A CARGO: OFICIAL JEFE COMISARIA 7a*". O sea, hace referencia a quiénes debían tener conocimiento de su contenido así como quién estaba "a cargo" sólo aludiendo a las personas por las funciones o cargos que desempeñaban en la repartición policial, sin ni siquiera indicar su escalafón en la

jerarquía de la P.F.A. y menciona a sus destinatarios en forma plural.

De esa manera, no aporta ningún dato que permita zanjar la cuestión de si, efectivamente, Díaz prestó funciones o no. En conclusión, en nada modifica el juicio anterior respecto de los demás medios de prueba examinados en torno a este punto, que tampoco permitían conocer con certidumbre ese particular hecho.

En consecuencia, entiendo que la afirmación del Tribunal de Juicio según la cual el personal que Sevald ordenó movilizar el 10 y 11 de diciembre de 2004 estaba bajo las órdenes de Díaz, no encuentra sustento en la prueba producida. Se trata de una afirmación dogmática que no consulta las constancias de la causa. Luego, no es posible acreditar con esas pruebas que el imputado Díaz prestó funciones el día 10, lo cual impide cualquier confirmación de la hipótesis acusatoria al respecto con la certeza necesaria en este estadio procesal.

Tampoco del informe remitido por la P.F.A. con relación al personal que cumplió funciones en la jurisdicción en cuestión entre el 1 de mayo de 2004 y el 31 de diciembre de 2004 (cfr. fs. 14.003/14.041) arroja luz sobre la cuestión.

Por todo ello, respecto del día 10 (cuando habría acaecido el primero de los sucesos que el Tribunal de Juicio dio por acreditado) considero que si bien existen elementos para no dudar de las conclusiones del Tribunal de Juicio respecto de la existencia de un pago realizado por Chabán o Villarreal el 10 de diciembre de 2004 a "la policía", no existe certeza en cuanto a la *participación* de Díaz, porque las pruebas no permiten afirmar en forma unívoca que Díaz estuviera en posición de realizar la "contraprestación" atribuida (omisión funcional), tal como lo indica el *modus operandi* al respecto, corresponde aplicar el principio de *in dubio pro reo* (art. 3, C.P.P.N.).

Por lo demás, estos argumentos son aplicables al caso de los otros imputados por este hecho particular, respecto de quienes los datos reseñados tampoco dan cuenta de una intervención concreta e individual con la certeza necesaria para ser atribuida (art. 441, C.P.P.N.).

8. Participación de Díaz (sobre los días que trabajó).

Con relación a la acreditación de la participación de Díaz en los demás supuestos de cohecho (básicamente los de los días 28,

29 y 30 de diciembre de 2004), sus defensores técnicos cuestionaron las inferencias realizadas a partir de los dichos de Argañaraz en su declaración indagatoria, específicamente el tramo en el que sostiene que entre los gastos del show se hallaba el correspondiente a la policía y que era Raúl Villarreal quien pagaba alrededor de trescientos pesos por ese servicio, porque *"ninguna parte de la declaración el mencionado Argañaraz, dijo: Raúl le pagaba a Díaz"*. Denunciaron que la conclusión del Tribunal de Juicio *"sólo se guía por la función de jefe operativo de la Comisaría 7° de la Policía Federal Argentina"*.

Por su parte, los defensores de Villarreal mencionaron que el policía Carmody *"en ningún momento* […] *aclaró si Díaz le sugirió al menos que ante cualquier eventual contravención en el local de Republica Cromañon debía omitirlas"*. En tal sentido, manifestaron que no se ha probado *"durante la audiencia de debate, -ni a lo largo del presente y extenso expediente-, que hubiere una acción policial que pudiera indicar el pago de coimas por parte de Chaban, y menos aún por parte de nuestro defendido a la policía"*; citan en este punto los testimonios de Víctor Fajardo, Claudio Rivas, Claudio Curcuy. En base a ello, sostienen que no se probó el pago de *"un plus por el corte de calle"* ni el corte en sí mismo.

Ya indiqué el valor que asigno a los dichos de un imputado en ocasión del acto de intimación formal cuando se remita a lo dicho en instrucción. Ellas sólo pueden constituir indicios insuficientes para alcanzar la certeza necesaria en este estado del proceso, aunque nada impide afirmar la existencia de la participación de los imputados sobre la base de otros elementos de prueba, conforme la aplicación de las reglas de la sana crítica.

En esa línea, la prueba analizada anteriormente, en particular el informe de fs. 17.353/17.353 vta. provee de datos con relación a los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004 sustancialmente diferente a la del 10 de ese mes y año. En concreto, en la columna correspondiente al *"MES DE DICIEMBRE"*, para aquellos días consigna en los tres casos *"de 20.00 a 08.00"* horas y, además, los períodos detallados como de licencia no se superponen con ellos. Así, se infiere sin lugar a dudas que Díaz cumplió funciones los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004.

Luego, el Tribunal de Juicio enumeró las contravenciones existentes en los alrededores de "Cromañón" y remarcó la importancia de su zona a efectos de la seguridad y orden por la cual debía velar la P.F.A. como autoridad preventora. Entonces de allí infirió, primero, que hubo un incumplimiento de sus deberes y, luego, el motivo —sostenido en el tiempo- por el cual procedía a garantizar el desarrollo de los espectáculos pese a esas violaciones de la ley en la que incurrían: obtener dinero.

En efecto, en la sentencia se sostuvo que era "*de utilidad verificar mediante los dichos del Comisario Jerónimo Alberto Molina, jefe de la División Judiciales de la Superintendencia de Asuntos Internos de la Policía Federal, cuáles eran las obligaciones de Díaz, los comportamientos debidos, las buenas técnicas de desempeño de lo que debió ser un servicio a la comunidad*" (fs. 67.242 vta.).

De forma relevante, ese testigo destacó que "*el rol de Díaz era el más operativo, ya que era quien debía encargarse del servicio de calle y de confeccionar el mapa del delito de la dependencia* [y] *debe actuar en casos de flagrancia*" (fs. 67.242 vta.). Señaló además que "*el llamado tercer jefe tiene amplia experiencia como policía de calle, que debe tomar contacto con el personal que trabaja en la vía pública para indicarles a dónde deben dirigirse y pasar lista de esos policías. Hecha la distribución de hombres, sale a recorrer la jurisdicción, y se dirige a las distintas paradas supervisando que el resto de los policías esté cumpliendo con sus tareas*" (fs. 67.242 vta.).

Por eso —según el Tribunal- él "*tenía la obligación de hacer cesar una contravención de toparse con ella, o en su caso debe dar intervención a las autoridades contravencionales o judiciales correspondientes*" (fs. 67.243).

Asimismo, también se reseñaron en la sentencia los dichos del testigo Carlos Abel Stortini (Subcomisario que prestaba servicios en la Seccional 7º de la P.F.A.), quien refirió que "*ante un caso de exceso de público en un local, el policía que lo constate debe efectuar una consulta con la fiscalía contravencional en turno y si bien puede ser hecha por cualquier oficial, el fiscal en cuestión puede pedir que lo hagan el comisario o subcomisario* [y] *que tanto el jefe de brigada como los*

jefes de servicio tienen el número telefónico del fiscal en turno" (fs. 67.243).

Acto seguido, en adición a estos testimonios, el Tribunal de Juicio detalló la normativa aplicable a la P.F.A. (R.R.P.F.A n° 32 Reglamento de la División Orden Público), en la cual se establecen las funciones debidas para el 3° Jefe de Comisarías para Subcomisario, entre los cuales enumeró "*b) Requerir la venia del superior para hacerse cargo de su servicio, imponiéndolo de las novedades que recibe; c) disponer el relevo de oficiales y tropa, revistando sus equipos, uniformes y correcta presentación;…e) dar cuenta a sus superiores de toda novedad que se produzca durante su servicio; …j) dar curso a las comunicaciones a la Jefatura y jueces, relativas a los hechos en que intervenga*".

En cuanto a los deberes del Jefe del servicio externo, especificó que debe "*a) pasar lista y distribuir el servicio externo como corresponde, dando cuenta de las novedades y de esa distribución al jefe de servicio… f) conocer perfectamente las modalidades de la población del distrito y lugares que, en el orden policial, interesen por la posible ocurrencia de infracciones a las leyes, edictos y ordenanzas; …h) recorrer el distrito siguiendo las instrucciones que al efecto le serán dadas diariamente al jefe o 2° jefe de comisaría y, en ausencia de estos, por el jefe de servicio, dedicando mayor atención a determinados lugares según las necesidades firmando las boletas de fiscalización de los agentes*" (fs. 67.243/67.243 vta.).

En este sentido, concuerdo con el juez Riggi en su respuesta a los agravios respecto de la ausencia de competencia funcional por parte de Díaz porque -según denunció el representante del Estado Nacional- la P.F.A. no tendría facultades y obligaciones respecto de la contravenciones que se sucedieran en el marco de ese tipo de espectáculo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (punto. 1.d.9, primera parte, de su voto). En este particular aspecto, adhiero a su posición según la cual esa institución sí tenía competencia y jurisdicción sobre este tipo de hechos, por lo que tampoco resultan procedentes los agravios en ese aspecto.

De esas pruebas, el Tribunal de Juicio derivó que "*resulta absolutamente pueril que el subcomisario* [Díaz] *pretenda*

desconocer el procedimiento a seguir en caso de verificarse una contravención. En el caso de "Cromañón", no sólo no hubo notificación al contraventor, y tampoco consulta al Fiscal contravencional, sino que hubo, por el contrario, un cuidado expreso para que Chabán pudiera seguir contraviniendo la normativa, pagando un precio por ello, a cambio de la omisión de cumplir con el comportamiento debido jurisdiccional y funcionalmente". Reafirmando que le resultaba "*absolutamente imposible que un funcionario policial de la jerarquía de Carlos Rubén Díaz, subcomisario, tercer jefe, jefe de calle, jefe operativo, pueda siquiera suponer que no le correspondía intervenir en lo que sucediera en el interior de un local*" (fs. 67.243 vta.); todo lo cual consitituye una derivación razonada de las pruebas mencionadas.

En cuanto a las contravenciones o faltas, en la sentencia se detalló pormenorizadamente que consistieron en: el ingreso de personas por sobre la capacidad legal del local las noches de los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004; la tenencia y detonación de pirotecnia dentro del lugar donde se brindaba el espectáculo así como en sus proximidades; el suministro de bebidas alcohólicas en el marco de un espectáculo masivo de esas características y la obstrucción de las salidas, que debían estar libres para casos de emergencia (cfr. fs. 67.244 vta./67.246 vta.).

En cada uno de esos supuestos el Tribunal brindó las razones por las cuales afirmó que Díaz tenía conocimiento de los incumplimientos de la ley. De allí, concluyó que "[l]*a existencia y magnitud de las contravenciones y la falta de intervención policial a fin de que cesaran, es una omisión clara de la conducta debida por el Subcomisario Carlos Rubén Díaz que se puso finalmente de manifiesto la noche del 30 de diciembre de 2004*" (fs. 67.246 vta.).

Además, en la sentencia se mencionaron una serie de testimonios que aportan otros datos concordantes con esta afirmación. El Tribunal argumentó que "*no sólo fue reconocido por Héctor Damián Albornoz y descripto por Cozodoy, sino que Alfredo Mario Díaz* […] *también señaló su presencia en el local indicando que preguntaba y aguardaba la presencia de Omar Emir Chabán*" y que ellos "*brindaron descripciones físicas coincidentes con la fisonomía del encartado, y refirieron haberlo visto en República*

Cromañón en varias ocasiones, dando cuenta de que pasaba una y a veces dos veces por noche, al principio y al final del recital" (fs. 67.247). También se analizó en forma pormenorizada esas testificales sobre el punto, apreciación que se mantiene aquí inalterada, con las salvedades expuestas respecto del testimonio de Cozodoy.

Del mismo modo, también se examinó diferentes modulaciones (en lo que aquí interesa referidas a los días 29 y 30 de diciembre de 2004) de y hacia los móviles de la P.F.A. apostados en la zona del local en cuestión, en los cuales se hacen referencia a distintas órdenes de desplazamiento y cumplimiento de funciones emanadas *"del Oficial Jefe –Subcomisario-"*. El Tribunal concluyó *"que las referencias a 'por orden superior' hacen específica alusión al imputado Díaz, jefe operativo de la dependencia"* (fs. 67.252); lo cual no ha sido puesto en cuestión.

Por último, con relación a los testimonios de Víctor Fajardo, Claudio Rivas, Claudio Curcuy, ellos sólo informan sobre presencia policial en las inmediaciones de "Cromañón" de manera general y sin mayores precisiones.

Tal como concluí anteriormente, si a ello se suma que los medios por los cuales se conocen los pagos indican que eran destinados a "la policía", en tanto no había servicio adicional alguno contratado, entonces es posible extraer que estaban de alguna forma vinculados a la omisión del control debido por parte de los funcionarios encargados de llevarlo a cabo. Al mismo tiempo, no existen otros instrumentos de pruebas que, siquiera, permitan dudar que el incumplimiento por parte de Díaz se debía a otras razones que no fueran esos pagos.

De esa manera, entiendo queda acreditado fuera de toda duda cuáles eran las funciones que competían al imputado Díaz así como la existencia de las contravenciones y su inacción al respecto. Por estas razones, también se impone el rechazo del argumento de la defensa de Villarreal, según el cual no existió una acción por parte de "la policía" que indicara la existencia de un "pago de coimas" por parte de Chabán o Villarreal. Precisamente, las contravenciones y faltas detectadas así como la evidente inacción policial de quienes tenían el deber de reprimirlas, dan cuenta de un accionar (defectuoso) por parte de la P.F.A..

En síntesis, descartada la materialidad y participación en el atribuido hecho del 10 de diciembre de 2004, se mantiene la apreciación del Tribunal respecto de los días 28, 29 y 30 de ese mes y año: no existen dudas que Díaz prestó funciones y, en particular respecto del emprendimiento "Cromañón", existen una serie de elementos que permiten afirmar que las referencias a "la policía" o "poli" no indicaban sino a Díaz porque, brevemente, es el único funcionario policial con el que Chabán y Villarreal, según el caso, tenían contacto desde antes.

En cuanto al "corte de calle" mencionado por la defensa de Villarreal, esa cuestión será discutida en el siguiente punto.

9. Sobre el corte de calle.

La defensa de Diaz dijo que si bien el monto detallado en la agenda coincide con los dichos de Viviana Cozodoy, en punto a que se pagó doscientos pesos por el corte de calle ("plus"), "*no se acreditó en todo el juicio que la calle Bartolomé Mitre se encontrara cortada, muy por el contrario está acreditado que nunca se cortó*"; citan testimonios al respecto.

Por ello, cuestionó que el Tribunal haya entendido "*que además de los 100 pesos, había 200 más por el plus del corte calle inexistente y de esa manera "cierra" el razonamiento de las anotaciones de la agenda de Argañaraz. Otro voluntarismo, dirigido a poder conciliar los dichos de Cozodoy, con la agenda de Argañaraz*".

Este aspecto también fue señaldo por el representante del Estado Nacional, quien indicó que "*la cuestión del corte de calle debe ser valorada pero en el sentido del beneficio del imputado DIAZ, **puesto que ha quedado plenamente demostrado durante toda la producción del juicio,** específicamente a través de **absolutamente `todas´ las declaraciones de los sobrevivientes asistentes al debate que la calle Bartolomé Mitre nunca estuvo cortada,** ni los días previos al 30 ni el día del siniestro*".

De la misma manera, la defensa de Villarreal planteó que, entre otros, los testigos Guillermo Armango, Carlos Ariel Ferrero y Silvio Fidel Maltese refirieron que la calle no fue cortada y que los asistentes recibían ayuda del personal de seguridad para cruzarla.

Sobre esta cuestión, tal como señala el juez que lidera este Acuerdo, en orden a afirmar que la calle Bartolomé Mitre fue

"cortada" el 30 de diciembre de 2004 en la sentencia se valoró solamente el testimonio de Lucía Maltese, quien indicó que "[l]*a calle estaba cortada, no pasaban autos y en la esquina había un patrullero*" y que "*cerca de las 22:30 hs.*" ingresó al local (fs. 66.426).

Ahora bien, advierto que Juan Francisco Masullo "*la noche del 30 de diciembre de 2004 arribó a la puerta del local aproximadamente a las 22:30 horas, dejó su automóvil en un estacionamiento situado sobre la calle Jean Jaures, y desde allí se dirigió caminando hasta la puerta de 'República Cromañón'. Dijo que en ese recorrido pudo observar que sobre la calle Bartolomé Mitre se encontraba cortado el tránsito vehicular*" (fs. 66.429 vta.).

Asimismo, Hernán Ruiz relató que "*arribó al lugar antes de que comenzara a tocar la banda soporte y que había mucha gente afuera* [y] *que en la esquina de 'Cromañón' advirtió presencia policial y que sobre la calle Bartolomé Mitre estaba interrumpido el tránsito vehicular*" (fs. 66.484 vta.). También Adrián José Nieto precisó que "[a]*l momento de ingresar al salón, el tránsito de Bartolomé Mitre estaba cortado*" (fs. 66.449 vta.).

Desde otro lado, Juan Carlos Torres dijo -con relación al 28 de diciembre- "*que entre las 19:00 y las 20:00 horas otro patrullero cortó el tránsito de la calle Bartolomé Mitre y que los concurrentes, al enterarse que no podían ingresar con pirotecnia, tiraban cohetes en los alrededores del local*". Por último, luego de relatar sobre el 30 de diciembre dijo "*desconocer a qué Comisaría pertenecía el patrullero que cortó el tránsito de la calle Bartolomé Mitre*" (fs. 66.548).

Finalmente, Claudio Ariel Rivas, quien pertenecía a la Policía Montada, dijo que "*se ubicó en la esquina de Bartolomé Mitre y Ecuador aproximadamente a las 17.00 ó 19.00 horas. Relató que mientras estaban emplazados en esa esquina, observó gran cantidad de gente en las inmediaciones, pero que no obstante ello, el tránsito vehicular era normal y ninguna calle se encontraba cortada*" (fs. 66.651).

Por el contrario, solamente Juan Carlos Bordón precisó que "[e]*l 30 de diciembre, alrededor de las 21.30 horas, Yamil Chabán le ordenó que se quede en la barra. Luego le prestó su automóvil y le encargó que vaya a buscar hielo a "Cemento". Al regresar, a las*

22.30 horas, había una fila de cuatrocientas o quinientas personas pero ya el boliche estaba lleno, la calle Bartolomé Mitre no estaba cortada al tránsito, pero como había muchas personas en los alrededores del local y algunos se cruzaban por la calle, la circulación de los rodados era más lenta" (fs. 66.580).

Entiendo que de los primeros relatos se puede inferir que el día 30 de diciembre de 2004 personal policial, por medio de un móvil, interrumpió el tránsito en la cuadra de la calle Bartolomé Mitre donde estaba ubicado el local "Cromañón". Las iniciales contradicciones con aquellos testigos que niegan esa circunstancia, se diluyen en cuanto se advierte que éstos se refieren a un tiempo horario sensiblemente diferente, e incluso el testigo Torres manifestó que, tanto el 28 como el 29 de diciembre de 2004, la policía "cortó" la calle.

Solamente el relato de uno de los testigos (Bordón) indica que la arteria no era transitable por accionar policial, sino que lo atribuye a la gran cantidad de concurrentes al recital. Soy de la opinión que ese relato no reviste una contundencia tal que disminuya de alguna forma el valor convictivo de los demás.

Por lo demás, comparto con el juez Riggi (punto 1.d.11 de su voto) en que las declaraciones que confirman esa hipótesis son verosímiles y, a su ves concuerdan con otra prueba ya analizada: la testifical de Cozodoy, quien afirmó haber escuchado que el 29 de diciembre 2004 Villarreal le contestó a Chabán que sí había "*arreglado con el Comisario*" y que le había entregado "*lo de siempre más doscientos más así corta la calle como anoche*" (por la primera de las presentaciones de "Callejeros", el 28 de diciembre de 2004).

10. Sobre las del contravenciones el 30 de diciembre de 2004.

El representante del Estado nacional también agregó que de la prueba testimonial "*no surge con certeza alguna que en la puerta del local o a escasos metros de allí se arrojase alguna pirotecnia que pudiese haber sido advertida por los efectivos policiales que se encontraban próximos al local. Nadie tampoco mencionó la confluencia de personas en demasía a la puerta de dicho lugar ni existencia de tumultos u otras anomalías o circunstancias que pudiesen haber llamado al menos la atención de la fuerza policial*".

Asimismo, resaltó que los dos subordinados que estuvieron en el lugar esa noche no advirtieron las contravenciones porque no estuvieron en forma permanente en la zona y, además, fueron sobreseídos. Según postula, esas circunstancias son las que explican su inacción y no el alegado pacto ilegítimo. Concluyó que "*ni la fiscalía ni las querellas acreditaron que Díaz le haya dado orden alguna a los policías Sosa y Villegas, ni los policías estuvieron toda la noche en la puerta del local*", de modo que no actuaran como es debido.

En particular sobre las contravenciones y consecuente inobservancia de las normas del Código Contravencional de la Ciudad el día del hecho principal, entiendo que en la sentencia se dieron acabados fundamentos que permiten afirmar sin duda alguna su existencia (cfr. fs. 67.244 vta./67.246 vta.); en el voto que lidera este Acuerdo se ha consignado en lo sustancial ese desarrollo (apartado 1.d.10). Se trata de una crítica que no logra rebatir los fundamentos dados por el Tribunal de Juicio.

11. Agravios sobre el grado de participación de Villarreal.

El representante del MPF criticó el grado de participación (secundaria) que el Tribunal de Juicio entendió tuvo Villarreal en los hechos constitutivos del delito del cohecho porque, a su entender, era un "*hombre de total y absoluta confianza de Chabán, fue el encargado, con exclusividad, de tratar con la policía y pagar las sumas dinerarias que en cada evento y como una constante se le entregaban al Subcomisario Díaz*"; por lo que se trató de una "*indispensable conducta* [que] *garantizaba el cumplimiento del acuerdo* […] *hasta llegaba a ajustar los pagos, en ausencia del mismo Chabán*".

En tal sentido, "*la expresión de Villarreal de haber entregado doscientos pesos 'más'* […] *acredita contundentemente no sólo la libertad de la decisión asumida por Villarreal, dado que el pagar de 'más' habla a las claras de las situaciones que el imputado tenía que valorar y que estaban a su cargo*". Por ello, "*sin el mismo el delito no hubiera podido ser perpetrado en la forma en la que fue desarrollado*[;…] [t]*an esencial resultó su aporte, que el mismo Chabán podía no estar presente, sabiendo que Villarreal era la garantía para que todo siguiese adelante*"; en particular "*disponía de dinero y lo utilizó con absoluta libertad*

-le dio a Díaz 200 $ más [por el corte de calle]*-; para lo cual no consultó con Chabán, no pidió su autorización, no actuó con 'cierta' o 'alguna' autonomía, lo hizo con absoluta libertad*".

Al momento de fundar su posición, el Tribunal de Juicio afirmó que Villarreal era el hombre de confianza de Chabán "*pero no el único*", porque "*su tarea no resultaba imprescindible en Cromañón*", dado que "[e]*n varias oportunidades ni siquiera estuvo presente para los shows*" (fs. 67.263 vta.). Además, puntualizó que "*Chabán pudo concretar por sí la promesa o el efectivo pago. De hecho, la prueba da cuenta que Díaz preguntaba por él y se entrevistaba con él*" (fs. 67.263 vta.). De ello, dedujo que el suyo era "[u]*n aporte sin duda no esencial, accesorio, una colaboración a su empleador que no se mostró como un 'bien escaso' para la concreción del hecho*"; razones por las cuales concluyó en asignarle un grado de participación secundario en estos hechos (fs. 67.264).

La revisión de la sentencia en esta instancia impone un análisis de los argumentos expuestos por el Tribunal de Juicio. En el caso de este imputado —ya lo he señalado- ella consiste en determinar si existe un vicio de tal magnitud que haga ineludible modificar la decisión en contra de los intereses del imputado. Además, en este punto en concreto, ello se debe hacer según el criterio jurídico utilizado para determinar el grado de participación de cada uno de los imputados, porque las partes no han cuestionado ese encuadre jurídico del tema.

Ahora bien, en primer lugar, la intervención aquí discutida es fácticamente independiente de la analizada en el caso del hecho principal, por lo que las alegaciones referidas en general a las actividades que el imputado cumplía en torno del recital en el local "Cromañón" el día del hecho así como de otros similares no permiten conocer sus conductas relativas a los pagos en cuestión.

En segundo término, no se encuentra discutida la *existencia* de su intervención, sino el grado o relevancia jurídica que cabe asignarle. En este sentido, del testimonio de Cozodoy o el folleto "Rockmañón" no surgen indicios que permitan modificar la conclusión sobre el punto, porque de esas pruebas se infiere la existencia de una conducta pero no la información necesaria para determinar el grado de esa participación, tal como fue analizado

en la sentencia. En efecto, el argumento central del Tribunal de Juicio al respecto fue que ese bien (su participación) no era escaso porque Chabán podía concretar él mismo la promesa o el pago, conclusión que se presenta razonable.

En este sentido, los recurrentes, además de no cuestionar ese prisma jurídico, tampoco argumentaron porqué sobre la base de las pruebas producidas se podría negar la intervención de Chabán en esos hechos ni cuáles serían las razones por las cuales ella no sería relevante para negar la "escasez" del aporte de Villarreal.

Por eso mismo, las alegaciones en torno de la "autonomía" de Villarreal al disponer de la suma de dinero a pagar no permiten alterar la conclusión, porque esa no fue una variable que contara para el criterio jurídico adoptado por los jueces del debate, quienes se centraron en la "escasez" del aporte; decisión que se encuentra firme por no haber sido cuestionada. Por lo tanto, esos agravios son insustanciales porque desconocen los fundamentos de la decisión que cuestionan.

Luego, ante una decisión razonable por parte del Tribunal de Juicio y la inexistencia de agravios puntuales por parte de los impugnantes, considero que se debe mantener la decisión respecto del grado de participación (secundaria) que cabe asignar a las conductas desplegadas por el imputado Villarreal en torno a los pagos realizados a cambio de la omisión funcional por parte de Díaz; con la salvedad de lo relativo al día 10 de diciembre, conforme las razones oportunamente expuestas en este voto.

En cuanto a su relevancia jurídica, en el apartado correspondiente expondré las razones por las cuales entiendo que la decisión del Tribunal de Juicio de considerar a este imputado penalmente responsable en calidad de partícipe secundario en el delito de cohecho activo (arts. 46 y 258, C.P.) se debe mantener.

12. Alegado "tratamiento desigualitario".

La defensa de Villarreal criticó el valor probatorio del folleto "Rockmañón" asignado por el Tribunal de Juicio cuando analizó el caso de otro imputado: Miguel Ángel Belay. Concretamente "*existe una real desigualdad ante la ley, en la forma en que la interpretación de un folleto, lo es para Belay y para nuestro pupilo. La falta de fecha cierta, no da "absoluta certeza" en el caso de Belay, por lo que se lo absuelve. En cambio, en el caso de nuestro defendido, la falta de fecha cierta,*

tanto en el folleto como en las anotaciones en la agenda de Argañaraz, necesariamente tienen que confluir en una fecha, para que V.E. pueda "probar" lo improbable, la participación de Villarreal en el cohecho activo".

Al respecto, el Tribunal apuntó que "*el Comisario Miguel Ángel Belay prestó servicios en la seccional 7ma. de la Policía Federal entre el 14 de mayo y el 12 de noviembre de 2004 (cfr. prueba 188, fs 12.409)*" y afirmó que "[e]*sta circunstancia temporal y otros extremos que analizaremos seguidamente son los que nos persuaden de la imposibilidad del dictado de un pronunciamiento condenatorio a su respecto, puesto que los hechos acaecidos los días 10, 28, 29 y 30 de diciembre escapan a ese período*" (fs. 67.269 vta.).

En cuanto a los otros elementos aludidos, agregó: "*que las grafías estuvieran insertas en el anverso de un papel relativo al evento "Rockmañón", no dan en absoluto certeza de que la liquidación inserta correspondiera al 24 de septiembre de 2004*" (fs. 67.269 vta.).

Por último, valoró que no hay pruebas que permitan acreditar un trato entre Belay y Chabán y/o Villarreal, las funciones específicas que él desempeñaba y, a diferencia de Díaz —entre cuyos papeles se encontró una copia de la habilitación de "Cromañón" que indicaba su capacidad máxima- el desconocimiento que tenía de la capacidad para la que estaba habilitado el local.

Observo que el Tribunal de Juicio no se limitó a fundar su decisión respecto de Belay por las inferencias que extrae del folleto "Rockmañón" sino que, junto a él, examinó otros elementos y expuso otros argumentos por los cuales llegaba a una conclusión liberatoria, los cuales no se encarga de refutar el recurrente, quien se limita a uno de ellos.

Esta circunstancia, sumado a que el valor de la nota en cuestión —reconocida como propia por Villarreal- se limita al de un indicio sobre la existencia de un trato constante y homogéneo en el tiempo y no a una prueba sobre un pago en particular, impide que el agravio, en los términos que fue presentado, permita influir en la decisión a la que se arriba respecto de la participación de Villarreal en los hechos acreditados. En esas condiciones, se rechaza también esa impugnación.

13. Impugnación sobre los hechos tenidos por no acreditados.

El representante del M.P.F. alegó que la intervención de Villarreal "*en el delito de cohecho lo fue también en orden a las fechas del 20/11/04, 25 y 26/12/04*", porque "*el modus operandi plasmado obligaba extender el alcance del acuerdo a todas las fechas, aún en el supuesto en que se haya efectuado un solo pago. Lo pactado para los recitales de Callejeros de diciembre de 2004, incluía las tres fechas, este razonamiento se apoya en que en todas ellas resultaba visiblemente similar la forma de llevarse a cabo la organización del evento*".

Su razonamiento se basó en que "*ninguna otra opción es posible conjeturar, en tanto, en las rendiciones de cuentas a las que aludió Cozodoy y de las que se encargaba Villarreal, se contemplaba el gasto y no puede seriamente esbozarse que el servicio de impunidad hubiera seguido vigente de no encontrarse los pagos o la promesa de ellos al día*".

Luego, argumentó que "*la consideración del espacio temporal que separa a los distintos sucesos referidos y las características particulares relacionadas con la unidad de lesión jurídica, de autores y de modo de concreción de cada hecho, nos coloca frente a una relación concursal de las doctrinaria y jurisprudencialmente denominadas de delito continuado* [porque] *la repetición de conductas no implica necesariamente un concurso real, sino un mayor contenido de injusto de la conducta; para así evitar consecuencias desatinadas que posiblemente colisionarían con el principio de racionalidad de la pena, de allí los conceptos por los que abogo, tendientes a que la condena ampare todos los hechos por los que Villarreal fuera formalmente acusado por este Ministerio*".

El argumento del Tribunal de Juicio al respecto fue que "*en virtud de la plataforma fáctica que ha sido presentada por los acusadores se consideró la existencia de una única conducta con pluralidad de comportamientos* [por lo que ello] *impide el desdoblamiento de distintos episodios, por ello y aún cuando el Tribunal no diera por probada la existencia del cohecho en oportunidad de celebrarse los recitales de los grupos 'Carajo' y 'la 25', no corresponde el dictado de un pronunciamiento absolutorio al respecto*" (fs. 67.265 vta.).

La crítica del representante del M.P.F. se apoya exclusivamente en los términos del *modus operandi* en los cuales se llevaba a la práctica esta negociación de dinero a cambio de la omisión de control y prevención de faltas y contravenciones.

Entiendo que, de esa forma, no resulta posible acreditar los hechos con el grado de certeza necesario más allá del peso argumental —innegable- que ese acuerdo desempeña en la acreditación de los hechos, es necesario adjuntar otras razones sobre cada uno de los sucesos en particular, de conformidad con el desarrollo expuesto en la sentencia así como en este voto.

En este sentido, la parte no menciona las pruebas que harían referencia a la existencia de irregularidades u omisiones funcionales por parte de la P.F.A. o alguno de sus funcionarios, de modo de reconstruir los hechos que alegan fueron cometidos. Luego, soy de la opinión que este agravio no puede ser atendido y, por lo tanto, que corresponde afirmar que las acusaciones al respecto no lograron formar la convicción necesaria que habilita un pronunciamiento condenatorio.

14. Impugnaciones respecto de los miembros de "Callejeros".

Finalmente, tanto el representante del MPF cuanto dos de las acusaciones privadas discutieron las conclusiones de la sentencia sobre la participación de los integrantes del grupo "Callejeros" en ese delito.

Al respecto, la primera de esas partes planteó una contradicción en la argumentación del Tribunal de Juicio en cuanto sostuvo que "*no pudo en ninguna ocasión ver a los integrantes de Callejeros reunidos con personal policial* [porque] *tampoco lo vio reunido con Argañaraz, no obstante ello, éste último fue condenado*". Dijo que "[l]*a paga por el soborno a la policía era conocida, compartida y asumida por todos los integrantes de esta banda*" y discute que "*después de haber visto a Fontanet dirigirse al público de Obras para señalar que no se podía tirar pirotecnia allí, de haber conocido las causas contravencionales que se iniciaron* [y] *de haber observado menores en sus show en hombros de sus padres,* […] *se pueda decir razonablemente ahora, que los músicos no sabían que se pagaba por permitir que el show se llevara adelante con todas las irregularidades mencionadas*".

En tal sentido, afirmó que "*la contribución que al pacto efectuara sólo Argañaraz en cuanto el cuestionable criterio de esta sentencia, era conocido por todos los integrantes de la banda, y en nada empecía que sólo estuviera asentado en la agenda de Diego o que Villarreal fuera quien entregara el dinero a Díaz. El conocimiento de la ilicitud para la que el pago se efectuaba es aquello que el Tribunal, confundido en esta rueda de co-organización y diversas funciones, no ha logrado jamás explicar*". Mencionó en el punto "*la transcripción de la nota aportada en audio respecto de Juan Di Natale a Eduardo Vázquez, así como el testimonio de Fausto Lomba y Juan Carlos Blander*".

Por su parte, la querella representada por el Dr. Poplavsky manifestó que "*las mismas razones por las cuales los miembros de Callejeros absueltos, deben ser condenados por el Delito de Estrago Doloso, son las que nos permiten afirmar que el delito de Cohecho por el cual fue condenado Diego Argañaraz deben ser asequibles a los otros integrantes del grupo*".

Explicó que "*no es menos que se ha comprobado en forma abundante que en la coorganización se encuentra el argumento fundamental*", porque no se puede sostener que "*ellos no supieran que parte del total de la recaudación que se repartía al finalizar cada Show, no se hubiera hecho el descuento del pago de coimas a la policía*".

Finalmente, la parte representada por el Dr. Iglesias criticó la desvinculación de lso imputados por ese suceso. Planteó que la sentencia "*parte de tres presupuestos falsos: que la banda era ajena a los gastos, que la banda no participaba en las liquidaciones y que la banda no sabía que no se contrataba policía adicional*".

En ese sentido, manifestó que "*la banda* [no] *era ajena a los gastos, ya que esos montos se descontaban de las recaudaciones. Precisamente ése era el sentido de las liquidaciones que Argañaraz conservaba en su agenda. Esas cuentas estaban allí para su rendición a la banda*". Agregó que "*particularmente Fontanet, sabía que la inmunidad que se obtenía en Republica Cromañon exigía un contraprestación*" porque en anteriores recitales le había manifestado al público que "*cuando estemos en otro lugar vamos a poder hacer todo lo que querramos*" (recital de Obras Sanitarias).

Sobre el punto el Tribunal de Juicio recordó que "*la situación de Diego Marcelo Argañaraz en relación al grupo musical 'Callejeros'* […] *amerita ser distinguida del resto de los componentes del grupo*". Dijo que es falso a este respecto afirmar que "*los miembros de 'Callejeros'* [fueran] *un equipo de trabajo, en el que todos participaban horizontalmente de la toma de decisiones, sin preeminencia de unos sobre otros, pero sí cumpliendo cada uno con el rol artístico que le tocaba, es decir con conocimiento de la materia*" (fs. 67.254).

En concreto, los jueces del debate sostuvieron que "*Argañaraz es quien indiscutidamente desempeñaba la función de manager* [y] *se ocupaba de las contrataciones -formales o no-, de la elección de los lugares, de llevar a cabo las conversaciones con los distintos dueños de los establecimientos, y también quien tomaba parte en las liquidaciones de que se tratara. La agenda secuestrada en su poder es cabal demostración de las tareas a su cargo*" (fs. 67.254).

Finalmente consideraron que "[s]*i bien la presencia de personal policial uniformado, del móvil y del carro de asalto en la esquina cercana al local, pudieron perfectamente sostener la creencia de los demás integrantes de la banda, ajenos por demás a las liquidaciones y a su confección, de que ése era un servicio 'adicional' correspondiente al gasto que surgía de las liquidaciones, resultando efectiva entonces la 'fachada' montada en torno de República Cromañón por parte del subcomisario Díaz, ello no era posible para Diego Marcelo Argañaraz, quien no podía desconocer los valores de esos servicios, más allá de no ser él personalmente quien los contrataba*" (fs. 67.255).

Al dar tratamiento a los agravios relativos a la determinación de los hechos del suceso principal expuse las razones por las cuales entiendo que en el caso de estos imputados, dado el pronunciamiento liberatorio del Tribunal de Juicio, lo que había que comprobar es si esa decisión jurisdiccional padece —ahora con relación a estos hechos- de algún vicio de magnitud tal que permita su revisión en contra del imputado y en tutela del derecho de las víctimas; a ellas me remito.

En ese marco, en lo que sigue expondré las razones por las cuales considero que no se da el caso de un vicio tal que invalide la decisión que emergió del juicio oral y público con relación a

su intervención en este hecho, extremo que impide adoptar una decisión distinta de aquella tomada por el Tribunal de Juicio.

En tal sentido, con relación a la crítica referida a que no hay indicios que Argañaraz se hubiera reunido con personal policial, por lo que también en el caso de los demás miembros de "Callejeros" se debería tener por acreditada su participación, ese argumento no resiste análisis alguno. Precisamente, de lo que se trata es de acreditar la participación de los imputados en un hecho en particular. El Tribunal valoró con pluralidad de pruebas la participación de Argañaraz (cfr. punto XXIX.B de la sentencia del Tribunal oral; fs. 67.254 y sgtes.), de lo que se trata en este punto es de determinar si existen respecto de los demás imputados.

Una primera serie de argumentos en ese sentido es que el Tribunal habría "confundido" entre la co-organización y las diferentes funciones y dejado de lado el principal argumento para demostrar su participación: que eran parte de la organización y entonces no se puede negar que estaban al tanto de los pagos. Se afirma que las mismas razones que acreditan la participación en el hecho principal acuden aquí a demostrar la de los hechos constitutivos del cohecho.

Al momento de tratar los agravios relativos a la determinación de los hechos del suceso principal he dado las razones por las cuales no es posible reconstruir y acreditar la participación de estos imputados. Allí afirmé que es necesario dar razones acerca de la relación entre hechos y sujetos; la información que aporten los diferentes elementos de prueba debe ser sobre la participación de los imputados en el acontecimiento histórico que está siendo analizado.

Según entendió, no existían allí razones por las cuales imputar la actividad desplegada por Argañaraz relativa a los aspectos organizativos del espectáculo como propia de los demás miembros; por lo tanto, sobre esa base no se puede tener por acreditada la participación en ciernes.

Por otro lado, los recurrentes mencionaron los dichos de Fontanet, cuando anteriormente en otros lugares expresó que no se podían encender fuegos de artificio puertas adentro o que cuando estuvieran en "otro lugar" podrían "hacer lo que quisieran".

También afirmé al momento de examinar la base fáctica relativa al suceso principal que sus intervenciones en espectáculos anteriores permiten tener por acreditado que todos los integrantes de "Callejeros" tenían conocimiento acabado del uso de pirotecnia y que ninguno se manifestó en forma expresa y terminante en contra; aunque los dichos inmediatamente anteriores al recital del día 30 de diciembre de 2004 fueron valorados en otro sentido por el Tribunal de Juicio. Pero aún así, el uso de pirotecnia es un hecho diferente del conocimiento de un pago indebido a la policía. Por la misma razón es irrelevante en este punto la referencia a las entrevistas dadas por los miembros de "Callejeros".

Por eso, incluso cuando de esas manifestaciones se infiera que los demás integrantes de "Callejeros" tuvieran conocimiento de la existencia de una prohibición de tal naturaleza también en "Cromañón", constituyen indicios insuficientes para acreditar una intervención en *pagos ilegítimos* con la certeza necesaria en este estado del proceso.

Sobre el punto, también se alegó que esos pagos eran "conocidos, compartidos y asumidos" por la totalidad de los miembros. Se dice que nada implica que estuvieran asentados en la agenda de Argañaraz y que los demás integrantes no podían ser ajenos a ello porque ese gasto se descontaba de la recaudación.

Concurre aquí el fundamento expuesto por el Tribunal de Juicio respecto de los miembros de "Callejeros", según el cual ellos, en la medida que desempeñaban diferentes funciones, pudieron "perfectamente sostener la creencia" de que la presencia policial en las inmediaciones del local se debía al "servicio adicional" correspondiente al gasto que surgía de las liquidaciones. Es decir, en ese pasaje el Tribunal brindó un argumento preciso por el cual desvinculó a estas personas de la *ilegalidad* del pago.

Los recurrentes, quienes se centran en discutir el conocimiento de pagos, no han criticado este razonamiento del Tribunal que da cuenta de un aspecto central de esas erogaciones: la ilegalidad de la contraprestación. En tales condiciones, se impone aquí mantener la conclusión a la que se arribó en la sentencia, la que no presenta signos de arbitrariedad.

Por lo tanto, voto por confirmar parcialmente los puntos dispositivos XX a XXVI de la sentencia recurrida en cuanto absolvió a Santos Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y Cardell por los hechos atribuidos como constitutivos del delito de cohecho activo (arts. 1, 3, 123, 168, 456, inc. 2, y 471, C.P.P.N.; 18, 75, inc.º 22, C.N., 8.2, C.A.D.H., y 14.2 P.I.D.C.P.)

15. Sobre el 30 de diciembre de 2004.

Finalmente, el agente fiscal criticó que no se haya tenido por acreditado el cohecho del día del hecho principal *"a través del efectivo pago de una suma dinero al Subcomisario Carlos Rubén Díaz"*, pues ese delito *"no requiere de la efectiva entrega de dinero. 'Basta el ofrecimiento, aunque el funcionario no reciba dádiva, para que se configure el cohecho"*. En tal sentido, remarcó que *"el modus operandi era idéntico para todas las ocasiones, por ende* […] *tuvo por finalidad ocultar las irregularidades de los tres shows, más allá de que en el último la tragedia impidiera hacer efectiva la paga"*.

Al analizar los aspectos dogmáticos del delito en cuestión el Tribunal oral dijo que "[r]*ecibe dinero el que entra en su tenencia, debiendo existir un traslado físico del dinero por parte de quien entrega al funcionario público. Acepta, el funcionario que admite que en un futuro va a recibir lo que se le promete. Conforme a la descripción fáctica realizada, hemos dado por probado que el funcionario policial ha recibido y aceptó recibir dinero para comprometer un hacer en su función"* (fs. 67.257). De lo cual se infiere que, a pesar de que lo dio por acreditado en algunas ocasiones, ese tribunal sostuvo que para tener por configurado el cohecho pasivo es suficiente la promesa de un pago futuro.

En tal sentido, conforme lo expuse al principio de este apartado, los jueces del debate dijeron que "[e]*n la última fecha tenemos por cierto que el Subcomisario Díaz no llegó a obtener la suma dineraria pactada, atento los hechos ocurridos"* (fs. 67.238). Y, en la misma línea, que "[s]e *tuvo por probado que la noche del 30 de diciembre del año 2004 el Subcomisario Carlos Rubén Díaz en virtud del acuerdo espurio preexistente otorgó seguridad al local bailable 'República de Cromañón'* […] *con el fin de garantizar el desarrollo del recital del grupo Callejeros pautado para esa*

noche, y silenciar las flagrantes contravenciones en que se incurrían" (fs. 67.265 vta.). Ya he mencionado las pruebas que dan cuenta de la existencia de contravenciones no sancionadas durante ese día.

