

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24013/09 STJ

SENTENCIA Nº: 81

PROCESADOS: GRINGO ARIEL ERNESTO – CENTENO OSVALDO
ALEJANDRO (ABSUELTOS)

DELITO: LESIONES GRAVES CULPOSAS

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 31/05/10

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – BALLADINI (NO FIRMA POR LICENCIA) –
LUTZ EN ABSTENCIÓN

//MA, de mayo de 2010.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “GRINGO, Ariel E. y CENTENO,
Osvaldo A. s/Lesiones graves culposas s/ Casación” (Expte.Nº 24013/09 STJ), puestas a
despacho para resolver, y- - - - - CONSIDERANDO:- - - - -

----- Que la deliberación previa a la resolución (cuya constancia obra a fs. 856) ha
concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.- - - El
señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - -

-----1.- Antecedentes de la causa:- - - - -

-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 7, del 11 de agosto de 2009, el Juzgado Correccional
Nº 6 de la Iª Circunscripción Judicial resolvió absolver de culpa y cargo a Ariel Ernesto
Gringo y Osvaldo Alejandro Centeno en orden al delito de lesiones graves culposas
(arts. 94 en función del 90 C.P.) que se les había endilgado en el requerimiento de
elevación a juicio, por aplicación del art. 34 inc. 1º del Código Penal, sin costas (fs.
801/810 y vta.).- - - - -

-----1.2.- Contra lo decidido, los doctores Marcelo A. Álvarez –Agente Fiscal- y Danilo
Javier Vega –apoderado del querellante particular Enrique Rafael Ocampos- dedujeron
sendos recursos de casación, que fueron declarados admisibles por el a quo (fs.
846/848).- - - - -

-----2.- Recurso de casación del Agente Fiscal doctor Marcelo A. Alvarez (fs.
816/833):- - - - -

----- El titular de la acusación pública sostiene que la sentencia incurre en inobservancia de la ley sustantiva (art. 34 inc. 1º C.P.), la que ha sido aplicada

///2.- erróneamente.- - - - -

----- Cita doctrina y jurisprudencia y afirma “que debe indicarse que justamente los imputados por ser los instructores de la actividad que se desarrollaba en esa ocasión y a cargo de tales prácticas, resultaban responsables de la determinación del equipo dispuesto a esos fines, ello así porque una cuestión de lógica pura así lo impone y, además, porque existe una norma específica que regula la actividad del Grupo GOR [Grupo de Operaciones de Rescate] que determina que son los instructores los que están a cargo del equipo que se utiliza y cuya incorporación por lectura ordenara el Tribunal” (fs. 825).- - - - -

----- Sigue diciendo que, “siendo esto así, no puede afirmarse que no debían conocer el estado de las sogas que usaban ‘porque no les dijeron’, ‘porque no les habían enseñado’, ‘porque no participaron de la compra’. Debe destacarse que en función del rol que desempeñaban los imputados como co-instructores, era su obligación, era su deber conocer el estado de los elementos cuya utilización determinaron para las prácticas en cuestión” (fs. 825/826).-

----- De acuerdo con un texto sobre “sogas” que transcribe, refiere que “ninguno de los recaudos mínimos que exige el buen uso de este tipo de elementos ha sido cumplido por los imputados de la causa” (fs. 827).- - - - -

----- La parte entiende que el a quo debió continuar su análisis indicando si los incusos violaron el deber objetivo de cuidado y, en su caso, si tal violación resultó condición indispensable para la producción del resultado lesivo; ello, ante la constatada inidoneidad del material dispuesto para

///3.- la práctica riesgosa que importaba la ejecución de los saltos.- - - - -
- - - - -

----- Finalmente, también tacha a la sentencia de arbitraria en virtud de la cantidad de cuestiones que no responde y sobre las que no brinda razón suficiente, por lo que solicita a este Superior Tribunal que se case la resolución recurrida y resuelva el caso con arreglo a la ley y la doctrina aplicable.- - - - -

-----3.- Recurso de casación del apoderado del querellante particular (Enrique Rafael Ocampos), doctor Danilo Javier Vega (fs. 834/844):- - - - -