En conclusión, este agravio no consulta el contenido de la sentencia porque, efectivamente, el Tribunal de Juicio tuvo por probado el cohecho correspondiente al día del hecho principal, por lo que no caben mayores consideraciones al respecto. Por lo demás, si la pretensión de la parte fuera lograr una imputación por ese día especialmente respecto del imputado Villarreal, su planteo no acerca elementos por los cuales arribar a esa particular decisión.

16. Conclusión.

De la respuesta que fui dando a cada una de las impugnaciones relativas a la valoración de las pruebas sobre estos sucesos se desprenden ciertas modificaciones en la base fáctica, tal como lo tuvo por acreditado por el Tribunal de Juicio.

En principio, considero que existen elementos para afirmar en este estado del proceso que, en torno al giro comercial y artístico de "Cromañón", existía un *modus operandi* en el trato con los funcionarios policiales con jurisdicción en la zona que se presentaban ante los responsables de ese local.

Las características principales de ese *modus operandi* consistían en una omisión funcional de las autoridades en el control, prevención y sanción de faltas y contravenciones a cambio de una suma de dinero, que variaba conforme lo hacían ciertas circunstancias de hecho (v. gr. cantidad de asistentes ó interrupción del tránsito vehicular frente al local). Desde el punto de vista opuesto, ese modo de proceder implicaba el desembolso de ciertas sumas de dinero con el fin de evitar controles que impidieran o retardaran la producción de espectáculos con bandas de música en vivo con asistencia masiva de un público que, habitualmente, era conocido que utilizaba fuegos de artificios.

Esa estrecha relación, construida a lo largo de un tiempo que se remonta a la misma inauguración de "Cromañón", suponía que las partes, ante el desarrollo de un evento artístico de tal naturaleza, se aseguraban anticipadamente un determinado dinero para su provecho y un desarrollo del espectáculo libre de contratiempos derivado de intervenciones policiales. En otros

términos, el contenido de esa relación consistía en promesas cruzadas que se hacían efectivas en cada oportunidad en que se daban las condiciones.

La ilegalidad de esos pagos y "servicios" también quedó confirmada ante la ausencia de contrataciones del servicio de policía adicional que presta la P.F.A., tanto para todo el período investigado así como en particular respecto del local "Cromañón".

Las personas involucradas eran los imputados Díaz, quien se desempeñaba como jefe del servicio externo, tercer jefe o jefe operativo de la Comisaría 7ma. de la P.F.A., con jurisdicción sobre "Cromañón"; Chabán, regente o encargado máximo de ese local; Villarreal, "mano derecha" del último y quien estaba a cargo del lugar ante su ausencia; y, eventualmente, el representante del grupo de músicos que se presentara ese día en el local.

Los desembolsos concretos que se tuvieron por acreditados por acreditados corresponden a los efectuados los días 10, 28 y 29 de diciembre de 2004.

Sin embargo, en cuanto al primero, entiendo que a pesar de haberse demostrado la existencia de un pago de cien pesos a "la policía" no existen elementos para asegurar con certeza la participación de los aquí imputados. No obstante ello, el pago sí constituye, a su vez, una prueba de que se cumplía acabadamente con esa práctica homogénea, que se iba asentando en el tiempo a medida que se realizaba un mayor número de veces.

Respecto de las dos restantes fechas (28 y 29 de diciembre de 2004), considero acreditado fuera de toda duda el pago de dos sumas de dinero (de trescientos pesos cada una) y la participación de Chabán, Villarreal, Díaz y Argañaraz, representante éste último del grupo "Callejeros", que se presentó esos días en "Cromañón".

Las conductas desplegadas consistieron en la omisión funcional de control y prevención y posterior aceptación de sumas de dinero por parte de Díaz, en el pago de propia mano por parte de Villarreal y en la decisión de Chabán y Argañaraz de desembolsar esas sumas de dinero en orden a garantizar el desarrollo del evento de su interés.

Las pruebas que sustentan esta conclusión son las anotaciones contenidas en la agenda secuestrada en el domicilio de Argañaraz; los dichos de los testigos Cozodoy y Albornoz con relación a esos días; testimonios que indican el corte del

tránsito y varios que relatan diferentes hechos que constituían contravenciones; las constancias sobre las fechas en que Díaz prestó funciones; la ausencia de documentos sobre la contratación del servicio adicional de la P.F.A.; los reconocimientos del imputado Díaz por parte de Albornoz y Mario Díaz; testificales que dan cuenta de las facultades y obligaciones propias de su cargo así como las pruebas documentales en ese sentido y las modulaciones de los móviles policiales de la Seccional 7º de la P.F.A. en esas fechas.

Finalmente, con relación a los hechos acaecidos el día 30 de diciembre de 2004, estos se encuentran estrechamente vinculados al particular enfoque jurídico realizado por el tribunal, aspecto de la responsabilidad penal que será analizado en el apartado siguiente, pero que —adelanto- no ha sido cuestionado por las partes, por lo que, en principio, quedan en pie los fundamentos expuestos en la sentencia de ese órgano jurisdiccional.

Las conductas de ese día consistieron, básicamente, en la omisión funcional en control y prevención por parte de Díaz a cambio de una promesa de pago y en la decisión de Chabán y Argañaraz de computar una suma de dinero al terminar el evento, todo ello de conformidad con el modo en que lo realizaron los dos días inmediatamente anteriores.

En este sentido, los elementos que sustentan estas proposiciones fácticas son el folleto "Rockmañón", los testimonios de Cozodoy, Albornoz, Mario Díaz, aquellos de los que se infieren el corte de calle y la existencia de un sinnúmero de contravenciones y faltas en esa fecha; las constancias sobre los días en que Díaz prestó funciones así como los elementos que indican cuáles eran; la ausencia de un servicio adicional de la P.F.A.; los reconocimientos del imputado Díaz por parte de Albornoz y Mario Díaz y las modulaciones de los móviles policiales.

SÉPTIMO:

Relevancia penal de los hechos calificados como cohecho.

Las partes no introdujeron críticas en torno de la calificación legal por estos hechos, por lo que permanecen incólumes las apreciaciones del Tribunal de Juicio, que analizó el caso desde la óptica de los arts. 256 y 258, C.P..

En términos generales, sobre el primero de ellos, sostuvo que "*en su tipicidad objetiva es esencialmente un delito de codelincuencia necesaria, no puede haber cohecho pasivo sin cohecho activo, siendo necesaria la actuación de dos o más personas*". Por el contrario, para dar por configurado el segundo consideró que "*basta el ofrecimiento o la promesa al funcionario público. Como no es necesaria la aceptación de lo ofrecido a los efectos de la consumación del delito, no es un caso de codelincuencia necesaria*" (fs. 67.257).

También aclaró que -a su entender- resultaba "*que la dádiva, si bien no requiere ser necesariamente proporcional al acto esperado, debe ser idónea para actuar como motivadora de la conducta del funcionario, extremo por demás probado en autos*" (fs. 67.257 vta.). Asimismo, tuvo por acreditada que se trata de delitos de mera actividad, cuyo contenido de injusto se agota con la mera realización de su conducta. Finalmente, el Tribunal de Juicio interpretó que el aspecto subjetivo de estas figuras requería la acreditación de dolo directo, que también dio por probado.

Dicho ello y teniendo en cuenta las variaciones en la base fáctica surgidas a partir de las impugnaciones deducidas, resulta necesario exponer claramente cuál es, finalmente, la responsabilidad penal personal de cada uno de los imputados por estos hechos.

1. Responsabilidad de Chabán

El Tribunal de Juicio analizó la situación de Chabán desde la óptica del delito tipificado en el art. 258, C.P., que, a su entender, prevé las conductas de "*ofrecer o dar dádivas a un funcionario público*" (fs. 67.260 vta.).

En este sentido, no se modifica su intervención a título de autor de los ofrecimientos y pagos hacia Díaz (quien se desempeñaba en la seccional de la P.F.A. de la zona como tercer jefe y desde el día de la inauguración del local varios meses antes se presentaba en "Cromañón"), en cada ocasión en que se llevaba a cabo un espectáculo con bandas de música en vivo y gran cantidad de asistentes; lo cual a lo largo del tiempo forjó un trato amistoso y fluido entre ambos.

Ese *modus operandi* —según el Tribunal de Juicio- consistía, en desembolso de una suma de dinero por parte del

primero de ellos en orden a obtener seguridad en su explotación comercial del local "Cromañón" y la omisión funcional de actuar ante flagrantes contravenciones de Díaz (quien aceptaba una promesa de dádiva previa y la recepción del dinero en efectivo luego y omitía la función de las tareas que debía realizar); todo lo cual satisface las exigencias del tipo objetivo de la figura (cfr. fs. 67.261 vta. de la sentencia).

En cuanto a las conductas concretas reprochadas, tengo por acreditado que ese trato se hizo efectivo en pagos realizados por Chabán a Díaz los días 28 y 29 de diciembre de 2004, en los que participaron Villarreal y Argañaraz; todo a cambio de garantizar el desarrollo del espectáculo en condiciones que contrariaban la ley y reglamentación aplicable al caso (que han sido detalladas tanto en la sentencia como en este voto) y que, intervención policial mediante, hubieran significado la suspensión de actividades en "Cromañón".

En cuanto al 30 de diciembre de 2004 tengo por probado con la certeza necesaria en este estado del proceso que existió una promesa de pago por parte de Chabán hacia Díaz, derivada del trato sostenido en el tiempo que mantenían entre ambos y dado que se comprobó la omisión funcional por parte del funcionario policial ante el sinnúmero de evidentes contravenciones y faltas detectadas ese día. Lo cual configura el aspecto objetivo del tipo penal en cuestión.

En cuanto al aspecto subjetivo de este delito, los jueces del Tribunal de Juicio afirmaron no tener dudas sobre el conocimiento directo y voluntad encaminada a ese fin por parte de Chabán (fs. 67.262 vta.). Ante la ausencia total de agravios al respecto, considero que no existe jurisdicción de esta instancia para alterar ese juicio y, por ende, habré de tener por acreditado el tipo subjetivo del delito en cuestión.

Por lo demás, no se han alegado causas de justificación ni de exculpación sobre la base de las cuales arribar a una conclusión distinta de la de tener a Chabán penalmente responsable del delito de cohecho activo en calidad de autor (arts. 45, 258, C.P.).

Finalmente, en atención a la solución a la que se ha arribado, corresponde imponer costas proporcinalmente en atención

a los hechos que se tuvieron por probados (arts. 530 y 531, C.P.P.N.).

2. Intervención de Argañaraz

Con relación a Argañaraz los jueces del debate afirmaron que tuvo conocimiento y voluntad de realizar un aporte a la conducta de Chabán para el hecho doloso que éste llevó a cabo (cfr. fs. 67.263).

En tal sentido, consideraron que Chabán no podía prescindir de su aporte como "manager" de "Callejeros" porque "*Chabán precisaba su conformidad para recurrir a Díaz y a la protección que le brindaba*", dado que él "*pudo haber exigido la contratación de policía adicional por los carriles habituales, así como puso a su gente de seguridad*". Dado que Argañaraz contabilizaba como gasto el pago Díaz, su aporte resultaba un "bien escaso" y se definió como la necesaria contribución en la operatividad del acuerdo (cfr. fs. 67.263/67.264).

Con relación al grado de participación, el Tribunal de Juicio sostuvo que el partícipe "*coopera con quien posee el dominio funcional del resultado. Constituye un favorecimiento doloso de un hecho doloso ajeno*" (fs. 67.263). En tal sentido, afirmó que "*Chabán precisaba su conformidad para recurrir a Díaz y a la protección que le brindaba. El aporte de Argañaraz —contabilizar como costo el pago de coima al Jefe de calle de la Seccional del lugar- resultaba un 'bien escaso', una contribución necesaria para la operatividad del acuerdo*" (fs. 67.263 vta.).

En tal sentido, considero acreditada su intervención en los hechos cometidos los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004, a título de partícipe necesario.

También se tiene por demostrado el aspecto subjetivo del tipo penal en cuestión porque, al saber de la inexistencia de la contratación del servicio de policía adicional, tuvo conocimiento y voluntad de efectuar "*un aporte a Omar Emir Chabán para el hecho doloso que llevó a cabo*" (fs. 67.263).

Finalmente, tampoco en este caso existen alegaciones ni elementos de pruebas que hagan suponer la existencia de causas que excluyan la antijuridicidad de las conductas descriptas ni limen la capacidad de culpabilidad del imputado, por lo que se confirma el decisorio en este punto, por cuanto él es penalmente

responsable del delito de cohecho activo en calidad de partícipe necesario (arts. 45, 258, C.P.).

Por lo demás, en atención a la solución a la que se ha arribado, corresponde imponer costas proporcinalmente en atención a los hechos que se tuvieron por probados (arts. 530 y 531, C.P.P.N.).

3. Intervención de Villarreal

Con relación a este imputado se deben tener en cuenta las consideraciones realizadas al momento de tratar los agravios relativos a la base fáctica del caso que confirmaron la decisión del Tribunal con relación a la participación que tuvo Villarreal en los hechos.

En esas condiciones, se tiene por acreditada la participación secundaria de Villarreal en hechos que formaban parte del *modus operandi* que Chabán y Díaz mantenían en torno a las actividades que se desarrollaban en el local "Cromañón". El fundamento de esta decisión, que expuse detalladamente al momento de analizar los agravios al respecto, es que esa tarea podía ser realizada por otra persona (en especial, por Chabán), por lo que su aporte no era un "bien escaso", tal el criterio del Tribunal de Juicio para decidir la cuestión.

Con relación al aspecto subjetivo, también en el caso de Villarreal se dio por acreditado su conocimiento y voluntad en el aporte en los hechos que estaba llevando a cabo Chabán; observación que no alcanzó a ser modificada en esta instancia.

Por último, tampoco en este supuesto se alegaron causas de justificación ni de exculpación sobre la base de las cuales atenuar o excluir la responsabilidad penal que le cabe a Villarreal en calidad de partícipe secundario del delito de cohecho activo por su intervención en los pagos de los días 28 y 29 de diciembre de 2004 (art. 258, C.P.).

Finalmente, en atención a la solución a la que se ha arribado, corresponde imponer costas proporcinalmente en atención a los hechos que se tuvieron por probados (arts. 530 y 531, C.P.P.N.).

4. Responsabilidad de Díaz

El Tribunal de Juicio al analizar el delito de cohecho pasivo sostuvo que "[r]*ecibe dinero el que entra en su tenencia, debiendo existir un traslado físico del dinero por parte de quien*

entrega al funcionario público. Acepta, el funcionario que admite que en un futuro va a recibir lo que se le promete" (fs. 67.257). En la tónica del Tribunal de Juicio, ambos extremos son abarcados por el aspecto objetivo del tipo penal en cuestión. Las partes no han realizado críticas que habiliten una revisión de esta apreciación.

En cuanto a la esfera subjetiva del delito, el Tribunal de Juicio sostuvo que "[e]*l agente debe tener conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo* [y que] [e]*stá fuera de discusión que Carlos Rubén Díaz actuó con dolo directo*" (fs. 67.260). No se han deducido críticas respecto de esta afirmación por lo que ha quedado firme.

La intervención de Díaz en estos hechos fue en calidad de autor, en tanto tomó parte en los hechos de forma personal y directa, sin intermediario alguno; definición a la que arribó el Tribunal de Juicio sobre el punto y aquí se mantiene.

Tampoco en este caso concurren causas que excluyan o atenúen la antijuridicidad de la conducta o culpabilidad por el hecho, de modo que concluyo en afirmar la responsabilidad penal de Díaz en calidad de autor por el delito de cohecho pasivo por los hechos descriptos, ocurridos los días 28, 29 y 30 de diciembre de 2004 (arts. 45, 256, C.P.).

Finalmente, en atención a la solución a la que se ha arribado, corresponde imponer costas proporcinalmente en atención a los hechos que se tuvieron por probados (arts. 530 y 531, C.P.P.N.).

5. Forma en que concurren los hechos acreditados.

Sobre la pluralidad de estos hechos calificados como cohecho -que ahora se debe entender limitada a los extremos fácticos que di por acreditados luego de examinar los agravios deducidos- el Tribunal de Juicio sostuvo que "*en virtud de la plataforma fáctica que ha sido presentada por los acusadores se consideró la existencia de una única conducta con pluralidad de comportamientos* […] [e]*sta circunstancia impide el desdoblamiento de distintos episodios*" (fs. 67.265 vta.). Esta apreciación no fue motivo de agravio en esta instancia, por lo que no caben mayores apreciaciones.

OCTAVO:

Responsabilidad penal de Díaz en el hecho principal.

Resulta necesario dar tratamiento a las impugnaciones deducidas con relación a la participación del imputado Díaz respecto del suceso principal.

El Tribunal de Juicio condenó a Díaz en calidad de partícipe necesario en los hechos constitutivos del delito de incendio doloso seguido de muerte (art. 186, inc. 5º, C.P.). Esa calificación, atento las consideraciones realizadas más arriba en este voto, no se ha mantenido respecto de los demás imputados, subsumiéndose sus conductas relativas al suceso principal en el supuesto previsto en el art. 189, 2º párr., C.P.: incendio culposo seguido de muerte.

En el caso del imputado Díaz entiendo que tampoco aquella calificación legal puede ser mantenida porque, en primer término, resultan aquí aplicables los argumentos que expuse al momento de examinar la logicidad, razonabilidad y sustento fáctico de la tesis que utilizó el Tribunal en orden a lograr la aplicación de la figura dolosa.

En segundo lugar, ya no existe la posibilidad de una intervención en un hecho doloso tal y como lo concibió el Tribunal de Juicio respecto de Díaz, dado que las conductas de Chabán y Argañaraz han quedado subsumidas —en esta instancia- en una figura penal completamente diferente. Por lo tanto, la imputación de Díaz por la figura dolosa no puede ser mantenida.

En tal contexto, su conducta se debe analizar desde la perspectiva del tipo penal previsto en el art. 189, C.P. en cuanto sanciona a quien "*por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, causare un incendio*"; agravándose la pena cuando "*el hecho u omisión culpable pusiera en peligro de muerte a alguna persona o causare la muerte de alguna persona*" (subrayados añadidos).

La conducta reprochada a Díaz con relación al incendio es que, como consecuencia de un acuerdo con Chabán a cambio de dinero, él no llevó a cabo la debida prevención, control y sanción de determinadas acciones constitutivas de contravenciones o faltas. En la sentencia se afirmó que ellas elevaron el riesgo de ocurrencia del resultado.

Estas necesarias consideraciones permiten un abordaje de los agravios deducidos teniendo en cuenta el resultado del examen de los anteriormente tratados, que modifican sustancialmente el prisma jurídico con el que se debe observar el suceso principal. Desde esa óptica, y con el mismo método que he utilizado para los demás imputados, analizaré las críticas deducidas.

1. Determinación de los hechos.

En concreto su asistencia técnica dijo que "*no era competencia de nuestro asistido el controlar la cantidad de asistentes a un recital, circunstancia debidamente acreditada en el juicio*".

Asimismo, agregó que "*no ha sido probado en el juicio que Díaz tuviera conocimiento y voluntad de prestar colaboración en la realización de un delito doloso a Chabán y Argañaraz*". En tal sentido, expresó que no se habría establecido que hubiera prestado servicios de seguridad al local y que conociera las contravenciones referentes al exceso de concurrentes y al uso de pirotecnia.

En cuanto al supuesto desconocimiento de las contravenciones y la ausencia de servicios de seguridad de su parte, considero acreditado que (de conformidad con las declaraciones de Albornoz, Cozodoy, Leiva, Acuña, Maltese, De Jesús y Díaz y los registros de la Seccional 7ma. de la P.F.A.; todos reseñados por el Tribunal de Juicio) la presencia de personal policial en las cercanías de "Cromañón" da cuenta de los desplazamientos de recursos policiales por orden de Carlos Rubén Díaz. Me remito aquí al examen realizado al respecto cuando traté los agravios relativos a la determinación de los hechos constitutivos del delito de cohecho.

Para mayor abundamiento, el policía Carmody (perteneciente al pelotón 32 del Cuerpo de Policía Montada) relató que se presentó el 30 de diciembre de 2004 ante Díaz, quien le indicó que debía realizar tareas de prevención en la intersección de la calle Ecuador y Bartolomé Mitre porque había un recital en un boliche.

Ello permite inferir que él sí estaba involucrado, en una posición para disponer y organizar determinados recursos humanos y materiales, en la seguridad, prevención y sanción de contravenciones y faltas en las adyacencias de "Cromañón" el día del hecho.

En concreto respecto del exceso de público en el local mencionado, es acertado el análisis realizado en el primer voto de este Acuerdo, en cuanto consideró que era un dato de la realidad conocido, porque así lo revelan los diversos pedidos de recursos (móviles y pelotones) a efectos de cumplir el servicio de prevención, ante la concurrencia de "más de 3000 personas" al local bailable sito en Bartolomé Mitre 3070 ("Cromañón") (cfr. prueba glosada a fs. 15.995/16.024).

A esta serie de indicios se agrega que en la oficina de Díaz se secuestró una copia de la habilitación de "Cromañón", según la cual su capacidad permitida es de 1031 personas (cfr. pruebas n° 123.1 y 123.2), de lo que se infiere su conocimiento de la capacidad máxima legal con la que se podía operar en el lugar. Además, estas consideraciones sobre uno de los aspectos del recital que se brindaría ese día, permiten sostener con certeza que el imputado Díaz conocía las violaciones a la normativa aplicable sobre el punto.

Por último, en cuanto al planteo sobre la falta de competencia del imputado para proceder ante la constatación de una contravención, ya afirmé que considero que el Tribunal de Juicio brindó razonables fundamentos a la conclusión contraria. Además, en el voto que lidera este Acuerdo se han dado sobradas razones para sostener que la P.F.A. ejercía funciones de prevención con relación a las contravenciones tipificadas en la ley 10, entonces vigente en el ámbito de la C.A.B.A.; por todo lo cual el agravio sobre el punto no puede tener acogida favorable.

Por otro lado, el planteo referido al aspecto subjetivo se trata de una cuestión de determinación de los hechos, en tanto se alegó que ese extremo fáctico del tipo penal no ha sido acreditado. No obstante ello, resultan necesarias algunas apreciaciones dogmáticas en orden a determinar qué hechos se deben acreditar para fundar una responsabilidad penal por imprudencia.

Para la atribución de responsabilidad penal a título culposo se requiere –además de la violación a un deber de cuidado y el nexo de determinación- tener por acreditado que el agente conocía que el suceso era previsible o, al menos, la posibilidad de representarse una probabilidad de que el evento disvalioso suceda.

En los casos de culpa inconsciente o sin representación, "*la imprudencia se debe a menudo efectivamente, pero en ningún modo necesariamente, al conocimiento de factores fundamentadores de riesgo. Cuando un conductor presta tan poca atención que ni siquiera se da cuenta del semáforo en rojo o de la curva, se le ha de imputar como imprudentemente producido el daño ocasionado, pese a que precisamente no ha realizado conscientemente las circunstancias con relevancia en cuanto al riesgo*".

Entiéndase bien, "[c]*on ello no se está negando que lo que el sujeto ha sabido sea relevante para fundamentar la imprudencia, de manera que por tanto la imputación objetiva se refiere en parte a factores psíquicos internos. Pero no se puede hacer de ahí un tipo subjetivo* [de la imprudencia], *porque estas circunstancias no son especificables en abstracto y porque el conocimiento de un elemento fundamentador de riesgo puede ser reemplazado siempre por el conocimiento de otro factor de peligro o incluso por el mero hecho de deberlo conocer*" (ROXIN, *Derecho Penal*, cit., pp. 1021 y sgtes.; esp. §§ 68-69).

En esas condiciones, de lo que se trata en este caso es que Díaz *conocía* esos dos "fundamentos" del resultado y *debía saber* que aumentaban la probabilidad de que el incendio se produzca y que ello suponía, a su vez, un peligro para la vida de los asistentes al recital, atento a las normas aplicables al caso que omitió hacer cumplir.

Precisamente, confluyen otras razones por las cuales esta afirmación del deber de conocer la relevancia del riesgo cobra sentido, pues "*quien se dispone a realizar una conducta cuyo riesgo para bienes juridicopenalmente protegidos no puede valorar, debe informarse; si no es posible o parece que no servirá para nada informarse, se debe abstener de la conducta*[…]*; en caso contrario existe ya en el emprendimiento o asunción de la actividad una imprudencia (la llamada provocación culpable por emprendimiento o asunción). Brevemente resumido: quien no sabe algo, debe informarse; quien no puede hacer algo, debe dejarlo*" (Roxin, *ibídem*, pp. 1009-1010; esp. § 5).

Pero además, en el supuesto de Díaz, ese deber general de información se ve agravado por su particular función o rol social: oficial de la Policía Federal Argentina. Es decir, él mismo era quien estaba a cargo de hacer cumplir esas normas que tienen por

fin mantener el riesgo que implica ese tipo de actividad dentro de lo socialmente aceptado y que, por lo tanto, suponen un juicio de probabilidad de un determinado peligro.

Entonces, él necesariamente debía conocer la probabilidad de que esos factores se concretaran en el resultado —más allá de que no haya actualizado ese conocimiento en el momento- porque la particular función que desempeñaba como funcionario policial implica que conociera la reglamentación y leyes que tienen por fin contener el riesgo propio de ese tipo de situaciones.

Luego, entiendo que se encuentra debidamente acreditado que Díaz estaba al tanto del ingreso abrumador —superior al máximo legal y fuera de todo criterio material razonable- de personas al local, del uso de pirotecnia tanto en las afueras como en el interior del local, de las demás contravenciones constatadas ese día y, de esa manera, del riesgo que ello suponía

En tales condiciones, los agravios deducidos por la defensa con relación a la determinación de los hechos no logran conmover los fundamentos existentes en orden a una subsunción típica imprudente.

2. Relevancia penal de su conducta.

Establecido cuál fue la conducta desplegada por el imputado, que ese accionar supuso un desconocimiento de los deberes a su cargo y que se encuentra acreditada la previsibilidad del agente con relación al resultado (aspecto subjetivo de un accionar imprudente), teniendo en cuenta los agravios deducidos corresponde ahora fundamentar el aspecto objetivo del tipo penal en cuestión.

En ese sentido, la defensa de Díaz denunció que "*la sentencia recepta en esta parte del fallo la responsabilidad objetiva, que repugna a nuestro derecho en virtud de las claras normas constitucionales* […] *según las cuáles no existe pena sin culpa*".

Puntualmente, planteó que "*aún afirmando una falsedad, como es la existencia de cohecho, no existe relación alguna de éste con el exceso de concurrentes al local Cromagnon, siendo clara que dicha problemática se encontraba cuanto menos discutida en torno a la calificación como contravención o falta, circunstancia que por el favor rei, debe probar a favor de nuestro*

asistido". En tal sentido, señaló que "[n]*o se ha explicado el nexo causal*".

Advirtió que "*no queda para nada clara cual ha sido su participación en el injusto reprochado a Chaban y Argañaraz que en definitiva es la omisión de no haber dado por terminado el recital*" y denunció un *versare in re ilícita*. Concretamente, "[n]*o se ha explicado el nexo causal entre el cohecho y la realización del tipo penal del art. 186*[, C.P.]". El representante del Estado Nacional trajo iguales cuestionamientos.

La defensa de Díaz finalmente señaló que "*no existe una igualdad en el razonamiento expuesto por el Tribunal en la sentencia. Es claro que a las mismas preguntas efectuadas para Villareal, en el caso de nuestro defendido las respuestas serían idénticas. Pero como en el caso se fuerza una participación que no requiere* […] *se llega a una conclusión desigual e ilegal*".

Advierto que, al analizar su situación particular, los argumentos empleados por el Tribunal de Juicio para fundar la vinculación entre las conductas constitutivas del delito de cohecho con la responsabilidad penal por el hecho principal consistieron primordialmente en un análisis acerca del nexo de "causalidad" o imputación entre aquéllas y éste. Concretamente, sustentó esa intervención en que "[l]*as contravenciones verificadas aquella noche y sobre las que se asumió el compromiso de no actuar, están directamente relacionadas con algunos de los riesgos típicos oportunamente señalizados*".

Además, mencionó expresamente "*el exceso de concurrentes y el uso de pirotecnia en el acceso y el interior del local comercial*" (fs. 67.266). Es decir, especificó que la intervención de Díaz en estos hechos estaba relacionada con sólo dos de los "factores determinantes del resultado": el exceso de público y el uso de fuegos artificiales al interior del lugar.

Por lo demás, si bien en la sentencia se habló de un aporte al hecho cometido por Chabán y Argañaraz, el cambio de calificación jurídica que se ha marcado anteriormente amerita hacer una breve mención en referencia al rol o función adjudicado por ese órgano jurisdiccional que, sobre la base de las pruebas producidas, tuvo por cierto que Díaz con su conducta elevó el riesgo de concreción de los factores de peligro en cuestión en el

resultado (además de, como lo sostuve en el punto anterior, que le era previsible).

No se han criticado estas apreciaciones del Tribunal de Juicio, que se presentan aquí como apropiadas y suficientes en orden a sustentar una responsabilidad en base a un actuar imprudente. Luego, la fundamentación de esta remite a las observaciones que realicé al momento de analizar la relevancia penal de las conductas de los demás imputados por el hecho principal (cfr. título IV): el aspecto objetivo de los delitos culposos, especialmente el requisito de "causalidad" o imputación objetiva.

En ese apartado de mi voto sostuve que la autoría en los delitos culposos se estructura sobre la imputación del resultado a una conducta evitable, por lo que toda concausa evitable fundamenta la autoría de quien introduce esa causa y no se puede hablar de dominio del hecho. También allí precisé que un resultado causado sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Finalmente, he resaltado que la determinación de ese nexo requiere un juicio en concreto, que supone la evitación del resultado en el caso de haberse dado la conducta de acuerdo al cuidado debido, y otro abstracto que requiere que el fin de protección de la norma sea la evitación del peligro de ese resultado.

Luego, en cuanto al nexo causal se refiere, entiendo que ese requisito de la responsabilidad penal se encuentra debidamente acreditado. En efecto, como regla general la medida del riesgo socialmente aceptado como necesario para hacer posible el desenvolvimiento de cierto ámbito de la vida social está determinada por criterios materiales de los cuales da cuenta —pero no sólo- el derecho. De igual modo es relevante la valoración social de la conducta que genera el riesgo.

Así, "[e]*n el supuesto de acciones dignas de desaprobación social* […] *todo riesgo mensurable puede llevar a una punición por imprudencia, si se producen accidentes. Si en cambio una acción goza de reconocimiento social* […], *se pueden tolerar pequeños riesgos*". Mensuración o ponderación para la cual "*son decisivas, además de la relevancia social de la conducta del sujeto, también*

otras circunstancias: la magnitud del daño que eventualmente amenaza con producirse y los sacrificios que serían precisos para eliminar plenamente un riesgo." (Roxin, *Derecho Penal*, cit., pp. 1010 y sgte.).

A mi entender, no caben dudas del desvalor social que implica que un funcionario policial encargado de hacer cumplir normas destinadas a controlar ciertos riesgos inherentes a la vida en una comunidad omita el cumplimiento de sus obligaciones tendientes a prevenir y reprimir su inobservancia.

También está acreditado que la magnitud del daño que esa omisión podía causar era extraordinario e insoportable (de hecho se cobró la vida de 193 personas y la integridad física y psíquica de más de otro millar y medio) y los sacrificios necesarios para evitarlos —cualesquiera fueran las sanciones previstas por la reglamentación que le debía aplicar- insignificantes y bizantinos en comparación con aquellos.

En concreto, Díaz realizó una conducta palmariamente contraria —no sólo- al deber de cuidado —sino también a sus obligaciones- que resultaba totalmente evitable y que aumentó la probabilidad de que el resultado se concretara por fuera de lo socialmente aceptado como razonable para esa actividad; o sea, elevó el riesgo por fuera de lo permitido. Del mismo modo, no albergo dudas que de haberse dado una conducta conforme a derecho el hecho no se hubiera producido, porque las normas que debía cumplir tenían específicamente por fin proteger ciertos bienes de ese peligro.

Por todo ello, entiendo debidamente acreditado que la conducta desplegada por Díaz el 30 de diciembre de 2004 aumentó en forma determinante el riesgo de que se produzca un incendio en el local "Cromañón". Dicho ello, por añadidura, habré de descartar la denuncia del impugnante de un supuesto de atribución de responsabilidad penal en términos simplemente objetivos.

Finalmente, en cuanto a la no identificación de intervención en el hecho principal, reitero que ello consistió básicamente en la omisión de controlar, prevenir y sancionar las contravenciones que se sucedieron ese día y de las cuales he dado cuenta al tratar los agravios sobre la determinación de los hechos relativos al cohecho.

Por otro lado, con relación a la denuncia de un trato desigual de Díaz en comparación con Villarreal, no se logra conmover los fundamentos antes expuestos, dado que las conductas en las cuales está basada la responsabilidad penal del primero difieren sustancialmente de las desplegadas por el segundo.

Ahora bien, antes de concluir es necesaria una última apreciación dado que, por un lado el Tribunal de Juicio condenó Díaz en calidad de *partícipe necesario* de un tipo doloso y, por el otro, conforme lo he manifestado anteriormente, en los delitos imprudentes *no se trata de autores y partícipes, sino de causantes*.

En consecuencia, conforme ha quedado definida la cuestión en los votos precedentes, concurro en declarar al imputado Díaz autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte (arts. 45, 189, 2º párr., C.P.).

NOVENO:

Sobre el concurso de conductas.

El Tribunal de Juicio decidió que los tipos penales de incendio *doloso* seguido de muerte y cohecho pasivo y activo (arts. 189, 256 y 258, C.P.) concurrían en forma real en el caso de todos los imputados. Esta particular decisión, sin embargo, no se encuentra fundamentada, porque en cada uno de los casos en que explicitó este punto se limitó a afirmar que los delitos concurrían de forma real (cfr. fs. 67.263, 67.264 y 67.268).

Aun cuando las partes no han introducido ningún agravio relativo a este punto de la decisión —lo cual en principio vedaría a esta Sala cualquier pronunciamiento al respecto, dado que no tendría habilitada su jurisdicción- en el caso se trata de un supuesto de ausencia absoluta de fundamentación, lo que a mi entender configura un supuesto claro de arbitrariedad.

Sin embargo, los jueces que me preceden en la votación, a pesar de disentir respecto del aspecto subjetivo y por lo tanto arribar a una calificación legal diferente (cuestión que ya he dirimido en favor del segundo de esos votos), acordaron —en el mismo sentido que el Tribunal de Juicio- en que las figuras por las cuales son responsabilizados todos los acusados concurren de forma real entre sí.

En concreto, la jueza Catucci entendió que debían responder por los delitos de estrago culposo calificado por los

resultados y por cohecho activo en concurso real dado que "*se trata de dos conductas perfectamente diferenciadas: el acuerdo ilícito concretado por un lado, y la realización riesgosa del recital del 30 de diciembre de 2004 por otro*"; en idéntico sentido concluyó con relación a Díaz. Que además sostuvo que "*nada obsta al enlace de figuras penales el hecho de que una sea dolosa y las restante culposa*".

En lo sustancial, el tratamiento de la concurrencia de delitos supone diferenciar entre "*el caso de que con* una conducta *se incurra en dos o más tipicidades, es decir se produzcan dos o más lesiones jurídicas —supuesto que se conoce en la doctrina como concurso ideal y nuestro Código Penal trata en el art. 54-* [y] *el supuesto en que el juez, en el mismo acto, debe juzgar* varias conductas *que son típicas del mismo o de distintos tipos —concurso real (art. 55, Cód. Penal)*" (CARAMUTI, Carlos S., *Concurso de delitos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, pp.26-27; destacados en el original).

Es decir, la base de la diferencia entre el concurso ideal y el real es esencialmente de carácter fáctico, aunque -en análogo sentido a lo que sucede entre imputación fáctica y calificación legal- se reconozca la influencia de la óptica jurídica con que se observen esos hechos. Por ello, los variados criterios utilizados para determinar cuándo se está frente a una o más conductas o hechos reconocen la incidencia del aspecto jurídico y atienden a diferentes enfoques normativos para decidir la cuestión.

Al mismo tiempo, "*el derecho penal puede construir conceptos conforme a sus objetivos de poder, y es falso que esos conceptos vengan desde el plano óntico, pero no puede construirlos en contra de los datos ónticos*" (cfr. ZAFFARONI *et al.*, *Derecho Penal…*, cit., p. 858). De allí que un argumento apoyado fundamentalmente en el contenido del bien jurídico lesionado no puede constituir *per se* una razón para decidir la cuestión, porque así se desconocería aquel necesario anclaje ontológico.

Por lo tanto, un punto de partida anclado en lo fáctico es crucial al momento de analizar la cuestión que, además, tiene enorme importancia procesal, dado que tiene repercusiones en cuestiones tan importantes como la aplicación temporal de la ley sustantiva, la prohibición de doble persecución por el mismo hecho (*ne bis in ídem*), principio acusatorio y prohibición de *reformatio*

in pejus y determinación de la pena; entre otros (cfr. ZAFFARONI, *ibídem*, pp. 857 y sgtes.).

Ahora bien, desde la primera perspectiva, los movimientos desplegados con el fin de adquirir y montar los recursos necesarios para llevar adelante un espectáculo de las características de las del 30 de diciembre de 2004 así como la omisión de controlar y sancionar las contravenciones existentes y aquellos necesarios para pagar y recibir dinero, no sólo fueron distantes en el tiempo y espacio, sino desempeñados en coordinación con diferentes personas y actuando sobre diferentes cosas y materiales. No se observa al respecto ni siquiera una superposición parcial de esas conductas.

También la finalidad perseguida en cada actuar resulta manifiestamente diferente, dado que al proceder de esa manera se perseguía por un lado hacer posible un recital de determinadas características desconociendo los deberes de organización (que, independientemente de ese fin concreto, causó el resultado disvalioso) y, por otro, evitar el debido contralor que ésta estaba obligada a realizar. Finalmente, desde un punto de vista normativo es claro que esas conductas afectan a bienes jurídicos diferentes, por lo que se agrega un ulterior argumento que inclina la decisión en el mismo sentido.

En esas condiciones, arribo a idéntica decisión que la jueza Catucci, ya que no advierto razones por las cuales arribar a una decisión distinta que la concurrencia real entre las diferentes conductas por las cuales se arriba a una condena respecto de estos imputados (art. 55, C.P.).

DÉCIMO:

Situación de los funcionarios del Gobierno de la C.A.B.A.

El Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24 resolvió condenar a Fabiana Fiszbin y Ana María Fernández en calidad de autoras del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248, C.P.), mientras que absolvió a Gustavo Juan Torres de las imputaciones cursadas. Tanto las acusaciones privadas cuanto los defensores técnicos de las primeras cuestionaron esa decisión relativa a los tres imputados. En lo que sigue trataré los agravios sobre la determinación de estos hechos y su relevancia penal, así como los planteos de carácter procesal introducidos ante esta instancia.

Considero necesario aclarar que habré de analizar primeramente los agravios esgrimidos por las defensas de Fiszbin y Fernández que fueron planteados como supuestos de arbitrariedad de la sentencia en la determinación de los hechos y la valoración probatoria, por separado y en ese orden.

En segundo lugar y por resultar de similar contenido, trataré de manera conjunta aquellos vinculados a la aplicación de la ley penal sustantiva realizada en la sentencia, es decir, los cuestionamientos inherentes a la tipicidad objetiva y subjetiva afirmada por el Tribunal de mérito y dejaré sentada mi posición acerca de la relevancia jurídico penal de los comportamientos reprochados a los funcionarios.

Finalmente, habré de referirme a las pretensiones de los acusadores particulares y concretamente a los agravios deducidos contra la absolución de Torres.

1. Sobre la imputada Fabiana Fiszbin.

a) Acerca de la omisión de valorar prueba de descargo, la cuestión de los recursos del área, la actividad cumplida y la indagatoria de la acusada.

En este punto el recurrente hace mención a las funciones de Fiszbin como Subsecretaria de Control Comunal, a la circunstancia de que esta dependencia se encontraba a cargo de 5 Direcciones Generales y al sinnúmero de problemáticas que presentaba esa Subsecretaría.

Explica que la dependencia no tramitaba actuaciones —ni las conocía porque eran de las Direcciones Generales- ni tenía inspectores ni personal con poder de policía a su cargo —tampoco los designaba-. Agrega que su asistida no realizaba directamente el control sobre las inspecciones y destaca que participaba en las reuniones de los días lunes a fin de coordinar las tareas entre los distintos organismos.

Asimismo remarca la preocupación de Fiszbin por la calidad de los procedimientos e inspecciones y agrega que su defendida solicitó incorporar 150 inspectores más y que gracias a su labor se amplió el presupuesto del área.

En este último sentido, pone de manifiesto la falta de recursos humanos y materiales del área y aduce que, a pesar de ello, las inspecciones a locales bailables nunca dejaron de realizarse.

Para apoyar su tesitura hace referencia a un sinnúmero de elementos probatorios, entre ellos a los testimonios de Carmen Prusak, Romina Duer, Silvina Giudici, Luis Cevasco, Oscar Lucangioli, Miguel Angel Figueroa, a la declaración indagatoria de Loupias (fs. 17.749/68) y espontánea de Ucar (fs. 17.836/8) incorporadas por lectura, a prueba documental, entre ella, aquella obrante a fs. 19.532/55 —copias de denuncias llevadas a la Subsecretaría-, la prueba nro. 44 (nómina de inspectores de la UPI), como así también a la de fs. 53.776/70 —listado de cantidad de inspectores-, y a la nota que luce agregada a fs. 53.771 —de donde surge que hasta que no se les asignó poder de policía los inspectores no podían hacer inspecciones-.

En la misma dirección, pondera otros testimonios recibidos durante el debate que afirman que las inspecciones se realizaban, que se exigía certificado de bomberos y que se clausuraban los locales en infracción, como ser, los de Carlos Heraldo López, José Alanis, Amelia Lucía de Marco, Mario Esteban Mazzilli, Pedro Leopoldo Roson, Diego Gabriel Mayochi, Gustavo Malventano, Alicia Majlis de Szurman, Paula Verónica Trunzo, Carlos Gustavo Herrera, Marcela Beatriz Velazco, Marta Calli, Silvina Ameijeiras y Pablo Marcelo Sánchez, entre otros.

Alega que el Tribunal omitió valorar estos elementos de prueba como asimismo el contenido de la declaración indagatoria de su asistida, referido a los temas ya indicados.

Ahora bien, con relación a estos planteos, observo que en este pasaje del recurso, la defensa de Fiszbin se limita a realizar su propia valoración de la prueba producida en el debate, pero no logra demostrar la arbitrariedad de la sentencia.

En este sentido, en el fallo, la construcción del reproche realizado a Fiszbin, se estructura puntualmente sobre el incumplimiento del ejercicio del poder de policía que detentaba la nombrada (conforme sus responsabilidades primarias plasmadas en el Anexo II/4 del decreto 2.696) a partir de la denuncia realizada por el Arquitecto Alimena (Actuación 631). Esa omisión funcional, está dada por no haber dispuesto una inspección generalizada sobre la totalidad de locales de baile que ameritaba efectuar, en virtud de la situación de alarma puesta de manifiesto en dicho legajo.

Como ante la denuncia de Alimena, el área de control se limitó a cursar intimaciones a locales de baile en base a un

padrón desactualizado, sin reparar en el contenido de las respuestas y no hubo un plan sistemático de inspección tendiente a neutralizar el peligro anunciado por el Defensor del Pueblo, el Tribunal entendió que la funcionaria omitió cumplir con su deber de ejercer el poder de policía en materia de control de las condiciones de prevención contra incendio de los locales bailables.

Por lo tanto, aún cuando en la sentencia se ha reconocido parte de la actividad desplegada por Fiszbin, como asimismo ponderado los testimonios que afirmaban que existieron durante su gestión inspecciones a locales de baile, lo cierto es que el Tribunal consideró que ello no resultaba suficiente para eximirla de responsabilidad en el incumplimiento de sus deberes, atento a la necesidad de inspeccionar la totalidad de locales bailables durante su gestión que surgía a partir de la categórica denuncia del Defensor del Pueblo.