----- En su libelo el letrado solicita que se nulifique la sentencia recurrida, dado que no se han observado normas que el código ritual establece bajo pena de nulidad y la

decisión resulta nula y arbitrario; agrega que ésta carece de la debida motivación y que se han vulnerado la garantía de defensa en juicio y el derecho al debido proceso legal de los que goza esa parte (arts. 98, 380 inc. 3º y 429 inc. 2º C.P.P., 18 C.Nac. y 22 C.Prov.).- - - - -

----- En lo sustancial, sostiene que “a pesar de todo lo que el sentenciante considera acreditado, concluye refiriendo que Gringo y Centeno no tenían conocimiento no se sabe de qué; esto último en tanto enumera una serie de motivos que entiende valederos para asegurar que los imputados no tenían conocimiento, pero en ningún momento especifica de qué. Ciertamente es que puede inferirse el extremo que el a quo ha omitido indicar, pero no menos cierto es que la omisión no puede ser suplida con la creencia de este apoderado. Todo para terminar considerando que los nombrados no son

///4.- responsables penales del hecho ilícito en investigación” (fs. 839).- - - - -

- - - - -

----- Luego alega que podría deducirse que el sentenciante hace jugar a favor de los imputados la causal de error o ignorancia de hecho no imputable, pero que no corresponde deducir, sino que el Juez debe expresarse concreta y claramente respecto del extremo en cuestión, lo que no ha hecho.- - - - -

----- Agrega que aun cuando se entienda salvada la omisión precedentemente individualizada y que la causal en cuestión es el error, lo cierto es que el inferior no se ha manifestado respecto del tipo de error que entiende aplicable, lo que redundará en un perjuicio para la parte.- -

-----4.- Requisitoria fiscal de elevación a juicio:- - - - -

----- En la resolución impugnada consta que por la requisitoria fiscal de elevación a juicio obrante a fs. 659/669 se reprocha: “en fecha 24 de noviembre del año 2005, en horario no precisado con exactitud pero ubicable como cercano a las 16.00 hs. , en el puente Basilio Villarino de la ciudad de Viedma y en ocasión en que personal dependiente del Cuerpo de Bomberos, Grupo Operativo de Rescate, se encontraban realizando prácticas, entre ellas las de descenso en rapel, utilizando para ello la altura aproximada de diez (10) metros que les ofrece el puente en cuestión, los imputados Osvaldo Alejandro CENTENO y Ariel Ernesto GRINGO, quienes a la sazón se encontraban impartiendo instrucción y a cargo de las tareas que allí se desarrollaban, presuntamente por negligencia al utilizar una soga inadecuada y al cortarse ésta mientras descendía

///5.- Enrique OCAMPOS, habrían causado las lesiones que la caída le generó al

nombrado, consecuencias que se describen en autos a fs. 02 y 20, luego ratificadas por el Cuerpo Médico Forense” (fs. 801 y vta.; lo resaltado en negrita me pertenece).- - - -

-----5.- Introducción:- - - - -

----- De la revisión integral de la presente causa, en la cual se investigó el lamentable hecho que determinó las graves lesiones sufridas por Enrique Ocampos, la cuestión inicial es analizar si la conducta delictiva reprochada respeta el principio constitucional de congruencia en la determinación circunstanciada del objeto procesal (art. 18 C.Nac.).- - - - -

-----6.- Principio de congruencia. Derecho de defensa:- - -

-----6.1.- Entonces, previo ingresar en el análisis de los agravios recursivos, corresponde controlar el resguardo de los derechos y garantías constitucionales como cuestión esencial para la continuidad del proceso.- - - - -

-----6.2.- Se configura afectación del principio de congruencia cuando se juzga un hecho sobre el cual la defensa no tuvo ocasión de hacerse oír y ejercer su ministerio; es decir, se encuentra en juego la aplicación del principio de congruencia como derivación del derecho de defensa en juicio.- - - - -

-----6.3.- En este sentido, la acusación (en todas las etapas procesales) debe tener una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos concretos que se endilgan incumplidos u omitidos, y la normativa cuyo cumplimiento le incumbe a los imputados y que estipula las obligaciones cuya

///6.- inexecución se les atribuye.- - - - -

----- “Entre las consecuencias que dimanar del principio constitucional de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de nuestra Carta Magna, se destaca el derecho de toda persona de intervenir en el proceso incoado en su contra, con el fin de conocer los actos procesales y los hechos que se le atribuyen, las pruebas de cargo y las razones que lo afectan; declarar libremente con relación al hecho que se imputa, ofrecer las pruebas pertinentes y exponer 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)\’ (Alfredo Vélez Mariconde, Derecho Procesal Penal, Tº II, págs. 205 y 233).- - - - -

----- “En este sentido, Ernest Beling que sostiene \bajo el dominio del principio de la

acusación formal el actor determina el objeto procesal concreto. El tribunal no debe ocuparse sino del objeto procesal que corresponde al contenido de la acusación' (Derecho Procesal Penal, Ed. Labor, 1943, pág. 84)" (Se. 27/07 y 87/08 STJRNSP).- - -

- -

-----7.- Deficiencia fáctica y jurídica del Ministerio Público Fiscal:- - - - -

- - - - -

-----7.1.- El Agente Fiscal reprocha a Osvaldo Alejandro Centeno y Ariel Ernesto Gringo la acción de "utilizar una sogá inadecuada".- - - - -

----- En el requerimiento de elevación a juicio se sostuvo:

///7.- "en el caso, la acción adquiere relevancia jurídico penal no solamente por la afección al cuerpo y la salud de la víctima, sino porque justamente dicha lesión al bien jurídico se establece luego de ponderar que en el obrar en reproche existió una acción contraria al deber de cuidado y que el resultado verificado lo es porque existe una relación de causa-efecto entre dicho obrar y aquél resultado constatado" (fs. 661).- - - - -

- - - - -

----- De tal forma, la acción prohibida que aparece indefinida en el tipo penal culposo el Agente Fiscal la particularizó en este caso como "utilizar una sogá inadecuada", atendiendo –según su entender- al resultado relevante para el derecho penal y a la forma de realización de dicha acción.- - - - -

----- Al respecto, este Cuerpo ha dicho: "En los tipos legales culposos el legislador '\.... describe un obrar disfuncional que provoca un daño para la integridad de los bienes jurídicos de terceros, esto sin la existencia de un propósito para ello.- - - - -

- - - - -

----- "\Ahora, en tales tipos, la acción prohibida aparece indefinida en su generalidad y sólo se particulariza en cada caso, en atención al resultado relevante para el derecho penal y a la forma de realización de dicha acción.- - - - -

----- "\Así -no quiero fatigar con esto, pues es materia conocida y aceptada-, los tipos culposos son abiertos, por la imposibilidad de describir «a priori» la variedad de comportamientos descuidados que originen resultados lesivos no deseados por el sujeto activo.- - - - -

----- "\Por lo tanto, la primera tarea del Juez es

///8.- determinar el deber objetivo de cuidado que cada situación exige, para luego constatar si se verifica una infracción a tal deber; luego demostrará si el resultado es atribuible a dicha transgresión, para finalmente resolver acerca de la conexión de

antijuridicidad entre la anormatividad y el resultado\’ (Se. 166/03 STJRNSP)” (Se. 94/08 STJRNSP).-----

----- Y como la primera tarea del juez en estos delitos es determinar el deber objetivo de cuidado exigido por cada situación, para luego constatar si se infringe tal deber, según la lógica jurídica del hecho reprochado por el Ministerio Público Fiscal, el Juez debía determinar inicialmente el deber objetivo de cuidado, que en esta circunstancia sería utilizar una sogá adecuada a las condiciones exigidas para la actividad de la práctica realizada, para que no se corte y cause lesiones a una persona.-----

----- Así, el Agente Fiscal doctor Marcelo Álvarez reprocha (requerimientos de acción penal y de elevación a juicio) la acción de “utilizar una sogá inadecuada”.-----

----- Héctor O. Sagretti (“Principio de Congruencia”, en LL 2000-F, 927) expresa: “El punto de partida para identificar [e]l hecho, estará constituido, evidentemente, por la acción u omisión típicas, consistente en un acto de ejecución, cooperación, auxilio o instigación. La confrontación de las conductas comisivas u omisivas -erigidas en el elemento sustancial del hecho- será el primer factor que conduzca a establecer el correlato de la imputación”. Entonces, el punto de partida de análisis es el verbo del tipo y la

///9.- conducta que éste supone, ya que si el reconocido en la sentencia fuera diferente del utilizado en el reproche, también lo sería el ejercicio de la defensa y ésta se habría visto privada de ejercer su ministerio durante el proceso (conf. Se. 65/05 y 143/06 STJNSP).-----