En efecto, tras explicar el inicio del trámite de la Actuación 631 como asimismo las reuniones que sobre el tema mantuvieron el Defensor del Pueblo con la licenciada Fiszbin, el Tribunal de Juicio destacó que con fecha 5 de mayo de 2004 Alimena dictó una resolución donde puso de manifiesto que "*el no cumplimiento y/o violación a las normas de seguridad contra incendio (Ordenanza 50.250) y otras referidas al funcionamiento de locales bailables, ponía en peligro la vida de más de 400.000 personas por fin de semana, especialmente jóvenes, motivo por el cual solicitaba a la Sra. Subsecretaria de Control Comunal que arbitrara 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 (punto 1) y que, de verificarse el incumplimiento de la normativa vigente, se apliquen las sanciones previstas a tal efecto en el régimen de penalidades vigentes (punto 2), pidiendo igualmente a los fines de una eficiente prosecución de la actuación contar con la mayor prontitud con información sobre las acciones previstas y a ser implementadas (punto 3)*." (fs. 67.311 vta. y 67.312).

Asimismo y luego de poner de resalto que esa resolución fue entregada en mano a Fiszbin en una segunda reunión mantenida con Alimena y que también fue recibida por vía administrativa de manera formal el día 17 de mayo, el Tribunal explicó que "*Fiszbin*

la giró -el 19 de mayo- a la Coordinadora de la Unidad Polivalente de Inspecciones Ana Fernández y esta Unidad la recibió el 26 de mayo de 2004". (fs. 67.312)

De igual forma el Tribunal valoró que en esta última fecha "*en la sección Ciudad del diario ´Clarín´, se publicó una nota que informaba a la opinión pública que el 86 % de las discos no cumplía con las medidas contra incendio y que de doscientos cincuenta y ocho, solo treinta y seis tenían el certificado obligatorio que otorgan los bomberos. La nota contiene comentarios del Defensor Adjunto Alimena sobre la gravedad de la situación y también de la Subsecretaria Fiszbin en cuanto a que se estaban realizando operativos para revisar las habilitaciones y también que se estaban enviando notas a los boliches para avisarles que tenían 20 días para presentar la documentación*". (Ibídem).

Agregaron los sentenciantes que "[s]*i la Subsecretaria Fiszbin, según la publicación del diario ´Clarín´, manifestó que ya estaban ´trabajando´ en el tema, ello es porque obra prueba documental que acredita que el día 18 de mayo, cuando la denuncia formal de Alimena en su circuito administrativo se hallaba pronta a ingresar a la Subsecretaría, ya se había recibido en la Unidad Polivalente de Inspecciones una copia de un escrito que el Jefe de la División Prevención de la Superintendencia de Bomberos le había girado en febrero de ese año al Arquitecto Atilio Alimena, con listados en los que aparecían, discriminados, los locales de baile con sus certificados anuales de prevención contra incendio al día, otros que no renovaron la ordenanza 50.250 —era el grupo más numeroso- y, finalmente, aquellos locales que nunca fueron aprobados de acuerdo a la citada ordenanza.*" (fs. 67.312 y vta.)

De esta manera, puede advertirse la esencia del reproche que el Tribunal oral construyera respecto de la imputada a partir de la denuncia del Defensor del Pueblo, cuando expresó que "[a]*sí llegamos pues al momento en que las funcionarias tomaron conocimiento formal de tan grave denuncia, reveladora de una alarmante situación de incumplimiento y falta de control de una actividad de las que —al menos en el discurso- eran estimadas como sensible y que, según el Defensor del Pueblo, ponía en riesgo la integridad de una alarmante cantidad de personas —calculadas en 400.000 por fin de semana -. Asumida por ambas funcionarias la consideración de esa denuncia, pues indiscutiblemente se trataba*

de un tema que involucraba sus responsabilidades primarias, el análisis integral de lo obrado en consecuencia pone de manifiesto de modo irrefutable que ante una noticia tan acuciante del absoluto desmadre de toda una actividad bajo su control, en momento alguno adoptaron las decisiones urgentes y drásticas para las que estaban facultadas sino que, por el contrario, rehuyendo precisamente la utilización de los recursos a su alcance, brindaron al caso un enfoque meramente burocrático (en el peyorativo uso del término), que prolongaron injustificadamente pese al fácilmente comprobable refuerzo de la verosimilitud de las muy serias irregularidades denunciada". (fs. 67.312 vta)

En este último sentido, explicó el Tribunal de Juicio que "*aún antes de la recepción formal de la denuncia de Alimena, se despacharon una cantidad de notificaciones en función de los listados de locales arriba referidos*" y que "[f]*uera de los casos en los que se verificó que se trataba de un domicilio inexistente, desocupado, o con otra actividad, hubo muchas intimaciones que no fueron contestadas y dentro de las respondidas se dieron no pocos casos en los que una mínima y ligera verificación de la documentación acompañada permitía advertir con toda claridad que ella era del todo inhábil para justificar la prosecución de la actividad autorizada*.". Por esta razón, los sentenciantes señalaron que "*en definitiva sólo se adoptó el recaudo de las intimaciones y se tomó una postura pasiva y acrítica respecto de la información que se recababa o del silencio de muchos intimados*." (fs. 67.312 vta. y 67.313).

Continuaron exponiendo que "[t]*ampoco en esta oportunidad se echo mano al recurso insustituible y expedito de inspeccionar la totalidad de los locales, fijando esa tarea como prioritaria y perentoria, al tope de urgencia, volcando la totalidad de los recursos humanos disponibles; estos, por el contrario, continuaron afectados a actividades rutinarias del área en las que se ´mechaban´ algunos operativos que de manera inorgánica podían abarcar algunas de las sedes denunciadas*." (fs. 67.313).

Asimismo resaltaron que la funcionaria en vez de disponer la inspección de todos los locales denunciados que la situación reclamaba "*prefirió sólo sobre la base de un pobre e irresponsable ´análisis´ del curso de las intimaciones —cuyos resultados no eran procesados o analizados en el área sino ´resguardados´ en caja y*

bibliorato de acceso restringido- formular un relevamiento de la totalidad del sector con vistas a actualizar el padrón. Para esa tarea, un virtual censo, se debió recurrir a personal de otra área, concretamente el CEVIP, y la encuesta —no inspección— de locales, recién pudo ser terminada el 1 de octubre, remitiendo Fiszbin sus resultados a la Dirección General de Habilitaciones y Permisos el primer día de diciembre." (fs. 67.313 y vta.)

Sobre esto último agregaron que *"el ´relevamiento´ desplazó nuevamente a la eludida inspección general de la actividad, que continuaba sólo sometida a la contingencia que algunos casos —no como parte de un plan íntegro y decidido- fueran llevados a la mesa de reuniones de los días lunes en el ámbito de la Subsecretaría de Control Comunal. Esto es así porque en esos encuentros, a los que concurrían funcionarios de distintas áreas para llevar los casos que a su juicio debían ser incluidos en los operativos cercanos, las prioridades pasaban por otras preocupaciones que relegaban la cuestión de los locales de baile —por ej. venta de alcohol a menores en kioscos y maxikioscos y en lugares cerrados, fiestas de egresados-.* (fs. 67.313 vta)

En base a estas consideraciones, fue que el Tribunal de Juicio concluyó que "[t]*odo ello demuestra, y así se halla respaldado por la prueba reunida en el debate, que las imputadas Fiszbin y Fernández, con aptitud funcional y medios materiales y humanos -que aún sin ser óptimos hubieran permitido encarar en plazo razonable la actividad debida- eludieron grosera y, por ello, conscientemente, el cumplimiento de obligaciones esenciales inherentes a sus cargos y ello les acarreará responsabilidad penal."* Añadieron los magistrados que *"esa elusión de encarar con toda decisión las medidas más ofensivas que la seriedad del caso indiscutiblemente requería -sin que para su correcta evaluación fuera preciso un más profundo razonamiento- permitió que la actividad por cuyo regular desempeño debían velar continuara de manera sustancial fuera del marco legal"* pues *"muchos locales siguieron funcionando en esas condiciones y ni siquiera se arbitró tampoco ningún recaudo -sea a partir de la información que los propios intimados aportaron en algunos casos o del simple recurso de oficiar a la Superintendencia de Bomberos— para llevar en el ámbito de la administración un registro propio de la vigencia de las condiciones contra incendio";* todo lo cual *" hubiera también*

permitido diagramar un esquema de seguimiento y control sobre un aspecto central denunciado por Alimena y cuya vigilancia era ínsita en las obligaciones concernientes al recto ejercicio del poder de policía, del cual ambas se apartaron, como se señala, grave y conscientemente." (ibídem).

La esencia del reproche trasladado en la sentencia, puede leerse párrafos más adelante cuando los magistrados expresaron que "*continuando con el análisis de las intimaciones -que fueron en su mayoría diligenciadas en la segunda quincena del mes de mayo- se puede observar que ningún otro trabajo de seguimiento se efectuó, ya que con excepción de la labor efectuada por la empleada administrativa Carolina Albela (encargada de cargar en una planilla Excel algunos datos sobre la documentación que se presentaba en respuesta al reclamo) ningún análisis se hizo del contenido de los descargos.*" (fs. 67.314 vta)

Incluso los jueces se ocuparon de descartar expresamente que la actividad desplegada por la imputada y a que alude su defensa en el recurso tenga entidad suficiente para destacar el incumplimiento de sus deberes al decir que "[d]e *manera insistente las defensas de Fernández y Fiszbin destacaron que con dicha actividad se cumplió lo que pedía el Arquitecto Alimena, para lo cual se basaron en la literalidad de la disposición dictada por el Defensor del Pueblo adjunto cuando en el punto 1) de su decisión del 5 de mayo de 2004, le solicitaba a la Subsecretaria de Control Comunal arbitrara ´todos los medios con el fin de intimar a los locales de baile clase C al estricto cumplimiento de las normas vigentes, especialmente en lo referido a la Ordenanza 50.250´, pero parecen olvidar , la solicitud que de seguido se realiza en el punto 2) ´De verificarse el incumplimiento de la normativa vigente, se apliquen las sanciones previstas a tal efecto en el régimen de penalidades vigente´.*" Y al respecto, agregaron que "[a] *poco que se analice lo actuado en el área de control comunal del Gobierno de la Ciudad respecto a la Actuación 631, se llega a la conclusión de que nada serio se hizo y que no se modificaron las pautas con las que se venía actuando respecto a la problemática que presentaba la actividad de los locales de baile clase C. Como lo destaca el Sr. Fiscal General, solo de manera formal, para dar una apariencia de respuesta de que se actuaba en consecuencia, se pergeñó realizar intimaciones a los*

locales que figuraban en los listados de bomberos (ya dijimos que no a todos) para que presenten ante la UPI ´la documentación que acredite el cumplimiento de la normativa vigente relativa a la actividad comercial que desarrolla´, pero ello no puede ser alegado como una respuesta razonable a la grave preocupación transmitida a quienes debían ejercer el poder de policía, si como se observa luego de cursarse las cédulas no hubo un seguimiento acorde a las respuestas obtenidas." (fs. 67.315).

Como puede observarse de una somera lectura de las transcripciones efectuadas de la sentencia, la imputación trasladada a Fiszbin y por la cual se la ha responsabilizado penalmente, obedece al incumplimiento de su deber de ejercer el poder de policía de acuerdo a sus funciones primarias como Subsecretaria de Control Comunal, ello por no haber inspeccionado la totalidad de locales bailables clase "c" denunciados en la Actuación 631 de la Defensoría del Pueblo.

El Tribunal de Juicio le reprocha que ante esa situación de peligro puesta de manifiesto por el Defensor del Pueblo en su denuncia y respecto de la cual tenía un conocimiento certero, se limitó a ordenar que se intimaran a los locales denunciados sin efectuar un seguimiento razonable de sus resultados, como asimismo omitiendo realizar la inspección generalizada de la actividad que le imponían las circunstancias.

En estas condiciones, queda claro que el Tribunal oral no desconoció cuáles eran las funciones de la Subsecretaria de Control Comunal, que de ésta dependían otras direcciones o problemáticas del ejido de la Ciudad, ni menos aún la actividad efectivamente desplegada por Fiszbin, sino que consideró que la tarea desarrollada por la nombrada no resultaba suficiente para dar por satisfecha la obligación de inspeccionar, como encargada de ejercer el poder de policía, la totalidad de locales de baile clase "c", a partir de la denuncia de Alimena.

Es decir, se le atribuye no haber cumplido con su deber de actuar, por haber omitido realizar un acto funcional en la oportunidad legalmente determinada, conforme sus responsabilidades primarias (decreto 2.696).

Por lo tanto, aquellos agravios que en torno a estos puntos ha dejado traslucir la defensa de Fiszbin pierden entidad, y no hacen mella sobre la resolución del fondo de la cuestión.

Por otra parte, y a contrario de lo sostenido por el recurrente, la sentencia hace efectivamente un análisis de la cuestión inherente a los recursos de las funcionarias para cumplir con la actividad que se exigía.

En ese sentido, se pondera la cantidad de inspectores con los que contaban las áreas de control y la actividad de inspección desplegada, llegando a la conclusión de que lo atinente a la actuación 631 no fue motivo de tratamiento sistemático ni prioritario al momento de disponer las inspecciones como las circunstancias exigían.

Es que en la lógica del reproche formulado por el Tribunal, los funcionarios debían destinar los recursos humanos y materiales con los que contaban a la verificación de la denuncia de Alimena de manera prioritaria, ello en razón del alto grado de incumplimiento de las normas de prevención contra incendios que allí se denunciaba y el consecuente peligro que para las jóvenes asistentes a locales de baile comportaba.

Concretamente, con relación a los recursos del área, expuso el Tribunal oral que "*otro argumento ensayado para justificar esta omisión de inspeccionar todos los locales, es la ausencia de recursos materiales que le impedían al organismo de fiscalización poder abarcar el universo de actividades que se debía controlar*", para lo cual, los defensores "*destacaron diversas circunstancias que van desde la cantidad de comercios que debían ser supervisados -que a falta de un padrón cierto se esgrime en un número aproximado a los 200.000-, el escaso personal para la tarea (conforme destacó el Dr. Vignale :12 inspectores en enero, 41 en marzo, 76 en junio —número que se mantuvo hasta que Fernández culminó sugestión siendo seguida por Torres-) y la ausencia de memoria institucional — careciendo de registros sobre anteriores inspecciones, denuncias y toda otra información confiable para el desarrollo de la labor, como también de un mapa de riesgo que permitiera fijar prioridades-.*" (fs. 67.317 vta. y 67.318)

Al respecto, los magistrados señalaron que "*sin embargo, este análisis de la situación crítica que atravesaban sólo es posible restándole trascendencia a la denuncia de Alimena, pretendiendo que es genérica y que implicaba solo una exhortación para que el Gobierno controlara los locales de baile, pero lo*

cierto es que la Actuación N° 631 no podía ser analizada de esta forma por los encargados de verificar la seguridad de estos comercios, habida cuenta que pocas actividades en la Ciudad podían implicar un riesgo tan alto para la población como la de los centros de diversión nocturna, por el tipo de público que concurre -en su mayoría jóvenes, en un alto porcentaje menores de edad- por el consumo de alcohol que se realiza en dichos locales (que de por sí tiende a modificar las pautas de comportamiento de esta población) y por la concentración masiva que concitan en un escaso lapso de tiempo." (fs.67.318).

Continuó argumentado el Tribunal que "[n]*o es posible tampoco pretender que pueda tener igual relevancia la denuncia de un particular que la del Defensor del Pueblo Adjunto de la Ciudad, sobre un tema de tanta trascendencia como la seguridad en la segunda actividad de la ciudad que más público convocaba*"; máxime si se repara en que "*no hubo durante todo el año 2004 una denuncia que competía atender al área de fiscalización de la Ciudad que pudiera considerarse de mayor trascendencia que la efectuada por Alimena, quien además de llevar su preocupación a las reuniones oficiales y tramitar una actuación dentro de la dependencia a su cargo para realizar un reclamo formal con la finalidad de sensibilizar a los funcionarios responsables, difundió esta realidad de descontrol en uno de los diarios de mayor circulación del país, donde denunciaba que un 86% de los locales de la ciudad de Buenos Aires dedicados a explotar la actividad de baile estaba en infracción a las normas de prevención de incendio*". (fs. 67.318 y vta.).

Según el Tribunal de Juicio, "[p]*retender que toda esta actuación no implicaba alertar a las autoridades de control para que actuaran con seriedad sobre el tema, resulta reñido con el sentido común*"; ello así puesto que "*se estaba hablando de una actividad en concreto: la de los locales de baile, se indicaba que era la segunda actividad en la ciudad que más público llevaba y se decía que la mayoría estaba en infracción y que ello implicaba un serio peligro, todo lo demás era trabajo propio de quienes debían ejercer el poder de policía, pues como ya se indicó, era de su competencia el controlar de todo lo atinente al cumplimiento de las normas de seguridad para el funcionamiento de los comercios de la ciudad, tanto en lo relativo a que tuvieran el certificado de*

incendios y estuviera vigente para aquellas actividades en que el mismo era exigible — locales de baile clase ´C´- como además que otras actividades no desvirtuaran su rubro llevando a cabo emprendimientos que pusieran en mayor riesgo que el permitido a la población".(fs. 67.318 vta y 67.319).

Por estos motivos, es que los sentenciantes entendieron que "*no es posible que frente a la gravedad de la situación denunciada se continúe argumentando que había otras prioridades, como verificar que se cumpliera con la prohibición de la venta de alcohol en kioscos o lo relativo a la publicidad en la vía pública.*" (fs. 67.319)

Y relacionando la actividad desplegada con la cantidad de recursos, los jueces explicaron que "*pese a que insistentemente se aludió a que era la falta de agentes aquello que conspiraba contra una tarea eficaz cabe recordar que Fernández sostuvo en su indagatoria (cuando criticaba las conclusiones de Rudnisky en punto a su señalamiento de que el 80% de las intimaciones no se proseguía), que ello sucedía porque con el caudal de agentes que tenía apenas le alcanzaba para inspeccionar las denuncias (ya hemos señalado que la presentación de Alimena no puede ser considerada otra cosa), pero además, agregó que dichos problemas comenzaron a solucionarse en los meses de mayo o junio cuando ingresaron inspectores que le permitieron organizar el trámite de la UPI. Esto demuestra que lo ausente en la hipótesis es la decisión de los funcionarios responsables del ente burocrático de inspeccionar -por lo menos este limitado universo de 177 locales- que como ya se expresara se extendería a un número no mayor de 200.*" (fs. 67.320 vta.).

Tras realizar un análisis de la prueba documental relativa a las inspecciones a los distintos locales, el Tribunal concluyó que "*de haberse fijado como prioridad el control de los locales de baile para verificar sus condiciones de prevención contra incendios, podría haberse cumplido -aún con el limitado número de inspectores que se contaba- con este objetivo; no se trataba de más de 200 locales -tomando en cuenta el número de 177 locales que bomberos informaba a Alimena-.*" (fs. 67.324).

Ahora bien, la cuestión inherente a los recursos de las áreas de control del gobierno de la Ciudad, ha sido extensamente

abordada en el voto del juez Riggi que lidera este acuerdo, a lo cual adhiero en lo que a ello respecta.

En este sentido, reconozco, tal como lo hizo mi colega preopinante, que al momento de creación de la Unidad Polivalente de Inspecciones dependiente de la Subsecretaría de Control Comunal, la dependencia no contaba con un cuerpo amplio de inspectores con poder de policía. Así, pues, al mes de enero del año 2004, sólo había doce agentes que ostentaban dicha potestad, y en febrero de ese mismo año, tan sólo diez. (cfr. informe 197/D.F.G.YC./2004, prueba nro. 51; disposiciones 06/UPI/2004 y 282/UPI/2004).

No obstante lo expuesto, en el transcurso del año y tal como lo valorara el juez Riggi, la situación se vio radicalmente modificada con el dictado de la resolución 95 de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana —B.O.C.B.A. nro. 1890 del 01/03/2004-, que le asignó poder de policía a 43 agentes de la UPI entre los que se encontraban los diez antes referidos.

Pero además, con fecha 21 de mayo de 2004, mediante la resolución 285 de la misma Secretaría, se le asignó poder de policía a diez agentes más de la UPI en forma retroactiva al 1 de marzo y, asimismo, a otros 31 inspectores, desde el 1 de mayo (cfr. prueba nro. 47).

Es decir, que para el mes de mayo del año 2004, la Unidad Polivalentes de Inspecciones contaba con 84 inspectores con poder de policía, aunque, justo es reconocer, tal como se explicara en el voto que lidera este acuerdo, que esa suma se vio disminuida, cuando por la resolución 27/SSCC/2004, diez inspectores fueron transferidos a la Unidad de Evaluación y Resolución de Actuaciones, en el mes de junio.

Por lo tanto, si tenemos en cuenta que en el mes de mayo del año 2004 Fiszbin fue notificada personalmente de la resolución dictada por el Defensor del Pueblo en el marco de la Actuación 631, es decir, puesta fehacientemente en conocimiento del estado de incumplimiento de las normas de prevención contra incendios en lo locales de baile clase "c" y, si ponderamos que para esa fecha el cuerpo de inspectores con poder de policía osciló entre los 84 y 74 agentes, no podemos sino concluir en que le asiste razón al Tribunal de Juicio cuando afirma que si la denuncia del Defensor

del Pueblo se establecía como prioritaria, la inspección de los 177 locales que figuraban en el listado era claramente factible.

Y esto es así, pues tal como lo explicara el juez Riggi en su voto, en el caso en que la funcionaria hubiera decidido ordenar la inspección de los locales de baile que figuraban en el listado, es decir, los 177, teniendo en cuenta que los inspectores actuaban de a dos (lo que llevaría la cifra de 84 y 74 agentes a 42 y 37 parejas, respectivamente) y que las inspecciones debían realizarse los fines de semana en horario nocturno (viernes y sábado por la noche), el cálculo se reduce tres fines de semana y algunas otras noches más, en caso de surgir alguna contingencia.

Es por ello que los agravios vinculados a la falta de recursos del área como asimismo los que aluden a las grandes cantidades de comercios existentes en la ciudad, deben ser descartados, en tanto no han logrado conmover la afirmación del Tribunal de Juicio.

Igual suerte deberá correr aquel esgrimido por la defensa en torno a que a partir de la gestión de su asistida existió una ampliación del presupuesto del área, pues con o sin ello, no se dio cumplimiento al debido ejercicio del poder de policía en materia de control de las condiciones de prevención contra incendios de los locales bailables denunciados por Alimena.

En otro orden de ideas, la sentencia también hace una consideración acerca de cómo la diagramación de las inspecciones a locales de baile no respondía a un plan sistemático para conjurar el peligro anunciado en la Actuación 631 y valora, a contrario de lo sostenido por el recurrente, las declaraciones indagatorias incorporadas por lectura de Ucar y Loupias, como así también el testimonio del Fiscal General Luis Cevasco, quien declara por escrito en los términos del art. 250 del CPPN.

En este último aspecto, se dice en el fallo que *"quedó acreditado, como se vio a través de la prueba testimonial, que además de los operativos diurnos de rutina que se programaban en la Unidad polivalente, los operativos nocturnos, orientados en mayor medida a la inspección de locales de baile se diagramaban en la Subsecretaría de Control Comunal, en reuniones que se celebraban con la presencia de la Subsecretaria, los días lunes y a la que concurría su asesor Alfredo Ucar, Ana María Fernández (como coordinadora general), Rodrigo Cozzani (como coordinador*

operativo) y Juan Carlos Loupías (este último como asesor de la Subsecretaría de seguridad)." (fs.67.322 vta.).

Precisaron los jueces que "[f]*uera de las aquí imputadas, de este reducido grupo que integraba las reuniones de mención en donde se definían los objetivos, no se pudieron obtener otros testimonios en el juicio por resultar a su vez los restantes concurrentes imputados durante la instrucción, pero incorporadas por lectura las declaraciones de Ucar y Loupías se puede observar de la declaración del primero que los operativos se diagramaban por zona en base a ´las denuncias recibidas en todas las áreas´, luego Rodrigo Cozzani o Ana María Fernández informaban la cantidad de equipos que poseían para realizar las inspecciones, tanto diurnas como nocturnas, y por último el nombrado, con la zona ya definida y sabiendo los equipos de inspectores con que contaban, con la ayuda de un ´compu-map´ confeccionaba la lista con las direcciones teniendo en cuenta su cercanía*." (fs. 67.322 vta y 67.323).

Continuó el Tribunal explicando que "*tanto de la declaración de Ucar, como de la declaración indagatoria de Juan Carlos Loupías, se desprende que nunca en esa reunión de los lunes se trató como una prioridad el tema del control de los sistemas de prevención contra incendios en los locales de baile por la denuncia de Alimena*"; y agregó que esas personas "*[d]e la Actuación N° 631 no mencionan que se hablara y tampoco el testigo Luis Cevasco, quien por participar en algunas de esas reuniones pudo dar cuenta de haber conocido la preocupación de Alimena en punto a la prevención de incendios en locales de baile (ver respuesta a la pregunta 10)*."(fs. 67.323).

Sin perjuicio de la posición que sobre la valoración de los testimonios incorporados por lectura sostuve más arriba en cuanto a que esas probanzas sólo pueden operar como meros indicios que deben concordar con otros medios probatorios y toda vez que es la propia defensa quien los invoca a su favor, observo que asiste razón al Tribunal de Juicio en cuanto a que de las declaraciones indagatorias incorporadas por lectura de Alfredo Ucar y Juan Carlos Loupias, no se advierte que en las reuniones de los días lunes donde se diagramaban las inspecciones, se haya otorgado un trato prioritario o sistemático a verificar los extremos denunciados en la Actuación 631.

En efecto, si bien Alfredo Ucar (fs. 17.836/8) indicó que *"los operativos a locales de baile eran informados en casi todas las reuniones"* y que se trabajaba *"en base a las denuncias aportadas por las distintas áreas, sumadas a las que se recibían por intermedio de las asociaciones vecinales y mails que llegaban directamente a la Subsecretaría"*, nunca hizo mención a que la verificación de la Actuación 631 haya sido uno de los objetivos, reconociendo incluso que los locales bailables presentaban una problemática especial porque *"el registro con el que contaba la DGFyP se trataba de un padrón histórico, motivo por el cual figuraban comercios que ya no estaban en actividad"*; esto último evidencia que los funcionarios eran concientes de las falencias en base a las cuales trabajaban.

En la misma línea, Juan Carlos Loupias (fs. 17.749/68) explicó que en esas reuniones *"Ana Fernández planteaba las denuncias que recibía en su área y llevaba otras llevadas a cabo por vecinos, centro de gestión y participación u oficio judiciales"*, mas tampoco hizo mención alguna sobre la denuncia entablada por Alimena.

Por otra parte, de la lectura del pliego presentado por el Fiscal General Luis Cevasco en los términos del art. 250, C.P.P.N. (fs. 65.879/82), quien tomara intervención en algunas de las reuniones aludidas, se desprende que *"fue materia de conversaciones con las autoridades del Gobierno de la Ciudad el tema de las fiestas de egresados y la situación de algunos locales con relación al ingreso de menores de dieciocho años de edad y la venta de alcohol"* (ver respuesta nro. 3), no mencionando tener presente la preocupación de la Defensoría del Pueblo (ver respuesta 10).

Advierto asimismo que el testigo Oscar Alberto Lucangioli, quien se desempeñara por el término de doce días como Director General de la Dirección de Fiscalización y Control, explicó que durante su gestión "[se] *realizaron por lo menos dos reuniones en la Subsecretaría en la que participaron Fernández, Cozzani, Díaz y Loupias"* y que en ellas *"se disponían las inspecciones que se iban a realizar en las distintas zonas"*. Sin embargo, respecto de la Actuación 631 solo agregó que recordaba que *"Alimena había encarado una campaña con el objetivo de verificar la seguridad de*

los locales de baile", pero no hizo referencia alguna al tratamiento primordial de esa denuncia (ver fs. 66.772 vta).

Por lo tanto, considero que el Tribunal de Juicio ha ponderado correctamente la prueba relativa a estos extremos, razón por la cual los agravios esgrimidos en tal sentido no resultan atendibles.

Por otra parte y en lo inherente al agravio relativo a la supuesta omisión de ponderar los testimonios de los inspectores que hicieron hincapié en la realización de controles y clausuras sobre los locales de baile, a contrario de lo sostenido por el recurrente, fueron efectivamente valorados en la sentencia (ver Fs. 67.285/87 de la pieza impugnada) y, como vengo exponiendo, no se desconoció la cantidad de inspecciones o controles efectuados.

Sin embargo, en la lógica del reproche trasladado en el fallo, esto es, de basar el incumplimiento de deberes en la no inspección del 100 por ciento de los locales de baile a partir de lo denunciado en la Actuación 631 como actividad prioritaria, los dichos de los inspectores que daban cuenta de las inspecciones realizadas o, incluso, de la escasez de recursos humanos y materiales, pierden entidad, pues no está controvertido que esa inspección generalizada que el Tribunal de Juicio ha fijado como necesaria para un adecuado cumplimiento del deber de ejercer el poder de policía, no fue concretada durante la gestión de la funcionaria.

Por otra parte, tampoco tendrá acogida favorable el agravio relativo a la omisión de ponderar el descargo efectuado durante el debate por la licenciada Fiszbin, pues advierto que la sentencia brindó suficientes razones para descartar la entidad de las manifestaciones de la imputada producida en el juicio.

A este respecto, los magistrados comenzaron diciendo que Fiszbin *"al momento de efectuar sus descargos, formuló manifestaciones tendientes a desvirtuar el significado real que tenían las responsabilidades primarias que debía cumplir en su calidad de Subsecretaria de Control Comunal —conforme el Decreto Nº 2.696-, negando estar dentro de su competencia el avocamiento al contralor de los locales de baile que se hallaban en la órbita del gobierno de la ciudad y adjudicando esa función a la Coordinación General de la Unidad Polivalente de Inspecciones, que*

estuvo a cargo de la imputada Ana María Fernández hasta el 26 agosto del año 2004." (fs. 67.333 vta.).

Indicó el Tribunal que la acusada "*precisó, en reiteradas oportunidades, que a pesar de haber tomado intervención en las reuniones que se llevaban a cabo los días lunes en el edificio de gobierno de la calle Lavalle -a los fines de establecer una nómina de los locales que debían ser inspeccionados por el área nocturnos de la U.P.I. durante los días posteriores del fin de semana-; y de haber sido la funcionaria que -durante los primeros meses del año 2004- tomó contacto directo con el Arquitecto Alimena quien, a lo largo de varias reuniones, le narró el riesgo que implicaba permitir que los locales de baile continuaran funcionando en las condiciones en las que lo venían haciendo —esto es, en contravención permanente con lo dispuesto por la normativa que regulaba el ejercicio de dicha actividad-; que pese a ello no tenía el deber legal —conforme su función- de otorgar una solución al conflicto, toda vez que no le otorgaron competencia para realizar inspecciones personalmente.*"(ibídem).

Sobre este punto, resaltó el Tribunal que "[l]*a Licenciada Fiszbin no sólo no se avocó a la búsqueda dedicada y efectiva de una solución integral con el objetivo de poner fin a la situación de peligro en la que se encontraban inmersos todos los concurrentes a los locales de baile de esta ciudad, sino que tampoco —conforme los dichos de la propia imputada- se interesó en conocer los locales que proyectaban esa actividad, la cifra a la que ascendían, las condiciones en las que se encontraban, ni en efectuar un mapa de riesgo para desempeñar posteriormente el ejercicio de contralor sobre ellos -cuya ejecución le correspondía-, ni de relevar la información que arrojaba el Padrón histórico de locales de la ciudad —cuya desactualización era conocida por todos-. Tan evidente fue la falta de compromiso con el ejercicio de los deberes que tenía su cargo la imputada, que no sólo no dio tratamiento a la Actuación Nº 631 en las reuniones de los días lunes referidas precedentemente —conforme los testimonios de quienes participaban en ellas- sino que jamás se advirtió de esta situación de peligro a ninguno de los inspectores que laboraban en la Unidad Polivalente de Inspecciones. Esa actitud de ningún modo se corresponde con el ejercicio razonable y efectivo*

de las funciones que le exigía la normativa vigente." (fs. 67.333 vta./67.334).

Asimismo, tras reconocer que los recursos con los que contaba no eran los óptimos como sucede en cualquier dependencia del Estado, el Tribunal oral señaló que "*justamente, frente a ello,* [la imputada] *debió proceder a desarrollar un plan de acción que los optimizara al máximo, avocando a los inspectores a realizar controles en los locales de baile, colocando esa misión como prioritaria. Ello, porque las condiciones de funcionamiento de la actividad implicaban riesgos varios, que fueron puestos en su conocimiento —entonces de manera informal- ya desde el mes de enero del año 2004*." (fs. 67.334).

Por estos motivos, agregó el Tribunal que "*Fabiana Gabriela Fiszbin, en su condición de Subsecretaria de Control Comunal, debió dar cumplimiento al poder de policía adjudicado mediante el Decreto Nº 2.696, adoptando y coordinando una planificación de los lugares "eficaz" —no meramente burocrática-, no sólo tendiente a relevar la totalidad de la cantidad de locales de baile que desarrollaban esa actividad y el estado de incumplimiento que frente a la normativa vigente proyectaban; sino, también, a los fines de comprobar la veracidad de lo denunciado por el Arquitecto Alimena*." (ibídem).

En esa línea, remarcaron los jueces que "[l]*o que la situación de emergencia denunciada requería era la inmediata decisión de efectuar un relevamiento de la totalidad de locales de baile que se encontraban en la órbita de control del gobierno comunal, mediante un programa de inspección exhaustivo y no mediante intimaciones sin posterior análisis ni con un ´censo´; no la verificación de 28.000 lugares comerciales —como afirmó la encartada al prestar declaración indagatoria en la audiencia de debate- a los fines de encontrar concurrentes bailando. Esa afirmación argüida por la encartada constituye una falacia y un intento dirigido a desvirtuar la realidad de la situación. El deber omitido del que aquí se trata está constituido por el incumplimiento arbitrario de una función -cuyo origen es normativo- y podría haber sido satisfecho mediante la implementación coordinada de un sistema de inspección, a los fines de regularizar la acuciante situación de los locales de baile con la propia letra de la normativa vigente*." (fs. 67.335).

Ello así, pues, según el Tribunal, "[f]*rente a la Actuación Nº 631 se debía inspeccionar; no emitir intimaciones a 164 locales de baile —de los cuales no se conocía ningún dato, incluso no se sabía si efectivamente seguían operando como tales por la desactualización que reinaba en el Padrón histórico de la Ciudad- cuyas respuestas, una vez remitidas por los contribuyentes, fueron guardadas en una caja azul y en un bibliorato —dependiendo de la información que de ellos surgía- para volver a escena y cobrar operatividad en el ámbito del gobierno una vez acaecidos los hechos que aquí se investigan.*" (ibídem).

El análisis de las indagatorias de Fiszbin prestadas durante el debate de parte del Tribunal de Juicio no terminó allí, sino que además se ponderó que "*la propia imputada reconoció al formular su descargo* […], *que el Padrón Histórico remitido por la Dirección General de Habilitaciones y Permisos no coincidía con la realidad*" y que ante ello, la acusada, "[n]*o torció tampoco el rumbo puramente burocrático de la cuestión cuando en el mes de junio tuvo acceso a la planilla de Albela, que arrojaba datos más que preocupantes acerca del curso de la intimaciones, y recién hacia el segundo semestre del año 2004 se inició un relevamiento —a partir de un censo, no de inspecciones- del padrón, de modo que se seguía actuando en ´los papeles´ pero sin una ofensiva inspectiva directa que importara un barrido de la actividad —la legal y la otra.*" (fs. 67.335 vta.).

Del mismo modo el Tribunal oral descartó la relevancia de las tareas realizadas por la imputada cuando expuso que "*a los fines de hacer entender a este Tribunal las diferentes tareas que había emprendido en torno a las actividades destinadas a los jóvenes y a los locales de baile, la licenciada arguyó que desde la Subsecretaría se intentó —frente a la veda impuesta a los comercios, tales como kioscos, de expender bebidas a menores de 18 años- trabajar sobre el consumo de alcohol y sobre los lugares donde se despachaban, ´el interés era saber a qué lugares iban a bailar, para que luego sean inspeccionados por la U.P.I.´.*" Según la tesitura del los magistrados, "*el comportamiento asumido* [por Fiszbin] *es irrazonable pues nunca el fin del Estado para el cual estaba creada el área bajo su competencia, podía ser cumplido mediante la emisión de intimaciones a los locales que aparecían*

nombrados en la lista sino enviando a los inspectores a la calle, para que inspeccionen in situ los lugares."(ibídem).

En igual sentido, los sentenciantes también valoraron que "*al momento de formular su descargo en esta sede, la licenciada Fiszbin reconoció que las Direcciones Generales se ocupaban de implementar las acciones a seguir una vez que eran coordinadas, y que la Subsecretaría llevaba un control estadístico de lo actuado por cada una de ellas*"; no obstante ello, expusieron que esa "*excusa está desmentida, pues resulta de imposible cumplimiento hallar dentro del marco de las presentes actuaciones alguna tarea desempeñada por la imputada en el sentido de coordinar acciones a seguir y mucho menos supervisar lo actuado.*" (fs. 67.336).

En este último aspecto, resaltaron que "*Fabiana Fiszbin nunca se introdujo seriamente en el tratamiento de la cuestión de los locales de baile, pretendiendo que esa tarea sea desarrollada por los organismos inferiores —en términos de jerarquía-; librando prácticamente a la voluntad de los propios infractores, el desarrollo conforme o no a derecho de una actividad que demandaba autorización y control, pese a que reiteradamente se le puso de manifiesto, incluso por una publicación en un diario de gran repercusión, de las serias falencias que evidenciaba, precisamente, el órgano depositario del poder de policía. Todo ello, repetimos, pese a que la normativa que estipulaba y demarcaba los objetivos que debía cumplir en la función pública que ocupaba, así se lo ordenaba de manera clara y categórica.*" (fs. 67.336 y vta.).

De igual forma, el Tribunal valoró las manifestaciones de la imputada vertidas en el denominado "Congreso de CEDEBA" que obra en CD como prueba instrumental incorporada a la causa, relativas a la necesidad del autocontrol de parte de los administrados, la creación de la Unidad Polivalente de Inspecciones, la capacitación y transparencia de los inspectores, como asimismo al reconocimiento de la importancia que del control de los locales bailables Fiszbin había efectuado.

Las propias manifestaciones de Fiszbin vertidas en aquella reunión, a criterio de los jueces, "*evidencian que la Subsecretaria de Control Comunal conocía muy bien cuál era la situación en que se encontraba la Unidad Polivalente de*

Inspecciones y los locales bailables ubicados en el ámbito de la Ciudad" (fs. 67.337 vta.).

Finalmente y siempre en lo inherente al descargo efectuado por Fiszbin, el Tribunal ahondó sobre la excusa argüida por la nombrada en cuanto a la imposibilidad de cumplir con la inspección de la totalidad de los locales bailables en relación a los recursos con los que contaban, reeditada en esta instancia por el defensor y que ya hemos tenido ocasión de descartar.

Al respecto, sostuvo el Tribunal de Juicio que "[d]e *la compulsa de las actuaciones que fueron remitidas por la Procuración General de la Ciudad, respecto de las inspecciones realizadas durante el año 2004 —cuya recepción obra a fs. 41.632/69 de la presente, junto con tres anexos (identificadas como punto Nº 45 la lista de prueba confeccionada por este Tribunal)- surge con claridad que durante el mes de mayo del año mencionado se efectuaron aproximadamente 1.280 inspecciones a comercios; en el mes de junio se realizaron alrededor de 1.760; durante el transcurso del mes de julio más de 2.500 inspecciones; y finalmente, a lo largo del mes de agosto alrededor de 2.400 inspecciones*." (fs. 67.341).

Resaltó asimismo que "*del listado oportunamente remitido por el Arquitecto Alimena, en orden a la Actuación Nº 631 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad —que previamente adquirió de la Superintendencia Federal de Bomberos- se destaca que el número de locales de baile que se debían controlar —como mínimo- ascendía a la cantidad de 177*." (ibídem).

En base a estas consideraciones, concluyeron los sentenciantes que "*si la imputada Fiszbin hubiese organizado los recursos humanos y materiales con los que contaba, desarrollando un política de control que los optimice al máximo, la totalidad de los locales de baile que comprendían la nómina remitida por Bomberos, podrían haber sido inspeccionados, a lo sumo, en el transcurso de 30 días*" pues "*si durante el mes de mayo de 2004 la tarea inspectiva se desarrolló sobre un total de 1.280 comercios, no resultan coherentes las afirmaciones de la acusada cuando, oportunamente, sostuvo la imposibilidad de desarrollar la tarea de inspección sobre todos los locales de baile de la ciudad*." (fs. 67.341 y vta.).

Sobre esto último añadieron que "*durante los cuatro meses referidos precedentemente, la Unidad Polivalente de Inspecciones concurrió a inspeccionar —entre el turno diurno y nocturno de inspectores- más de 7.900 comercios del ámbito de la ciudad*", razón por la cual "*no puede tener acogida ninguna argumentación enderezada a demostrar que el ejercicio de su deber de controlar el sistema de seguridad contra incendios de todos los locales de baile -como funcionaria pública de la Subsecretaría de Control Comunal- se presentaba como de imposible cumplimiento.*" (fs. 67.341 vta.).

Advierto entonces que la sentencia ha ponderado y descartado cada una de las manifestaciones vertidas por la imputada durante el debate, razón por la cual, la tacha de arbitrariedad esgrimida por la defensa, debe ser desechada.

b) Inexistencia de norma que obligara a concurrir a los locales de baile al vencimiento del certificado de bomberos y su control.

En este punto, la defensa de Fiszbin se agravia porque no existía norma alguna que obligara a inspeccionar un local de baile al vencimiento del cerificado de bomberos previsto en la ordenanza 50.250, porque en todo caso la reválida de dicho instrumento le competía a la Superintendencia Federal de Bomberos y, además, porque esta cuestión nada tiene que ver con la habilitación de un establecimiento.

Sin perjuicio de ello, la defensa destaca los controles que se realizaban para verificar la vigencia de esta clase de instrumentos, que dicho certificado nunca había sido considerado una "alarma", como asimismo que después de una inspección, el uso y el cumplimiento de las normas queda bajo exclusiva responsabilidad del administrado.

Con relación a ello, corresponde decir, en primer lugar, que si bien es cierto que la ordenanza 50.250 no establece específicamente una obligación a las autoridades comunales de controlar cada local en particular al vencimiento del certificado de prevención contra incendios, como así también que su renovación recae en cabeza de la Superintendencia Federal de Bomberos, no lo es menos que la Subsecretaría de Control Comunal conforme a lo establecido en el Anexo II/IV del decreto 2696 ostenta como responsabilidad primaria "*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 y seguridad alimentaria y salubridad*".

Siendo ello así y teniendo en cuenta que justamente una de las normas de seguridad necesarias para el funcionamiento de los locales clase "c" de la Ciudad era el cumplimiento de la ordenanza 50.250, no podemos sino concluir que efectivamente el control sobre la vigencia del certificado de bomberos estaba dentro de las competencias de la nombrada.

Por ello, consideramos ajustada la apreciación del Tribunal cuando, descartando esta argumentación, sostuviera que una "*mención expresa merece la posición sostenida por los funcionarios imputados en punto a que no tenían el deber de controlar los vencimientos de los certificados de bomberos obligatorios para el funcionamiento de los locales de baile ´clase C´, cuando resulta claro de la normativa que se analiza que todo lo referente al control de los requisitos de funcionamiento de los locales comerciales en el ejido de la Capital Federal estaba a cargo en forma exclusiva del área de control comunal.*" (fs.67.338 vta).

De hecho y tal como el propio defensor lo destaca en su escrito, muchos inspectores han afirmado que uno de los temas a controlar durante los operativos nocturnos coordinados desde la Subsecretaría de Control Comunal era la cuestión inherente a la vigencia del certificado de bomberos y a la orden impartida desde la superioridad para que se clausuraran aquellos establecimientos si el mentado instrumento no se encontraba vigente.

Desde esta perspectiva, el agravio esgrimido luce contradictorio, pues, por un lado, se pretende negar que el control del certificado haya sido competencia de Fiszbin y, por otro, se intenta marcar como positiva la labor de control ejercida al respecto.

Pero además, advierto, que tal como se desprende de las transcripciones de la sentencia efectuadas más arriba, el reproche trasladado por el Tribunal de Juicio a Fiszbin se basa en el incumplimiento de los deberes a su cargo por la omisión de controlar las condiciones de seguridad de la totalidad de los

locales de baile clase "c" a partir de la denuncia del Defensor del Pueblo Atilio Alimena, y no por la ausencia de control del vencimiento de un certificado de bomberos de un establecimiento en particular.