-----7.2.- Ahora bien, en la etapa de juicio el Agente Fiscal formula su acusación por un concreto hecho de comisión por omisión: omitir tomar los recaudos adecuados testeando la sogá para conocer su estado (dijo que los recaudos que tomaron los imputados no fueron los adecuados, ya que había que testear la sogá -ver fs. 795 vta./798). Esta última argumentación también fue desarrollada en el recurso de casación en similares términos (ver fs. 827/828).-----

----- Es decir, se alteró la base fáctica reprochada en tanto se mutó/amplió de una acción a una comisión por omisión sustancialmente diferente. De tal forma, se han confundido: a) la acción de “utilizar una sogá inadecuada”; b) la acción de “controlar el estado de las sogas utilizadas mediante periódicas pruebas e inspecciones de resistencia” (ver peritaje del Gabinete de Criminalística de Viedma -fs. 129/130 y quinto párrafo de fs. 131), y c) la omisión de realizar esta última acción.-----

-----7.3.- Las diferencias anteriores son de insoslayable mención en atención a que el Agente Fiscal afirmó en los alegatos del juicio oral que “la ley les exigía tomar los recaudos para que ese hecho injusto se evitara. Y los recaudos que tomaron los imputados no fueron los adecuados, ya que había que testear la sogá; no tuvieron el cuidado que ///10.- se les exigía” (fs. 807); y después, en el recurso de casación, dijo que los encartados “debían conocer el estado de las sogas” (ver fs. 824 y 825/826).- - - -

- - - -

----- De tal forma, la correcta actuación funcional le imponía al Agente Fiscal Marcelo Álvarez determinar de forma expresa el íntegro reproche por el que pretendía perseguir penalmente a los encartados (en los requerimientos de acción penal y de elevación a juicio): la acción de “utilizar una sogá inadecuada” y la omisión de tomar los recaudos adecuados testeando la sogá para conocer su estado.- - - -

-----7.4.- Además, la diferencia entre las mencionadas conductas de acción y de omisión no es novedosa, ya que se observa en el auto de procesamiento de fs. 459/463 (en especial fs. 462 vta.), diferencia esa quizá uno de los motivos en que se basó la nulidad declarada por la sentencia interlocutoria N° 206/07 de la Sala de B de la Cámara en lo Criminal (fs. 523/529).- - - - -

----- También se constata tal cambio en el auto de procesamiento de fs. 575/580 y vta. (en especial fs. 579 vta./580) y en la sentencia interlocutoria N° 163/08 de la Sala de B de la Cámara en lo Criminal (fs. 639/650, en especial fs. 646/648).- - - - -

- - - -

----- Al respecto, este Cuerpo ha dicho que “\... tanto los tipos legales dolosos, culposos o preterintencionales pueden clasificarse en comisivos, donde se describe una conducta prohibida -prohíbe actuar de determinada manera, prohíbe una acción-, omisivos puros, donde se prohíbe omitir una conducta en determinado contexto descrito en el tipo, y de comisión por omisión (o de omisión impropia), cuya variante ///11.- está dada por la situación del autor que está obligado a garantizar la incolumidad del bien jurídico.- -

----- “\«No es lo mismo, claro está, matar a otro que dejarlo morir, pero quien desde una posición especial, llamada de garante... tiene obligación de cuidar bienes jurídicos ajenos, infringe... la norma prohibitiva, si no se comporta del modo deseado... El criterio diferenciador de los tipos de omisión propia o impropia, para la doctrina dominante, está determinado por la posición de garante. En virtud de ella, se considera que el omitente tiene un deber jurídico de actuar -extrapenal- garantizando frente a la

sociedad la integridad del bien jurídico lesionado. El deber jurídico de actuar, que permite sostener la posición de garante, constituye un deber nutrido de las normas ajenas al derecho penal, que ponen en cabeza de los ciudadanos la obligación de tutelar bienes jurídicos en determinadas circunstancias» (Pablo Jantos y Patricia Quirno Costa, «Homicidios, lesiones y abortos relacionados con el arte de curar», pág. 1046, con cita 34 de Gimbernat Ordeig, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana», pág. 258 y ss.)...\' (Se. 25/06 STJRNSP) (Se. 94/08 supra citada).- - - -