La norma incumplida de acuerdo a la lógica de la sentencia es justamente aquella que establece sus responsabilidades primarias, es decir, el decreto 2.696 ya citado, aunque limitado al control de los locales clase "c" conforme a lo denunciado por el Defensor del Pueblo.

Desde esta óptica, este agravio tampoco resulta atendible, en la medida en que no va dirigido a cuestionar la esencia de la imputación que sustenta la condena.

Párrafo aparte merece la consideración realizada por el defensor en cuanto a que después de una inspección el uso y cumplimiento de las normas depende de la voluntad del administrado. Este razonamiento no sólo se contradice con la norma expresa que imponía en cabeza de la imputada el deber de ejercer el poder de policía en materia de seguridad, salubridad e higiene, sino que lisa y llanamente importaría negar la necesidad de la existencia misma de los organismos de control, motivo por el cual no podrá tener acogida favorable.

c) La arbitrariedad en el tratamiento la Actuación 631. Principios de competencia y especialidad en materia administrativa. Valoración de los testimonios de Prusak, Antonio Fernández y Alimena. La omisión de ponderar los dichos de Hutchinson. Sobre las intimaciones a locales de baile.

Con relación a este ítem, el recurrente se agravia, en primer lugar, al sostener que a partir de la Actuación 631 iniciada por el Defensor del Pueblo, su asistida Fiszbin dispuso una serie de medidas que no pueden ser consideradas un incumplimiento de sus deberes. En este sentido, destaca que por orden de su defendida se cursaron alrededor de 160 intimaciones a los locales de baile, se solicitó a la Superintendencia Federal de Bomberos listados de locales para trabajar con ellos y se realizó un relevamiento del padrón de habilitaciones para actuar en base a datos actualizados.

Respecto de las intimaciones, agrega que la falta de personal hizo que se tomara en cuenta el dictamen de la

Procuración General 2.607/04 para fundar la decisión de intimar a los locales.

Siempre en relación a esas intimaciones, agrega la defensa que Fiszbin no sabía que iban a ser *"guardadas en una caja azul"* y que había dado la orden de tramitarlas en tiempo y forma, a la par que destaca nuevamente que los controles e inspecciones a locales bailables se efectuaban en base a denuncias, al listado remitido por el Defensor del Pueblo y no a circunstancias fortuitas como afirma la sentencia.

Aduce una confusión en las actividades de su asistida, quien a su criterio, no ejercía directamente el poder de policía. Vinculado a esta temática, alega la inobservancia de los principios de competencia y especialidad en materia administrativa.

Asimismo, plantea que el Tribunal ha pasado por alto las declaraciones testimoniales prestadas en el debate por Carmen Prusak (asesora de su asistida durante su gestión), de Antonio Fernández (colaborador del Defensor del Pueblo) y del propio Atilio Alimena; estos testimonios, a su entender, dieron cuenta de la labor efectuada por Fiszbin en relación a la temática planteada en la Actuación 631.

En este sentido, resalta que Carmen Prusak afirmó que luego de la primera reunión con Alimena, Fiszbin solicitó la depuración del padrón de habilitaciones y que en forma inmediata le requirió a la Coordinadora de la Unidad Polivalente de Inspecciones, Fernández, que procediera a intimar a los locales bailables.

De igual forma, expone el recurrente que el testigo Antonio Fernández dio cuenta de las conversaciones mantenidas entre Fiszbin y Alimena y que la funcionaria se puso a trabajar en el tema, a la par que reconoció que la Subsecretaría de Control Comunal evidenció una *"reestructuración importante"*.

Respecto de la declaración del Defensor del Pueblo Atilio Alimena, el recurrente se agravia porque el Tribunal de Juicio omitió considerar que el nombrado manifestó que ante su denuncia, la licenciada Fiszbin se *"ocupó del tema"*, que *"fue el gobierno que más rápido efectuó la gestión"*, que *"el procedimiento de intimación a los locales bailables que ordenó la Subsecretaría de Control Comunal esta dentro de las funciones normativas que se*

deben hacer", entre otras consideraciones que reconocieron positivamente la labor realizada.

Por otra parte, la defensa de Fiszbin cuestiona la naturaleza jurídica de la Actuación 631, indicando que el Tribunal oral omitió considerar los dichos del especialista en derecho administrativo Tomas Hutchinson, quien en el debate calificó a esa denuncia de "*vaga*".

Ahora bien, con relación a los planteos vinculados con la actividad desplegada por Fiszbin sobre los locales bailables clase "c" a partir de la Actuación 631, entiendo que han tenido respuesta más arriba.

En este último sentido, ya he resaltado que la sentencia del Tribunal de Juicio no ha omitido considerar las tareas desarrolladas por la imputada, sino que las consideró insuficientes para eximirla de responsabilidad en el cumplimiento de sus deberes funcionales, ante el deficiente control desplegado en el marco de la denuncia del Defensor del Pueblo.

La emisión de 160 intimaciones como respuesta al pedido de Alimena que la defensa de Fiszbin insiste en remarcar para sostener que su asistida cumplió con sus deberes funcionales, no puede ser considerada una actividad seria y razonable como modo de ejercer el poder de policía que le competía.

Ello así, pues, tal como fuera ponderado por el juez Riggi en el voto que lidera este acuerdo, el resultado de esas intimaciones no fue objeto de una análisis sistemático ni exhaustivo, sino que simplemente fueron separados los casos en que eran contestados (se los guardaba en una caja azul) de aquellos que no lo hicieron (se adjuntaban en un bibliorato).

En este contexto, no advierto cuál era la finalidad de realizar las intimaciones si en definitiva no existió un seguimiento de los resultados. En los hechos, ello importó que la actividad quedara al margen del control y de ahí que corresponda afirmar que la imputada omitió cumplir con su deber funcional.

A mi juicio, tampoco puede eximir de responsabilidad a la acusada la supuesta orden impartida a su inferior jerárquico de que las actuaciones fueran tramitadas en tiempo y forma y su aparente desconocimiento de que los resultados eran "*guardados en una caja azul*", pues fue Fiszbin la funcionaria que intervino personalmente en las reuniones con el Defensor del Pueblo y era

plenamente conciente de la situación que afrontaban los locales bailables clase “c”.

Por lo tanto, parte de su deber era supervisar las resultas de esas actuaciones, cuyo trámite le era plenamente conocido por el simple hecho de que nunca dejó de participar en todo lo inherente a la temática de los locales bailables.

En este aspecto, a mas de poner en cabeza de la imputada el ejercicio del poder de policía, específicamente el Anexo II/4 del decreto 2696 establece como una de las funciones de la Subsecretaría de Control Comunal, la de “*supervisar y coordinar acciones polivalentes con la Unidad Polivalente de Inspecciones*”, por lo que la excusa esgrimida no puede ser atendida.

Todo ello, permite descartar también aquellos agravios vinculados a la supuesta confusión en que habría incurrido el Tribunal de Juicio al ponderar las funciones de Fiszbin, pues aún cuando existía un órgano inferior encargado de ejercer de manera directa el poder de policía, la nombrada no podía abdicar de cumplir con las funciones que normativamente le estaban asignadas.

Estas mismas afirmaciones echan por tierra las manifestaciones de la defensa en torno a los principios de “*competencia y especialidad en materia administrativa*”, pues el decreto que establecía las responsabilidades primarias de Fiszbin no deja lugar a dudas de que estaba dentro de sus funciones el ejercicio del poder de policía y la supervisión de las actividades de su inferior jerárquico.

En lo inherente a los agravios vinculados a la omisión de ponderar parte de los dichos de los testigos Prusak, Antonio Fernández y Alimena, como así también lo declarado por el especialista en derecho Administrativo Tomas Hutchinson, observo que el recurrente cuestiona parte de la valoración realizada por el Tribunal de Juicio en el capítulo “*XXXIV*” de la sentencia que describe el trámite de la Actuación 631 y lo expresado por los testigos antes mencionados (fs. 67.299/307).

Con relación al testimonio de Carmen Prusak, de la lectura del pasaje aludido de la sentencia, advierto que, a contrario de lo sostenido por el recurrente, el Tribunal de Juicio no ha omitido ponderar que la nombrada manifestó que ante el pedido del defensor del Pueblo “*Fabiana Fiszbin pidió a ´Habilitaciones´ que depure el padrón*”, como así tampoco que “*Fabiana Fiszbin le*

solicitó a Ana María Fernández, que comience a trabajar sobre las intimaciones a locales bailables" (fs. 67.306 vta.).

En lo atingente a lo declarado por Antonio Fernández, tampoco se ha desconocido que el nombrado dio cuenta de las reuniones mantenidas entre Fiszbin y Alimena, ni el trabajo que sobre la temática del locales bailables clase "c" se realizó al respecto.

Entonces, los agravios relacionados con la omisión de valorar estos testimonios no pueden prosperar, máxime si se repara en que las manifestaciones de estos testigos no hacen más que corroborar el certero conocimiento que tenía Fiszbin sobre la grave problemática que representaba el control de la normativa relativa a la prevención contra incendios en los locales de baile clase "c" y del contenido de la denuncia del Defensor del Pueblo.

En cuanto a la declaración testimonial prestada en el debate por Atilio Alimena, se desprende de la prueba fijada por el Tribunal, que efectivamente el nombrado hizo algunas consideraciones respecto de la labor realizada por Fiszbin, similares a las apuntadas por la defensa.

Al respecto, observo que Alimena (fs. 66.700/66.707 vta.) manifestó que Fiszbin *"tal vez motivada en la gestión de la Defensoría, se estaba ocupando ´del tema´ y que ´en términos comparativos con gestiones anteriores´, se había trabajado ´quinientos por ciento o mil por ciento mejor más´, porque antes no se había hecho nada"*. También advierto que Alimena reconoció que *"la Subsecretaria estaba facultada para clausurar, pero no para disponer el cese general de la actividad"*, medida esta última que competía al jefe de gobierno.

Sin embargo, entiendo que estas consideraciones realizadas por el Defensor del Pueblo durante la audiencia, no pueden tener entidad para desligar de responsabilidad a la imputada, pues lo cierto es que en lo que hace a los presupuestos del tipo de incumplimiento reprochado en la condena, Alimena ratificó el contenido de su denuncia en sentido concreto.

El testimonio del nombrado no deja lugar a dudas en cuanto a que Fiszbin tenía un preciso y pormenorizado conocimiento de la Actuación 631 y del peligro al que se veían sometidos los concurrentes a los locales bailables clase "c" derivado del alto incumplimiento de la normativa de prevención contra incendios.

También resulta elocuente en cuanto la necesidad imperiosa de actuar de manera rápida y eficaz.

Así lo contó en el debate cuando explicó que le sugirió a Fiszbin *"publicar un aviso en el diario estableciendo un plazo de diez días para que los boliches regularicen la situación y al cabo de dicho plazo los establecimientos que no cumplieran con las condiciones exigidas por las normas debían ser clausurados"*; también cuando le dijo a la nombrada que *"la regularización de los locales no se podía dilatar en el tiempo porque todo el sistema legal es perverso y los inspectores podían ser burlados"* y que *"si los locales no cumplían con la normativa ´no podían estar funcionando´"* porque "[se] *estaba legitimando una anormalidad*" (fs. 66.703 vta./66.704 vta).

En este punto, debemos descartar también la argumentación esgrimida por la defensa en torno a que lo pedido por Alimena excedía la capacidad de la funcionaria, pues el Defensor del Pueblo no le reclamaba que ella misma dispusiera el cese general de toda la actividad (lo que sucedió después de lo acaecido en "Cromañón" mediante los decretos 2462/04 y 1/05 del Jefe de Gobierno) , sino que controle adecuadamente a los locales que no cumplían con la normativa de prevención contra incendio, aplicando las penalidades del caso respecto de aquellos que se encontraban en infracción.

Y esto último fue lo que la funcionaria no hizo, porque, como ya he sostenido más arriba, las intimaciones practicadas no fueron objeto de análisis posteriores, lo que demuestra la omisión funcional en que incurrió la imputada.

Con relación a la omisión de valorar los dichos del Dr. Tomas Hutchinson, observo que de la prueba producida en el debate surge que durante la audiencia le fue exhibida específicamente la resolución de Alimena obrante a fs. 16.515, es decir, la dictada el 5 de mayo de 2004, donde el Defensor del Pueblo ponía en conocimiento formal a la Subsecretaria de Control Comunal acerca del incumplimiento de la normativa de prevención contra incendios en materia de locales bailables.

Se desprende del contenido de la sentencia que sobre el punto el testigo manifestó que esa resolución *"debería haber especificado en qué casos y que lugares fueron advertidas esas situaciones"* y que *"esas actuaciones no implicarían la necesidad*

de un cambio de temperamento, pues en la administración siempre hay irregularidades y alguna de ellas resultan razonables". Agregó Tomas Hutchinson que *"no había visto con anterioridad ese documento, sino otro suscripto por la misma persona, en el cual se hacía una mera recomendación o aviso muy general para que los organismos cumplieran su función"* (ver fs. 66.693 vta.).

Entiendo que las manifestaciones de este testigo no pueden deslindar de responsabilidad a la imputada Fiszbin pues, en primer lugar, la opinión personal que pueda tener un abogado sobre una actuación que no conocía hasta el momento en que le fue exhibida, no tiene por sí misma entidad suficiente para desacreditar la gravedad de la denuncia entablada por el Defensor del Pueblo, máxime si se desconoce el contexto en que ésta fue radicada.

Pero además, las consideraciones efectuadas al respecto por el Dr. Tomas Hutchinson lucen parcializadas y contradictorias, en la medida en que le exige al Defensor del Pueblo que especifique los lugares en infracción, cuando ésta tarea es justamente aquella que debían verificar los organismo de control mediante la inspección de los locales de baile clase "C"; y, además, omite considerar el contenido de la Actuación 631 en su conjunto, pues los funcionarios contaban con el listado de locales de baile informados por la Superintendencia Federal de Bomberos para ordenar las inspecciones del caso.

Por lo tanto, los agravios vinculados a la omisión de ponderar este testimonio deben ser descartados.

d) Omisión de valorar otros temas conflictivos de la ciudad. La determinación de prioridades no constituye un incumplimiento.

En este punto la defensa de Fiszbin se agravia al decir que la Actuación 631 era un tema a tratar como tantos otros que llegaban a la Subsecretaría de Control Comunal y aduce que el Tribunal ha omitido considerar algunas políticas que su asistida debió afrontar, como ser, la reducción del consumo de alcohol en menores de edad, la venta de esas bebidas en kioscos, el control de la venta de pirotecnia para la época de las fiestas tanto en comercios como de parte de vendedores ambulantes, entre otras actividades que también implicaban riesgos. Agregó el recurrente que Fiszbin no podía estar pendiente de un establecimiento en particular.

En otro pasaje del recurso, indica que el hecho de que su asistida haya priorizado el trabajo sobre denuncias, no constituye un incumplimiento de deberes.

Con relación a estos agravios, entiendo que el Tribunal de Juicio no ha omitido considerar el resto de las problemáticas o conflictos que otras actividades podían presentar en el ejido de la ciudad, sino que, tal como se desprende de las transcripciones de la sentencia que hemos efectuado mas arriba, estableció que un adecuado ejercicio del poder de policía imponía la necesidad de otorgarle tratamiento prioritario a la Actuación 631.

Y en este sentido, debemos coincidir con la ponderación realizada por los magistrados, pues durante toda la gestión de Fiszbin no existió una denuncia tan categórica y de extrema gravedad como la realizada por el Defensor del Pueblo, la cual ponía en evidencia, con una notoriedad indisimulable, el alto grado de incumplimiento de las normas de seguridad que presentaba una actividad específica.

La denuncia resaltaba concretamente que los locales bailables clase “c” registraban un alto incumplimiento de la normativa de prevención contra incendios, que esta situación ponía en riesgo la vida de miles de jóvenes que concurrían cada fin de semana a estos comercios y, además, estaba acompañada de un listado de locales que podían haber sido tomados de base por los funcionarios encargados de ejercer el control para circunscribir el marco de su actuación.

Observo además que no se trató simplemente de una denuncia más que ingresó al área, sino que fue acompañada de toda una gestión personal del Defensor del Pueblo para que la imputada canalice adecuadamente el pedido, tanto a través de reuniones personales, como asimismo mediante la publicación de tan comentada nota del diario “Clarín”.

En este contexto pues, entiendo acertada la apreciación del Tribunal de Juicio en cuanto a que las circunstancias descriptas ameritaban disponer el tratamiento prioritario y urgente de la denuncia, si es que se pretendía ejercer adecuadamente el poder de policía, voluntad que evidentemente y por las razones que se vienen exponiendo no existió de parte de la acusada.

La defensa de Fiszbin también aduce que el trabajo desplegado priorizando las denuncias no puede ser considerado un incumplimiento de deberes. Sin embargo, no advierte que la Actuación 631 fue una denuncia que no recibió el tratamiento correspondiente y allí reside la esencia de su omisión funcional.

e) Sobre el local "Cromañón".

En este punto, la defensa de Fiszbin expresa que su defendida no conocía el local "Cromañón" y que no estaba en la Ciudad de Buenos Aires cuando fueron publicados los avisos del recital de "Callejeros" en ese lugar.

Indica que la sobreocupación de los locales se controlaba y que a Fiszbin nadie le avisó la cantidad de espectadores que ingresaban en "Cromañón".

Alega que el establecimiento en cuestión fue objeto de actividad de inspección, que en el año 2003 el sistema de prevención contra incendios del lugar no mereció observación alguna (siempre obtuvo la reválida del certificado de prevención contra incendios) y que en el mes de marzo del año 2004 se produjo una concurrencia al lugar a fin de verificarlo y controlarlo, pero se encontraba cerrado.

Resalta a su vez la intimación cursada respecto del local en el marco de la Actuación 631 y la circunstancia de que fuera contestada en tiempo y forma durante la vigencia del certificado de bomberos. Marca una contradicción entre la actividad desplegada y el reproche realizado respecto de la ausencia de control.

Agrega que cuando el certificado venció y la Superintendencia Federal de Bomberos concurrió al lugar a fin de efectuar la reválida, las autoridades no pudieron ingresar y esta circunstancia no fue notificada al G.C.B.A..

Por otra parte, indica que quedó demostrado en el debate que "Cromañón" incurría en una gran cantidad de contravenciones y que los funcionarios policiales que tenía a su cargo la prevención y seguridad de la zona, nada hicieron al respecto y no informaron de la situación a Fiszbin.

Señala que cuando la Comisaría 7ma. de la P.F.A. envió una solicitud de inspección respecto del local, el Gobierno de la Ciudad dio cumplimiento en forma inmediata a esa petición.

Expresa que tampoco existieron denuncias o quejas recibidas respecto de este lugar y que ninguno de los testigos que

se desempeñaron como funcionarios del Gobierno de la Ciudad dijo conocer el establecimiento.

En otro orden, aunque siempre relacionado con el local "Cromañón", la defensa se agravia porque, a su criterio, el Tribunal de Juicio no dio argumentos para descartar la vigencia del certificado de bomberos del lugar que Fiszbin expusiera durante una de sus indagatorias.

Como primera cuestión, observo que el recurrente se agravia del capítulo "*XXXIV.N*" de la sentencia, titulado "*El caso del local* Cromañón" (fs. 67.324/67.327 vta.), donde el Tribunal oral ponderó la situación administrativa en que se encontraba el establecimiento como asimismo los controles desplegados a su respecto.

Sin perjuicio de ello, destaco una vez más que el reproche trasladado a Fiszbin tiene su génesis en la omisión de ejercer el poder de policía en materia de prevención contra incendios respecto de todos los locales clase "c", a partir de la denuncia de Alimena. Advierto entonces que la situación particular del local "Cromañón" fue ponderada como un ejemplo más de la falta de planificación y racionalidad a la hora de cumplir con sus funciones, pero no constituye por sí sola la base de la imputación.

Por estos motivos, no resultan vinculantes para resolver la cuestión, la circunstancia de que Fiszbin no conociera certeramente la existencia del local en particular, que no supiera de su sobre ocupación, que desconociera que allí se llevaría a cabo el recital de "Callejeros", o que no se encontrara en la ciudad de Buenos Aires al momento del hecho, máxime si se repara en que el Tribunal de Juicio no la ha responsabilizado por el incendio producido el día 30 de diciembre de 2004.

Otro tanto puede decirse con relación a los agravios vinculados a la falta de conocimiento que sobre estos últimos extremos dieron cuenta los testigos que se desempeñaron como funcionarios y a la ausencia de quejas o denuncias sobre el establecimiento.

Respecto del control desplegado sobre el local, no se encuentra controvertido que, tal como lo afirmara el Tribunal oral, "*el local situado en Bartolomé Mitre N° 3060 fue inspeccionado por última vez -por el área de control comunal- el*

29 de marzo de 2003, por el Inspector Ricardo Capello -ver libro de inspecciones reservado en el Sobre 20-." (fs. 67.325).

Tampoco se haya en tela de juicio que durante el año 2004, inspectores de la Unidad Polivalente de Inspecciones dependiente de la Subsecretaría de Control Comunal, se constituyeron en la zona de "Once" con el objeto de realizar operativos nocturnos sobre locales de baile.

En este sentido, expuso el Tribunal y no ha sido cuestionado por la parte agraviada que "[l]*a primera oportunidad en que se verifica esta situación fue el 21 de marzo de 2004, como consecuencia de una solicitud cursada por el Subcomisario José Daniel Federico de la comisaría 7ma.*" (fs. 67.325 vta.)

Sostuvo el Tribunal de Juicio que "[c]*onforme surge de la lectura del oficio de fecha 10 de febrero de 2004 -agregado en el Expediente N° 2/2005 de la Procuración General a fs. 529-, el Subcomisario Federico solicitó a la Unidad Polivalente de Inspecciones que colaborara con personal a su cargo para que, junto a personal de esa dependencia policial, concurrieran a inspeccionar los comercios del rubro confiterías bailables del ejido jurisdiccional de esa comisaría, detallando 5 locales, siendo el primero de la lista el situado en Bartolomé Mitre N° 3060, al que denominaban entonces "Central Park" -recordemos que como "Cromañon" comenzó a funcionar poco tiempo después- , indicando luego a "Latino 11" sito en Ecuador y Bme. Mitre, "Stadium" ubicado en Ecuador 31, "Chevecha" de Ecuador 46 y "Popularísimo" enclavado en Bme. Mitre 2737*" (ibídem).

Con base en la declaración de la inspectora María Virginia Brizuela, el Tribunal tuvo por acreditado que "*uno de los locales de la orden era el situado al lado del hotel ´Central Park´, que se llamaba ´El Reventón´, siendo informados por la policía que este local se encontraba cerrado, lo que fue confirmado por el inspector Víctor Telias, quien concurrió hasta la puerta para verificar ese extremo*". (fs. 67.325 vta./67.326)

La lógica de un sistema de inspección eficiente evidencia que si un local no puede ser inspeccionado porque se encuentra cerrado, esta circunstancia debe ser informada con el objeto de volver al lugar para efectivizar la inspección. Otra conclusión, importaría abdicar al ejercicio del control.

Más allá de si efectivamente se asentara esta visita frustrada al local por el inspector Víctor Telias, lo cierto es que no se encuentra controvertido en autos que, con fecha 1 de agosto de 2004, los inspectores de la UPI regresaron a la zona de "Once" para efectuar otro operativo nocturno. Pero, inexplicablemente, este establecimiento no fue incluido dentro de los lugares a inspeccionar.

En este aspecto, afirmó el Tribunal oral y no fue controvertido por la parte que a "Cromañón", *"no se lo incluyó cuando en la madrugada del 1° de agosto de 2004 inspectores de la UPI regresaron a la zona, pues contra toda lógica volvieron a incluir como objetivos a los dos lugares que se inspeccionaron en marzo de ese año -´Latino 11´ y ´Popularísimo´- pero no a Bartolomé Mitre N° 3060, lugar que ya como ´República de Cromañon´ promocionaba su funcionamiento a través de su cara visible Omar Chabán en los medios televisivos y gráficos, y además se anunciaba en la agenda de los Suplementos ´Si´ del diario Clarín y ´No´ de Página 12*." (fs.67.327).

Agregó el Tribunal que "[j]*ustamente se anunciaba para esa noche del Sábado 31 de julio, un recital denominado ´Cumbre del Metal´ con horario de convocatoria a las 20 hs. y puede observarse de la documental reservada en el sobre 284 -recibos de SADAIC- que esa noche tocaron allí los conjuntos ´Tren Loco´ y ´El dragón´*" (ibídem).

De ahí que los magistrados concluyeran que "[n]*uevamente advertimos como la indiferencia y la renuncia a ejercer cualquier tipo de control serio primó en la decisión de la elección de los objetivos, que como ya vimos se elegían sin ningún tipo de regla lógica verificable, de manera arbitraria, y dependía de la mano del funcionario o asesor de turno que elegía la dirección*."(ibídem).

Entiendo entonces que los agravios esgrimidos por el recurrente relativos a los controles efectuados sobre el local no pueden prosperar, en la medida en que no han logrado conmover la valoración efectuada por el Tribunal de Juicio, en razón de la comprobada irracionalidad con la que los funcionarios encargados de ejercer el poder de policía desplegaban sus funciones.

En la práctica, la falta de lógica y sistematización, comportó una ausencia real de control, a punto tal que el local

"Cromañón" funcionó durante casi todo el año 2004 sin recibir inspección efectiva alguna y pese a que el establecimiento había sido un objetivo incluido en un pedido de la Seccional 7ma antes del comienzo de la explotación de parte de Omar Chabán.

Pero además, advierto que esa ausencia de control también quedó en evidencia con lo sucedido con el resultado de la intimación cursada al local en el marco de la Actuación 631.

En esta última dirección, conforme expusiera el Tribunal y no se ha cuestionado, "Cromañón" "*fue uno de los locales intimados a presentar la documentación -ver sobre 33- y éste requerimiento fue recibido por el Sr. Alfredo Mario Díaz, empleado de Omar Chabán, el 24/05/04*." (fs. 67.324).

Asimismo, no está controvertida la afirmación del Tribunal de Juicio en cuanto a que "[e]*l 10 de junio de 2004, el Sr. Raúl Lorenzo -en representación de Lagarto S.A., titular de la habilitación- respondió al requerimiento y entregó en la UPI la copia de la plancheta de habilitación, el certificado de inspección final de bomberos, dos carátulas de fotocopias de los planos de habilitación y tres de los planos de bomberos*." (ibídem).

De esa documentación surge que el certificado de prevención contra incendios vencía el 24 de noviembre de 2004. De ahí que el Tribunal oral concluyera que "*el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a través de la Unidad Polivalente, intimó al local de Bartolomé Mitre N° 3060/72 -en el marco de la presunta respuesta por la denuncia realizada por Alimena-, y que habiendo respondido del modo ya citado, jamás lo inspeccionaron, pese a que sabían que el 24 de noviembre de 2004 vencía su certificado de prevención de incendios*." (fs. 67.325).

Y agregaron los magistrados que "*el resultado de las intimaciones no fue objeto de análisis, se desentendieron de ésta en particular, como de todas las demás en el mismo momento en que se cursaron, y el control del cumplimiento de las normas de prevención contra incendios no resultó un objetivo de los funcionarios responsables de la Unidad Polivalente, ni una directiva supervisada por la responsable de la Subsecretaría de Control Comunal, y es por ello que ningún sistema de advertencias se creó con el objetivo de supervisar que los locales de baile sólo funcionaran en la medida que tuvieran vigente su certificado,*

ni para controlar que aún con el certificado al día no hayan realizado refacciones o cambios en el local que pudieran haber afectado las condiciones de seguridad que se tuvieron en cuenta al aprobarse las medidas por la Superintendencia de Bomberos -tal como lo prevé el Condigo de Habilitaciones y Verificaciones en su art. 10.2.3 a) —modificado por la citada Ordenanza 50.250." (ibídem).

Considero ajustadas las apreciaciones esgrimidas por los sentenciantes, pues una mínima compulsa del resultado de las intimaciones hubiera permitido determinar que el certificado de bomberos presentado vencía el 24 de noviembre de 2004 y, en base a ello, disponer una inspección para verificar las condiciones de prevención contra incendios del establecimiento.

Por lo tanto, el supuesto control que pregona el recurrente no fue tal, sino que directamente no existió, en la medida en que la intimación no fue analizada y, en la práctica, ello resulta igual a como si nunca hubiera sido cursada.

Por otra parte, tampoco puede tener asidero el agravio vinculado a que el certificado de bomberos se encontraba vigente, pues esa afirmación se basa en una planilla de "Excel" labrada en el ámbito de la Defensoría del Pueblo y no en la documentación oficial con la que contaban los funcionarios.

En este último aspecto, surge de manera inequívoca tanto del certificado presentado por el administrado en la UPI como del legajo de bomberos 12.430, que la verdadera fecha de vencimiento de dicho instrumento era el 24 de noviembre de 2004, razón por la cual las afirmaciones del Tribunal de Juicio en torno a este punto no pueden ser controvertidas.

A contrario de lo sostenido por el recurrente, no hacía falta una "*notificación al GCBA*" del vencimiento del certificado, pues la documentación que lo anunciaba se encontraba en la tan famosa "caja azul", lo que acredita una vez más que nunca fue debidamente compulsada.

Finalmente, tampoco corresponde hacer lugar al agravio vinculado a una supuesta maniobra de ocultamiento del local de parte de la Policía Federal o a la circunstancia de que ciertos preventores hayan omitido reprimir las contravenciones que allí se producían.

Ello así pues, en primer término, la responsabilidad de los policías no exime a los encargados de ejercer el control comunal de sus obligaciones y, en segundo lugar, porque la posibilidad de controlar debidamente el establecimiento estaba al alcance de la mano de los funcionarios.

f) Sobre los cambios de estructuras del GCBA y el informe de Auditoría nro. 10.

En este punto, la defensa de Fiszbin se agravia al decir que los cambios estructurales que presentaron los organismos de control del Gobierno de la Ciudad y la modificación al sistema de inspecciones (decreto 2.616/03) no fueron dispuestos por su asistida.

Aduce que la sentencia le exigió a su pupila la adopción de un sistema de inspección planificado, lo cual, según el recurrente, siempre estuvo en cabeza de Fiszbin, quien en todo momento procuró llevar adelante una buena organización administrativa. Agrega que tal sistema no existe siquiera en la actualidad.

Por otra parte, se agravia contra el pasaje de la sentencia que destaca que el informe de auditoría nro. 10 realizado respecto de la Unidad Polivalente de Inspecciones por la contadora Rudnistky importó un llamado de atención a las autoridades, al decir que "*dicho informe jamás fue recibido por la Subsecretaria Fabiana Fiszbin*".

Ahora bien, como primera cuestión, observo que el Tribunal no ha reprochado a Fiszbin, para fundar el incumplimiento de sus funciones, los cambios estructurales de los órganos de control del Gobierno de la Ciudad como así tampoco la modificación del sistema de inspección operada mediante el decreto 2.616/03. En este contexto, esos agravios no se dirigen a cuestionar el fondo del asunto, razón por la cual deben ser rechazados.

Respecto de la exigencia de un sistema de inspección planificado, ya he ponderado extensamente, en consonancia con las argumentaciones del Tribunal de Juicio, la necesidad impuesta a partir de la denuncia de Alimena de inspeccionar la totalidad de locales bailables clase "c" y cómo a partir de la deficiente tarea desplegada por la acusada, la actividad quedó exenta de contralor. Ello importó, de parte de la imputada, una abdicación del ejercicio del poder de policía al que funcionalmente se encontraba

obligada. Por ende, los agravios relacionados a estos extremos también deben ser descartados.

Finalmente, y en lo inherente al desconocimiento del informe de auditoría nro. 10, adhiero a lo expresado sobre el punto por el juez Riggi, esto es, a que Fiszbin efectivamente conocía el contenido de esa actuación porque lo reconoció expresamente en unas de sus declaraciones indagatorias prestadas durante el debate indicando en esa oportunidad que "*supo además de sus recomendaciones*" (ver fs. 67.035 vta.).

g) Aplicación arbitraria de la normativa sobre recitales en estadios a los locales bailables clase "c".

La defensa de Fiszbin también se agravia contra la afirmación sostenida en la sentencia, en cuanto a que la celebración de recitales no se encontraba comprendida entre las actividades habilitadas para un local de baile clase "c".

Indica que tanto la resolución 994/96 y la disposición 2.794 de la Dirección General de Registros y Certificaciones, a contrario de lo sostenido por el Tribunal de Juicio, resultan normativas que se refieren a recitales en estadios y no en los locales de baile.

Alega que de las declaraciones de los testigos Jorge Luis Pérez y Miguel Ángel Figueroa, surge que, a lo sumo, existía un vacío legal, que de ningún modo puede interpretarse como una prohibición.

Expone el recurrente que el Tribunal no explica suficientemente por qué la normativa 996/94 referente a recitales en estadios resulta más segura que las relativas al funcionamiento de los locales bailables clase "c".

Agrega que dicha resolución no fue publicada en el Boletín Oficial y que de todas maneras crea como organismo de control al "Área de Contralor Espectáculos", repartición que no dependía de la Subsecretaría de Control Comunal a cargo de su asistida.

Asimismo, tras efectuar una transcripción del capítulo 10.2 del Código de Habilitaciones relativo a los locales clase "c" (arts. 10.2.20 y 10.2.22), manifiesta que "*no se comprende bajo que análisis normativo, el Tribunal, decide que el concepto ´variedades´, no esté comprendido entre las actividades principales de los locales de baile*".

En definitiva, alega que la categoría "*recitales*" no existía en la normativa de la ciudad de Buenos Aires, pero que desde hace muchos años se realizaban estos tipos de espectáculos en locales clase "c" sin necesidad de pedir autorización expresa. Agrega que la Actuación 631 no mencionó esta problemática.

Finalmente, destaca que recién luego de la tragedia se prohibió la realización de recitales en locales de baile (decreto de necesidad y urgencia 1/05) y que, tiempo después, se reglamentó la solicitud de un permiso especial para desarrollar esa actividad (decreto 2/05).

Con relación a estos agravios, advierto que la defensa de Fiszbin pretende cuestionar el capítulo de la sentencia nro. "*XXXIV.F*" titulado "El control de los locales de baile" (67.291vta./67.294vta.), donde el Tribunal de Juicio realizó una interpretación de las normas que rigen la actividad de los locales bailables clase "c" y de aquella vinculada a los recitales en estadios.

En los términos en que se encuentran planteados los agravios, la cuestión a dilucidar pasaría por determinar si la realización de recitales en un local de baile clase "c" como los que se celebraban en "Cromañón" estaban permitidos por las normas vigentes.

En este sentido, está controvertido si dentro de lo establecido ítem e) del art. 10.2.20 del Código de Habilitaciones y Verificaciones en cuanto autoriza a "*realizar o no números de variedades*" en los locales bailables clase "c", estaba incluida la posibilidad de brindar un recital como actividad principal; o, si por el contrario, la celebración de este tipo de eventos debía regirse por las exigencias marcadas por la resolución 996/94 (modificada por disposición 2.794 de la Dirección General de Registros y Certificaciones) que regulaba los requisitos establecidos para los espectáculos masivos en estadios.

Y si esto es así, advierto que los agravios esgrimidos no resultan dirimentes para la dilucidación del caso, en la medida en que la imputación trasladada a Fiszbin en cuanto al incumplimiento de sus deberes funcionales, no va dirigida a reprocharle la efectiva realización de recitales en ese lugar en particular, ni por haber omitido cumplir con la resolución 996/94 y sus modificatorias, sino, como ya he aclarado, por no haber

inspeccionado la totalidad de locales bailables clase “c” conforme sus responsabilidades primarias (decreto 2.696), a partir de la denuncia del Defensor del Pueblo.

En estas condiciones, todos los agravios sobre el punto resultan abstractos, sin perjuicio de entender que han tenido acabada respuesta en el voto del juez Riggi, al cual adhiero y me remito en lo pertinente.

h) Sobre el padrón de habilitaciones y el relevamiento encomendado al CEVIP.

La defensa de Fiszbin se agravia al decir que su asistida no tuvo “*de un día para el otro*” los listados de locales bailables y aduce que las inspecciones no podían responder únicamente a lo que el padrón de habilitaciones de la ciudad contemplaba.

Indica que los jueces no tuvieron en cuenta el relevamiento encomendado al CEVIP, como así tampoco que esta tarea no podía realizarse en un día.

Con relación a estos agravios, observo que la sentencia del tribunal tuvo por acreditado, en primer lugar, que aún antes de la recepción formal de la Actuación 631, las áreas de control del Gobierno de la Ciudad, ya habían cursado las intimaciones a los locales de baile clase “c” que figuraban en los listados remitidos por la Superintendencia Federal de Bomberos, en razón de las reuniones que había mantenido Fiszbin con el arquitecto Alimena.

En este sentido, expuso el Tribunal de Juicio -y no ha sido cuestionado por el recurrente- que “[l]*a Unidad Polivalente de Inspecciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, como se indicó, recibió formalmente la Actuación N° 631 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad el 26 de mayo de 2004, sin embargo, ya antes de su recepción -y en función de las reuniones que había sostenido el Arq. Alimena con la Subsecretaria de Control Comunal Licenciada Fiszbin en los meses de enero y mayo-, se solicitó la lista de locales que la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal le había remitido a Alimena en el mes de febrero de 2004 — que llegó a la dependencia a cargo de Ana María Fernández el 18 de mayo de 2004- y sobre su base se dispuso realizar cédulas de intimación con el fin de que los titulares de dichos comercios presentaran, en el plazo de 15 días hábiles a la UPI, la documentación ´que acredite el cumplimiento de la normativa*

vigente relativa a la actividad comercial que desarrolla´ advirtiendo que en caso de incumplimiento ´podrá ser pasible del régimen de penalidades vigentes´. (fs. 67.314).

Esto evidencia que, aún antes del mes de mayo, la imputada Fiszbin ya contaba al menos con el listado de 177 locales bailables clase "c" remitidos por la Superintendencia Federal de Bomberos, razón por la cual le era factible ordenar la inspección generalizada que se reclama en la sentencia, aunque sea limitándola a esa cantidad de lugares. Por lo tanto, no pueden tener asidero los agravios vinculados a que la imputada no contaba con listados de locales bailables.

Con relación al agravio inherente al relevamiento encomendado al CEVIP, de las transcripciones de la sentencia efectuadas más arriba, se desprende que el Tribunal de Juicio no ha desconocido esa tarea, sino que la consideró insuficiente para dar tratamiento a la Actuación 631, pues a la espera de sus resultas, se demoró la inspección de la totalidad de locales que correspondía efectuar para dar debido cumplimiento a la denuncia del Defensor del Pueblo.

Nótese que el Tribunal aseveró que el censo culminó el 1 de octubre de 2004 y que Fiszbin recién el 1 de diciembre lo remitió a la Dirección de Habilitaciones y Permisos, extremos que no se encuentran controvertidos por la parte.

Comparto entonces las apreciaciones realizadas por el Tribunal de mérito, pues con la excusa de haber encomendado ese relevamiento, la actividad de los locales bailables clase "c" continuó al margen de las normas de prevención contra incendios como lo había denunciado el Defensor del Pueblo.

Es más, advierto que si la imputada hubiera pretendido cumplir adecuadamente con sus deberes funcionales, ya desde el 1 de octubre tenía a su disposición el nuevo padrón depurado en base al cual ordenar un plan de inspección tendiente a paliar la situación denunciada por Alimena; no obstante ello, la situación no se modificó, las intimaciones permanecieron archivas y la inspección sistemática que debía realizar conforme sus deberes funcionales jamás se produjo.

Por lo tanto, los agravios esgrimidos por la defensa en torno a este punto, deben ser rechazados.

i) Sobre las recomendaciones anteriores al ejercicio del cargo de parte de Fiszbin.

El recurrente se agravia al decir que resulta "*ilógico y desacertado*" que se le reprochen a Fiszbin recomendaciones de años anteriores y que no habían sido dirigidas a la nombrada.

En este punto, la defensa hace alusión a la resolución 2.022/03 de la Defensoría del Pueblo, también vinculada a la temática de los locales bailables, pero anterior a la gestión de Fiszbin.

Agrega que esta resolución no era conocida ni siquiera por las autoridades a quien fue dirigida, indicando que la actual diputada Silvana Giudici aclaró que recién después de la tragedia tomó conocimiento de esa actuación.

Con relación a estos agravios, observo que el Tribunal de Juicio no le ha reprochado a Fiszbin el incumplimiento de sus deberes funcionales en base a la resolución 2.022/03, sino de la Actuación 631, que estaba dirigida a ella y de la cual tenía un certero conocimiento conforme se ha ponderado extensamente.

Sin perjuicio de que ello resulte suficiente para desechar los agravios vinculados sobre este punto, advierto que, tal como lo expusiera el Tribunal oral, de los considerandos de la resolución dictada por Alimena con fecha 5 de mayo de 2004 y que le fuera entregada en mano a Fiszbin, se desprende una referencia expresa a la resolución 2.022/03.

Un actuar serio y razonable para afrontar la situación denunciada le imponía a la funcionaria al menos interiorizarse sobre el contenido de esta última actuación, máxime si se tiene en cuenta la gravedad de la situación que estaba poniendo de manifiesto el Defensor del Pueblo en su presentación.

Finalmente, tampoco resulta plausible el agravio vinculado al desconocimiento del contenido de la resolución 2.022/03 de parte de otros funcionarios que se desempeñaron en gestiones anteriores, por la simple razón de que su actividad no constituye parte del objeto de este proceso.

j) La denuncia de Omar Fernández y los informes de Hugo Fernández y Barroetaveña.

Con relación a la denuncia Omar Fernández, la defensa se agravia al decir que su defendida jamás la tomó como una

"*advertencia genérica*", sino que, por el contrario, se trabajó sobre su base.

En este último aspecto, resalta la actividad desplegada a partir de dicha denuncia, las clausuras realizadas y alega que el testigo se mostró interesado porque era apoderado de uno de los locales clausurados durante la gestión de la imputada.

Por otra parte y en lo inherente al informe de auditoría confeccionado por Hugo Fernández el 24 de enero de 2005, es decir, después de la tragedia, se agravia el recurrente porque en la sentencia se le pretende dar sustento cuando a la vez se reconoce que sus conclusiones eran "*fallidas*", lo cual, a su criterio, resulta "*absurdo*".

En otro orden, se agravia de la valoración efectuada por el Tribunal respecto del testimonio del Presidente de la Auditoría General de la Ciudad, Matías Barroetaveña, pues si bien el nombrado expuso que el Gobierno de la Ciudad no contestaba los pedidos de informes, aclaró que nunca fueron solicitados puntualmente a la Subsecretaría de Control Comunal. Agrega que este testigo reconoció que las auditorías para locales bailables se planificó para el año 2005, es decir, para después del hecho del 30 de diciembre de 2004.

Ahora bien, en lo atingente a la denuncia de Omar Fernández, advierto que el Tribunal oral no sólo la desechó como una advertencia de trascendencia respecto de los locales bailables, sino que incluso reconoció que los organismos de control le dieron efectivamente respuesta. Desde esta perspectiva, no constituye parte de la imputación, por lo que el agravio esgrimido resulta insustancial.

Efectivamente, de la lectura de algunos pasajes del capítulo dedicado a la absolución del imputado Gustavo Juan Torres, el Tribunal indicó que las manifestaciones de Omar Fernández "*están lejos de constituir una advertencia respecto de la situación integral de los establecimientos bailables, de similar trascendencia que la realizada por el Arquitecto Alimena; ello por cuanto, más allá de lo que sostuvo en el debate, al cotejarse la documentación que avalaría sus dichos se advierte que, en realidad, hace referencia a circunstancias que atañen a comercios puntuales que compiten en el rubro con un local del cual era mandatario. Sin perjuicio de ello, es preciso destacar que la*

Dirección General a cargo de Torres actuó efectivamente en respuesta a esas denuncias." (fs. 67.360 vta).

En estas condiciones no se alcanzan a comprender los términos del agravio, razón por la cual debe ser rechazado.