-----7.5.- La confusión del Agente Fiscal y la mutación de la base fáctica de la acusación también quedan en evidencia en cuanto aquél sostiene su postura incriminatoria con una cita de donde surge la “posición de garante” (ver fs. 830 del recurso de casación).- - - -

- - - - -

-----7.6.- El hecho que se juzga debe ser sustancialmente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los ///12.- actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria y defensiva, lo que se incumplió en el sub lite.- - - - -

-----7.7.- La alteración de la imputación fáctica resulta groseramente contraria al sentido común, ya que una acción y una omisión son supuestos de hecho distintos. - - - - -

----- El debido proceso presupone que se le hagan conocer al imputado oportunamente y en forma detallada los hechos que constituyen la base y naturaleza de la acusación, lo cual supone que pueda contar con información suficiente para comprender los cargos y para preparar una defensa adecuada.-

-----7.8.- Aclaro que todo lo anterior queda circunscripto a la incongruencia procesal y la consecuente afectación del debido proceso legal y la defensa en juicio por la alteración / modificación de la imputación (en función de lo supra expuesto).- - - - -

- - - - -

----- Esta aclaración obedece a que es perfectamente posible que un hecho esté correctamente probado, pero de todos modos el hecho como tal haya sido reprochado en forma insuficiente. A la inversa, también es factible que no exista ninguna prueba en absoluto, pero que, aun así, la imputación esté formulada en forma precisa y circunstanciada.- - - - -

----- Lo cierto es que, sea que se advierta falta de prueba o deficiencias en las valoraciones estrictamente jurídicas, la acusación sólo será posible si el imputado sabe, concretamente, de qué debe defenderse, en tanto es la descripción circunstanciada la que permite negar todos o algunos de los elementos de la imputación, o bien incorporar

///13.- otros, con el fin de evitar o aminorar las posibles consecuencias jurídico-penales.-

-----7.9.- En consecuencia, las pretensiones acusatorias del requerimiento de elevación a juicio y del final del debate son incongruentes y –siguiendo la postura del Ministerio Público Fiscal- esas descripciones carecen de la necesaria “condición de especificidad” de la imputación, según la cual “el texto de la acusación tiene que aportar aquellas propiedades de un hecho y tantas de ellas como para que efectivamente él sea cumplido por un hecho individual y sólo uno, en el sentido de ese concepto de hecho” (Se. 5/08 STJRNSP).-----

-----8.- Querellante particular:-----

----- Las consideraciones y conclusiones precedentes se aplican a la acusación de la parte querellante particular, en función de que adhirió a la requisitoria de elevación a juicio (ver fs. 673) y en la acusación del debate sostuvo que el hecho imputado ha quedado acreditado y “que los imputados actuaron en forma negligente al no percatarse de la falta de aptitud de la sogá usada por Ocampos al momento de saltar al vacío y que luego derivara en sus lesiones, debieron haberlo sabido, haber controlado la aptitud de todos los elementos a usar en esa práctica y de esa sogá” (fs. 795).-----

-----9.- Síntesis:-----

----- La ausencia de una descripción congruente y suficientemente específica del hecho atribuido lesiona el derecho de defensa consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional y previsto en el art. 8.2.b de la

///14.- Convención Americana sobre Derechos Humanos, que expresamente exige la comunicación previa y detallada de la acusación formulada al inculcado.-----

--

----- Es decir, la acusación enunciada en la etapa de juicio incurrió en una violación del principio de congruencia, porque el simple cotejo de las plataformas fácticas antes reseñadas permite advertir que existe una diferencia sustancial entre el hecho por el cual se indagó, se procesó y se requirió la elevación a juicio y el hecho por el que se pretende la condena.-----