Por otra parte y ya en referencia al informe de auditoría labrado por Hugo Fernández, expresó el Tribunal de mérito que "*el informe de Auditoría Interna n°2/Auditoría/DGFyC/2005 del 24 de enero de 2005, confeccionado por Hugo Ricardo Fernández, no hace más que reflejar las consecuencias prácticas de la falta de observación de las recomendaciones que anteriormente había efectuado la Auditoria General de la Ciudad de Buenos Aires al organismo de control de la Ciudad de Buenos Aires.*" (fs. 67.298/vta)

Tras repasar los datos volcados en esa actuación, agregó el Tribunal que "*las conclusiones del auditor interno respecto a que debieron haberse clausurado 113 locales por falta de habilitación no pueden ser compartidas, por cuanto se apoyan en un simple cálculo matemático cantidad de locales de baile inspeccionados menos el total de locales habilitados- que parte de una premisa que no se compadece con lo realmente acontecido*" pues " *el auditor sostiene que se han inspeccionado 230 locales de baile equiparando erróneamente las inspecciones realizadas con la cantidad de salones de baile inspeccionados.*" (fs. 67.299).

Por lo expuesto, sostuvieron los jueces que "[m]*ás allá de las fallidas conclusiones del auditor Hugo Ricardo Fernández, la excesiva reiteración de inspecciones a un mismo local contrasta con el caso de establecimientos que no han sido objeto de control alguno y evidencia la ausencia de un plan inspectivo racional que tienda a abarcar la totalidad de los objetivos y el modo en que se malgastaban los recursos —siempre escasos- del organismo de control.*" (ibídem).

Sin perjuicio de considerar que esta pieza no ha sido decisiva a la hora de fundar la responsabilidad de Fiszbin, advierto que el Tribunal de Juicio efectivamente cuestionó sus conclusiones, pero sólo en lo relativo a la cantidad de clausuras a locales bailables que el auditor entendía que debían haberse realizado durante el año 2004.

Ello, a mi juicio, no obsta a considerarlo como un indicio más de la falta de verificación de las recomendaciones de

anteriores auditorías que sobre los organismos de control se habían realizado o de la ausencia de planificación de inspecciones, como parece haberlo entendido el Tribunal oral, por lo que no observo la contradicción o el absurdo que pregona el recurrente.

Finalmente y en relación al testimonio de Matías Barroetaveña, los agravios deben ser descartados, porque tampoco advierto que el Tribunal de Juicio haya responsabilizado a Fiszbin por no contestar los pedidos de informes de la Auditoría General de la Ciudad y la circunstancia de que este último órgano haya planificado recién para el año 2005 una auditoría para los locales de baile clase "c", en nada se vincula con el incumplimiento funcional que se reprocha a la imputada a partir del tratamiento de la Actuación 631.

k) Sobre los testimonios de Rivero y Santinelli.

En ocasión de celebrarse la audiencia prevista en el art. 467 del CPPN, la defensa de Fiszbin introdujo como novedoso el cuestionamiento de los testimonios de los inspectores Rivero y Santinelli, ex funcionarios del Gobierno de la Ciudad y que a su entender fueron utilizados como elementos de cargo en contra de su asistida.

En primer lugar, el Dr. Fainberg, indicó que el testigo Rivero no pudo declarar en el debate por padecer una enfermedad terminal, motivo por el cual esa asistencia técnica no pudo interrogarlo en ninguna instancia del proceso, especialmente porque cuando declaró en etapa instructoria Fiszbin aún no había sido llamada a prestar declaración indagatoria.

Se agravia entonces porque el Tribunal de Juicio resolvió incorporar por lectura este testimonio, en contra de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el fallo "Benítez" (Fallos 329:5556).

Con relación al testigo Horacio Santinelli, el recurrente expresó que durante la audiencia de debate esa defensa lo denunció en orden a los delitos de usurpación de títulos, falso testimonio y defraudación a la administración pública.

Destacó que en fecha reciente, el Juzgado Nacional en lo Criminal Federal nro. 12, a cargo del Dr. Sergio Torres, dictó auto de procesamiento del nombrado Santinelli por los delitos de usurpación de títulos y defraudación a la administración pública.

Ahora bien, cuando analicé las reglas generales de valoración de testimonios antes en este voto, he dejado en claro mi posición acerca de la imposibilidad de valorar como elemento fundante de la condena aquellos testimonios recibidos durante la instrucción que la defensa no tuvo la ocasión de efectuar un control útil y eficaz. A ello me remito en lo pertinente.

Sin embargo, entiendo que ninguno de los agravios aducidos por el Dr. Fainberg deben ser atendidos, por cuanto, respecto del testimonio de Rivero, aún cuando fue incorporado por lectura, advierto que no ha sido un elemento de cargo decisivo para arribar a la responsabilidad de la imputada, la cual surge de la copiosa prueba ya valorada y que fuera producida en el debate; y con relación a Santinelli, porque el nombrado prestó declaración en el juicio y además su testimonio tampoco ha tenido relevancia en la conformación del cuadro convictivo que llevó a los jueces de grado dictar la condena.

l) La resolución 359, los dichos de Bendinelli. Violaciones a los principios de inocencia e "in dubio pro reo"

En este punto la defensa de se agravia al decir que su asistida Fiszbin dio curso inmediato a la resolución 359 de la Legislatura de la ciudad de Buenos Aires sobre la temática de los locales bailables.

Asimismo, indica que durante el debate, la legisladora Fernanda Dina Bendinelli, explicó que Fiszbin no fue citada por el cuerpo legislativo para que brinde explicaciones sobre esta temática.

Además, resalta que esta testigo dijo que no recordaba que se haya presentado algún proyecto de ley sobre los locales bailables y que también manifestó que no conocía los términos de la denuncia de Alimena, más allá de lo publicado en el diario "*Clarín*".

Agrega que entonces la Legislatura de la ciudad se preocupó del tema recién después de la tragedia, todo lo cual no fue ponderado, a su criterio, por los magistrados.

Ahora bien, conviene recordar que la sentencia no ha responsabilizado a Fiszbin por no haber dado debida respuesta a la resolución 359, sino por haber omitido el cumplimiento de sus deberes funcionales en el ejercicio del poder de policía, en

materia de medidas de seguridad contra incendios a partir de la Actuación 631.

Por lo tanto, los agravios vinculados al trámite de la resolución 359 como asimismo los relativos a los dichos de la legisladora Bendinelli, no se dirigen a cuestionar la esencia del reproche y por ende no pueden tener acogida favorable.

Incluso, advierto que, a contrario de lo sostenido por el recurrente, la Legislatura de la Ciudad, efectivamente mostró una preocupación sobre la temática inherente a los locales de baile clase "c", pues la citada resolución 359, fue dictada por el cuerpo legislativo a consecuencia de la nota del Diario "Clarín" publicada a instancias de Alimena donde se denunciaba que el 80 por ciento de los locales bailables no cumplía con las normas.

En este último sentido, el Tribunal de Juicio afirmó que "*el cumplimiento de las medidas de seguridad contra incendio en locales bailables, también motivó el interés de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires que, a través de la Resolución n° 359 del 30 de septiembre de 2004, tras la ya mencionada publicación de una nota en el diario "Clarín", requirió al Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le informe en el plazo de quince días: 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) cuántas en concepto de incumplimiento de las medidas de seguridad contra incendio, 2) cuántas por otros motivos; d) si se han realizado clausuras como consecuencia de las inspecciones; e) si todos los locales bailables cuentan con certificados de seguridad contra incendios y si fueron renovándolos anualmente (sobres de documentación 11 y 17)*." (fs. 67.303 vta).

Pero más allá de cual fue la importancia que la Legislatura de la Ciudad le pudo haber otorgado a la situación, lo cierto es que la funcionaria encargada de ejercer el poder de policía —conjuntamente con Ana María Fernández, como ya veremos-, que además tenía conocimiento certero de la denuncia del Defensor del Pueblo y que, en definitiva, se encontraba funcionalmente obligada a controlar e inspeccionar los locales de baile clase

“c”, era la Subsecretaria de Control Comunal; razón por la cual, los agravios habrán de ser rechazados.

Finalmente, corresponde agregar que tampoco resultan atendibles los agravios alegados en torno a supuestas violaciones al principio de inocencia y del “in dubio pro reo”, pues el recurrente no alcanza a demostrar en que medida la sentencia ha desconocido estas máximas, limitándose a realizar consideraciones dogmáticas en términos genéricos, sin dar cuenta de su violación en el caso concreto.

2. Situación de Ana María Fernández

A fin de analizar la situación de Ana María Fernández, considero necesario, en primer lugar, realizar una breve referencia a las competencias que ostentaba la nombrada, como así también a la esencia del reproche que la sentencia del Tribunal de Juicio le ha trasladado.

Ello así, por cuanto entiendo que una gran cantidad de agravios que ha expresado el Dr. Vignale en su extenso escrito recursivo y que pretenden demostrar la arbitrariedad de la sentencia en lo inherente a la valoración de las pruebas y fijación de los hechos, resultan insustanciales, toda vez que no van dirigidos a cuestionar la base de la imputación que ha fundado la condena de su asistida.

De igual modo, conviene aclarar que muchos de los agravios esgrimidos guardan similitud con algunos de los cuestionamientos efectuados por la defensa de Fiszbin y que ya han tenido debida respuesta; por esta razón me permitiré efectuar las remisiones correspondientes, sin necesidad de transcribir “in extenso” los argumentos esbozados por el recurrente.

Sentado ello, advierto que no se encuentra controvertido en autos que Fernández fue designada como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones dependiente de la Subsecretaría de Control Comunal con fecha 13 de enero del año 2004, mediante el decreto 37/04, el cual, a su vez, le asignó al área “función crítica alta”.

El anexo II/04 del mencionado decreto estableció las responsabilidades primarias de la funcionaria, a saber, “*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."

Asimismo, tampoco se haya cuestionado que el decreto 1.563/04 del 26 de agosto del año 2004, suprimió a la Unidad Polivalente de Inspecciones como así también la denominada UERA (Unidad Especial de Resolución de Actuaciones), y dispuso la creación de la Dirección General de Fiscalización y Control —D.F.G.yC.-, también dependiente de la Subsecretaría de Control Comunal, y a la cual se le asignó "función crítica alta" y se le transfirieron las competencias, patrimonio, personal y presupuesto de los organismos disueltos.

Es decir, que desde el 26 de agosto del año 2004 en adelante, el organismo que ejercía en forma directa el poder de policía era la Dirección General de Fiscalización y Control, cuyo Director General fue inicialmente Oscar Lucangioli y luego Gustavo Juan Torres (sobre esto último ver decreto 1.874 del 12/10/04) .

Pero además, el mencionado decreto 1.563/04 disponía también de la creación de una instancia adjunta a la cual se le asignaba igualmente "función crítica alta" y establecía como responsabilidades primarias las consignadas en el Anexo II/4, esto es, "[a]*sistir al Director General de Fiscalización y Control en los temas de su competencia y reemplazarlo en caso de ausencia*".

De acuerdo al artículo 6 del decreto aludido, Fernández fue designada como Directora General Adjunta de la Dirección General de Fiscalización y Control.

De todo lo expuesto hasta aquí, se desprende, sin lugar a dudas —y no ha sido cuestionado por la parte-, que desde el 13 de enero hasta el 26 de agosto del año 2004, Fernández era la encargada directa de ejercer el poder de policía en el ejido de la Ciudad de Buenos Aires, porque así lo establecían las competencias asignadas en sus responsabilidades primarias.

A ese ejercicio, naturalmente, le correspondía el control de las condiciones de prevención contra incendios de los locales bailables clase “c” (ordenanza 50.250), porque se trata justamente de normas de seguridad inherentes a establecimientos de comercio y servicios de la jurisdicción (inciso “b” del Anexo II/4 del decreto 37/04).

Por otra parte y de las transcripciones de la sentencia que he realizado más arriba al analizar la situación da Fiszbin —a las que me remito por cuestiones de brevedad-, advierto que con relación a Fernández —inferior jerárquico de la Subsecretaria de Control Comunal-, el Tribunal de Juicio basó la condena en el incumplimiento del ejercicio del poder de policía derivado de sus responsabilidades primarias (Anexo II/4 del decreto 37/04), por no haber dispuesto la inspección generalizada que correspondía efectuar sobre la totalidad de locales bailables clase “c”, a partir de la denuncia del Defensor del Pueblo Atilio Alimena (Actuación 631).

En este último sentido, el Tribunal de Juicio consideró que ante la mencionada actuación, la imputada Fernández —al igual que Fiszbin- se limitó a cursar intimaciones a los locales bailables en base a un padrón desactualizado, sin analizar el contenido de las respuestas y sin disponer un plan de inspección capaz de conjurar el peligro puesto de manifiesto por Alimena. Por ello, el Tribunal entendió que la funcionaria omitió cumplir con su deber de controlar las condiciones de prevención contra incendios de esos establecimientos, al no disponer la inspección “in situ” de todos los locales.

Aclaro ello y antes de comenzar a dar respuesta a los agravios expresados por la defensa de Fernández, considero

oportuno recordar que el conocimiento de la Actuación 631 de parte de la nombrada no se encuentra controvertido en autos.

Sobre el punto, ya se he ponderado que una vez que esa denuncia ingresara, Fiszbin dispuso la intervención de la Unidad Polivalente de Inspecciones a cargo de la imputada Fernández, en donde se recibieron las actuaciones el 26 de mayo de 2004 (conf. providencia 5/110/DGOOR/2004 e informe nro. 2.123-SSCC-2004 —sobre 5 del índice de prueba-).

Por lo tanto, tal como lo afirmara el juez Riggi en el voto que lidera este acuerdo, para esa fecha, ya desde un punto de vista formal, 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 implicaba para la actividad cuyo deber de controlar estaba dentro de sus competencias.

Tampoco se encuentra controvertido que la imputada ya había tomado efectivo conocimiento de la problemática planteada por Alimena, en virtud de las reuniones que se habían realizado con los empleados de la Defensoría a instancias del nombrado. Me remito en este punto a lo valorado en el voto que lidera este acuerdo respecto de los testimonios de Carmen Prusak y Antonio Fernández.

Incluso, no está cuestionado que aún antes de la recepción formal de la resolución dictada por Alimena, y en razón de las reuniones que éste mantuvo con Fiszbin, la Unidad Polivalente de Inspecciones intimó a los locales bailables que figuran en el listado acompañado por la Superintendencia de Federal de Bomberos para que presenten la documentación correspondiente en el término de 15 días.

Todas esas cédulas fueron suscriptas por Ana María Fernández y, por ello, entiendo que existe certeza respecto de su conocimiento de la situación de alarma puesta de manifiesto en la Actuación 631.

Efectuadas estas consideraciones que, a esta altura no presentan objeción alguna, habré de tratar los agravios que sobre la arbitrariedad de la sentencia, ha esgrimido la defensa de la encausada.

a) Recursos humanos. Los principios de jerarquía y competencia en materia administrativa. Inexistencia de norma para actualizar el padrón.

Como primera cuestión, básicamente, el Dr. Vignale plantea la arbitrariedad de la sentencia en relación a la valoración efectuada respecto de los recursos humanos y materiales con los que contaba la Unida Polivalente de Inspecciones y la actividad desplegada por su pupila en esas condiciones.

Explica la evolución del cuerpo de inspeccción con poder de policía (12 inspectores en enero; 10 en febrero; 41 en marzo; 76 en junio) y aduce que en la sentencia no se ponderó la resolución 27/SSCC/04 por la cual se dispuso que 10 inspectores sean transferidos al ámbito de la UERA. Agrega que entonces la cantidad de inspectores se redujo a 66.

En el mismo sentido, indica que todos los testigos que declararon en el debate pusieron de manifiesto la escasez de recursos del área y explica, pormenorizadamente, cuál fue la actividad desplegada por su asistida, pese a esas falencias (cantidad de inspecciones, clausuras, etc.).

Por otra parte, destaca que en virtud de lo dispuesto en la resolución 612/03 y el decreto 354/04, todas las actuaciones de la ex Dirección General de Verificaciones y Control pasaron directamente a la UERA, generando de esta manera la mayor pérdida de "memoria institucional" en el GCBA.

En otro pasaje del recurso, hace referencia a los principios de jerarquía y competencia en materia administrativa y se agravia, por un lado, al destacar que las inspecciones a locales bailables se realizaban por intermedio de Fiszbin, quien en ejercicio de los principios de jerarquía y coordinación, disponía los lugares a inspeccionar en las reuniones de los días lunes; y por otro, porque su asistida cesó en el ejercicio del poder de policía el 31 de agosto de 2004 cuando se disolvió la Unidad Polivalente de Inspecciones y el Tribunal no ponderó que a partir de su designación como Directora Adjunta de la D.F.G.yC. sus funciones se limitaban a "*asistir al Director en temas de su competencia y reemplazarlo en caso de ausencia*".

También aduce que el Tribunal no tuvo en cuenta que no existía norma alguna que obligara a su pupila a actualizar el

padrón de habilitaciones, extremo que no estaba dentro de sus competencias.

Ahora bien, con relación al agravio inherente a los recursos del área, al momento de tratar la situación de Fiszbin y en consonancia con el voto del juez Riggi, brindé la razones por las cuales consideré que la Unidad Polivalente de Inspecciones contaba con una cantidad suficiente de inspectores para disponer la inspección generalizada de los locales de baile clase "c" que correspondía efectuar a partir de la denuncia del Defensor del Pueblo, por lo que me remito a lo allí expuesto por razones de brevedad.

Entiendo oportuno agregar, que en el caso de Fernández, aún reconociendo que la Unidad Polivalente de Inspecciones fue disuelta el 26 de agosto de 2004, la inspección de al menos los locales bailables obrantes en el listado de bomberos con los que contaba la funcionaria, le era factible.

Ello así, pues desde que estuvo formalmente notificada de la Actuación 631, es decir, desde el mes de mayo del año 2004, contó con algo mas de tres meses para disponer las inspecciones de esos lugares, y el tiempo necesario para cumplir esa tarea ascendía a tres fines de semana (y algunas noches más en caso de surgir alguna contingencia), conforme al cálculo que he realizado al tratar la situación de Fiszbin.

En consecuencia, si era posible para Fernández realizar la acción necesaria para cumplir con sus deberes funcionales y no lo hizo, caen todos los agravios vinculados a los recursos del área como así también los que pretenden resaltar la actividad efectivamente desplegada por la nombrada.

En este punto también corresponde descartar los agravios del recurrente relativos a las competencias de su asistida.

En este sentido, si Fernández era la funcionaria que directamente estaba encargada de ejercer el poder de policía, de planificar las inspecciones en materia de su competencia, como asimismo de tramitar las denuncias que llegaban a su conocimiento (conforme vimos al transcribir el decreto 37/04) y le era posible ordenar la inspección de los locales bailables de acuerdo a los recursos asignados, no puede excusarse de su responsabilidad como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones, por el simple hecho de que su superiora coordinara inspecciones a

locales bailables durante los días lunes, máxime si se repara que en el marco de esas reuniones jamás se le dio tratamiento integral a la Actuación 631 conforme hemos oportunamente valorado.

Por lo demás, el cese en el ejercicio del poder de policía a fines de agosto del año 2004 resulta insustancial, pues se ha demostrado acabadamente que con los recursos existentes la inspección de al menos los locales que figuraban en el listado de bomberos era posible antes de que la Unidad Polivalente de Inspecciones se disolviera.

Incluso, adviértase, que tal como lo valorara el juez Riggi en su voto y a lo cual me remito en lo pertinente, en tan sólo un mes, la imputada, con los recursos existentes, podía haber inspeccionado los 279 locales que figuraban en el antigüo padrón de habilitaciones —es decir, antes del relevamiento realizado por el CEVIP-, por lo que la excusa arguida no puede ser atendida.

Menos aún puede prosperar el agravio vinculado a la supuesta inexistencia de norma que obligara a su asistida a actualizar el padrón de habilitaciones, pues queda en evidencia que para ejecutar la acción debida ello no resultaba necesario. Sobre la ineficacia del relevamiento encomendado al "CEVIP", me expedí al tratar la situación de Fiszbin, por lo que me remito a lo allí consignado.

Volviendo específicamente a los recursos del área, debo remarcar que la cantidad de 66 inspectores que el recurrente aduce como existente al momento de la disolución de la Unidad Polivalente de Inspecciones, se contradice con lo expuesto por su propia defendida en su declaración indagatoria prestada en el debate cuando expresó que "[e]*n junio, mediante la resolución nº 285, López asignó poder de policía a nuevos profesionales, integrándose el cuerpo mencionado con un total de 76 inspectores. Con dicha cantidad de inspectores, la UPI cesó sus tareas el 31 agosto de 2004*." (fs. 67.038 y vta.). En este punto, también me remito al voto que lidera este acuerdo, donde se ponderan minuciosamente la cantidad de recursos y los efectos de la resolución 27/SSCC/04 en el cuerpo de inspectores, que produjo en realidad una reducción de 84 a 74.

Finalmente y en lo atingente a la "perdida de memoria institucional" alegada por el Defensor, entiendo que no resulta relevante para la resolución del caso, por cuanto no se advierte

en que medida las actuaciones que pasaron a tramitar en la UERA pudieron haber afectado el trámite de la Actuación 631, si se tiene en cuenta que allí constaba el listado de locales que la funcionaria tenía que inspeccionar para cumplir con sus deberes funcionales.

b) Ausencia de norma que dispusiera inspeccionar el cien por ciento de locales de baile. Violación a las reglas de la lógica.

La defensa de Fernández plantea la arbitrariedad de la sentencia porque a su entender el Tribunal oral le impuso la obligación de inspeccionar el cien por ciento de los locales de baile clase "c" antes de la disolución de la Unidad Polivalente de Inspecciones, cuando no existe norma alguna que así lo disponga.

Asimismo, el recurrente aduce una violación a las reglas de la lógica en el fallo, al decir que si bien el Tribunal reconoció que la imputada relevó el 70 por ciento de los locales que figuraban en el listado de bomberos en respuesta a la Actuación 631, no descartó la omisión penalmente relevante, porque volviendo "sobre sus pasos" le exigió la inspección de la totalidad de este tipo de establecimientos.

En lo inherente a la primera cuestión, ya expuse al evaluar los agravios de la defensa de Fiszbin que existió en las áreas de control una denuncia categórica y de extrema gravedad como la realizada por el Defensor del Pueblo, pues demostraba inequívocamente el alto grado de incumplimiento de las normas de seguridad contra incendios de locales bailables clase "c" y aludía, en forma precisa, al peligro que para la vida de miles de jóvenes concurrentes a esos lugares comportaba esta situación.

Además, expliqué que no era una denuncia más que ingresó a los organismos de control, sino que fue acompañada por una gestión personal del Defensor del Pueblo para que las imputadas canalicen adecuadamente el pedido.

Por lo tanto, si Fernández era la encargada directa de ejercer el poder de policía, debemos necesariamente coincidir con el Tribunal de Juicio, en cuanto a que si pretendía cumplir con sus deberes funcionales, debía inspeccionar el cien por ciento de los locales denunciados, diagramando un plan de inspección que abarcara la totalidad de los objetivos.

Y ello es así, pues la única manera de corroborar los extremos denunciados por el Defensor del Pueblo y determinar las condiciones reales en que se desarrollaba la actividad bailable era inspeccionando *in situ* los locales.

Nótese que dentro del marco de sus responsabilidades primarias, estaban las de "organizar, coordinar y ejecutar las inspecciones en materia de su competencia" y "coordinar y verificar el tratamiento de las denuncias en relación a ellas" (conforme incisos "h" y "j" del Anexo II/4 del decreto 37/04).

Por lo tanto, entiendo que estaba dentro de sus obligaciones funcionales dar una respuesta eficaz a la denuncia del Defensor del Pueblo, trazando un plan de inspección que permitiera desplegar un control efectivo sobre los locales de baile clase "c".

Por todo ello, no asiste razón al recurrente cuando indica que el Tribunal arbitrariamente le impuso la obligación de inspeccionar la totalidad de locales bailables clase "c" antes de la disolución del área sin sustento normativo, sino que ese deber se derivaba de las competencias legalmente determinadas, por lo que el agravio esgrimido en tal sentido no puede prosperar.

Con relación al segundo agravio antes detallado, ya hemos aclarado que el Tribunal oral entendió que a partir de la denuncia de Alimena, Fernández, como Coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones y para cumplir con los deberes funcionales, debía haber ordenado la inspección de la totalidad de locales de baile clase "c", al menos los que figuraban en el listado de bomberos.

También es cierto, como afirma el recurrente, que el Tribunal de Juicio no desconoció el relevamiento del 70 por ciento de los locales consignados en ese listado y que consideró que ello no hacía desaparecer la omisión penalmente relevante porque en todo caso correspondía inspeccionar la totalidad de locales de la actividad.

En efecto, sostuvo el Tribunal que *"la falta de atención seria a la denuncia de Alimena, pretende ser neutralizada con el argumento de que en definitiva, un número considerable de locales que figuran en la proporcionada por la Superintendencia de Bomberos fueron en definitiva inspeccionados —en este sentido el*

Dr. Vignale señaló que se trata del 70 % de los locales informados-" (fs. 67.317 y vta.).

Explicaron los magistrados que *"con ello no desaparece la omisión, debido a que la actividad de fiscalización, por el peligro que se denunciaba, debía realizarse en forma integral sobre todos los locales de baile clase ´c´ -incluso sobre aquellos que no figuraban en esa lista que la Superintendencia de Bomberos de la Policía Federal envió a Alimena en el mes de febrero de 2004-, pues no se trata de una lista completa de locales de baile de la Ciudad y eso, el organismo de control se puede afirmar que no sólo debía saberlo (ya que era su responsabilidad el mantener un listado actualizado de locales que debían ser fiscalizados) sino que lo sabía de modo concreto, pues ya había efectuado antes de verificar dicho listado inspecciones en locales de baile como en ´Latino 11´ sito en Ecuador 60 — 21/3/04-; el situado en la calle Arce 565 -inspeccionado el 18/4/04- Avda. Rivadavia 7806 — inspeccionado el 1/3/04-, Artigas 1372 inspeccionado el 12/3/04, Sarmiento 1656 —inspeccionado el 16/6/04- y el de la calle San Martín 6101 -inspeccionado el 23/05/04-. (ver en este sentido las nóminas de las inspecciones a locales de baile enviados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y el presentado por la encausada Fernández que obra en el Sobre N° 324), comercios todos que no figuraban en la lista de bomberos, y también hizo con posterioridad diversas inspecciones a negocios que tampoco figuraban en la lista enviada y que eran conocidos locales de baile como ´El Living´ sito en M. T. de Alvear 1549, ´Popularísimo´ ubicado en Bartolomé Mitre 2737, ´Opera Bay´ sita en Cecilia Grierson 225, ´Le Prive´ de Villa Devoto sito en San Martín 6101, entre otros."*(fs. 67.317 vta.).

Como puede advertirse de una somera lectura de la transcripción realizada de la sentencia, la exigencia del Tribunal de Juicio de ir más allá del listado remitido por bomberos, fue fundada en la circunstancia de que la propia Unidad Polivalente de Inspecciones contaba con información certera de que había otros locales que desarrollaban la actividad y que no figuraban en ese listado.

Es por ello que no se advierte la violación lógica que pregona el recurrente, pues si la imputada tenía elementos para conocer que existían otros locales clase "c" que no figuraban en

el listado remitido en el marco de la Actuación 631, y era su deber funcional controlarlos, no resulta irrazonable que añadiera como objetivos a otros locales que sabía que desarrollaban la misma actividad; por estos motivos, el agravio esgrimido debe ser descartado.

c) Valoración parcializada de los testimonios de Albela, Entelman, Prusak, Carlos López y Taboada.

En primer lugar, la defensa de Fernández se agravia porque el Tribunal de Juicio omitió considerar que la testigo Carolina Albela afirmó en el debate que además de haber remitido en el mes de junio a la Subsecretaría de Control Comunal la planilla de "Excel" con el resultado de las intimaciones a los locales bailables, también elevaba a dicho organismo semanalmente un listado con los locales inspeccionados durante el fin de semana.

Con relación al testimonio de Walter Entelman, aduce que el Tribunal de mérito omitió ponderar que el nombrado dijo haber visto la caja con el resultado de las intimaciones en las oficinas de la D.F.G.yC., ello con el objeto de llegar a la conclusión de que la Subsecretaría no era informada del contenido de esas actuaciones.

En el mismo sentido, alega que el Tribunal tampoco ponderó la declaración de Carmen Prusak, quien habría dado cuenta de la labor efectuada y de la información recibida en la Subsecretaría de Control Comunal respecto de lo actuado con los locales bailables.

Finalmente, resalta los dichos del testigo Carlos Heraldo López de los cuales se desprende la remisión de los informes de inspección a la Subsecretaría de Control Comunal, como asimismo las manifestaciones de Ana Taboada inherentes al informe especial que se elaboraba de los locales que se habían inspeccionado los fines de semana.

En definitiva, plantea que arbitrariamente el Tribunal pretende dejar instalada la sensación de que la Subsecretaría de Control Comunal no era debidamente informada respecto de las tareas desarrolladas por la Unidad Polivalente de Inspecciones con relación a los locales bailables.

Ahora bien, observo que el recurrente se agravia de la valoración efectuada por el Tribunal oral en el capítulo de la sentencia titulado *"El análisis de la actuación de los*

funcionarios del Gobierno de la Ciudad a partir de la denuncia de Atilio Alimena" (fs. 67.314/67.317vta.), concretamente en lo inherente al trabajo realizado por la empleada Carolina Albela con las intimaciones a locales bailables.

Sobre el punto, expuso el Tribunal que "*[c]ontinuando con el análisis de las intimaciones -que fueron en su mayoría diligenciadas en la segunda quincena del mes de mayo- se puede observar que ningún otro trabajo de seguimiento se efectuó, ya que con excepción de la labor efectuada por la empleada administrativa Carolina Albela (encargada de cargar en una planilla ´Excel´ algunos datos sobre la documentación que se presentaba en respuesta al reclamo) ningún análisis se hizo del contenido de los descargos.*"(fs. 67.314 vta./67.315).

Explicaron los magistrados que "[l]*a única distinción que se realizaba era el lugar donde se guardaban los requerimientos que tenían alguna respuesta; el contenido de la presentación no tenía relevancia, ni siquiera Albela en su trabajo de asentar en una planilla ´Excel´ los descargos realizados, destacaba de algún modo como dato significativo que el certificado de bomberos se adjuntara en la respuesta, como tampoco en caso de ser presentado si estaba vigente o vencido, ya que conforme el testimonio de esta empleada administrativa ninguna indicación especial recibió al respecto y supuestamente del contenido se ocupaba la jefa del área María José Castro.*" (fs. 67.316).

Con relación al testimonio de Carolina Albela, expuso el Tribunal que la nombrada "[e]*xplicó que su tarea con relación a tales requerimientos consistió en separar las distintas intimaciones colocando las no respondidas en un bibliorato y aquellas que eran contestadas, luego de adjuntada la documentación presentada y de cargada la respuesta en una planilla de ´Excel´, las guardaba en una caja de color azul. Con referencia al contenido de las respuestas dijo que ella las miraba personalmente para ver si estaba lo que se consignaba y también lo miraba su jefa, María José Castro, quien le decía si habían contestado.*" (fs. 67.316 y vta.).

Agregaron los magistrados que Albela "*dijo que […] había que esperar que la Subsecretaria decida qué hacer con las actuaciones y al ser preguntada si la Subsecretaría era informada en forma periódica sobre el resultado de estos requerimientos dijo*

que no en forma periódica, pero que en cierta ocasión la Dra. Varone le solicitó la planilla de ´Excel´ para remitirla a la Subsecretaría, ocurriendo ello aproximadamente en el mes de junio" (fs. 67.316 vta.)

Y resaltaron que esta testigo "[d]*estacó que en esa planilla constaba la fecha de la intimación y quién había contestado, reconociendo al serle exhibida la documentación individualizada como anexo 10 obrante en el sobre 33, que dicha planilla se trataba de la que mencionaba como enviada a la Subsecretaría*."(ibídem).

En este punto, también el Tribunal de Juicio ponderó lo manifestado por el testigo Walter Entelman, al decir que el nombrado "[t]*ambién hizo referencia a estas intimaciones*", *pues "recordó que mientras la U.P.I. se encontraba en la calle Lavalle, pudo observar una caja azul colocada sobre un armario que contenía ´requerimientos especiales´ sobre los que no pudo dar mayores datos de su contenido porque no era de su incumbencia, toda vez que en esa época trabajaba en el área de Intimaciones y se dedicaba a la atención al público*." (ibídem).

Expuso el Tribunal que Entelman "*indicó que sabía por su compañera Carolina que estaba encargada del tema, que se trataba de requerimientos que se habían hecho a locales de baile, que había que guardar allí y tenerlos al día porque los utilizaba la Subsecretaría. Asimismo, manifestó que en varias oportunidades le alcanzaba esa caja a Carolina Albela —debido a la estatura del dicente- siendo la mencionada quien se encargaba de la recepción y clasificación*" (ibídem).

Tras resaltar estos testimonios concluyó el Tribunal que "[c]*laro resulta que estos requerimientos archivados del modo que se ha indicado, no fueron utilizados por nadie; sea o no cierto que la planilla ´Excel´ elaborada por Albela haya llegado a la Subsecretaría, es evidente que, por la manera en que fue confeccionada, no podían extraerse de ella conclusiones válidas para trazar un plan de inspecciones con el fin de sancionar a los locales que posiblemente estuvieran en infracción, pues como ya se señaló, no se consignaban datos relevantes de aquellos que habían realizado presentaciones*."(fs. 67.316 vta./67.317).

De una somera lectura de las transcripciones efectuadas, se advierte, en primer lugar, que el Tribunal de Juicio no ha

desconocido que la Subsecretaria de Control Comunal era informada de lo realizado por Carolina Albela respecto de las intimaciones a locales bailables.

Nótese que la coimputada Fiszbin también ha sido encontrada responsable del incumplimiento de sus deberes en el ejercicio del poder de policía respecto a los locales bailables clase "c", por lo que resulta evidente que la sentencia en ningún momento pretendió fundar un desconocimiento u ocultamiento de lo actuado por la Unidad Polivalente de Inspecciones respecto de la temática planteada por Alimena, pues de otro modo no habría podido fundar la condena de la Subsecretaria.

Por lo tanto, todos aquellos agravios alegados por la defensa de Fernández, relativos a la omisión de ponderar íntegramente los testimonios antes apuntados, no pueden prosperar, en la medida en que el recurrente pretende refutar una afirmación que la sentencia no contiene, esto es, que la Subsecretaria de Control Comunal no estaba informada respecto de la actividad desarrollada por la Unidad Polivalente de Inspecciones en relación a los locales bailables.

d) Inexistencia de norma que diera prioridad a la Actuación 631, la omisión de valorar los decretos 3/2003 y 2724/2003. Indagatoria de Ana María Fernández.

En primer término, se agravia la defensa porque durante el año 2004 no existió normativa alguna que impusiese la obligación legal de otorgarle prioridad a las solicitudes efectuadas por la Defensoría del Pueblo (las que no resultan vinculantes) y destaca que el Tribunal omitió ponderar el contenido de los decretos 3/2003 y 2.724/03 que establecían la obligación de verificar la prohibición de venta de alcohol en kioscos en cabeza de la Unidad Polivalente de Inspecciones.

En segundo lugar, el recurrente se agravia porque la sentencia ha omitido considerar que la Unidad Polivalente de Inspecciones debió hacerse cargo de controlar espectáculos deportivos y artísticos (partidos de fútbol y recitales) hasta el mes de julio del año 2004, fecha en que el Área Contralor Espectáculos asumiera esas tareas.

Aduce que estos eventos se desarrollaban los fines de semana, hecho que incide directamente sobre la cantidad de inspectores disponibles a efectos de llevar adelante inspecciones

a locales de baile. Agrega que esta circunstancia fue puesta de manifiesto por su asistida en su declaración indagatoria, como asimismo por los testigos Mario Mazzilli y Marcela Velazco.

Ahora bien, con relación a estos agravios, considero oportuno recordar que al momento de dar repuesta a los planteos de Fiszbin, he dado las razones por las cuales afirmé que el tratamiento de la Actuación 631 de parte de las funcionarias encargadas de ejercer el poder de policía debía ser prioritario.

En este sentido y como ya expuse, no puede desconocerse que se trataba de una denuncia impetrada por el Defensor del Pueblo, que se refería a una actividad concreta y que además especificaba que el alto grado de incumplimiento de la normativa de prevención contra incendios ponía en peligro la vida de 400.000 jóvenes por fin de semana.

Asimismo, la temática fue acompañada de una gestión personal de parte del Defensor del Pueblo, lo que denotaba la seriedad y gravedad de la situación que se ponía de manifiesto.

La prioridad que debía otorgase a la denuncia surgía de todas las circunstancias apuntadas y no dependía de la existencia de una norma que así lo impusiere como pretende alegar el recurrente.

Y si esto es así, aún cuando se reconozca que existían otras obligaciones en cabeza de la Unidad Polivalente de Inspecciones, como ser, la verificación de la prohibición de venta de alcohol en kioscos o el control momentáneo de partidos de fútbol o eventos artísticos, no se podía relegar el tratamiento de lo denunciado por Alimena.

Tampoco resulta relevante el supuesto carácter no vinculante de la pretensión del Defensor del Pueblo, pues se trataba de una denuncia y su tratamiento estaba dentro de las competencias legalmente determinadas de Fernández (conforme Anexo II/04 del decreto 37/04 inciso “j”).

Por otra parte, y en lo inherente a la cantidad de inspectores que el recurrente aduce que se había reducido por la obligación que tuvo que afrontar con relación a otros espectáculos hasta la creación del Área Contralor Espectáculos, corresponde decir, en primer lugar, que la temática relativa a los recursos del área y la posibilidad de realizar la inspección generalizada

de los locales de baile clase "c" que figuraban en el listado de bomberos ya fue objeto de extenso tratamiento.

En este último sentido, afirmé que de haberse fijado como prioritario el relevamiento de la totalidad de locales denunciados por Alimena, esa tarea pudo haberse cumplido en tres fines de semana -y alguna noche más en caso de surgir alguna contingencia- con los recursos disponibles.

También sostuve que si teníamos en cuenta los más de tres meses que pasaron entre que Fernández fue notificada formalmente de la denuncia de Alimena y la disolución del área, el tiempo para cumplir con la tarea era más que suficiente.

Y en este último sentido, advierto que el recurrente no ha podido demostrar en que medida la cantidad de inspectores para cumplir con el relevamiento de los locales clase "c" se vio disminuida, pues se limita a remarcar que su asistida se debió hacer cargo de otras actividades, pero no acredita en concreto cuáles fueron los eventos que tuvo que controlar ni el número de agentes destinados al efecto. Por esta razón, todos los agravios vinculados a esta cuestión, deben ser rechazados.

e) Inexistencia de norma que obligue a crear un sistema de control sobre los vencimientos de los certificados de bomberos. Arbitrariedad en el análisis de la prueba documental.

En este punto, la defensa de Fernández se agravia porque los magistrados le generaron la obligación de crear un sistema de control del vencimiento de los certificados de prevención contra incendios cuando no existe norma o reglamento que así lo determine.

Asimismo, se alza contra la afirmación realizada en la sentencia en cuanto a que el control sobre la normativa de prevención contra incendios no fue una prioridad en la labor de los funcionarios y resalta las manifestaciones contrarias sobre el punto esgrimidas por los testigos Carlos Heraldo López, Paula Trunzo, Mario Mazzilli, Leopoldo Roson y Marcela Velazco.

Indica que a su asistida se la condena reconociendo que muchos locales fueron inspeccionados; por ello alega que ha existido arbitrariedad al entender que un cumplimiento parcial resulta un incumplimiento.

Por otra parte, se agravia del pasaje de la sentencia que afirma que había locales bailables clase "c" que presentaban

certificados de bomberos vencidos que no eran controlados, que aquellos que estaban cerrados no eran vueltos a inspeccionar y que no se controlaban los que desvirtuaban el rubro de la habilitación. Analiza un sinnúmero de casos de acuerdo a la prueba documental.

Ahora bien, con relación al control de la normativa de prevención contra incendios, si bien es cierto que la ordenanza 50.250 no establece específicamente una obligación de controlar el vencimiento del certificado de bomberos de cada local de baile clase "c", no lo es menos que la Unidad Polivalente de Inspecciones conforme lo dispuesto en el decreto 37/04 ostenta como responsabilidad primaria "*ejercer el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos que se refieran* […] *a la seguridad, salubridad e higiene de los establecimientos de comercio, industria, depósito y servicios*".

Si esto es así, y además tenemos en cuenta que una de las normas de seguridad necesarias para el funcionamiento de los locales clase "c" de la Ciudad era el cumplimiento de la ordenanza 50.250, debemos necesariamente concluir en que el control de la vigencia del certificado de bomberos estaba dentro de las competencias de la imputada.

Por lo tanto, no se alcanza a comprender en que medida la inexistencia de norma que obligara a Fernández a crear un sistema de control de los vencimientos de los certificados de bomberos puede descartar su responsabilidad, máxime si se repara en que el reproche de la sentencia no se basa en la circunstancia de no haber implementado un sistema de esa naturaleza, sino en el tratamiento defectuoso que le otorgara a la Actuación 631.

Tampoco puede prosperar el agravio trazado en torno a las manifestaciones de los inspectores que dieron cuenta del control que sobre los certificados de bomberos se realizaba, pues ello no ha sido desconocido por el Tribunal de Juicio ni se encuentra controvertido. El reproche se funda en lo deficiente de ese contralor para dar respuesta a la situación de extrema gravedad denunciada por el Defensor del Pueblo.

Lo propio puede decirse respecto de la circunstancia de que se hayan inspeccionado una cantidad cierta de locales o incluso de la discusión planteada por el recurrente en torno a la prueba documental donde detalla la actividad desplegada respecto

de cada uno de los locales mencionados en la sentencia, pues aún cuando se tengan por ciertas las afirmaciones del impugnante, no logra controvertir la esencia del reproche hecho a su asistida, y esto es, insisto, que no dispuso la inspección de la totalidad de locales bailables que estaba obligada a realizar a partir de la denuncia de Atilio Alimena.

f) Arbitrariedad en la valoración de los informes de auditoría y los dichos de Barroetaveña.

En este punto, la defensa de Fernández se agravia por la valoración realizada por el Tribunal de Juicio respecto de ciertos informes de auditoría confeccionados sobre los organismos de control de la ciudad de Buenos Aires.

En lo atingente al memorando de fecha 29 de diciembre de 2004 —sobre 263 del índice de prueba- dice que ese informe explica que desde el año 2001 se dieron de baja a las inspecciones rutinarias y su pupila fue designada recién en el año 2004.

Con relación al "Informe Ejecutivo sobre la situación del GCBA" —sobre 229- indica que sus conclusiones se refieren al Gobierno de la Ciudad y no al área donde se desempeñaba su defendida.

Se agravia porque los informes inherentes a "Guarderías Infantiles", "Geriátricos" y "Hoteles" fueron llevados a cabo respecto de las gestiones 2001-3, es decir, que no corresponden a la actividad desplegada por la Unidad Polivalente de Inspecciones.

Respecto de informe de "Guarderías Infantiles" agrega que se omitió valorar el dictamen 60/04 correspondiente a esa pieza como asimismo la providencia nro. 6111-UPI-2004 obrante a fs. 61.599, mediante la cual Fernández contestara oportunamente el pedido de la Auditoría.

En la misma línea aduce que la sentencia ha omitido valorar el dictamen 53/04 (prueba nro. 43) relativo al informe de auditoría realizado respecto de la Dirección General de Verificación y Control.

Por otra parte, alega que el Tribunal de Juicio ha omitido ponderar íntegramente el testimonio del licenciado Matías Barroetaveña, pues el nombrado no pudo fundar adecuadamente y ante el interrogatorio de esa defensa, cómo es que afirmaba que la imputada Fernández no había contestado el requerimiento de la Auditoría General de la ciudad, cuando a fs. 61.603/04 obra

agregada la respuesta emitida por la Unidad Polivalente de Inspecciones en tal sentido (providencia 7258-UPI-2004).

Finalmente, aduce que el informe de Hugo Fernández (002/D.F.G.yC./2005) es calificado por el propio Tribunal como *"fallido"* pero sin embargo *"es utilizado a los efectos de construir su lógica condenatoria."*

Ahora bien, observo que el recurrente cuestiona la valoración realizada por el Tribunal de Juicio en el capítulo de la sentencia titulado *"Las auditorías realizadas sobre los organismos de control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires"* (fs. 67.294 vta./67.299), donde los magistrados ponderaron ciertos informes de auditoría efectuados respecto de distintas temáticas vinculadas al ejercicio del poder de policía en el ámbito de la ciudad.