----- En este punto, cabe señalar que “... este Superior Tribunal se ha expedido... sobre un planteo sustancialmente análogo (Se. 133 del 08-08-07), oportunidad en la cual estableció: ‘Es dable recordar que, acerca de la afectación del principio de congruencia, este Cuerpo ha sostenido que «... [l]a acusación y la sentencia deben versar sobre un

mismo acontecimiento histórico, sobre un mismo hecho, considerado en la totalidad de sus elementos constitutivos y en sus circunstancias agravantes específicas' (STJRNSP in re 'MELLADO', Se. 159/99 del 25-10-99). Por lo tanto, el reproche debe contener los datos históricos que le permitan al imputado desarrollar una defensa adecuada y la sentencia debe adecuarse a ellos, sin poder modificarlos en su perjuicio. Empero, esto no significa que la serie de inferencias lógicas que se inducen de tales datos... también formen parte de tal plataforma; basta que ésta tenga los elementos mínimos -hechos- de los que se extraiga como 'cuestión de hecho'. Del mismo modo, tampoco es necesario que la requisitoria -en su descripción fáctica- se complete

///15.- con los diferentes institutos jurídicos, abstractos y generales, que luego formarán parte de la calificación; basta que describa la serie de circunstancias físicas aplicable, luego, a dichos institutos (STJRNSP in re 'FIORE' Se. 101/98 del 17-11-98)» (Se. 57/02 STJRNSP; ver asimismo voto del doctor Sodero Nievas en Se. 24/06 STJRNSP).-

- - -

----- '\Siguiendo esta línea argumental, in re «PANES» (Se. 192/05 STJRNSP) se ha afirmado que «... para la determinación del incumplimiento del principio de congruencia la `... regla debe encontrarse en aquellos elementos necesarios para poner en evidencia la culpabilidad (lato sensu) del imputado, con respecto a la posibilidad de su defensa. Podría formularse en estos términos: La sentencia condenatoria debe ser idéntica a la acusación en cuanto a los elementos eficientes para poner de manifiesto la culpabilidad del imputado, es decir, los que pueden influir jurídicamente para determinar el grado de responsabilidad criminal del acusado...´ (Vélez Mariconde, 'Derecho Procesal Penal', Tº II, pág. 240, citado en la Se. 102/05 STJRNSP)» (ver también Se. 182/06 y 39/07 STJRNSP).- - - - -

----- '\Bajo tal línea de pensamiento, es clara la violación del principio de congruencia y del derecho de defensa en juicio (art. 18 C.Nac.), tal como argumenta [... el Fiscal de Cámara] y dictamina la Procuradora General, porque el simple cotejo de las plataformas fácticas antes reseñadas permite advertir que existe una diferencia sustancial entre el hecho por el cual se indagó, se procesó y se requirió la elevación a juicio y el hecho por el que se condenó.- - - - -

----- '\Sabido es que la hipótesis fáctica del requerimiento

///16.- fiscal de elevación a juicio determina y circunscribe la actividad de los sujetos del proceso de tal modo que sobre ella incide toda actividad ulterior: la defensa del imputado, la prueba, la discusión y la decisión definitiva del Tribunal de juicio.

Asimismo, la imputación no requiere la mención del verbo de la figura típica, sino una descripción del hecho que tenga correlación con aquél...” (Se. 221/07 STJRNSP).- - - -

----- En consecuencia, y dado que las pretensiones recursivas del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular se sustentan en hechos que afectan el principio de congruencia y así derechos y garantías constitucionales, declarables incluso de oficio, corresponde desechar in totum los recursos de casación y declarar su inadmisibilidad sustancial (arts. 18 C.Nac. y 8.2.b CADH).- - - - -

-----10.- Manifiesta deficiencia funcional:- - - - -

-----10.1.- Aclaración previa:- - - - -

----- Lo que desarrollo a continuación es sin perjuicio de lo antedicho, y se basa en las particularidades procesales advertidas en las constancias de la presente causa.- - - -

----- Esto es, lo aquí dicho no tendría efecto sobre otra eventual acusación respetuosa de derechos y garantías constitucionales que pudiera encuadrar en otra normativa general y específica y lex artis como fuente determinante del deber objetivo de obrar con prudencia y diligencia para los fines de definir la acción debida.- - - - -

----- Tampoco tendría consecuencias sobre posibles responsabilidades de quienes promuevan, autoricen o avalen de forma negligente o imprudente actividades riesgosas.- -

///17.-- Entonces, paso a mencionar la manifiesta deficiencia funcional de los operadores del sistema sobre una cuestión de derecho.- - - - -

-----10.2.- Deber objetivo de obrar con prudencia y diligencia:- - - - -

----- En las figuras culposas, el autor infringe un deber de cuidado, el deber de obrar con prudencia o diligencia y -en el caso de tratarse de actividades reglamentadas- con observancia de la normativa respectiva, al realizar tareas que pongan en riesgo los bienes jurídicos de terceras personas y provocar como consecuencia de la infracción su efectiva lesión.- - - - -

----- Para establecer su faz objetiva debe verificarse una infracción al deber de cuidado (inobservancia de la pertinente normativa si fuera una actividad reglada), la ligazón causal con el resultado y su función determinante.-

----- Por lo anterior, es relevante determinar con exactitud la fuente que establece la vinculación especial entre el sujeto y el bien jurídico afectado que regula el ejercicio de la función de instructor ejercida.- - - - -

-----10.3.- En el requerimiento de elevación a juicio, el Agente Fiscal fundamentó que las fuentes determinantes del deber objetivo de obrar con prudencia y diligencia del tipo penal objetivo son: el ejercicio de la función de “instructores” del G.O.R., la Resolución 3226 del Jefe de Policía del 22/09/03, la Resolución 3603 “JEF”, los informes del Jefe de Bomberos y “las normas relativas a la organización del grupo [...] art. 5 inc. b) de la normativa específica (fs. 169/181). [...]” (fs. 668/669).- - - - -

///18.-- El apoderado de la parte querellante también solicitó la elevación a juicio haciendo suyas todas las manifestaciones vertidas en la requisitoria de fs. 659/669 (fs. 673).- - - - -

----- En los alegatos del juicio oral el Agente Fiscal acusó sobre la base de la normativa referida en el requerimiento de elevación a juicio (similar reproche concretó la acusación privada), y en el recurso de casación el Ministerio Público Fiscal insiste en el ejercicio de la función de “instructores” del G.O.R. y en que existe una norma específica que regula la actividad del Grupo que establece que son los instructores los que están a cargo del equipo que se utiliza y cuya incorporación por lectura ordenó el juzgador (fs. 825).- - - - -

-----10.4.- En el análisis de la normativa referida al G.O.R. en la que se basó la imputación penal, observo que se glosó a la presente causa una copia del expediente administrativo que finalizó con el dictado de la Resolución N° 3226 “JEF” (fs. 165/216).- En dicho expediente consta lo siguiente:- - - - -

-----i) Por oficio N° 25 “D3-CB” del 14/08/01, el Jefe del Cuerpo de Bomberos eleva al Jefe de la Unidad Regional 1ª un “Proyecto de Creación \Grupo Operativo Rescate\, para análisis y aprobación” (fs. 168).- - - - -

-----ii) A fs. 170/181 obra el “Proyecto Creación Grupo Operativo Rescate (G.O.R.)”, “Cuerpo Bomberos Viedma”, que en su artículo 5º prevé: “Corresponde al Instructor, el cual depende operativamente del Jefe de Grupo: [...] a) Capacitar correctamente al personal interviniente sobre las medidas de

///19.- Seguridad que se deban adoptar en cada caso. [...] b) Controlar periódicamente de acuerdo al inventario del Grupo Operativo de Rescate, todo tipo de elemento a cargo, dando cuenta de las novedades al Jefe de Grupo y registrándose éstas en el libro respectivo [...]”.- - - - -

-----iii) En el informe N° 50 “D3-DB” del 15-05-2003 el Jefe del Departamento de Bomberos hizo saber al Director de Seguridad en relación al G.O.R. “que la actividad bomberil, hace imprescindible la participación de especialistas en determinados temas,

dado la complejidad, destreza o practicidad que las circunstancias exijan” (fs. 210).- - -
-----iv) Finalmente, y luego de informes y dictámenes de diferentes áreas administrativas, el 22/09/03 el Jefe de Policía de la provincia dictó la Resolución N° 3226 “JEF” por la cual resolvió: “HABILITAR el funcionamiento del Grupo Operativo de Rescate (G.O.R.), en el ámbito del Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Viedma, el que tendrá como misión intervenir en situaciones especiales relacionadas a rescate de vidas en situaciones de peligro derivadas de explosiones, inundaciones, accidentes y otros estragos, como así también rastreos y búsqueda de personas desaparecidas” (fs. 165/166).- - - - -

----- Aclaro que nada resolvió sobre el “Proyecto Creación Grupo Operativo Rescate (G.O.R.)” de fs. 170/181.- - - - -