Sin perjuicio de recordar que la imputación trasladada a Fernández encuentra fundamento en el incumplimiento de sus deberes funcionales por no haber inspeccionado la totalidad de locales bailables clase "c" a partir de lo denunciado en la Actuación 631, advierto que el Tribunal ha reconocido expresamente que los informes de auditoría no se referían a la gestión de Fernández, que abarcaban otros rubros, como así también que las falencias allí apuntadas respondían a una problemática común a todo el Gobierno de la Ciudad.

En efecto, tras resaltar las dificultades que se suscitaban en torno a las respuestas de los requerimientos formulados por los auditores, el Tribunal expresó que "[l]*as equivocaciones aludidas no sólo se reiteran y ante pedidos de distintos organismos, sino que también resultan anteriores a los hechos objeto de estudio*". (fs. 67.295 vta.).

Agregaron los magistrados que "[t]*ales circunstancias no hacen más que evidenciar serias deficiencias de gestión en el ámbito del GCBA, que disipan la posibilidad de encontrarnos ante una conducta dirigida a perjudicar deliberadamente a una persona en particular*." (ibídem).

Puntualmente y en lo inherente al memorando emitido por la Dirección General de Asuntos Institucionales y Partidos Políticos de fecha 29 de diciembre de 2004 —sobre nro. 263-, el Tribunal se limitó a describir lo declarado sobre el punto por Matías Barroetaveña en cuanto a que el nuevo sistema de inspecciones del

"área de control Verificaciones y Habilitaciones del GCBA" llevó *"a que no se realicen inspecciones periódicas y que a consecuencia de ello cualquier actividad pudo funcionar en la Ciudad sin habilitación mientras no haya sido objeto de denuncia, atento a que sólo ante dicha circunstancia un inspector procedería a constatar que no cuenta con habilitación y que no puede encontrarse en funcionamiento"* (fs. 67.296).

No se advierte que el Tribunal haya expresado que esa modificación haya ocurrido durante la gestión de Fernández al frente de la Unidad Polivalente de Inspecciones y, de hecho, si se repara en el contenido del informe mencionado es evidente que esa decisión se tomó a partir de la intervención de la Dirección General de Verificaciones y Habilitaciones.

Otro tanto puede decirse respecto del "Informe Ejecutivo" del 30 de diciembre de 2004 —sobre 229-, pues el Tribunal sólo hizo referencia en términos generales a las deficiencias que denotaban las áreas de control comunes a todo el Gobierno de la Ciudad.

Por su parte, tras describir los distintos informes relativos a "Guarderías infantiles" (año 2004), "Geriátricos Privados" (año 2001) y "Hoteles" (año 2001), sostuvieron los sentenciantes que "[s]*i bien los informes reseñados no se refieren al funcionamiento y control de los locales de baile clase ´C´, se pueden advertir algunas falencias que resultan comunes a todas las actividades: falta de planificación de inspecciones periódicas -que puede generar arbitrariedad y falta de control- y ausencia de información cierta sobre locales habilitados, es decir, inexistencia de un padrón actualizado.*" (fs. 67.297 vta.).

Resaltaron los jueces que "[a]*mbas deficiencias fueron advertidas en lo que hace a la actividad de control de los locales de baile clase "C", tal como surge de lo expuesto por distintos inspectores -Gustavo Adrián Malventano, Mario Esteban Mazzilli, Oscar Soler y Diego Gabriel Mayochi-, por la contadora Adriana Mabel Rudnitzky, por Jorge Luis Pérez, quien durante el 2004 prestó funciones en la DGHP, y por Horacio Mario Santinelli.*" (ibídem).

De la simple lectura de estos pasajes, fácil es advertir que los informes de auditoría mencionados, a contrario de los sostenido por el recurrente, no fueron tomados en cuenta por el

Tribunal de Juicio como si correspondieran a la gestión de Fernández.

Por lo tanto, todos aquellos agravios esgrimidos en torno a estos puntos, deben ser rechazados, en la medida en que no van dirigidos a cuestionar las afirmaciones del Tribunal.

También corresponde rechazar el agravio deducido sobre la supuesta valoración parcializada del testimonio de Matías Barroetaveña, pues no se advierte que el Tribunal haya responsabilizado a la imputada por la falta de contestación oportuna del pedido de informe emitido por la Auditoria General.

Finalmente y en lo inherente al cuestionamiento realizado respecto del informe de Auditoría de Hugo Fernández, me remito a lo dicho sobre el punto al tratar la situación de Fiszbin, en cuanto a la ausencia de contradicción que pregona el recurrente en la valoración de esa actuación.

g) El informe 10 y los dichos de la contadora Rudnitzk. El valor de los testimonios de los empleados de la D.G.F.y C. en desmedro aquellos que trabajaron en la UPI.

En este punto la defensa de Fernández se agravia porque el Tribunal le otorgó entidad a un informe de Auditoría —el número 10- que presenta fallas de orden técnico y formal que lo *"inhabilitan como prueba de cargo"* y además fue desacreditado por la Auditoría General y por la Comisión Investigadora de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.

En primer lugar, destaca que el informe en cuestión fue labrado durante los primeros tres meses de gestión de la Unidad Polivalente de Inspecciones, que la contadora Rudnitzky confundió las instancias internas de organización de la mesa de entradas como así también la realidad que afrontaba el área y los procedimientos realizados, extremos que quedaron en evidencia a partir de los testimonios de Ana Taboada y Virginia Lamberta.

Aduce que el informe nro. 10 desconoció la resolución 31/SGCABA/2002 y la circular 5/SGCABA, por cuanto no evaluó la cuestión relativa a los recursos humanos y tecnológicos del área auditada y no cumplió con el requisito de autosuficiencia que impone la normativa.

Explica que los magistrados reconocieron que Rudnitzky estableció un plazo de 72 hs para contestar ese informe por parte de la imputada y que la normativa vigente dispone un término de

diez días hábiles -MG1 decreto 2028/79, Anexo IV y Ordenanza 33.264 artículo 23 inc. A) B.M. 15.421-.

En otro orden, se agravia del análisis efectuado en la sentencia en la cuestión inherente a elevación formal del informe 10 a la Sindicatura General, al Secretario de Justicia y Seguridad Urbana y a la Subsecretaría de Control Comunal mediante un mismo número de nota -134- y alega que ese procedimiento resulta irregular de acuerdo a lo establecido en el artículo 195 del MG1 decreto 2028/79.

Por otra parte, el recurrente expresa que el Tribunal, para sostener las afirmaciones vertidas en el informe 10, se basó en lo declarado por Martín Galante en cuanto a que había dos mesas de entradas (una de la UPI y otra de la UERA), extremo que carece de sustento, porque cuando el nombrado ingresó a prestar tareas, la Unidad Polivalente de Inspecciones había sido disuelta. Agrega que las manifestaciones de Galante se contradicen con lo dispuesto por el decreto 2008/03 que impone la obligación de caratular cada actuación que ingresa por "Mesa de Entradas".

De igual forma se queja porque los magistrados también tuvieron en cuenta los dichos de María Rita Kuiyan, quien nunca desempeñó tareas en la Unidad Polivalente de Inspecciones.

También se alza contra la valoración realizada por el Tribunal respecto de los dichos de la testigo Tomasa del Carmen Roldan, pues en la sentencia se utilizan las expresiones de la nombrada para certificar que *"el registro de descargo no coincidía con el número dado a las actuaciones principales"*, pero omite considerar que recién en el mes de julio se implementó el sistema informático.

Finalmente, aduce que no se valoraron los dichos de los empleados que sí se desempeñaron en la Unidad Polivalente de Inspecciones, como ser, Héctor Soler, Carlos Heraldo López, Magali Cutiña y Viviana Bustos, particularmente en lo inherente a la inexistencia de un sistema único de mesa de entradas y a la falta de recursos humanos y materiales del área.

Ahora bien, observo que en este punto, el recurrente se agravia concretamente de un pasaje del capítulo de la sentencia titulado *"Metodología utilizada para la selección de los locales a inspeccionar y el relevamiento administrativo y operativo de la UPI efectuado por la Unidad de Auditoría Interna"*, donde el

Tribunal pondera el contenido del informe de auditoría nro. 10 labrado por la contadora Rudniztky (ver fs. 67.287/67.291).

De la lectura de la sentencia —a cuyos pasajes me remito por cuestiones de brevedad-, advierto que el Tribunal de Juicio trató cada uno de los agravios que la parte pretende reeditar en esta instancia y que lo hizo de manera fundada, sin que se evidencien deficiencias en el razonamiento lógico efectuado, por lo que la tacha de arbitrariedad alegada no podría prosperar.

Pero además, nótese que los magistrados han ponderado el informe en cuestión al solo efecto de poner de manifiesto el conocimiento que Ana Fernández tenía de las irregularidades administrativas y la falta de orden en el trabajo cotidiano de la Unidad Polivalente de Inspecciones, y no como eje del reproche trasladado en la sentencia, que, como ya expuse anteriormente, se basa en el incumplimiento de los deberes funcionales en relación a la denuncia del Defensor del Pueblo.

El conocimiento del informe 10 y, por ende, de las deficiencias allí consignadas respecto de la actividad desplegada por la Unidad Polivalente de Inspecciones, no ha sido controvertido por el recurrente; como así tampoco que Ana María Fernández sabía certeramente de la existencia de la Actuación 631.

Por lo tanto, todos los agravios esgrimidos en torno a las formalidades de confección y elevación del informe, como asimismo los relativos a la valoración de los testimonios de los empleados administrativos (sea de aquellos que trabajaron en la D.F.G.yC. o en la UPI) no resultan atendibles, en la medida en que no resultan conducentes para cuestionar el conocimiento que tenía la imputada de la situación que atravesaba la Unidad Polivalente de Inspecciones ni la manera en que obró a partir de la Actuación 631, lo cual, en definitiva, constituye el eje que sustenta la condena.

h) Violación a los principios de igualdad ante la ley y de inocencia.

En este punto, la defensa de Fernández plantea una violación al principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional), pues a su entender el Tribunal de Juicio otorgó un tratamiento desigualitario entre la situación procesal de su asistida y la correspondiente al imputado absuelto Gustavo Juan Torres.

En este aspecto, el recurrente resalta una serie de afirmaciones realizadas en la sentencia respecto de Fernández que son valoradas a su criterio como elementos de cargo, a la par que cita otras que al tratar la situación de Gustavo Torres son ponderadas de manera positiva para fundar la absolución, aún cuando versen sobre los mismos tópicos.

En esta dirección, expresa que respecto a la falta de organización de las áreas que alegaron haber heredado uno y otro funcionario, el Tribunal le resta importancia a la disolución de la Dirección General de Verificaciones y Control en el caso de Fernández y, por el contrario, el desorden del área recibida por Gustavo Juan Torres producto de la mudanza de edificio es destacado positivamente.

En la misma línea, indica que la sentencia valora a favor de Gustavo Torres el dictado de un organigrama de trabajo (disposición 424/D.F.G.YC./2004), pero no advierte que la actividad desarrollada por este funcionario fue inferior a la mitad de aquella desplegada por su asistida, aún cuando el nombrado contaba con mayores recursos humanos.

De igual forma, aduce que en el caso de Fernández la reiteración de inspecciones a un mismo local es enfatizada como un *"síntoma"* de la falta de *"racionalización"* y, en el caso de Gustavo Torres, es destacada como una virtud de su gestión.

Asimismo, expresa que los sentenciantes en la absolución de Gustavo Torres detallaron los testigos que avalaron sus dichos acerca de la situación problemática que debió afrontar al momento de asumir en el cargo, fruto de la desorganización y escasez de recursos; sin embargo, respecto de Fernández, los magistrados omitieron considerar la innumerable cantidad de testimonios que se expidieron en el mismo sentido y dieron cuenta de que la situación de la Unidad Polivalente de Inspecciones era aún peor cuando su pupila se hizo cargo del área en lo inherente a la cantidad de recursos con los que contaba. Critica una seria de disposiciones ponderadas a favor de Torres.

Por otra parte, la defensa de Fernández dedica un pasaje del recurso a demostrar las razones por las cuales considera que Gustavo Torres efectivamente tenía conocimiento de la Actuación 631 y explica, pormenorizadamente, las probanzas que a su criterio avalan esta conclusión.

Asimismo, se agravia de la afirmación del Tribunal de Juicio en cuanto a que Gustavo Torres desconocía lo actuado por la Unidad Polivalente de Inspecciones respecto de las intimaciones cursadas con motivo de la Actuación 631, particularmente de que éstas habían sido "resguardadas en una caja azul".

Detalla la prueba que a su criterio echa por tierra esta versión y se agravia porque, contra toda la evidencia probatoria, el Tribunal sostiene que esa documentación se encontraba al margen del trabajo de la D.F.G.yC.. Aduce que el conocimiento de la actuación 2.022/03 para su pupila fue obligatorio.

Alega que por todo lo expuesto también se ha vulnerado el principio de inocencia de su defendida.

Ahora bien, a fin de dar tratamiento a esta supuesta violación a la garantía de igualdad prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional que pregona el recurrente, considero oportuno recordar que "*la igualdad ante la ley consiste en que la ley debe ser igual para todos los iguales en iguales circunstancias, y que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias*"; por esta razón "[l]*a igualdad supone* […] *la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo*" (Conf. LINARES QUINTANA, Segundo V., "Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Argentino y Comparado", Parte Especial, Tomo III, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1956, p. 435).

En esa misma línea, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que "*el principio de igualdad de todas las personas ante la ley, según la ciencia y el espíritu de nuestra Constitución, no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, de donde se sigue forzosamente que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de* ellos" (Fallos 16:118; 137:105; 270:374; 306:1560; 320:2145, entre muchos otros).

De lo expuesto se colige, que en el marco de una caso judicial, este principio no podrá considerarse vulnerado si las distinciones que se adviertan en el fallo, se encuentran basadas en diferencias razonables derivadas de situaciones disímiles, es decir, mientras no respondan a una selección arbitraria.

Siendo ello así, observo que en el *sub judice* la condena de Ana María Fernández encuentra apoyatura en el conocimiento certero que tenía la nombrada respecto de la Actuación 631 y que a esta altura no se encuentra controvertido por ninguna de las partes.

En cambio, la absolución de Gustavo Juan Torres, se basa, justamente, en la circunstancia contraria, esto es, en el desconocimiento (o falta de certeza) de esa denuncia, extremo que, aún cuando el recurrente pueda discrepar, ha sido fundado por el Tribunal de Juicio de conformidad con las probanzas producidas en el debate.

Por ello, más allá del acierto o desacierto de esa circunstancia (cuestión que analizaré al tratar los recursos deducidos por las querellas contra dicha absolución), no puede considerarse vulnerada la garantía de igualdad, por la sencilla razón de que el Tribunal de mérito, al momento de ponderar las situaciones procesales de ambos acusados, aplicó la ley de acuerdo a las diferencias constitutivas que, en cada caso, razonablemente entendió demostradas.

Finalmente, tampoco se advierte (ni el recurrente logra demostrar) cómo es que el fallo ha vulnerado el principio de inocencia respecto de su defendida, en la medida en que la condena se ha basado en la certeza a la que arribara el Tribunal de Juicio respecto de los extremos de la imputación trasladada a la acusada.

i) Planteo de excepción de cosa juzgada.

Finalmente, corresponde dar respuesta a la excepción de falta de acción introducida por el Dr. Vignale en esta instancia, donde solicita que, a fin de no violentar el principio de *ne bis in ídem*, se absuelva a su asistida Fernández respecto de los hechos atribuidos en esta causa, en razón del sobreseimiento firme dictado a su respecto en el marco del nro. 14.000/05 del registro del Juzgado de Instrucción 1, el cual, a criterio del letrado, versó sobre los mismos acontecimientos.

Con relación a ello, conviene recordar que llevo dicho que para que se verifique la aplicación de la prohibición de doble persecución por el mismo hecho, será necesario que confluyan en el caso la conjunción de tres identidades distintas para dar solución abstracta a la infinidad de casos posibles. Ellas son identidad de persona perseguida (*eadem persona*), identidad del objeto de la persecución (*eadem res*) e identidad de la persecución (*edem causa petendi*). (cfr. mi voto en la c. 5184 "Gutiérrez, Daniel Omar s/ recurso de casación", reg. nro.: 145, rta.: 10/03/2005).

Como este principio representa una garantía de seguridad individual, sólo ampara a la persona que, perseguida penalmente, haya o no recaído sentencia pasada a autoridad de cosa juzgada, vuelve a ser perseguida en otro procedimiento penal, que tiene como objeto la imputación del mismo hecho (MAIER, Julio J.B., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editores del Puerto, 2º edic., Buenos Aires, 1999, p. 603).

Sobre esta base, en consonancia con lo expuesto por el juez Riggi en su voto y a cuyos fundamentos me remito en razón de brevedad, considero que no existe identidad de objeto entre el hecho por el cual resulta condenada Ana María Fernández en esta causa y aquél respecto del que ha sido sobreseída en sede instructoria.

Es por ello que el planteo no tendrá acogida favorable, pues no se verifica la denominada "*eadem res*" para que opere la garantía contra el doble juzgamiento alegada por la defensa.

3. Relevancia penal de las conductas de Fiszbin y Fernández.

Tratadas las impugnaciones relativas a la determinación de los hechos, corresponde examinar aquellas que cuestionan la particular aplicación de la ley sustantiva respecto de esa base fáctica.

a) Respecto de la aplicación de la ley penal sustantiva.

Las defensas de Fiszbin y Fernández, cuestionan la subsunción de las conductas de sus asistidas que realizara el Tribunal de Juicio en el tipo de incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 248, C.P.), tanto en el aspecto objetivo como subjetivo.

Plantean violaciones al principio de legalidad que guardan estricta relación con la tipicidad afirmada por el Tribunal de

Juicio, razón por la cual, serán analizados en este apartado de manera conjunta.

Así, la defensa de Fiszbin indica que "*no existe ninguna norma, decreto, ordenanza, resolución, ni ley que determine la periodicidad con que deben efectuarse las inspecciones*."

Expresa que entonces la presunta conducta incumplida por Fiszbin "*no se puede describir, ya que no hay nada que haya incumplido*"; de ahí que pregone una violación al principio de legalidad.

También manifiesta que el fallo no respeta el criterio de discrecionalidad que deben tener los funcionarios en el ejercicio de su cargo, pues el reproche se basa más en una crítica a la gestión de gobierno que en un análisis serio de la tipicidad de la presunta conducta que se reprocha. Alega la no judiciabilidad de la gestión y aduce que las falencias o falta de resultados que se obtengan no determinan la "*consumación del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público*".

En la misma línea, la asistencia técnica de Ana María Fernández, señala que "*resulta de toda evidencia que con relación a los locales bailables clase ´C´ no se verificaba un plazo concreto para su inspección*".

Se agravia porque los magistrados "*para conformar el cargo* […] *le reprochan a los funcionarios que de la mano de aquello que no aplicaron, esto es la analogía para disponer un plazo, incumplieron notablemente su deber de control*". Aduce entonces una violación a las exigencias de "lex certa" y "precisa" derivadas del principio de legalidad.

Agrega que lo que el Tribunal de Juicio ha desarrollado en el fallo es "*la discrepancia de criterios respecto de cómo se debía comportar en su rol Ana Fernández*" y que por ello se ha "*reinterpretado subjetivamente la aplicación de sus poderes discrecionales y ex post del suceso*".

En lo inherente al contenido del tipo objetivo del art. 248, C.P., la defensa de Fiszbin, indica que la modalidad omisiva del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público castiga la conducta de no ejecutar las leyes, es decir, no cumplir con lo que la ley manda expresamente; de ahí que "*tiene que existir un mandato expreso, preciso y unívoco de la ley que el accionar del funcionario contraría*". Agrega, con citas de

doctrina, que esta figura sólo alcanza al incumplimiento de las leyes en sentido formal, quedando excluidos los reglamentos, decretos y ordenanzas.

Por su parte, la defensa de Fernández indica que "*para que la acción sea típica, el art. 248 en su modalidad omisiva reclama no ejecutar las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere*" al funcionario y explica, con citas de jurisprudencia, que debe tratarse de ley "*en sentido formal*".

Por ello, expresa que "*la conducta enrostrada a Ana Fernández no encuentra adecuación típica puesto que no ha omitido cumplir con la ley*" ya que la Actuación 631 es una denuncia como el propio Tribunal de Juicio reconoce.

De igual forma ambas defensas cuestionan la interpretación del tipo subjetivo del delito de incumplimiento de deberes de funcionario público que efectuó el tribunal de mérito.

En este aspecto, la defensa de Fiszbin expresa que "*no admite refutación que el tipo subjetivo del art. 248, CP, sólo admite para su configuración dolo directo; siendo así, ese dolo comprende tanto el conocimiento de los elementos del tipo subjetivo, como la voluntad de realizarlo*". Alega que la doctrina coincide en afirmar que además el tipo exige "*malicia*" y dice que ninguno de estos extremos se ha verificado respecto de su pupila.

En sentido similar, el Dr. Vignale señala que "*este delito requiere ser cometido maliciosamente, es decir a sabiendas de la contrariedad del acto o la omisión con la Constitución o la ley*". Aduce que este extremo no puede afirmarse si su defendida informó la situación que afrontaba y relevó el 71 por ciento de los locales bailables denunciados.

b) Tratamiento de la tipicidad objetiva y subjetiva.

A fin de dar respuesta a los agravios esgrimidos por los recurrentes, considero necesario repasar las argumentaciones principales realizadas en la sentencia para caracterizar la figura prevista en el art. 248 del Código Penal y la subsunción de las conductas de las funcionarias en este tipo legal, pues ello nos permitirá desentrañar si la aplicación de la ley sustantiva fue correcta como asimismo si se observan violaciones al principio de legalidad.

Sostuvo el Tribunal de mérito que "*el tipo penal contenido en la norma del artículo 248 in fine del compendio normativo* […]

adjudica responsabilidad penal al funcionario que, haciendo uso arbitrario de la función pública que le fue otorgada, ejecuta actos de gobierno que conculcan los enunciados contenidos en la Constitución o en las leyes que la reglamentan y que adquieren operatividad en el ámbito de su desempeño funcional." (fs. 37.329 vta./37.330).

Precisaron los jueces que el sujeto activo del delito enunciado puede estar configurado por "*un agente municipal, quien -en su calidad de funcionario- puede dictar resoluciones u órdenes contrarias, o no ejecutar la ley cuyo incumplimiento le incumbe*". (fs. 67.330).

Con relación al término "ley" que figura en el tipo penal, expusieron que "*resulta abarcativa de cualquier ley, reglamento u ordenanza, que delimite el ámbito en el que se ejercita la función gubernamental omitida o no ejecutoriada, allí contenida*" (ibídem).

Ya al tratar la subsunción de la conducta de Fiszbin al tipo objetivo, los sentenciantes indicaron que "[p]*ara la configuración normativa del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público —contenido y reprimido por el artículo 248 in fine del Código Penal- deviene necesario evidenciar la existencia de una conducta omisiva, cuyo cumplimiento se presenta como de carácter obligatorio para el funcionario público —toda vez que forma parte de la competencia a él adjudicada - quien no la ejecuta contrariando con ello las disposiciones que regulan el ejercicio de sus funciones*." (fs. 67.330 vta./67.331).

Tras resaltar el contenido del decreto de designación de la nombrada en su cargo (2696) y su responsabilidad primaria de ejercer el poder de policía en materia de seguridad, higiene y salubridad, entendieron que "*el deber legal omitido se circunscribe al hecho de haber adoptado, frente a una grave denuncia* [la entablada por Alimena], *medidas que sólo implicaron una tibia reacción burocrática —intimaciones-, que no fueron luego objeto de seguimiento, cuando el caso exigía abordar de manera agresiva e inmediata el control que le competía*." (fs. 67.332 vta./37.333).

En esa línea, expresaron que "*Fabiana Gabriela Fiszbin, en su condición de Subsecretaria de Control Comunal, debió dar cumplimiento al poder de policía adjudicado mediante el Decreto N°*

2.696, adoptando y coordinando una planificación de los lugares ´eficaz´ —no meramente burocrática-, no sólo tendiente a relevar la totalidad de la cantidad de locales de baile que desarrollaban esa actividad y el estado de incumplimiento que frente a la normativa vigente proyectaban; sino, también, a los fines de comprobar la veracidad de lo denunciado por el Arquitecto Alimena." (fs. 67.334).

Por tanto, entendieron que "*el deber omitido del que aquí se trata está constituido por el incumplimiento arbitrario de una función -cuyo origen es normativo- y podría haber sido satisfecho mediante la implementación coordinada de un sistema de inspección, a los fines de regularizar la acuciante situación de los locales de baile con la propia letra de la normativa vigente*." (ibídem).

Con relación al encuadre de la conducta de Fernández al tipo objetivo, tras recordar las competencias de la nombrada y el contenido del decreto 37/04, el tribunal de mérito señaló que "[l]*a ex-funcionaria estaba a cargo, justamente, del único órgano de control capacitado —conforme la competencia otorgada normativamente- para hacer ejecutivas las cuestiones tendientes a efectivizar la tarea inspectiva en las cuestiones sobre las que versaba la denuncia de Alimena*." (ibídem).

Precisaron que "[p]*ese a todo ello, habiendo sido advertida de la necesidad inminente de efectuar un relevamiento eficaz de la totalidad de los locales clase ´C´ del ámbito de la Ciudad, los que habían sido denunciados por evidenciarse un alto grado de incumplimiento de la normativa vigente que regía la actividad del rubro, Fernández se dedicó a realizar 164 intimaciones a los locales de baile que surgían de la nómina remitida por la Defensoría del Pueblo —previamente adquirida de la Superintendencia de Bomberos- y a depositar los resultados remitidos de aquéllas en una caja´azul´ y en un bibliorato*." (fs. 67.348 vta./67.349).

Expusieron que "*lo que aquí se le reprocha es la evidente omisión en dar tratamiento al conflicto que aquejaba a toda el área de control de la Unidad, frente al riesgo inminente en el que se encontraban comprendidos los asistentes a locales de baile -cuando advertida de la grave situación que denunciaba el propio Defensor del Pueblo y haciendo caso omiso al alerta impartida- se limitó a librar intimaciones —sin efectuar previamente ningún tipo*

de relevamiento que arrojara una cantidad cierta de aquellos comercios- omitiendo dar un tratamiento integral conforme el conflicto exigía." (fs. 67.349).

Destacaron los magistrados que "[f]*rente a la advertencia contenida en la Actuación Nº 631 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad, Fernández contó con tiempo suficiente —desde mediados de mayo hasta fines de agosto de 2004- para dar cumplimiento a los deberes a su cargo, para certificar la cantidad de locales de baile enunciados en la nómina de bomberos y para realizar un relevamiento sobre aquellos*." (fs. 67.351).

Por todo ello, concluyeron que "*correspond*[ía] *afirmar que la imputada Ana María Fernández,* […] *omitió dar cumplimiento a los deberes que tenía a su cargo —conforme la normativa que establecía sus responsabilidades primarias- toda vez que no ejerció el poder de policía en materia de habilitaciones y permisos, ni en lo atinente a la seguridad, salubridad e higiene de los locales de baile e incumplió con su deber de coordinar y verificar el tratamiento de las denuncias recibidas en relación a las materias de su competencia*." (ibídem).

Por otra parte y ya en relación al aspecto subjetivo, el Tribunal también hizo consideraciones de índole general acerca del contenido del dolo en el tipo del art. 248, C.P., y brindó las razones por las cuales lo tuvo por comprobado respecto de Fiszbin y de Fernández.

De esta manera, el Tribunal de Juicio comenzó explicando que "[e]*l supuesto omisivo contenido en el artículo 248 in fine del Código Penal, requiere para la configuración de su faz subjetiva, que el funcionario público que advirtiendo la existencia de una situación que exige el cumplimiento de un deber que le compete -por formar parte de su competencia- no despliega la conducta debida para ejecutar lo que la ley le ordena, a pesar de advertir su capacidad para hacerlo*." (fs. 67.341 vta.).

Los jueces indicaron que "*el supuesto omisivo requiere la voluntad del sujeto de no ejecutar la ley cuando sabe que se ha presentado una situación que exige su aplicación, que ello le compete funcionalmente, y que no se la ejecuta no obstante la posibilidad de hacerlo*" (fs. 67.342).

Tras resaltar que la figura requiere dolo directo y con relación a la exigencia de "malicia", los magistrados entendieron

que *"la malicia como elemento configurador de la imputación subjetiva del tipo penal de análisis, deviene intrascendente toda vez que el dolo directo, entendido como el conocimiento de los elementos objetivos que forman parte del tipo penal que se vulnera, aborda la totalidad de su definición conceptual."* (ibídem).

Ya analizando la situación de Fiszbin, expusieron "[e]*n lo que respecta al análisis del tipo subjetivo del delito que se le reprocha a la ex-funcionaria, corresponde destacar que* [la nombrada] *tomó conocimiento de la situación de riesgo en la que se encontraban inmersas miles de personas, quienes semana tras semana concurrían a los locales de baile ubicados bajo la órbita de control de la Subsecretaría que tenía a su cargo."* (ibídem).

En tal sentido, expresaron que "[e]*llo fue puesto en su conocimiento,* […] *-en reiteradas oportunidades- por el Arquitecto Alimena por denuncias a medios de difusión y otras directas a su área, en torno a la necesidad de erradicar los incumplimientos normativos que se evidenciaban en el desarrollo la mentada actividad, por parte de los explotadores de aquellos comercios."* (ibídem).

Explicaron que Fiszbin "[m]*uy a pesar de ello, y a sabiendas de los objetivos que debía cumplir -cuyo deber de ejecución le fue impuesto por el Decreto N° 2.696 en su calidad de Subsecretaria de Control Comunal- arbitrariamente decidió no atender lo que la propia letra de la ley le requería -al adjudicarle la función de ejercer, coordinar y controlar el poder de policía en materia de salubridad, seguridad e higiene en el ámbito de esta ciudad- abstrayéndose del cumplimiento de sus funciones cuando, de no haber querido omitir sus deberes, hubiese encaminado su accionar hacia la concreción de acciones definidas y concretas de ofensiva general ´en campo´, acorde con la situación de peligro inminente que se venía desarrollando en el ejido de la ciudad."* (fs. 67.342 y vta.).

Destacaron que *"Fiszbin sabía que podía ejercer el contralor de la totalidad de los locales de baile que surgían de la nómina remitida por la Superintendencia de Bomberos -aún con los escasos recursos materiales y humanos con los que contaba el área de control-; conocía las facultades y responsabilidades que en torno a su calidad de Subsecretaria de Control Comunal le*

habían sido adjudicadas y tenía plena conciencia acerca de su capacidad para dar solución al conflicto riesgoso que en el ámbito de sus competencias se venía desarrollando." (ibídem).

De esta manera resaltaron que la imputada *"permaneció indiferente frente al deber requerido, omitiendo llevar a cabo los objetivos ordenados; contrariando, con ello, la esencia misma del órgano administrativo para cuya dirección se la nombró"*; de ahí que concluyeran que *"Fiszbin tenía conocimiento del deber y, voluntariamente, decidió omitir su cumplimiento."* (ibídem).

Al tratar el aspecto subjetivo de la conducta reprochada a Ana María Fernández, los magistrados del Tribunal oral indicaron que *"resulta dable referenciar que Ana María Fernández tenía pleno conocimiento de las responsabilidades primarias que, como coordinadora General de la Unidad Polivalente de Inspecciones, le adjudicada al Decreto Nº 37/04, objetivos que resultaban ser de cumplimiento obligatorio para la funcionaria."* (fs. 67.352 vta).

Resaltaron que además *"la acusada tomó conocimiento de la alerta contenida en la Actuación Nº 631 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, el 18 de mayo de 2004 -pese a haber sido advertida informalmente por Fiszbin, meses antes, de la situación riesgosa en la que se encontraban los concurrentes a locales bailables, toda vez que los comercios pertenecientes a ese rubro evidenciaban un grave incumplimiento de la normativa vigente que regía la materia-."* (fs. 67.352 vta./67.353).

Adujeron que "[f]*rente a ello, cursó 164 intimaciones cuyas respuestas —que lejos de ser utilizadas a los fines de dar una solución integral al conflicto que aquejaba al área de control a su cargo, cuya resolución le estaba impuesta por mandato legal- fueron depositadas en una caja ´azul´ y en un bibliorato; todo ello con la anuencia de la imputada, quien sabía que con esas actuaciones -salvo un precario listado en Excel para elevar a la Subsecretaría- nada se iba a realizar."* (fs. 67.353).

En definitiva, ponderaron que la acusada "[s]*abía que era su deber dar curso a la denuncia efectuada por el Arquitecto Alimena, toda vez que la Unidad a su cargo era la encargada de materializar el sistema inspectivo del ejido de la Ciudad de Buenos Aires*" y que "[p]*ese a todo ello,* […] *arbitrariamente omitió dar cumplimiento a los deberes que por mandato legal tenía a su cargo."* (ibídem).

Ahora bien, con relación a los agravios vinculados al principio de legalidad sustantivo (*nullum crimen sine lege*), conviene recordar que esa máxima no prohibe la valoración o la interpretación, sino que exige que la norma contenida en la ley contenga los indicadores necesarios para ser entendida y prevista por sus destinatarios con anterioridad a su aplicación judicial (JÄGUER, Christian, *Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal*, traducido por Enrique Díaz-Aranda p. 33).

En el caso *sub-examine*, advierto que el Tribunal de Juicio subsumió las conductas de las ex-funcionarias Fiszbin y Fernández en el tipo omisivo previsto en el art. 248 del CP "*in fine*", en cuanto reprime al funcionario público que "*no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere*".

Asimismo, noto que en cada uno de los supuestos, la norma que se consideró incumplida fueron los decretos 2.696/03 y 37/04, respectivamente, en cuanto establecían las responsabilidades primarias de las funcionarias, vinculadas al ejercicio del poder de policía en el ámbito de la Ciudad.

Básicamente, la tipicidad de la conducta se afirmó porque ante la denuncia de Alimena, las funcionarias competentes, se limitaron a cursar intimaciones a locales de baile en base a un padrón desactualizado, sin reparar en el contenido de las respuestas y sin disponer un plan sistemático de inspección tendiente a neutralizar el peligro anunciado por el Defensor del Pueblo.

De esa manera, el Tribunal de mérito entendió que ambas acusadas omitieron cumplir con su deber legalmente determinado de ejercer el poder de policía en materia de control de las condiciones de prevención contra incendio de los locales bailables.

También hemos visto que el Tribunal de Juicio consideró que la expresión "ley" contenida en el tipo penal incluía las reglamentaciones que delimitan el marco de competencia del funcionario público, determinando las funciones que le competen conforme a su designación en el cargo. De ahí que pudiera entender como incumplidos, a los fines de la tipicidad, los decretos 2.969/03 y 37/04 antes mencionados.

Y en este punto, entiendo que el Tribunal de Juicio ha caracterizado correctamente los alcances de la tipicidad objetiva

del delito previsto en el art. 248 del Código Penal, pues, como dice Carlos Creus, si bien "*no se puede sostener que cualquier reglamento u ordenanza quede comprendido entre los objetos de la violación*" si corresponde incluir "*los que delimitan la competencia de los funcionarios, es decir,* [aquellos que] *determinan lo que el funcionario debe o puede hacer como tal, expresando la voluntad del Estado en actos sobre los administrados que no sean de orden estrictamente interno de la Administración*."(Conf. CREUS, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, 6º Edic., Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 250).

No advierto entonces que haya existido una violación al principio de legalidad sustantivo, en tanto el Tribunal se limitó a realizar una interpretación del tipo que, en el caso concreto, no excedió los límites del sentido literal del texto.

En este último aspecto, y si bien cabe admitir que no es pacífica la doctrina en cuanto al alcance que debe otorgarse al término "ley", considero que en el *sub judice*, el ejercicio del poder de policía que se identificó como incumplido a partir de las reglamentaciones establecidas por los decretos 2696/03 y 37/04, importó una negación expresa de lo dispuesto en el artículo 104 inciso 11 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que pone en cabeza del Poder Ejecutivo la obligación de ejercer el poder de policía y que es en definitiva una ley en sentido formal.

Conviene resaltar que la tipicidad del tipo omisivo del art. 248 del CP, castiga al "*funcionario* [que] *omite llevar a cabo un mandato inherente a sus funciones que le impone la ley o la Constitución (Nacional o Provincial), cualquiera sea la acción que omita realizar*" (Conf. VILLADA, Jorge Luís, *Delitos contra la Administración Pública*, Advocatus, Córdoba, 2005, p. 131).

En el caso bajo juzgamiento, el deber de ejercer el poder de policía deriva de la Carta Fundamental de la Ciudad y estaba en cabeza de Fiszbin y Fernández, conforme los decretos que establecían sus responsabilidades primarias; además, ellas eran las funcionarias que estaban formalmente notificadas de la Actuación 631 y que en la práctica habían tomado intervención de manera personal en el tratamiento de la denuncia.

Por eso, y teniendo en cuenta que dentro de sus competencias funcionales estaba el control de las condiciones de prevención contra incendios de los locales bailables clase "c" y

que se ha demostrado acabadamente que ante el alerta del Defensor del Pueblo no relevaron la totalidad de los comercios denunciados, debemos afirmar la tipicidad de la omisión funcional, pues comportó, en los hechos, una violación expresa de una manda prevista en la Constitución de la C.A.B.A. a través de la inobservancia de sus responsabilidades primarias establecidas normativamente.

Debe tenerse presente que "[d]*entro del concepto de omisión de la ejecución, queda comprendido el retardo indebido de cumplimiento: el no ejecutar es no ejecutar cuando se debe ejecutar, de manera que tanto comete el delito quien deja de ejecutar la ley como quien la ejecuta fuera de la oportunidad en que debía hacerlo*" (Conf. CREUS Carlos, ob. cit. p. 250); como así también que "*el abuso omisivo configura un tipo de pura actividad, que se consuma con la no ejecución de la ley en el caso concreto, es decir, con la no realización de la acción esperada*" (Conf. BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, 3º Edic., Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 149).

Por ello, el no haber ordenado la inspección de los locales que desarrollaban la actividad bailable a partir de lo denunciado expresamente por Atilio Alimena durante la gestión de las funcionarias, permite afirmar que esa omisión se ajusta al tipo penal, conforme lo ha ponderado correctamente el tribunal de mérito.

De esta manera, no resultan atendibles los agravios vinculados a supuestas violaciones al principio de legalidad, a la aplicación analógica de la ley penal, como asimismo aquellos que se relacionan con la tipicidad objetiva de la conducta atribuida. Menos aún aquellos aducidos por el Dr. Vignale en la audiencia de informes donde pretendió fundar una supuesta confusión entre las figuras de los artículos 248 y 249 del CP de parte del Tribunal oral, extremo que, por las razones que se vienen exponiendo, no se advierte que concurra en la especie.

Tampoco lucen relevantes aquellas afirmaciones de las defensas en torno a inexistencias de normas o plazos para disponer inspecciones, en la medida en que hemos demostrado que dentro de las competencias legales de las funcionarias se encontraba inequívocamente el ejercicio del poder de policía y aquellos

deberes necesarios para dar una respuesta seria a la denuncia del Defensor del Pueblo.

Nótese que conforme al decreto 2.696/03, Fiszbin debía "*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 materia de habilitaciones, seguridad, calidad ambiental, higiene y seguridad alimentaria y salubridad* [y] *supervisar y coordinar acciones polivalentes con la Unidad Polivalente de Inspecciones*" (incisos "a", "b" y "d" del mencionado decreto).

Por su parte, Fernández, de acuerdo al decreto 37/04 tenía la obligación "*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*"; "*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 "*coordinar y verificar el tratamiento de las denuncias recibidas*" (incisos "b", "h" y "j").

En consecuencia, notificadas ambas acusadas de la denuncia del Defensor del Pueblo que ponía de relieve el alto grado de imcumplimiento de las normas de prevención contra incendios de los locales bailables clase "c" y del peligro que ello acarreaba para miles de jóvenes, consideramos, en consonancia con las apreciaciones del Tribunal de Juicio, que ambas debían ordenar la inspección generalizada de los locales, si es que pretendían ejercer el poder de policía a que estaban legalmente obligadas; como no lo hicieron, corresponde afimar que incurrieron en un incumplimiento de los deberes a su cargo.

No se trata de una mera discrepacia con los resultados de la gestión, ni de avanzar sobre los poderes discrecionales de las funcionarias o sobre cuestiones no justiciables como pretenden los defensores; sino mas bien responzabilizarlas por aquello que debieron haber realizado para cumplir con sus deberes legalmente determinados.

Respecto de los cuestionamientos trazados en torno a la tipicidad subjetiva, existe coincidencia en la doctrina de que este delito requiere para su configuración que concurra dolo directo. (ver, CREUS, Carlos, ob. cit. p. 252, BUOMPADRE, Jorge, ob. cit. p. 149; DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, 2º Edic., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 190).

Y si bien algunos autores clásicos exigen "malicia" (así, NUÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo VII, Buenos Aires, 1967 p. 77; también SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo V, 3º Edic., Tea, Buenos Aires, 1978, p. 142), ello obedece a la problemática que para los seguidores de la teoría causal de la acción les suscitaba la definición de dolo, que como sabemos, para esa vertiente dogmática, incluía siempre el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

Como lo explica acertadamente Donna al decir que "*la doctrina argentina insiste en requerir en el tipo la malicia como elemento subjetivo del tipo, que está ínsita en cualquier caso de abuso. De todas maneras, la cuestión esta clara, aunque no se acepte este concepto que no es exigido expresamente por la ley, que se trata de dolo directo, más allá de este concepto de malicia, que es dudoso y sólo parece ser una forma de salvar los problemas que tenía el causalismo en construir el concepto de dolo adecuado al principio de legalidad.*" (Conf. DONNA, ob. cit. pp. 190/1).

Aclarado ello, considero que en el sub-examine, las defensas no han logrado controvertir los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Juicio para fundar el aspecto subjetivo del delito de incumplimiento de deberes.

Ello así, pues no estando controvertido que las acusadas conocían la Actuación 631 como así tampoco el ambito de sus compentencias funcionales, la circusntancia de que hayan pretendido dar respuesta a esa denuncia, limitandose a practicar intimaciones sin un seguimiento sistemático de los resultados y no hayan realizado la inspección generalizada de la actividad que las circusntancias exigían, evidencia que no existió voluntad de parte de las nombradas de cumplir con su deber; por tanto, es dable aseverar que se verifica en el caso tanto el aspecto cognoscitivo como volitivo del dolo del tipo de incumplimiento de deberes.

Y si esto es así, no resultan relevantes los precedentes invocados por los defensores de las funcionarias vinculados con el aspecto subjetivo de la conducta en ocasión de celebrarse la audiencia de informes, en la medida en que se ha demostrado con certeza tanto el conocimiento como la voluntad de realizar el tipo.

Menos aún podrá tener asidero la comparación trazada en aquella ocasión por los Dres. Fainberg y Vignale en cuanto a la similitud de este caso con el resuelto en el expediente "Lello, Daniel y otro s/recurso de casación" (c. 6789, reg. nro.: 973.06.3., rta.: 11/09/2006), no sólo porque no se tratan de las mismas circunstancias fácticas, sino porque en el voto del Dr. Tragant que lideraba ese acuerdo, las razones para confirmar el sobreseimiento de los acusados se limitaron por un lado, al análisis de la fundamentación del fallo de la instancia anterior que impedía descalificarlo como arbitrario y, por otro, en la circunstancia de que la pretensión del acusador de modificar la calificación legal de la conducta endilgada fue introducida recién en la etapa recursiva por lo que mal podía haber sido considerada por el Tribunal de Juicio.

Por otra parte, deseo aclarar que no coincido con lo expresado por mis colegas en cuanto califican la conducta en las previsiones del art. 249, C.P., por los argumentos expuestos precedentemente. He de destacar que a mi entender los jueces no pueden introducir una calificación jurídica que no ha sido propuesta por las partes como objeto de debate, toda vez que cada encuadre típico responde a determinados presupuestos de juicio que hablan de su materia de discusión, lo que no aconteció en este caso con el art. 249 del código de fondo.

Asimismo, debo señalar que aún cuando la suerte de este recurso se encuentra sellada en razón de que mis colegas preopinantes han calificado también el accionar de las imputadas Fiszbin y Fernández como típico del delito de incendio culposo agravado (art. 189, 2º párr, C.P.), quiero dejar a salvo mi opinión en cuanto a la imposibilidad de atribuir el resultado producido en el local "Cromañón" a la omisión de deberes funcionales.

Ello así, pues tal como lo expuse en ocasión de votar en la causa "López, Juan Carlos s/recurso de casación" (c. 7052, reg.

nro.: 1092.07.3., rta. 15/08/2007), entiendo que en el caso no existe un nexo entre la supuesta violación al deber de cuidado (inobservancia de los reglamentos y deberes a su cargo) identificada por mis colegas y el resultado (incendio con peligro común agravado por 193 muertes y 1432 lesionados).

En este último sentido, tal como lo expuse en el caso del imputado Díaz, "*no basta con que la conducta sea violatoria del deber de cuidado y cause el resultado, sino que además debe mediar una relación de determinación entre la violación al deber de cuidado y la causación del resultado, es decir que la violación del deber de cuidado deber ser determinante del resultado*" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, 6º Edic., Ediar, Buenos Aires, 1991, pp. 433/4. También en ZAFFARONI *et al*., *Derecho Penal…*, cit, pág. 560 y sgtes.; el subrayado me pertenece).

En concreto, lo requerido es una conducta —violatoria de un deber de cuidado- que haya causado el resultado, y que éste venga determinado por la violación a aquel deber. En tal sentido, y a diferencia de lo que se tuvo por acreditado en el caso de Díaz (cuyas acciones fueron determinantes para el resultado), ese extremo no fue probado respecto de las imputadas Fiszbin y Fernández pues la relevancia que las querellas pretendieron otorgarle a la falta de inspección del local al vencimiento del certificado de bomberos para atribuir el resultado no es tal, dado que se trata de un curso causal hipotético no verificado en la realidad y del cual no puede inferirse necesariamente que evitaba el resultado.

Ello así, pues no existe certeza que una inspección del lugar hubiera motivado una clausura del establecimiento (repárese que a la fecha del hecho la normativa también preveía la multa —conforme ordenanza 50.250 modificada por la 50.848-), como así tampoco que de haberse producido se hubiera levantado mediante los mecanismos legales o, en su caso, hubiera sido infringida por los organizadores del espectáculo.

4. Situación de Gustavo Juan Torres.

A fin de analizar los recursos presentados por los acusadores particulares contra la absolución de Gustavo Juan Torres, considero necesario efectuar algunas aclaraciones previas vinculadas a las pretensiones recursivas de las querellas.

En tal sentido, advierto de la lectura de los escritos presentados y las alegaciones dadas en la audiencia de informes que, en todos los casos y por distintos argumentos, los querellantes pretenden responsabilizar a Gustavo Torres —como así también a Fiszbin y Fernández- por el suceso acaecido en el local "Cromañón" el día 30 de diciembre del año 2004, proponiendo distintas calificaciones legales que van desde un incendio culposo a uno doloso e, incluso, a un homicidio simple con dolo eventual.

Este abanico de calificaciones legales propuestos por los querellantes no ha afectado el derecho de defensa de los funcionarios imputados, pues advierto que las pretensiones punitivas esgrimidas en esta instancia son las mismas que aquellas vertidas durante los alegatos, razón por la cual ha existido la posibilidad para los defensores de contradecirlas y de pedir nueva prueba con relación a ellas.

No obstante ello, al tratar la relevancia jurídico penal de los comportamientos atribuidos a Fiszbin y Fernández, he dejado en claro mi posición respecto de la imposibilidad de responsabilizar a los funcionarios públicos por el hecho principal; ello derivado de la ausencia de relación de determinación entre sus particulares omisiones funcionales con el resultado producido la fatídica noche en el local de marras.

En este último sentido, todas las calificaciones propuestas por los acusadores privados y más allá de sus esfuerzos interpretativos, no demuestran con certeza el nexo aludido.

Por lo tanto, todos aquellos agravios esgrimidos por las querellas que intentan demostrar la responsabilidad de Gustavo Juan Torres por el incendio o las muertes producidas en el local, no pueden prosperar.

Siendo ello así, la cuestión queda reducida a determinar si ha existido arbitrariedad en la sentencia o un juicio irregular al momento de afirmar el desconocimiento de la Actuación 631 por parte del imputado Torres, pues fue a partir de la falta de certeza en el conocimiento de esa denuncia que el tribunal de mérito decretó la absolución del imputado.

Con relación a los agravios vinculados sobre este punto, el grupo de querella encabezado por el Dr. Iglesias sostuvo que "*…las justificaciones del desconocimiento de la referida Actuación 631 del funcionario que inviste la Dirección con directa*

competencia en la labor inspectiva de los locales bailables clase ´c´, llega al extremo de justificar la atestación de una firma vagante dentro del mismo expediente de esa actuación."

Expresó que "[r]*esulta insostenible desde el sentido común que quien asuma la conducción de una Dirección cuestionada no se provea de los antecedentes de esa repartición, con los antecedentes públicos que se han demostrado en esta causa, y en la que los controles no solo no funcionan, sino, además, las sospechas de manejos irregulares son cotidianas*".

Destacó que "[e]*n una estructura administrativa como la de la ciudad, en la que se cuenta con informes de la Auditoría General y las intervenciones de la Defensoría, asumir la dirección sin consultarlos no es una alegación verosímil*"; y agregó que "[l]*a construcción argumental que realiza la sentencia esta viciada de una clara arbitrariedad, patentizada incluso en el empleo de excusantes de la conducta de Torres, razones que en Fiszbin eran inculpantes*".

Por su parte, la querella encabezada por Benicia Gómez, en su confusa presentación, indicó que "*Torres, conocía la situación de los locales bailables, y que aún no conociendo a fondo la recomendación de Alimena, pudo comprobarlo porque así lo prueba su praxis realizada durante su gestión, la cual demuestra el estado calamitoso en que se encontraba la organización del control de esa actividad*"; para luego más adelante aseverar que "*basta repasar todas las declaraciones de los funcionarios a cargo de Torres* […] *que certifican* [que el nombrado] *conocía la resolución de Alimena, la de Barroetaveña, las de los particulares involucrados, la del presidente de CEDEBA, y además como se puede inferir que la Lic. Fiszbin no le trasmitiera el conocimiento que tenía y el conflicto que mantenía con el Arq. Alimena*".

La querella que representa el Dr. Poplavsky, expuso que Torres "[c]*onocía todos los riesgos existentes debido al descontrol dentro del área inspectiva*", agregando además que "[s]*u conocimiento de los riesgos existentes lo llevaron a que minutos después de producida la tragedia se apersonara al área a su cargo, dirigiéndose junto con sus asistentes, puntualmente a la oficina donde 50.000 actuaciones de larga data se hallaban paralizadas y a la espera de ser resueltas en 'algún momento' (U.E.R.A), buscando*

a la luz de celulares y encendedores alguna que hiciera referencia al local siniestrado".

Señaló que el imputado "*no sólo como funcionario público, sino además como hombre de derecho (abogado) no podía desconocer que frente a tamañas irregularidades era su obligación denunciarlas, iniciando la vía administrativa y culminada ésta la judicial*".

Adujo que además Torres "[t]*enía por su trato fluido con la licenciada Fiszbin y las reuniones de las que participaba con la misma los días lunes, idéntico conocimiento de la criticidad en la que se encontraban los locales de baile*".

Finalmente, el grupo de querellantes representado por el Dr. Castro, indicó *que "el tribunal ha errado al momento de valorar la prueba de cargo que incrimina a Torres"*, pues este funcionario omitió cumplir con las funciones para la cual fue designado en el cargo que ocupaba, extremo que surge del "*conocimiento certero que* [tenía] *del peligro que implicaba el funcionamiento de los locales de baile clase ´C´ sin cumplir con las debidas medidas de seguridad y con las condiciones establecidas por el código de habilitaciones y/o la categoría para la cual habían sido habilitados*".

Explicó que "*ese conocimiento no le podía ser ajeno en virtud de la función para la que había*[] *sido designado*[]", como asimismo por su propia "*capacitación profesional*" y "*experiencia*".

Tras resaltar algunos testimonios, expuso que tanto Torres como las otras dos funcionarias —Fiszbin y Fernández- "*no sólo tenían conocimiento del peligro concreto que implicaba en ese momento la falta de control de los locales bailables en la Ciudad de Buenos Aires, sino que además también tenían un cabal conocimiento de la necesidad de inspeccionar todos y cada uno de los locales*" y de "*la necesidad de tomar medidas urgentes a los fines de prevenir la producción de un resultado como el que finalmente sucedió*".

Concretamente en lo que hace al conocimiento de Gustavo Torres, puso de relieve la declaración de Omar Fernández perteneciente a la fundación "*Alfa Más*", quien luego de haber enviado más de 20 cartas documento y entablado dos denuncias, fue recibido por el imputado "*a quien le explicó la problemática y le dio un listado verbal de los locales en infracción*".

Asimismo, agregó el recurrente que "[e]*l poco tiempo que estuvo Torres en ejercicio de sus funciones no lo exime de responsabilidad, en absoluto, pues fue el tiempo suficiente como para tomar conocimiento de la problemática del área (de hecho por ello comenzó a gestionar un crédito) y tomar medidas, ejercer legalmente su función, circunstancia que a la luz de los hechos, no hizo*".

Alegó una violación al principio de igualdad pues, a su entender, con "*el mismo desarrollo argumental, dogmático penal*", comparado con las situaciones de Fiszbin y Fernández, "*permitiría arribar a una conclusión diametralmente opuesta a la que llegaran en el caso de Torres*".

Ahora bien, a fin de analizar si el Tribunal de Juicio ha incurrido en arbitrariedad al momento de decretar la absolución de Torres considero necesario hacer una breve referencia a los argumentos señalados por los jueces en la sentencia, pues ello nos permitirá establecer si se aplicaron correctamente las reglas de la sana crítica racional para la resolución del caso.

En esa dirección, tras recordar el contenido del decreto de designación de Torres en el cargo, la problemática que representó la mudanza de edificio en las oficinas de la D.F.G.yC., el dictado de parte del nombrado de la disposición 424 para establecer un organigrama de trabajo en la dependencia como asimismo luego de analizar parte de la actividad desplegada durante su gestión, el Tribunal de mérito expresó que "*se ha incluido dentro de la imputación a Torres la omisión de dar tratamiento a la situación relacionada con los locales de baile clase ´C´, que había sido advertida y denunciada por el Defensor del Pueblo Adjunto de la Ciudad de Buenos Aires, Arquitecto Atilio Alimena, a través de la Actuación N° 631/04*" (fs. 67.359).

Expusieron los jueces que "*la Actuación N° 631/04 de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires fue una grave denuncia y no se verifica por su magnitud ninguna otra siquiera de parecida trascendencia para el área de control durante el año 2004; y que, por su contenido, demandaba el inmediato despliegue de todas las facultades de los funcionarios competentes para su abordaje hondo y urgente, y no el tratamiento puramente burocrático que a la postre se le dio*." (ibídem).

Aclararon que "*una vez diligenciadas las intimaciones por esa denuncia, las respuestas fueron ´resguardadas´ de un modo tal que la cuestión quedó paralizada y las contestaciones no salieron de su ostracismo ni siquiera cuando en junio se confeccionó un listado y se dispuso un ´relevamiento´ ineficaz*." (ibídem).

Agregaron en este sentido que "[n]*o se ha verificado y esto fluye de los dichos y actuación de la empleada Albela, que la denuncia de Alimena como el resultado de las intimaciones fueran volcadas en algún registro al que pudiera accederse para enterarse de su existencia y/o realizar el seguimiento correspondiente sino que, por el contrario fueron resguardadas tan prolijamente que quedaron al margen del trabajo cotidiano de la UPI –posteriormente DGFyC-*." (ibídem).

De ahí que los sentenciantes arribaran a una primera conclusión que serviría de fundamento para dictar la absolución recurrida, al decir que "*a partir de esta circunstancia debe ser contundente la prueba para demostrar que Gustavo Juan Torres pudo, pese a todo ello, directa o indirectamente, tomar conocimiento de la existencia de esa denuncia marginada al acceso y tratamiento del personal del sector*" (ibídem).

Desde ya adelanto que creo acertada esta primera consideración para la resolución del caso, pues si la prueba producida en el juicio no permite arribar a la certeza de que el acusado Torres conocía los extremos de la Actuación 631, entonces es evidente que el nombrado jamás podrá ser responsabilizado por no haber inspeccionado la totalidad de locales bailables clase "C", pues fue a partir de esa denuncia que surgió la imperiosa necesidad de relevar los comercios que desarrollaban esa actividad, dado el alto grado de incumplimiento de la normativa de prevención contra incendios que ponía de manifiesto la referida actuación.

Pero el análisis no terminó allí, sino que además el tribunal de mérito se dedicó a ponderar todos los elementos de juicio producidos en el debate de los cuales podía surgir el conocimiento de la Actuación 631 de parte de Gustavo Torres y los descartó razonablemente.

En efecto, sostuvo el Tribunal que "[n]*o demostrado pues aquel conocimiento de la denuncia, por la restricción al acceso de las respuestas, cabe analizar si existen otras constancias que*

pudieran revelarlo. En este plano podrían jugar la intervención de Torres en una actuación contravencional; ante la denuncia de un particular —Omar Fernández-; ante un pedido de informes de la Legislatura y ante una nota que remitió Alimena a la UPI en agosto de 2004 en el marco de la actuación 631." (fs. 67359 vta.).

Respecto de las actuaciones contravencionales, el Tribunal explicó que se trataba de aquellas anexadas al expediente nro. 30.386/04 de la Fiscalía Contravencional nro. 1 vinculadas al local "Cemento" y detalló que el imputado Torres las giró a esa dependencia con fecha 25 de noviembre de 2004.

Asimismo, si bien se reconoció que dentro de ese expediente existía una fotocopia de una cédula de intimación cursada con motivo de la Actuación 631, el Tribunal destacó que "*de la lectura que pudo hacerse en su momento de esos antecedentes, no se desprende necesariamente de ellos un indicador fehaciente y rotundo de que el imputado conociera así el contenido de la denuncia del Arquitecto Alimena. La única información que podría relacionarse con aquella es el número de registro asentado en la cédula (distinto al 631), que ni siquiera hubiera podido ser rastreado en el sistema para conocer a qué trámite se refería pues ya hemos visto que no estaba cargado y las otras actuaciones se hallaban ´resguardadas´.*" (fs. 67.360).

Agregaron los jueces sobre el punto que "*la referencia a un número de registro en una intimación cuyo texto no indica que sea una cédula cursada en el marco de una actuación de alcance más general, no parece en todo el contexto analizado como indicador de que, justamente, se trataba de una exigencia que no tenía ese sólo destinatario particular sino que se trasladó a una cantidad de explotadores de una actividad.*" (ibídem).

Considero acertado el razonamiento del Tribunal en este punto, pues la sola existencia de una fotocopia de una cédula de intimación dentro de un expediente particular no puede revelar de manera fehaciente que el imputado Torres estuviera al tanto de los pormenores de la Actuación 631, máxime si el Defensor del Pueblo jamás se reunió con el acusado ni lo puso al tanto de la situación como sí ocurrió respecto de Fiszbin y Fernández.

En lo inherente a la denuncia de Omar Fernández que fuera invocada por los acusadores particulares como un "alerta", el Tribunal ponderó los dichos vertidos por el nombrado en el debate

concretamente cuando en la audiencia dijo que le explicó a Torres "*que los locales no cumplían con las condiciones de seguridad y confeccionó un listado de aquellos que consideraba riesgosos*" (fs. 67360 vta.).

Sobre esta cuestión, el Tribunal sostuvo que "*las manifestaciones del testigo están lejos de constituir una advertencia respecto de la situación integral de los establecimientos bailables, de similar trascendencia que la realizada por el Arquitecto Alimena; ello por cuanto, más allá de lo que sostuvo en el debate, al cotejarse la documentación que avalaría sus dichos se advierte que, en realidad, hace referencia a circunstancias que atañen a comercios puntuales que compiten en el rubro con un local del cual era mandatario.*" (ibídem).

Destacaron los jueces que "[l]*as lecturas de las cartas documento cursadas los días 13 y 22 de octubre y 3 de noviembre revela que la declamada amplitud de las denuncias del testigo Fernández no fue tal sino que estaban exclusivamente dirigidas a las condiciones de funcionamiento del local Bronco Disco, de O´ Brien 1160 (anexo 5 a 7 de la causa n° 14.000 del registro del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 1)*" (ibídem).

Incluso, los magistrados ponderaron la prueba que demostraba que Torres dio curso a la denuncia presentada por el nombrado Fernández, al decir que "*por Disposición N° 327/DGFyC/2004 del 9 de noviembre de 2004, se procedió a la clausura del local ´Bronco Disco´, sito en la calle O´ Brien 1160*" y que "[a]*demás se ordenaron inspecciones que derivaron en idénticas medidas sobre los locales de baile ubicados en las calles Brasil 1348 y O´ Brien 1232 (Cfr. disposiciones 272/DGFyC/2004 y 326/DGFyC/2004 de los días 2 y 9 de noviembre de 2004), justamente representados por Omar Fernández (ver la primera y la tercera de las cartas documento ya citadas).*" (fs. 67.360 vta./67.361).

Por estos motivos el Tribunal concluyó que "*no existió en el caso un ´alerta´ siquiera de mediano alcance, ni se aprecia desinterés u omisión en verificar la situación que se denunciaba, por lo que no pueden entonces extraerse conclusiones incriminantes hacia el imputado.*" (fs. 67.361).

Comparto las apreciaciones del Tribunal de Juicio en este aspecto, no sólo porque la denuncia de Omar Fernández no resulta

siquiera un indicio para acreditar el conocimiento de la Actuación 631 de parte de Torres, sino porque además pone de manifiesto que el imputado efectivamente le brindó un tratamiento oportuno a la presentación de este particular, por lo que mal puede sostenerse que incumplió con los deberes a su cargo.

Respecto de la Resolución 359 de la Legislatura de la Ciudad que había sido dictada con motivo de la nota publicada en el diario "Clarín" contemporánea a la Actuación 631, el Tribunal ponderó que "[p]*or inquietud de dos legisladores se iniciaron esas actuaciones, en las que el cuerpo resolvió el 30 de septiembre de 2004 cursar un pedido de informe al Poder Ejecutivo.*" (ibídem).

Explicaron los jueces que "[e]*se requerimiento, sin ningún otro antecedente adjunto o mencionado, fue recibido en la Dirección General de Mesa General de Entradas, Salidas y Archivo el 14 de octubre de 2004 y finalmente girado por la Coordinación de la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana a la Dirección General de Fiscalización y Control el día 25 de ese mes.*"(ibídem).

Y valoraron que "[s]*i bien se verifican intervenciones de Torres en ´pases´ registrados en esas actuaciones — la primera del 16 de noviembre de 2004 (fs. 25) y, ya con la información a girar, una posterior del 19 de enero de 2005 (fs.56)-, no surge de esos antecedentes la existencia de una situación de alarma. El pedido de la Legislatura no la mencionaba y tampoco se la señaló en la recopilación de datos para contestarlo. Reiteramos, si no hay evidencias de que Torres conociera las intimaciones ´resguardadas´ y con ello la situación denunciada en su momento por Alimena, debe ser categórica la prueba de su conocimiento por otra vía y esto no parece que pueda satisfacerse con su firma en pases de actuaciones que no describen ni recuerdan aquella denuncia general.*" (fs. 67.361 y vta.).

No advierto trasgresiones a las reglas de la lógica en este razonamiento, pues si de la lectura de la resolución 359 no surgen los antecedentes de la Actuación 631, no es posible inferir con certeza que el imputado conociera la situación de alarma denunciada por el Defensor del Pueblo.

Finalmente el Tribunal de mérito analizó una actuación donde Torres suscribió una nota que en su texto figura el número 631. Sobre el punto los jueces indicaron que pasó por las manos de Torres y lleva su firma, "*una respuesta a un pedido de Julio O.*

Spina —Director General de Areas Temáticas de la Defensoría del Pueblo- sobre locales de baile. Tanto ésta solicitud como la respuesta de Torres hacen referencia (aunque sin otro detalle más que la mención en el encabezamiento) a la Actuación N° 631." (fs. 67.361 vta.).

Con relación a ello, explicaron los magistrados que "*el 5 de agosto de 2004 la Defensoría del Pueblo pidió por nota a la UPI un informe sobre locales de baile clase ´C´ inspeccionados durante ese año, cuáles fueron clausurados y si algunos se mantenían en esa situación*", indicando a su vez que dicha "*nota, según copia obrante en la Actuación N° 631 ingresó a la UPI el 17 de agosto (fs. 78 vta.).*" (ibídem).

Expusieron que "[l]*a pasividad de Fiszbin y Fernández en resolver la situación denunciada por resolución del 5 de mayo, se trasladó — en particular en lo que hace a la imputada Fernández — a la respuesta a esta nota, que quedó ´boyando´ en el área.*"(ibídem).

Resaltaron que entonces "*el 5 de noviembre la Coordinadora Legal Lobo derivó el pedido al Coordinador Operativo, quien la reintegró adjuntando un listado. Lobo elevó ese informe el 15 de noviembre a Torres (sin referencia a la actuación 631) —fs.85- y el 26 de noviembre Torres firmó una nota de elevación a la Subsecretaria Fiszbin —esta vez con la referencia a la Actuación N° 631 en el encabezamiento-. La nota ingresó a la Subsecretaría el 14 de diciembre, fecha en la que Fiszbin a su vez la elevó al Secretario López; luego continuaron los pases hasta que a la postre la nota final de respuesta se confeccionó el 30 de diciembre y se recibió en la Defensoría del Pueblo el 3 de enero de 2005.*" (fs. 67.362).

Y sobre esta cuestión, el Tribunal ponderó que "[a]*unque la nota de insistencia de Spina hace referencia —en su primera parte-, a la Actuación N° 631, para quien se interioriza del contenido de este pedido sin conocer si hubo otro anterior de la misma amplitud, la inquietud del 5 de agosto no constituye una denuncia o alerta — no se menciona ninguna situación que así lo amerite — sino, justamente lo que trasunta el oficio es un pedido de informes acerca de cierta actividad o registro en los órganos de control.*" (ibídem).

Continuó el Tribunal de mérito valorando que "[a]*sí como Torres la proveyó, se verifica que la nota pasó anteriormente y quedó en la UPI y Fiszbin también intervino en su tramitación. Claro que Fiszbin y Fernández conocían la Actuación N° 631 de modo que en lo que a ellas respecta la sola referencia a esa intervención anterior de la Defensoría les bastaba para saber de qué se trataba y que ese organismo volvía sobre su denuncia ante la ausencia de toda respuesta*." (ibídem).

Y concluyeron indicando que "*así como para ambas aquella mención bastaba para actualizarles una cuestión que estaba a la deriva, no puede predicarse que lo mismo ocurriera con Torres. Ni siquiera en el dictamen de Lobo que precedió a la intervención de Torres existe alguna referencia a la existencia de algún otro antecedente sobre la cuestión*." (ibídem).

El Tribunal de Juicio ha justificado de modo razonable al ponderar dos situaciones que se presentaban diferentes de acuerdo a las constancias producidas en el debate, ello al menos para dudar acerca del conocimiento de Torres (art. 3, C.P.P.N.).

En este sentido, ya hemos valorado que la prueba resultaba inequívoca acerca del conocimiento que Fiszbin y Fernández tenían de la Actuación 631, no sólo porque fueron notificadas fehacientemente de manera formal, sino porque además fueron las funcionarias que tomaron intervención en su tratamiento desde las reuniones que se produjeron por la gestión personal del Defensor del Pueblo.

Por ello, para estas funcionarias, cualquier referencia a la Actuación 631 luce relevante para actualizar ese conocimiento, extremo que, de acuerdo a las probanzas producidas en el debate, no resulta equiparable a la situación de Torres, pues no se probó con el grado de certeza requerido para inspirar una condena que el nombrado haya sido notificado personalmente de esa denuncia ni existen probanzas que demuestren su intervención en el tratamiento.

La certeza que el Tribunal de mérito exigió aparece como respetuosa del principio de inocencia y, por ello, al no haberse podido alcanzar ese grado de convicción sobre un elemento determinante de la imputación, es que la absolución del acusado se muestra ajustada a derecho.

Advierto asimismo que ninguno de los querellantes se hace cargo de demostrar en dónde reside la arbitrariedad del razonamiento del Tribunal, pues simplemente se limitan a realizar su propia valoración del caso a partir de meros juicios discrepantes con la solución adoptada, sin ensayar mínimamente una crítica concreta de la sentencia, extremo este último que resulta inherente a toda pretensión recursiva.

En este sentido, conviene recordar que "*es deber del recurrente realizar una crítica concreta del fallo, obligación que no se cumple con referencias generales a la causa*", como asimismo que "[s]*i se sostiene que se ha omitido la consideración de prueba dirimente, debe señalar concretamente cuáles son las pruebas de cuya valoración ha prescindido el Tribunal de Juicio, y demostrar razonadamente de qué manera y en virtud de cuáles pruebas se deben tener por acreditados los presupuestos fácticos que hubieran conducido a un razonamiento y conclusión jurídica distintos de los de la sentencia impugnada*" (Conf. LUGONES, Juan Narciso y DUGO, Sergio O., *Casación Penal y Recurso Extraordinario*, De Palma, Buenos Aires, 1993, p. 314).

Es que si "*mediante el recurso se aduce falta de motivación de la sentencia, es necesario individualizar el acto viciado y referirlo concretamente a sus fundamentos, señalando la posibilidad razonable de incidencia de la prueba omitida en el razonamiento del tribunal*"; a su vez si "*se imputa a la sentencia defecto de motivación por vicios de lógica, es preciso indicar los vacíos o vicios lógicos que la afecten o las inobservancias a las reglas de la sana crítica*" (cfr. DE LA RÚA, *La Casación…*, cit., p. 233).

Ninguno de los argumentos expuestos por los acusadores particulares permiten vislumbrar en que medida el Tribunal ha trasgredido las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la prueba, como así tampoco qué elementos probatorios dirimentes para la solución del caso se han omitido ponderar, por lo que considero que la tacha de arbitrariedad no puede prosperar y, por tanto, debe confirmarse la absolución de Gustavo Juan Torres.

Por el contrario, el órgano jurisdiccional ha tenido razones para dudar del conocimiento de Torres de los hechos

denunciados (art. 3, C.P.P.N.) y dicha solución aparece como la más respetuosa del principio *pro homine*.

DÉCIMO PRIMERO:

Determinación de la pena.

Una vez resuelta la base fáctica así como la relevancia jurídica de las acciones atribuidas a los imputados, corresponde determinar la medida de la pena, de acuerdo a los tipos penales aplicables en cada uno de los casos.

Ahora bien, en *primer* lugar, los jueces que me preceden en la votación brindaron diferentes argumentos respecto del modo en que se debe determinar la pena por los delitos en cuestión, pues mientras el juez Riggi arribó a una decisión en el sentido de reenviar las presentes actuaciones para que, a la mayor brevedad, el Tribunal de Juicio ya interviniente determine la medida de la pena, la jueza que me precede en el orden de votación sostuvo que esta Sala se encuentra -en esta oportunidad- en condiciones de fijar las sanciones.

Por mi lado, ya en anteriores decisiones afirmé que corresponde al Estado resguardar los derechos de defensa en juicio y de recurrir el fallo condenatorio, ambos constitucionalmente protegidos (arts. 18, 75, inc. 22, C.N.; 14.1, 14.5 P.I.D.C.P.; 8.1, 8.2.h, C.A.D.H.), y que ellos alcanzan también al momento de la determinación de la pena (cfr. mis votos en las causas 4998, "Casalotti, Marcelo David s/ recurso de casación", reg. nro.: 477.04.3, rta.: 02/09/2004; 4844, "Luján, Marcos Antonio s/ recurso de casación", reg. nro.: 229/2004, rta.: 03/05/2004; entre muchas otras). De modo que comparto las consideraciones efectuadas por el juez que lidera el Acuerdo, en el sentido de que esta Sala, atento a la decisión que adopta, no debe determinar las penas sino remitir el caso a un Tribunal Oral.

No obstante ello, los colegas que me preceden en el orden de votación han alcanzado una mayoría respecto de que es el mismo Tribunal de Juicio que viene conociendo en la causa quien debe fijar las penas, luego del pronunciamiento de esta Sala sobre los hechos y su relevancia jurídica.

En esas condiciones, con relación a esta *segunda* cuestión, dejo sentada mi discrepancia con el criterio de mis colegas, dado que, como he dicho en anteriores oportunidades, en los casos en los cuales el Tribunal de Juicio haya emitido opinión respecto de

la individualización de las sanciones y corresponda remitir el caso a ese respecto, a fin de garantizar el derecho a un tribunal imparcial se debe desinsacular un *nuevo* órgano jurisdiccional para que se expida al respecto (cfr. mis votos en las causas 9.230, "Perucca, Luis A. y otros s/recurso de casación", reg. nro.: 1.246/08, rta.: 22/09/2008; 11.317 "Reyes Lantigua, Esmeralda y otros s/recurso de casación", reg. nro.: 503.10.3, rta.: 20/04/2010).

De acuerdo a este entendimiento y teniendo en cuenta que en el presente caso el Tribunal de Juicio ya fijó la pena aplicable a los imputados que declaró culpables, considero que la solución que se debería adoptar consiste en no fijar la medida de las penas en esta instancia y remitir el caso a la Oficina de Sorteos de esta Cámara en orden a sortear un órgano colegiado diferente del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 24, de esta ciudad, que, de conformidad con lo aquí resuelto y previo conocimiento directo de los imputados (Fallos 328:4343, consids. 18 y 19; 330:393 y "Niz", N.132.XLV.), determine la medida de las sanciones aplicables (arts. 41, C.P.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 14.1, 14.5 P.I.D.C.P.; 8.1, 8.2.h, C.A.D.H.).

DÉCIMO SEGUNDO:

Cuestiones civiles.

En el marco del proceso penal se presentaron diferentes pretensiones de carácter civil. El Tribunal de Juicio decidió hacer lugar a la demanda entablada por la Sra. Carbone y el Sr. Urcullu y condenar solidariamente Chabán, Argañaraz, Santos Fontanet, Djerfy, Torrejón, Delgado, Cardell, Vázquez, Carbone, Díaz, Fiszbin, Fernández, al Estado Nacional y a la Ciudad de Buenos Aires, a pagar la suma de ciento veintiún mil seiscientos pesos ($ 121.600) más los intereses indicados y costas (punto resolutivo XXXV). Asimismo, decidió regular (en algunos casos diferir) los honorarios de los letrados intervinientes en este proceso (puntos resolutivos XXXVII a XXXIX).

En este apartado corresponde examinar los argumentos utilizados por ese órgano jurisdiccional a la luz de los diferentes cuestionamientos que las partes han presentado cuestionando esa decisión.

1. Responsabilidad civil.

Ingresando al tratamiento de los agravios introducidos por los recurrentes en orden a la acción civil dentro del proceso penal, adelanto opinión en cuanto adhiero parcialmente a la solución propuesta por el colega que lidera el Acuerdo, por los motivos que a continuación se detallan.

Los recurrentes alegaron, de forma genérica, arbitrariedad en la decisión, lo que no se advierte pues la sentencia en este punto se adecuó a las exigencias normativas, respetando la estructura lógica requerida como presupuesto de validez. Los jueces analizaron la prueba producida e incorporada por lectura durante el debate, lo que les permitió arribar al grado de conocimiento requerida para sustentar una sentencia de condena, ahora, en términos civiles.

En forma reiterada la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la doctrina de la arbitrariedad tiende a cubrir defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento, que impiden considerar a la sentencia dictada como acto jurisdiccional (Fallos 300:382, 301:1218; 302:588; 304:267; entre muchos otros); extremo que no se demostró ocurra en el caso. Descartado este punto, corresponde abordar los agravios concretos introducidos por los recurrentes.

a) Críticas de la defensa de Argañaraz

En lo concerniente a los planteos formulados por la defensa de Argañaraz, entiendo que no asiste razón a la parte, pues contrariamente a lo denunciado, el decisorio recaído se encuentra debidamente fundado en este punto (arts. 123, 404, inc. 2, C.P.P.N.), motivo por el cual los agravios esgrimidos en tal sentido no pueden prosperar.

Por lo demás, tal como se afirmara en el pronunciamiento en crisis y lo sostuviera el Juez Riggi en su voto, la responsabilidad civil del nombrado surge de lo dispuesto en el art. 1102, Cód. Civ., en tanto Argañaraz fue condenado en las presentes actuaciones, decisión confirmada ahora por esta Sala.

b) Cuestionamientos introducidos por la defensa de Santos Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y Cardell.

En segundo término, con relación a los agravios introducidos en representación de los intereses de los imputado Santos Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y

Cardell, cabe señalar que más allá de la opinión personal de la suscripta respecto a la autoría y participación penal que les cupo en los hechos aquí ventilados, lo cierto es que mi posición ha quedado en minoría.

En efecto, la mayoría de esta Sala entendió que existe responsabilidad penal de los imputados, razón por la cual considero que los motivos de impugnación introducidos por los demandados ya no tienen vigencia, dado que su responsabilidad en materia civil también surge de lo estatuido en el art. 1102, Cód. Civ.. Sin perjuicio de ello, y dada la solución que propuse con relación a su responsabilidad penal, considero necesario abordar algunas de las cuestiones introducidas por los impugnantes.

Así, en lo atinente al planteo relacionado a la contradicción de la sentencia en lo que se refiere a la influencia del pronunciamiento penal sobre la acción civil, entiendo que dicho argumento tampoco habrá de prosperar, aun si hubiera sido mayoritaria mi posición. Ello así pues, no obstante no haber atribuido responsabilidad penal a los demandados en orden a los delitos por los que fueran acusados, dicho temperamento no los exime de responsabilidad civil, tal como expresamente lo sostuvo el Tribunal de Juicio.

En efecto, ese órgano jurisdiccional argumentó que la culpa civil es de distinto grado y naturaleza que la penal y que la autoridad de la cosa juzgada en materia penal, reconocida por el art. 1103, Cód. Civ, queda limitada a la existencia del hecho y la autoría (cfr. fs. 67.407 vta., con citas de fallos 315:327; 316:2824; 315:1324 y 331:2603). Conviene recordar que la responsabilidad establecida en el Código Civil se configura con una antijuridicidad genérica (art. 1103, Cód. Civ.; cfr. BELLUSCIO, Antonio, "*Código Civil y Leyes complementarias. Comentado*"; T. 5, Astrea, Buenos Aires, pp. 312 y sgtes.; LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, "*Código Civil Anotado*", T. II-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires; pp. 407 y sgtes.; SANTOS CIFUENTES, "*Código Civil. Comentado y anotado*", T. I, La Ley, Buenos Aires, 2003).

De manera que el pronunciamiento penal que absuelve por inexistencia de culpa (penal) no ata necesariamente a que en materia civil haya habido culpa (civil) por parte de los demandados, pues se trata de reglas de atribución de responsabilidad diferentes.

En tal sentido, al momento de analizar las imputaciones penales, remarqué que el principio de culpabilidad por el hecho impedía una atribución de responsabilidad penal en términos objetivos, porque ello constituiría un *versare in re ilícita*, lo cual está vedado en materia penal. Luego, lo que motivó una decisión absolutoria fue la ausencia de prueba que habilite la condena penal de los imputados, en razón del principio que manda resolver en sentido liberatorio ante la duda (art. 3 del C.P.P.N.); específicamente en este caso, porque no se acreditó certeza respecto de la intervención concreta y específica de los imputados en los hechos que produjeron el resultado penalmente disvalioso, que sí se dieron por acreditados.

Por el contrario, en materia civil esa regla de atribución de responsabilidad está reconocida expresamente por el legislador (art. 1113, Cód. Civ.), lo que marca una clara diferenciación de aquellas que regulan la atribución de responsabilidad penal. En este sentido, la responsabilidad civil por los daños generados por el riesgo de una cosa se funda, entre otros, en su aprovechamiento económico y el poder de dirección sobre ella consecuencia de ese fin de explotación. Además, la responsabilidad del propietario excluye la de quien tenga el poder de hecho (independientemente de la causa que funda esa disposición) sobre ella, ni viceversa; es decir, es indistinta (cfr. TRIGO REPRESAS, Félix A. y SALAS, A. Ernesto, "*Código Civil anotado*", De Palma, 1984, pp. 601 y sgtes.)

En este marco, considero que los fundamentos que expuso el Tribunal de Juicio se presentan como racionales, apoyados en las constancias de la cusa y el derecho vigente de aplicación al caso. Al respecto, los sentenciantes han expresado los motivos por los cuales concluían que los miembros de esa banda conformaban una sociedad tal que fundaba una atribución de responsabilidad en términos civiles.

Sobre el punto, corresponde remarcar que los recurrentes se centraron en controvertir el razonamiento seguido por ese órgano jurisdiccional a la hora de tener por acreditado que conformaban una sociedad civil de hecho, sin expresar qué elementos probatorios producidos en el debate —de acuerdo al derecho probatorio civil- permitían concluir que no conformaban este tipo societario. Tampoco han indicado cuáles fueron las

pruebas que no valoró o que meritó erróneamente para realizar una inferencia en sentido contrario al que postulan.

Concretamente, en la sentencia recaída se tuvo por acreditado que cada uno cada uno de los miembros del conjunto musical cumplía un rol determinado y que las prestaciones que debían aportar consistían en obligaciones de dar o de hacer. Además, explicaron por qué se entendía probada esa asociación de personas en el caso en concreto cuando el acuerdo ha sido celebrado verbalmente y aunque carezca de toda documentación. Asimismo, hicieron hincapié en que existía una pluralidad de partes y un patrimonio social integrado por todos sus bienes como consecuencia de su actividad en común, cuáles eran las fuentes formales que entendía sustentaban la responsabilidad de ese ente con relación a los daños producidos (arts. 43, 1648 y 1649, Cód. Civ.; cfr. fs. 67.410 y sgtes.).

Desde otro punto de vista, cabe resaltar que al accionar contra este tipo societario el actor puede optar por demandar a la sociedad y a los socios o a los socios en forma directa, ya que no existe derecho de excusión y su responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de la posibilidad de repetición (arts. 1713 y 1743, Cód. Civ.).

Como consecuencia de estas consideraciones, entiendo que se debe mantener la decisión del Tribunal de Juicio sobre esta cuestión y, por lo tanto, propicio al acuerdo rechazar los recursos interpuestos por Santos Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y Cardell, con costas (arts. 123, 404, inc. 2, 456, incs. 1 y 2, 530 y 531, C.P.P.N.).

c) Impugnaciones de las defensas de Fiszbin y Fernández

En lo atinente a los recursos deducidos por la asistencia técnica de Fiszbin y Fernández, cabe señalar que habiendo confirmado la condena y calificación legal asignada a los hechos por el Tribunal de Juicio y, entendiendo que no existen fisuras de logicidad ni otra causal de arbitrariedad en la sentencia, corresponde rechazar la pretensión deducida por las civilmente demandadas (arts. 123, 404, inc. 2, y 456, inc. 2, C.P.P.N.).

Por lo demás, debo mencionar que en virtud de la calificación legal asignada por la mayoría de esta Sala al accionar de las imputadas (incendio culposo seguido de muerte en concurso ideal con omisión de deberes propios de su oficio, arts.

189, 2º párr., C.P.), la responsabilidad civil de ambas surge de lo estatuido por el art. 1102, Cód. Civ.; motivo por el cual pierden vigencia los agravios esgrimidos por las partes.

No obstante ello, considero que los cuestionamientos efectuados por los recurrentes tampoco habrían procedido, en orden a los fundamentos vertidos por el juez Riggi en su voto en lo que a esta cuestión respecta; con la salvedad de las consideraciones referidas al cambio de la calificación legal propiciada por el juez preopinante y a la fijación de un porcentaje de participación en la producción del daño.

Sobre éste último punto, estimo (contrariamente a lo sostenido por el colega que lidera este Acuerdo) que asiste razón a la defensa de Fiszbin. En ese sentido, cabe señalar en primer término que de la lectura de la demanda se desprende que los actores han fundado el daño moral en dos hechos diferentes. Por un lado, aquel vinculado a la muerte de la Srta. María Sol Urcullu, para lo cual han accionado en representación de los derechos de su hija fallecida para hacer efectiva su pretensión. Por otro lado, aquel relacionado con el que se ha producido directamente a ellos como progenitores de la víctima, en virtud de las dificultades que han padecido para lograr la entrega de su cuerpo, lo que profundizó la angustia vivida.

Aclarado este aspecto, en relación al primero de los eventos mencionados precedentemente, interpreto que tal como lo ha establecido la sentencia en crisis y como he señalado, todos los demandados deberán responder solidariamente por este acontecimiento.

Ello, en virtud a que su responsabilidad civil se encuentra presente por ser: unos responsables civilmente por cuanto acontecía en el marco del recital (Chabán y Argañaraz junto al resto de los integrante de “Callejeros”), en atención a la solidaridad de hecho, dada la decisión de actuar conjuntamente en el lugar; otros por el incumplimiento de sus funciones (Díaz, Fernández y Fiszbin) y, los restantes, por la omisión de sus dependientes (Estado Nacional y Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Diferente solución tendrá la otra cuestión, ya que conforme los hechos tenidos por acreditados por el Tribunal de Juicio (cfr. fs. 67.409), los cuales no fueron cuestionados por

las partes al momento de deducir recurso, se encuentra probado que por el accionar negligente del personal de la P.F.A., el cuerpo sin vida de María Sol Urcullu, una vez que había sido reconocido por su padre en el Hospital Italiano, fue remitido a la morgue del cementerio de la Chacarita sin identificar. Por lo demás, resulta oportuno resaltar que de la sentencia se desprende que este último evento fue únicamente atribuido al Estado Nacional y no a los demás demandados (cfr. fs. 67.416 vta. y sgtes; cfr. pto. 8.b respecto de la responsabilidad del Estado Nacional).

Como consecuencia de ello, a la hora de fijar el monto por el que habrán de responder los civilmente demandados, corresponde responsabilizar al Estado Nacional en un porcentaje mayor, dado que sobre este acontecer tuvo exclusiva ingerencia. Como corolario de lo expuesto, a efectos de garantizar el contradictorio y el derecho al recurso, corresponde remitir las actuaciones a otro órgano jurisdiccional para que, previa audiencia de las partes, fije el porcentaje del daño moral que deberá ser afrontado exclusivamente por el Estado Nacional.

Finalmente, solo habré de señalar que si bien al analizar el encuadre penal de los hechos endilgados a las impugnantes aseveré que no se encontraba configurada la relación de causalidad del tipo penal en cuestión (art.189, 2º párr., C.P.), ello no obsta a que en materia civil entienda que existe responsabilidad de las mencionadas, en atención a la configuración de una conducta culposa de grado menor, que sí tuvo influencia en la causación de los daños según el curso normal y natural de las cosas (art. 901, Cód. Civ.), tal como lo consideró el Tribunal de Juicio.

Por lo tanto, propicio al acuerdo rechazar el recurso de casación deducido por la asistencia técnica de Fernández, con costas, hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la defensa de Fiszbin y, en consecuencia, anular la sentencia recurrida en lo que respecta a la acción civil y remitir las actuaciones a la Oficina de Sorteos de esta Cámara para que desinsacule el nuevo tribunal que -previa audiencia de parte- habrá de fijar el porcentaje del daño moral que deberá ser afrontado exclusivamente por el Estado Nacional, sin costas (arts. 456, incs. 1 y 2, 530 y 531, C.P.P.N.).

d) Críticas del representante de la CABA.

Adhiero a los fundamentos vertidos en el voto del colega que lidera este acuerdo, en lo referente a los agravios introducidos por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a excepción de aquel vinculado con la fijación de porcentajes de participación en la producción del daño, pues tal como he explicado precedentemente al abordar este punto, en virtud de los cuestionamientos efectuados por la defensa de Fiszbin, pienso que asiste razón al recurrente, motivo por el cual por razones de economía procesal resultan aplicables también al presente las consideraciones allí efectuadas.

e) Agravios deducidos en nombre del Estado Nacional

Finalmente, también coincido con el voto del juez Riggi en la parte referida a la impugnación deducida por el Estado Nacional, con la salvedad manifestada en los puntos anteriores respecto de la responsabilidad exclusiva por el segundo de los hechos reseñados. Únicamente habré de señalar en relación al planteo de incompetencia deducido que tal como lo expusiera el juez preopinante en su voto, que este cuestionamiento ya fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 20 de mayo de 2008, motivo este que releva el tratamiento de la cuestión.

2. Honorarios.

Los letrados y peritos intervinientes en este proceso han planteado una serie de cuestionamientos contra la decisión del Tribunal de Juicio respecto de los montos regulados en concepto de honorarios por su labor realizada, corresponde en este punto abordar esos planteos.

a) Agravios de la perito D´Emilio.

Analizados los agravios esgrimidos por la Lic. Karina Alejandra D´Emilio, entiendo que la sentencia recaída en orden a los honorarios profesionales de la mencionada perito traductora, es arbitraria en atención de lo exiguo del monto regulado. De este modo, estimo que el decisorio no satisface la exigencia constitucional de retribución justa (Fallos 325:2119, entre otros).

Para arribar a dicha conclusión se observa que al meritar su labor profesional los sentenciantes tuvieron en cuenta "*la calidad, eficacia y extensión del trabajo que se vio limitado por*

la comprensión que el testigo demostró del idioma español", como así también que su actuación se limitó a "*la tarea de interprete durante la declaración del testigo Salvatore Albano en la audiencia de debate del 23 de marzo de 2009 durante el curso de una hora aproximadamente*" (cfr. fs. 67.429).

Sobre este punto, estimo que a efectos de fijar los emolumentos de la Lic. D´Emilio, el Tribunal de Juicio debió requerir al Colegio Público de Traductores la grilla de aranceles por actuación profesional como interprete judicial y regularlos teniendo en cuenta las pautas fijadas por la ley de aranceles dictada para los Traductores Públicos de la Capital Federal y las sugeridas por la entidad de mención.

Sobre este último punto, debió considerar especialmente el arancel mínimo para los intérpretes en juicios orales que, según dicho Colegio, debe calcularse a razón de un mínimo 2 horas de trabajo y que cada hora tiene un costo sugerido para el año 2011 de mil trescientos veintiocho pesos ($ 1328) (cfr. grilla correspondiente al año en curso, que se encuentra glosada a fs. 69.802/69.803). Cabe señalar que, más allá de la consideración efectuada por los jueces en cuanto a que la tarea de la licenciada se vio limitada por el entendimiento del testigo, lo cierto es que la traductora debió estar presente durante todo el curso de la audiencia a la espera de si su tarea era o no requerida por el Tribunal, lo que le insumió aproximadamente una hora de trabajo (conforme lo afirman los jueces). Por lo demás, también debo resaltar que el importe estipulado resulta inferior al arancel mínimo aplicable por la sola aceptación del cargo (setecientos ochenta y un pesos; $781), conforme la grilla de referencia.

En último término, solo resta mencionar que no habré de regular en esta instancia los honorarios de la traductora, en aras de salvaguardar el derecho al recurso que le asiste a la nombrada, razón por la cual entiendo que corresponde reenviar las actuaciones para que otro tribunal los fije siguiendo los lineamientos aquí sentados.

Como corolario de lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido, anular parcialmente la sentencia en el punto dispositivo XXXVII, en cuanto fija los honorarios profesionales de la perito traductora Karina Alejandra D´Emilio, y remitir las actuaciones a la Oficina de Sorteos de

esta Cámara para que desinsacule el Tribunal que habrá de establecer los honorarios de la recurrente, sin costas (arts. 123, 404, inc. 2, 456 inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 3, 29, 30 y 31, ley 20.305).

b) Cuestionamiento del Estado Nacional.

A la hora de abordar en el cuestionamiento efectuado por el representante del Estado Nacional respecto de los honorarios fijados al Dr. Alberto Urcullu por su actuación como letrado y apoderado de la actora civil, habré de señalar que adhiero a la solución propuesta por el colega que lidera este Acuerdo, pues entiendo que los sentenciantes fundaron correctamente su decisorio en orden a este punto, explicando los motivos de la dosimetría de su decisión. Por ello, estimo que se debe rechazar el recurso deducido por el Estado Nacional en su carácter de civilmente demandado, con costas (arts. 123, 404, inc. 2, 456 inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.).

c) Recurso de David Fiszer.

Con relación al recurso deducido por David Fiszer, por su actuación como perito ingeniero de parte, habré de declarar desierta la impugnación. Ello, en atención a que el nombrado no solo no mantuvo el recurso al momento de radicarse las actuaciones en esta instancia, sino que tampoco volvió a manifestar de modo alguno su voluntad recursiva, ni concurrió a la audiencia fijada en autos en los términos del art. 468, C.P.P.N., pese a encontrarse debidamente notificado en su domicilio constituido.

Las circunstancias apuntadas precedentemente, demuestran que el nombrado carece de voluntad de mantener viva la vía intentada (arts. 464 y 465, C.P.P.N.).

d) Impugnaciones de los peritos oficiales (UBA).

En lo concerniente al recurso planteado por los peritos oficiales integrantes del cuerpo docente de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la Universidad de Buenos Aires, adelanto que entiendo asiste razón a los quejosos.

Sobre el particular, cabe mencionar que de la compulsa del decisorio surge un déficit en orden a la fundamentación de los emolumentos de los expertos en cuestión, ya que los miembros del Tribunal de Juicio han omitido toda consideración respecto de la tarea por ellos desarrollada, limitándose a explicar que los haberes de los peritos debían guardar relación con la de los demás

profesionales intervinientes en el proceso y a la mera cita de las normas aplicables, circunstancias estas que lo descalifican como pronunciamiento válido (Fallos 296:356; 319:3417y 327:689).

Por lo demás, es dable referir que la mención de los artículos de la ley de aranceles tampoco suple la carencia de motivación, ya que no permite en forma concreta tomar razón del modo en qué se ha procedido para regular los honorarios, lo que torna la sentencia arbitraria conforme a la jurisprudencia de la C.S.J.N. (Fallos 304:1050; 304:470; 306:1028), según la cual corresponde dejar sin efecto un pronunciamiento si el auto regulatorio no contiene fundamentos suficientes que permitan determinar la manera en que fueron aplicadas las normas que se dijo tener en cuenta para relacionarlas con el importe regulado (Fallos 327:689, entre otros).

Por ello, al momento de analizar la regulación en cuestión los sentenciantes debieron ponderar el mérito de la tarea desarrollada, la calidad y extensión del trabajo y, consecuentemente, tener en cuenta como parámetros: las presentaciones efectuadas, la complejidad de la pericia y de su ampliación, la documentación compulsada (tanto lectura de las actuaciones y análisis de planos remitidos por los distintos entes —Edusur y Metrogas, por mencionar algunos- y dependencias del GCABA, estudio de las pericias de bomberos e INTI y el análisis de las diversas reglamentaciones, entre otros), número de visitas realizadas al local "Cromañon" y a los edificios aledaños, fotografías tomadas, cantidad de reuniones llevadas a cabo entre los peritos oficiales y en conjunto con los de parte, comparecencia de los profesionales ante los llamados de la judicatura, retiro de documentación de la sede jurisdiccional, declaraciones prestadas por ellos en las actuaciones y durante el debate oral y público, etc.

Finalmente, sólo cabe referir que no habré de regular en esta instancia los honorarios de los mencionados, ya que entiendo que, en aras de salvaguardar el derecho al recurso que asiste a los impugnantes, corresponde reenviar las actuaciones para que otro tribunal los fije de acuerdo a los lineamientos aquí establecidos.

En consecuencia, considero que se debe hacer lugar al recurso deducido, anular el punto dispositivo XXXVII de la

sentencia recaída en autos en cuanto fija los honorarios de los integrantes del cuerpo de docentes de la Facultad de Arquitectura, Diseño y Urbanismo de la Universidad de Buenos Aires, Arqs. Walter Gómez Diz, Cayetano Gabriel Profeta, Jorge Cicarello, Inés Natalia Bodio, Horacio Gallo Calderón, Hernán Santiago Nottoli e Ing. Juan María Cardoni y remitir estos actuados a la Oficina de Sorteos de esta Cámara, para desinsacular el tribunal que habrá de intervenir en la fijación los honorarios de acuerdo a la doctrina aquí esbozada, sin costas (arts. 123, 404, inc. 2, 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 3,38 y 86, decreto ley 7887/55).

e) Recursos de los peritos Frigerio y Junco.

Idéntica solución adoptaré respecto del recurso interpuesto por los peritos de la parte querellante, Lics. en Criminalística Eduardo José Lucio Frigerio y Carlos Alberto Junco. Pues de la lectura de la sentencia se observa que presenta el mismo vicio de fundamentación en lo concerniente a sus honorarios profesionales. Por razones de economía procesal resultan aplicables también al presente las consideraciones efectuadas en el punto que antecede.

En consecuencia, propicio hacer lugar al recurso de casación deducido, anular el punto dispositivo XXXVII de la sentencia recaída en autos en cuanto fija los honorarios de los peritos de parte, Licenciados en Criminalística Eduardo José Lucio Frigerio y Carlos Alberto Junco y remitir estos actuados a la Oficina de Sorteos de esta Cámara para que desinsacule el tribunal que habrá de fijar los honorarios, de acuerdo a la doctrina aquí sentada, sin costas (arts. 123, 404, inc. 2, 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 3, 38 y 86, decreto ley 7887/55).

f) Sobre los honorarios de los letrados Castro, Núñez Morano, Marcos, Michaux, Poplavsky y Rico.

En lo atinente a los honorarios profesionales de los letrados patrocinantes de las querellas (tanto aquella encabezada por el Dr. Poplavsky cuanto la representada por el Dr. Castro) adelanto que los montos fijados resultan a mi criterio arbitrarios por exiguos, no satisfaciendo la exigencia constitucional de constituir una retribución justa, de conformidad con la doctrina sentada por la C.S.J.N. (Fallos 325:2119, 330:1336; 327:1491, entre muchos otros).

Sobre el particular, los Dres. Maqueda y Zaffaroni han sostenido que "*de acuerdo al principio sentado en el art. 28 de la Constitución Nacional las garantías contenidas, al respecto, en los arts. 14 bis y 17, resultan vulneradas cuando la regulación establece una retribución en exceso o la disminuye de forma que resulta inconciliable con la tutela establecida en dichas garantías de raigambre constitucional*" (Fallos 328:3695).

Sentado ello, se observa que a efectos de fundamentar el monto de cien mil pesos y de ciento treinta mil pesos como retribución para los letrados de la querella, el Tribunal de Juicio afirmó que tenía en cuenta "*la naturaleza y complejidad de los delitos investigados, la extensión temporal de la causa, el resultado obtenido y su relación con la gestión profesional desarrollada*" (cfr. fs. 67.426 vta.).

Asimismo, dijo que también valoraba "*el mérito de la labor profesional apreciada por la calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado. Aquel se pone de manifiesto no sólo en las cuestiones de derecho planteadas por escrito, sino también en la asistencia y desempeño en las audiencias y la labor extrajudicial que razonablemente han debido realizar los profesionales durante el curso del proceso*" (cfr. fs. 67.426 vta./67.427).

Por otro lado, resaltó que especialmente se ponderaba "*la actuación en la etapa preparatoria del juicio y la prolongación del debate, en particular la frecuencia con la que se han llevado a cabo las audiencias (tres por semana) excepto en el mes de enero que fueron dos por semana y que durante los alegatos fueron corridas, y su prolongación durante todo el día, que han determinado una dedicación casi exclusiva durante el tiempo que aquel ha insumido* [y] *la trascendencia jurídica, moral y económica que representa este proceso para casos futuros, ya que en el mismo se hayan involucrados intereses que conciernen a gran parte de la comunidad, debido al cuestionamiento de la actuación de funcionarios del Estado Nacional y del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y por haberse producido el hecho en un local comercial con asistencia masiva de personas*" (cfr. fs. 67.427).

De igual modo, expuso que "*debe atenderse asimismo la actuación cumplida en forma conjunta por los diferentes profesionales que han intervenido por la misma parte, así como la situación generada por la existencia de cuatro grupos de*

querellantes con casi idénticos intereses en el resultado del pleito, a fin de no producir un injustificado incremento en las costas causídicas" (cfr. fs. 67.427). Finalmente meritó que la labor profesional se llevó a cabo por más de cuatro años, ya que todos ellos fueron reconocidos como parte entre los meses de enero y marzo del año 2005.

Del análisis de los considerandos efectuado por los magistrados se desprende, tal como he adelantado, que la decisión resulta arbitraria en este punto, pues su dosimetría no se ajusta a las pautas mencionadas al momento de apreciar la actuación profesional de los acusadores particulares, resultando los montos fijados excesivamente bajos.

Sobre el particular, debo remarcar que considero que los honorarios de los letrados intervinientes en los procesos penales también deben guardar relación con los haberes de los jueces en el ejercicio de la magistratura, extremo este que se encuentra ausente en autos. Máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal de Juicio afirmó que durante el tiempo que se llevó a cabo el juicio oral y público los letrados se dedicaron casi exclusivamente a esta causa, lo que les ocasionó la imposibilidad de intervenir en otros procesos y de generar otros ingresos.

Sentado ello, solamente cabe mencionar que tampoco habré de regular en esta instancia los honorarios de los mencionados profesionales: Reitero, como en los casos anteriores, que corresponde reenviar las actuaciones en aras de salvaguardar el derecho al recurso que asiste a los quejosos.

Por las consideraciones realizadas precedentemente, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación, anular el punto dispositivo XXXVII de la sentencia en cuanto fija los honorarios de los abogados del segundo grupo de querellantes (Dres. Mauricio Castro, Patricia Nuñez Morano, María Marta Marcos y Sebastián Michaux) y de los abogados del cuarto grupo (Dres. Patricio Gastón Poplavsky y Susana Rico) y remitir estos actuados a la Oficina de Sorteos de esta Cámara para que desinsacule el tribunal que habrá de fijar los honorarios, de acuerdo a la doctrina aquí sentada, sin costas (arts. 123, 404, inc. 2, y 456, inc. 2, C.P.P.N.; 6, 10, 45, ley 21.839, ref. por ley 24.432).

3. Costas procesales.

En cuanto al recurso interpuesto por la defensa de Fernández, respecto de la imposición de las costas causídicas, coincido con los fundamentos vertidos por el Juez Riggi en su voto, en cuanto a que no asiste razón al impugnante.

Finalmente, con relación a las costas relativas a esta instancia y especificamente respecto de los planteos civiles, entiendo que corresponde su imposición a los impugnantes cuyas pretensiones no han prosperado (arts. 530 y 531, C.P.P.N.).

4. Otras cuestiones.

Finalmente, en atención a la propuesta formulada por mis colegas con relación a la posibilidad de circulación vehicular por la arteria sobre la que se encuentra emplazado el edificio donde ocurrieron los hechos aquí juzgados, teniendo en cuenta la ausencia de una solicitud de alguna de las partes al respecto o de una decisión concreta por parte del Tribunal de Juicio, que sólo se refirió a la necesidad de "conservar el lugar del hecho" (cfr. fs. 65.053/65.068; 65.115/65.116 vta. y 65.122), considero que no existen razones para expedirse en esta instancia.

DÉCIMO TERCERO:

Conclusiones sobre cada uno de los imputados.

Expuestas las razones de mi decisión, teniendo en consideración la complejidad, variedad y cantidad de cuestiones examinadas, así como las diferentes posiciones de los jueces que me preceden en el orden de votación —las cuales moldean en alguna medida mi decisión final sobre varios puntos- conviene que en este apartado reseñe sucintamente las decisiones adoptadas y remarque la mayoría alcanzada respecto de cada una de ellos; extremo éste último que conforma la decisión del tribunal colegiado que integro junto a mis colegas Catucci y Riggi. Con ese fin, paso a resumir la situación de cada uno de los imputados:

1. Chabán.

Por aplicación de las leyes de la lógica y el deber de fundamentar todos los extremos de la imputación penal concluí que la aplicación de la ley sustantiva (art. 186, inc. 5, C.P.) que realizó el Tribunal de Juicio adolecía de un vicio lógico y no estaba fundada en las constancias de la causa, por lo que no se podía mantener (arts. 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, C.P.P.N.).

En cuanto al restante hecho por el cual fue condenado, sostuve que se debía mantener la decisión del Tribunal de Juicio (arts. 123, 456, inc. 1, C.P.P.N.). Ante soluciones diferentes por parte de los jueces que me preceden en el orden de votación (el juez Riggi confirmó la sentencia bajo examen y la jueza Catucci modificó la calificación legal por un tipo imprudente) concluí —al igual que mi colega preopinante- que este imputado era responsable penalmente en calidad de autor del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con el delito de cohecho activo -con exclusión del hecho del día 10 de diciembre de 2004-, también en calidad de autor (arts. 45, 55, 189, 2º párr., 256, C.P.). Por el contrario, coincidí con el juez que lidera este Acuerdo en que, en esas circunstancias, correspondía reenviar el asunto en orden a la determinación de la pena (arts. 8.2.h, C.A.D.H.; 14.5, P.I.D.C.P.).

2. Argañaraz.

Al igual que en el caso anterior, con relación a este imputado consideré infundada la aplicación de la ley sustantiva respecto del hecho principal realizada por el Tribunal de Juicio y arribé a idéntica solución que la jueza Catucci (arts. 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, C.P.P.N.): que Argañaraz era autor penalmente responsable del delito de estrago culposo seguido de muerte (arts. 45, 189, 2º párr., C.P.). Al mismo tiempo, concluí confirmando la sentencia bajo análisis en cuanto al restante hecho, tanto en su calificación como cohecho activo, el grado de intervención (partícipe necesario) -con exclusión del hecho del día 10 de diciembre de 2004- y el modo en que concurre (realmente) con el otro delito (arts. 45, 55, 256, C.P.). Finalmente, coincidí con el juez Riggi respecto del modo en que debe determinar la pena aplicable por esos delitos (arts. 8.2.h, C.A.D.H.; 14.5, P.I.D.C.P.).

3. Miembros del grupo “Callejeros”.

Con relación a los imputados Santos Fontanet, Vázquez, Carbone, Torrejón, Djerfy, Delgado y Cardell concluí que no se habían acercado elementos ni argumentos que permitieran modificar válidamente la solución a la que arribó el Tribunal de Juicio por los dos sucesos imputados (arts. 1, 3, 123, 168, 456, inc. 2, C.P.P.N.; 18, C.N.). No obstante ello, ante la discrepancia de mis colegas sobre la calificación jurídica del hecho principal (que

ambos entendieron acreditado) y teniendo en cuenta las consideraciones realizadas respecto de los anteriores imputados, en virtud de las reglas para la conformación de la decisión de los tribunales colegiados, arribé a idéntica solución que la jueza Catucci; es decir, que esos imputados son penalmente responsables en calidad de autores del delito de incendio culposo seguido de muerte (arts. 398, C.P.P.N.; 45, 189, 2º párr., C.P.). Respecto del hecho calificado como cohecho, punto sobre el cual mis colegas alcanzaron mayoría para modificar la solución del Tribunal de Juicio, entendí que no cabía modificar la sentencia bajo examen (arts. 1, 3, 123, 168, 456, inc. 2, 471, C.P.P.N.; 18, C.N.). También en este caso consideré que se debe remitir el caso a efectos de la determinación de la pena (arts. 8.2.h, C.A.D.H.; 14.5, P.I.D.C.P.).

4. Villarreal.

En el caso de este imputado y en análogo sentido al de los imputados recién considerados, negué la existencia de pruebas o argumentos que en forma válida permitan alterar la solución a la que arribó el Tribunal de Juicio en perjuicio del imputado (arts. 1, 3, 123, 168, 456, inc. 2, 471, C.P.P.N.; 18, C.N.). No obstante ello, ante la discrepancia de mis colegas sobre la relevancia penal de la base fáctica que entendieron acreditado y de acuerdo a las reglas para la conformación de mayoría, concurrí en la solución a la que arribó la jueza Catucci; es decir, que Villarreal es penalmente responsable en calidad de autor del delito de incendio culposo seguido de muerte (arts. 398, C.P.P.N.; 45, 189, 2º párr., C.P.). A igual conclusión llegué con relación al restante hecho, tanto en su calificación como cohecho activo -con exclusión del hecho del día 10 de diciembre de 2004-, el grado de intervención (partícipe secundario) y el modo en que concurre (realmente) con el otro delito (arts. 46, 55, 256, C.P.).

5. Díaz.

En el caso de Díaz y análogo sentido a los casos recién en primer término reseñados, concluí que la aplicación de la ley sustantiva (art. 186, inc. 5, C.P.) que realizó el Tribunal de Juicio adolecía de un vicio lógico y no estaba fundada en las constancias de la causa, por lo que no se podía mantener (arts. 1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, C.P.P.N.). Ante la decisión a la que arribaron mis colegas sobre el punto, concurrí en que este

imputado resulta autor penalmente responsable del delito de incendio culposo seguido de muerte (arts. 398, C.P.P.N.; 45, 189, 2º párr., C.P.). Con relación al restante hecho, coincidí con el Tribunal de Juicio en su calificación como cohecho pasivo -con exclusión del hecho del día 10 de diciembre de 2004-, el grado de intervención (autor) y el modo en que concurre con el otro delito: realmente (arts. 45, 55, 258, C.P.).

6. Fiszbin.

Luego del análisis de las impugnaciones devengadas —y en disidencia con mis colegas- arribé a la conclusión que la decisión del Tribunal de Juicio no lograba ser conmovida, pues las querellas no han invocado elementos de prueba ni argumentos que permiten concluir de otra forma que no sea considerar a la imputada Fiszbin autora penalmente del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público (arts. 45, 248, C.P.). Asimismo, agregué que no concurría en la novedosa calificación legal que entendieron aplicable (art. 249, C.P.) mis colegas, dado que ello presuponía presupuestos fácticos que no formaron parte del contradictorio (arts. 123, 168, 398, 456, inc. 2, C.P.P.N.).

7. Fernández.

Luego del examen de los recursos presentados —y en discrepancia con mis colegas- mantuve la decisión del Tribunal de Juicio, pues las querellas no han invocado elementos de prueba ni argumentos que permitan concluir de otra forma que no sea considerar a la imputada Fernández autora penalmente del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público. Tampoco adherí a la otra calificación legal (art. 249, C.P.) que entendieron aplicable mis colegas, dado que ello presuponía aspectos fácticos que no formaron parte del contradictorio (arts. 123, 168, 398, 456, inc. 2, C.P.P.N.; 45, 248, C.P.).

8. Torres.

Con relación al imputado Torres concluí que no se habían acercado elementos ni argumentos que permitieran modificar válidamente la solución a la que arribó el Tribunal de Juicio por los sucesos imputados, que resolvió absolver al imputado. También aquí dije que no acordaba en la novedosa calificación legal (art. 249, C.P.) que entendieron aplicable mis colegas, pues suponía aspectos fácticos que no formaron parte del contradictorio (arts.

1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 2, C.P.P.N.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 8.2.h, C.A.D.H.; 14.5, P.I.D.C.P.).

DÉCIMO CUARTO:

Propuesta de voto al Acuerdo.

En mérito de esas consideraciones y siguiendo el orden presentado en el primero de los votos, propongo al Acuerdo:

I) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Omar Emir Chabán a fs. 68.383/68.441 con relación a las nulidades planteadas, con costas (arts. 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N).

II) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa Diego Marcelo Argañaraz 68.697/68.836 con relación a las nulidades planteadas, con costas (arts. 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N).

III) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Fabiana Gabriela Fiszbin a fs. 67.962/68.151 respecto de las nulidades planteadas, con costas (arts. 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N).

IV) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por los Dres. Pedro Antonio y Vicente Domingo D´Attoli a fs. 68.383/68.441; casar parcialmente el punto resolutivo XIII de la sentencia obrante fs. 66.216/67.442 y condenar a Omar Emir Chabán calidad de autor del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con el delito de cohecho activo -con exclusión del hecho del día 10 de diciembre de 2004-, también en calidad de autor, sin costas (arts. 45, 55, 189, 2º párr., 258, C.P.; 1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, 530 y 531 C.P.P.N.).

V) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación interpuestos a fs. 68.335/68.382 por los Dres. José Albino Stefanolo y Marisa Darwiche, en representación de Raúl Alcides Villarreal; y rechazar los interpuestos a fs. 67.864/67.942 por los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Jorge López Lecube y Gabriela González; a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; y a fs. 67.843/67.863 por los Dres. María del Carmen Verdú, Marcelo Parrilli, Rubén Arturo López Santos y Verónica Mariana Prince, representantes de las querellas, con costas; casar parcialmente el punto dispositivo XV y condenar Raúl Alcides Villarreal en calidad partícipe secundario del delito de cohecho

activo -con exclusión del hecho del día 10 de diciembre de 2004-; y conformar mayoría con la Jueza Catucci, casar el punto dispositivo XVII de la sentencia obrante a fs. 66.216/67.442 y condenar a Raúl Alcides Villarreal en calidad de autor del delito de incendio culposo seguido de muerte, ambas figuras en concurso real, sin costas (arts. 45, 46, 55, 189, 2º párr., 258, C.P.; 1, 3, 123, 168, 398, 456, incs. 1 y 2, 470, 471, 530 y 531, C.P.P.N.).

VI) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 68.697/68.836 por el Dr. Roberto Alejandro Bois; casar parcialmente el punto XVIII de la sentencia obrante a fs. 66.216/67.442 y condenar a Diego Marcelo Argañaraz en calidad de autor de los delitos de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con cohecho activo -con exclusión del hecho del día 10 de diciembre de 2004-, éste en calidad de partícipe necesario; sin costas (arts. 45, 55, 189, 2º párr., 258, C.P.; 456, inc. 1, 470, 530 y 531, C.P.P.N.).

VII) Rechazar los recursos de casación introducidos a fs. 67.864/67.942 por los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Jorge López Lecube y Gabriela Gonzalez; a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; y a fs. 68.665/68.696, por el Dr. José Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos, por las querellas; conformar mayoría con la Dra. Catucci, casar parcialmente el punto XX de la sentencia de fs. 66.216/67.442 y condenar a Patricio Santos Fontanet por resultar autor del delito de incendio culposo seguido de muerte y confirmar ese punto dispositivo en lo restante; sin costas (arts. 45, 189, 2º párr., C. P.; 1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, 530 y 531 C.P.P.N.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 8.2, C.A.D.H.; y 14.5 P.I.D.C.P.).

VIII) Rechazar los recursos de casación introducidos a fs. 67.864/67.942 por los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Jorge López Lecube y Gabriela Gonzalez; a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; y a fs. 68.665/68.696, por el Dr. José Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos, por las querellas; conformar mayoría con la Dra. Catucci, casar parcialmente el punto XXI de la sentencia de fs.

66.216/67.442 y condenar a Eduardo Arturo Vázquez por resultar autor del delito de incendio culposo seguido de muerte y confirmar ese punto dispositivo en lo restante; sin costas (arts. 45, 189, 2º párr., C. P.; 1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, 530 y 531, C.P.P.N.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 8.2, C.A.D.H.; y 14.5 P.I.D.C.P.).

IX) Rechazar los recursos de casación introducidos a fs. 67.864/67.942 por los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Jorge López Lecube y Gabriela Gonzalez; a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; y a fs. 68.665/68.696, por el Dr. José Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos, por las querellas; conformar mayoría con la Dra. Catucci, casar parcialmente el punto XXII de la sentencia de fs. 66.216/67.442 y condenar a Juan Alberto Carbone por resultar autor del delito de incendio culposo seguido de muerte y confirmar ese punto dispositivo en lo restante; sin costas (arts. 45, 189, 2º párr., C. P.; 1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, 530 y 531, C.P.P.N.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 8.2, C.A.D.H.; y 14.5 P.I.D.C.P.).

X) Rechazar los recursos de casación introducidos a fs. 67.864/67.942 por los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Jorge López Lecube y Gabriela Gonzalez; a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; y a fs. 68.665/68.696, por el Dr. José Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos, por las querellas; conformar mayoría con la Dra. Catucci, casar parcialmente el punto XXIII de la sentencia de fs. 66.216/67.442 y condenar Christian Eleazar Torrejón por resultar autor del delito de incendio culposo seguido de muerte y confirmar ese punto dispositivo en lo restante; sin costas (arts. 45, 189, 2º párr., C. P.; 1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, 530 y 531, C.P.P.N.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 8.2, C.A.D.H.; y 14.5 P.I.D.C.P.).

XI) Rechazar los recursos de casación introducidos a fs. 67.864/67.942 por los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Jorge López Lecube y Gabriela Gonzalez; a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; y a fs. 68.665/68.696, por el Dr. José

Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos, por las querellas; conformar mayoría con la Dra. Catucci, casar parcialmente el punto XXIV de la sentencia de fs. 66.216/67.442 y condenar a Maximiliano Djerfy por resultar autor del delito de incendio culposo seguido de muerte y confirmar ese punto dispositivo en lo restante; sin costas (arts. 45, 189, 2º párr., C. P.; 1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, 530 y 531, C.P.P.N.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 8.2, C.A.D.H.; y 14.5 P.I.D.C.P.).

XII) Rechazar los recursos de casación introducidos a fs. 67.864/67.942 por los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Jorge López Lecube y Gabriela Gonzalez; a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; y a fs. 68.665/68.696, por el Dr. José Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos, por las querellas; conformar mayoría con la Dra. Catucci, casar parcialmente el punto XXV de la sentencia de fs. 66.216/67.442 y condenar a Elio Rodrigo Delgado por resultar autor del delito de incendio culposo seguido de muerte y confirmar ese punto dispositivo en lo restante; sin costas (arts. 45, 189, 2º párr., C. P.; 1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, 530 y 531 C.P.P.N.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 8.2, C.A.D.H.; y 14.5 P.I.D.C.P.).

XIII) Rechazar los recursos de casación introducidos a fs. 67.864/67.942 por los representantes del Ministerio Público Fiscal, Dres. Jorge López Lecube y Gabriela González; a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; y a fs. 68.665/68.696, por el Dr. José Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos, por las querellas; conformar mayoría con la Dra. Catucci, casar parcialmente el punto XXVI de la sentencia de fs. 66.216/67.442 y condenar a Daniel Horacio Cardell por resultar autor del delito de incendio culposo seguido de muerte y confirmar ese punto dispositivo en lo restante; sin costas (arts. 45, 189, 2º párr., C. P.; 1, 3, 123, 168, 398, 456, inc. 1, 470, 530 y 531, C.P.P.N.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 8.2, C.A.D.H.; y 14.5 P.I.D.C.P.).

XIV) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 68.442/68.664 por los Dres. Fermín Iturbide y

Eduardo Escudero, abogados defensores de Carlos Rubén Díaz; casar parcialmente el punto XXVIII de la sentencia obrante a fs. 66.216/67.442 y condenar a Carlos Rubén Díaz en calidad de autor del delito de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con el delito de cohecho pasivo -con exclusión del hecho del día 10 de diciembre de 2004-, también en calidad de autor; sin costas (arts. 45, 55, 189, 2º párr., 256, C.P., 456, inc. 1, 470, 530 y 531, C.P.P.N.).

XV) Rechazar los recursos de casación interpuestos a fs. 67.962/68.151 por los Dres. Marcelo Horacio Fainberg, Ignacio Jakim y Patricia de Reatti en representación de Fabiana Gabriela Fiszbin; a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; a fs. 68.665/68.696, por el Dr. José Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos; a fs. 67.724/67.750 por los Dres. Mauricio Lionel Castro, Patricia Núñez Morano y María Marta Marco, apoderados de la querella encabezada por Héctor Alberto Farreras, y a fs. 67.843/67.863 por los Dres. María del Carmen Verdú, Marcelo Parrilli, Rubén Arturo López Santos y Verónica Mariana Prince, patrocinantes de la querellante Benicia Gómez, con costas; confirmar el punto dispositivo XXX de la sentencia obrante a fs. 66.216/67.442, y mantener la condena a Fabiana Gabriela Fiszbin como autora del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público; sin costas (arts. 45, 248, C.P., 456, inc. 1, 463, 530 y 531, C.P.P.N.).

XVI) Rechazar los recursos de casación interpuestos a fs. 68.152/68.334, por el Dr. Oscar Luís Vignale en representación de Ana María Fernández; a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; a fs. 68.665/68.696, por el Dr. José Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos; a fs. 67.724/67.750 por los Dres. Mauricio Lionel Castro, Patricia Núñez Morano y María Marta Marco, apoderados de la querella encabezada por Héctor Alberto Farreras, y a fs. 67.843/67.863 por los Dres. María del Carmen Verdú, Marcelo Parrilli, Rubén Arturo López Santos y Verónica Mariana Prince, patrocinantes de la querellante Benicia Gómez, con costas; confirmar el punto dispositivo XXXII de la sentencia obrante a fs. 66.216/67.442, y mantener la condena a Ana María Fernández como autora del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario

público; sin costas (arts. 45, 248, C.P., 456, inc. 1, 463, 530 y 531, C.P.P.N.).

XVII) Rechazar los recursos de casación interpuestos a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina; a fs. 68.665/68.696, por el Dr. José Antonio Iglesias, con el patrocinio de la Dra. Beatriz M. E. Campos; a fs. 67.724/67.750 por los Dres. Mauricio Lionel Castro, Patricia Núñez Morano y María Marta Marco, apoderados de la querella encabezada por Héctor Alberto Farreras, y a fs. 67.843/67.863 por los Dres. María del Carmen Verdú, Marcelo Parrilli, Rubén Arturo López Santos y Verónica Mariana Prince, patrocinantes de la querellante Benicia Gómez, con costas; confirmar el punto dispositivo XXXIV de la sentencia obrante a fs. 66.216/67.442, y mantener la absolución de Gustavo Juan Torres por los hechos atribuidos; sin costas (arts. 1, 3, 123, 168, 530 y 531, C.P.P.N.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 8.2, C.A.D.H.; y 14.5 P.I.D.C.P.).

XVIII) Reenviar el caso a fin de que, previo paso por la Oficina de Sorteos de esta Cámara para la desansiculación de un órgano colegiado distinto de que ya tuvo conocimiento sobre el punto, de conformidad con lo aquí resuelto y previo conocimiento directo de los imputados (Fallos 328:4343, consids. 18 y 19; 330:393 y “Niz”, N.132.XLV.), determine la medida de las sanciones aplicables (arts. 41, C.P.; 18, 75, inc. 22, C.N.; 14.1, 14.5 P.I.D.C.P.; 8.1, 8.2.h, C.A.D.H.).

XIX) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 68.697/68.836 por el Dr. Roberto Alejandro Bois, letrado defensor de Diego Argañaraz, contra el punto dispositivo XXXV de la sentencia, con costas (arts. 3, 123, 404, 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 901, 1102, 1103, 1713 y 1743, Cód. Civ.).

XX) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 67.660/67.673 por el Dr. Alejandro Daniel Busquets en representación de Maximiliano Djerfy, contra el punto dispositivo XXXV de la sentencia, con costas (arts. 3, 123, 404, 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 901, 1102, 1103, 1713 y 1743, Cód. Civ.).

XXI) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 67.831/67.842 por el Dr. Manuel Martín Gutiérrez, en representación de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Elio Rodrigo Delgado, Cristián Elezar Torrejón, Juan Alberto Carbone, Daniel

Horacio Cardell y Eduardo Arturo Vázquez, contra el punto dispositivo XXXV de la sentencia, con costas (arts. 3, 123, 404, 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 901, 1102, 1103, 1713 y 1743, Cód. Civ.).

XXII) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 68.442/68.664 por los Dres. Fermín Iturbide y Eduardo Escudero, abogados defensores de Carlos Rubén Díaz, contra el punto dispositivo XXXV de la sentencia, con costas (arts. 3, 123, 404, 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 901, 1102, 1103, 1713 y 1743, Cód. Civ.).

XXIII) Hacer lugar parcialmente el recurso de casación interpuesto a fs. 67.962/68.151 por los Dres. Marcelo Horacio Fainberg, Ignacio Jakim y Patricia de Reatti en representación de Fabiana Gabriela Fiszbin, contra el punto XXXV del resolutorio; con costas proporcionales (arts. 3, 123, 404, 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 901, 1102, 1103, 1713 y 1743, Cód. Civ.).

XXIV) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 68.152/68.334, por el Dr. Oscar Luís Vignale, en representación de Ana María Fernández, contra el acápite XXXV de la sentencia, con costas (arts. 3, 123, 404, 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 901, 1102, 1103, 1713 y 1743, Cód. Civ.).

XXV) Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 67.754/67.830, por el Dr. Rubén M. García Villador, letrado representante del Estado Nacional, con el patrocinio letrado del Dr. Alejandro Patricio Amaro, contra los puntos dispositivos XXXV y XXXIX de la sentencia, con costas (arts. 3, 123, 404, 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 901, 1102, 1103, 1713 y 1743, Cód. Civ.).

XXVI) Hacer lugar parcialmente el recurso de casación interpuesto a fs. 67.708/67.722 por el Dr. Carlos Miguel Thompson, apoderado del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con el patrocinio letrado de la Dra. Silvia Susana Lagalla, contra el punto dispositivo XXXV de la sentencia, con costas proporcionales (arts. 3, 123, 404, 456, inc. 2, 530 y 531, C.P.P.N.; 901, 1102, 1103, 1713 y 1743, Cód. Civ.).

XXVII) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 67.724/67.750 por los Dres. Mauricio Lionel Castro, Patricia Núñez Morano y María Marta Marco, apoderados de la querella encabezada por Héctor Alberto Farreras, contra el punto XXXVII de la sentencia y remitir el caso a la Oficina de Sorteos de esta

Cámara para que desinsacule el Tribunal que deberá entender en esta cuestión; sin costas (arts. 123, 404, inc. 2, 456, inc. 2, 471, 530 y 531, C.P.P.N.; 6, 10, 45, ley 21.839, ref. por ley 24.432).

XXVIII) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 67.684/67.707 por los Dres. Patricio Gastón Poplavsky, Susana Rico y Vanina Mirna Molina, apoderados de la querella, contra el punto XXXVII de la sentencia y remitir el caso a la Oficina de Sorteos de esta Cámara para que desinsacule el Tribunal que deberá entender en esta cuestión; sin costas (arts. 123, 404, inc. 2, 456, inc. 2, 471, 530 y 531, C.P.P.N.; 6, 10, 45, ley 21.839, ref. por ley 24.432).

XXIX) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 67.943/67.961, por los peritos oficiales Juan María Cardoni, Hernán Santiago Nottoli, Walter Gómez Diz, Jorge Ciccarello, Cayetano Gabriel Profeta, Inés Natalia Bodio y Horacio Gallo Calderón, con el patrocinio letrado de los Dres. Andrea Verónica Plazibat y Mauro Raúl Blanco contra el punto XXXVII de la sentencia y remitir el caso a la Oficina de Sorteos de esta Cámara para que desinsacule el Tribunal que deberá entender en esta cuestión; sin costas (arts. 123, 404, inc. 2, 456, inc. 2, 471, 530 y 531, C.P.P.N.; 3, 38 y 86, decreto ley 7.887/55).

XXX) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 67.751/67.753, por los peritos de parte Eduardo José Lucio Frigerio y Carlos Alberto Junco, con el patrocinio letrado del Dr. Guillermo Jorge Serra, contra el punto XXXVII de la sentencia y remitir el caso a la Oficina de Sorteos de esta Cámara para que desinsacule el Tribunal que deberá entender en esta cuestión; sin costas (arts. 123, 404, inc. 2, 456, inc. 2, 471, 530 y 531, C.P.P.N.; 6, 10, 45, ley 21.839, ref. por ley 24.432).

XXXI) Declarar desierto el recurso de casación interpuesto a fs. 67.683 por el perito ingeniero de parte David Fiszer, con costas (arts. 465, 1º párr., 468, 530 y 531, C.P.P.N.).

XXXII) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 67.674/67.678 por la traductora pública del idioma inglés, Karina Alejandra D' Emilio, con el patrocinio letrado de la doctora Elizabeth F.R. Pajer contra el punto XXXVII de la sentencia y remitir el caso a la Oficina de Sorteos de esta Cámara para que desinsacule el Tribunal que deberá entender en esta

cuestión; sin costas (arts. 123, 404, inc. 2, 456, inc. 2, 471, 530 y 531, C.P.P.N.; 3, 29, 30 y 31, ley 20.305).

Tal es mi voto.-

En mérito a todo lo expuesto y por las consideraciones vertidas en los votos que anteceden, se **RESUELVE:**

I) Rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de Omar Emir Chabán -fs. 68383/441-, de Fabiana Gabriela Fiszbin —fs. 67962/68151- y de Diego Marcelo Argañaraz —fs. 68697/836- con relación a las nulidades planteadas, con costas (artículos 456 inciso 2°, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

II) Hacer lugar parcialmente por mayoría al recurso de casación deducido por los doctores Pedro Antonio y Vicente Domingo D´Attoli a fs. 68383/441, sin costas; en consecuencia casar el punto dispositivo XIII de la sentencia obrante a fs. 66216/67442, y condenar a **Omar Emir Chabán** por resultar autor penalmente responsable de los delitos de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con el delito de cohecho activo (artículos 45, 55, 189 2° párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

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 2° párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal);

IV) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación planteado por el doctor Roberto Bois, sin costas; casar el punto

dispositivo XVIII del fallo, y por mayoría condenar a **Diego Marcelo Argañaraz** 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, 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 2° párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 2° párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 2° párrafo y

258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 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 2° párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 2° párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 2° párrafo y 258 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XII) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 68442/664, por los doctores Fermín Iturbide y Eduardo Escudero, abogados defensores de Carlos Rubén Díaz, sin costas; casar el punto dispositivo XXVIII de la sentencia, y en consecuencia, condenar a **Carlos Rubén Díaz** por resultar autor penalmente responsable de los delitos de incendio culposo seguido de muerte en concurso real con el de cohecho pasivo (artículos 45, 55, 189 2° párrafo y 256 del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 2° párrafo del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 2° párrafo del Código Penal, y 456 incisos 1° y 2°, 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 1° y 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;

XVII) Rechazar los recursos de casación planteados por las defensas de Diego Marcelo Argañaraz, de Maximiliano Djerfy —fs. 67660/73-, de Patricio Rogelio Santos Fontanet, Elio Rodrigo Delgado, Cristián Eleazar Torrejón, Juan Alberto Carbone, Daniel Horacio Cardell y Eduardo Arturo Vázquez —fs. 67831/42-, de Carlos Rubén Díaz, de Fabiana Gabriela Fiszbin, y por el apoderado del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —fs. 67708/22- contra el punto XXXV de la parte dispositiva de la sentencia, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XVIII) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ana María Fernández contra el acápite XXXV del fallo, y respecto a la fijación de las costas procesales, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XIX) Rechazar el recurso de casación deducido a fs. 67754/830, por el doctor Rubén García Villador, letrado representante del Estado Nacional, contra los puntos XXXV y XXXIX

del fallo, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XX) Rechazar por mayoría los recursos de casación incoados por los doctores Mauricio Lionel Castro, Patricia Nuñez Morano y María Marcos, Patricio Poplavsky, Susana Rico y Vanina Molina, y por los peritos de oficio Juan Cardoni, Hernán Nottoli, Walter Gómez Diz, Jorge Ciccarello, Cayetano Profeta, Inés Bodio y Horacio Gallo Calderón -fs. 67943/61-, y de parte Eduardo Frigerio, Carlos Junco —fs. 67751/3- y David Fiszer -fs. 67683-, y por la traductora pública del idioma inglés, Karina D'Emilio -fs. 67674/78 y 68949/53-, contra el punto XXXVII de la sentencia, con costas (artículos 456 incisos 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación);

XXI) Disponer la liberación de la calle Bartolomé Mitre —entre las arterias Jean Jaures y Ecuador- a la utilización pública y al tránsito. Previamente, el Tribunal Oral *a quo*, y de ser necesario en coordinación con el juzgado de instrucción interviniente deberá proveer a la mayor brevedad posible las medidas pertinentes para el resguardo del lugar de los hechos, y sus adyacencias con eventual interés probatorio, a cuyo efecto líbrese el correspondiente oficio;

XXII) Tener presentes las reservas del caso federal efectuadas.

Regístrese, hágase saber y, fecho, devuelvánse las actuaciones al Tribunal de Juicio, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Firmado: Liliana E. Catucci, Eduardo R. Riggi, Ángela E. Ledesma. María de la Mercedes López Alduncin (Secretaria de Cámara).