-----10.5.- Según lo anterior, fácil es concluir que el “Proyecto Creación Grupo Operativo Rescate (G.O.R.)” de fs. 170/181 es sólo eso, un proyecto que no se concretó en reglamento administrativo para que tuviera consecuencias en un tipo jurídico.- - - - -

///20.-- Por eso el citado Proyecto no es una norma jurídica y por lo tanto se impone no considerarlo como fuente determinante del deber objetivo de obrar con prudencia y diligencia del tipo penal objetivo.- - - - -

-----10.6.- No obstante lo anterior, más arriba señalé que el reproche se basa en la función de “instructores” que los encartados reconocen estar ejerciendo el día de la práctica en que ocurrió el hecho.- - - - -

----- Ahora bien, nadie alegó ni se probó que Gringo y Centeno tuvieran título o certificación expedido por una corporación, una facultad, un organismo, etc., que acreditara un grado académico o una capacitación terciaria o de otro nivel para ser instructores de las actividades de rescate. Es más, tampoco se ha demostrado que los encartados realizaran siquiera algún curso teórico sobre dichas actividades.- - - - -

----- En nada afecta lo anterior que Gringo y Centeno hayan sido designados “instructores” de diversos cursos de rescate por la Jefatura de Policía ni que ese carácter les reconociera otra institución a la cual concurrieran como capacitadores (fs. 219/221, 418/421 y 425, conf. requisitoria de elevación a juicio –fs. 668-; tampoco surge nada de los legajos glosados a fs. 327/341 y 342/354).- - -

----- La ausencia de certificación de capacitación es un dato de relevancia en razón del peligro que implica la específica actividad de rescate, y porque fue un tema esencial del

trámite administrativo que finalizó con la Resolución N° 3226 “JEF”.- - - - -

- - - - -

----- En este sentido, a fs. 195 se agrega un informe

///21.- técnico que dice: “[...] una vez seleccionado el personal, se debería realizar la capacitación de referencias, previo de iniciar sus actuaciones [...] Que por ello y a los fines de tomar los resguardos necesarios, sería pertinente solicitar a quienes desarrollarán el proyecto, la explicitación de los capacitadores: sus certificaciones que avalen y legitimen tal función [...] Que se debería tener en cuenta la capacitación específica en Centros de capacitación y entrenamiento que tengan posibilidad de emitir certificaciones oficiales, a los efectos de legitimar académicamente la labor del grupo [...]”.- - - - -

----- Luego, en el informe sobre los recursos humanos del Cuerpo de Bomberos con avales y certificaciones que estuvieran en condiciones de dictar materias teóricas y prácticas, no se menciona a los encartados (fs. 196/210).- -

-----10.7.- Resumiendo, en autos ha quedado demostrado que la función de instructor del G.O.R. carece de determinación normativa de funciones.- - - - -

----- Tampoco se adjuntó al expediente certificación o constancia de institución u organismo que acredite que Gringo y Centeno recibieran específica capacitación teórico-práctica sobre las actividades de rescate.- - - - -

----- A ello se suma lo afirmado por el a quo y no controvertido por las partes: que Gringo y Centeno tenían a cargo la instrucción del G.O.R., pero ningún acto administrativo lo determinó (conf. fs. 808; en igual sentido, ver alegato de la parte querellante particular –fs. 806- y declaraciones de Oscar Fabián Álvarez –fs. 804- y Jorge Erasmo Lavezzo –fs. 163).- - - - -

///22.-- En definitiva, la función de instructores ejercida por los encartados se realizaba en la forma que ilustró el Jefe del Cuerpo de Bomberos Comisario Jorge Erasmo Lavezzo: “a pesar que no todos los miembros del Grupo Operativo de Rescate, poseen una certificación que avale sus conocimientos en la materia, cuando la Jefatura de Policía debe llevar adelante el dictado de un Curso de Capacitación a Bomberos del interior de la Provincia, procede a designar como ‘capacitadores en carácter de Instructores’ a distintos miembros del mismo, reconociendo de esta manera el alto grado de entrenamiento al cual se han sometido desde que ingresan a formar parte del mismo, como así también la idoneidad con que se desempeñan en su tarea en esta especialidad de rescate en pozos y altura” (fs. 218).- - - -

----- En similar sentido declaró Oscar Fabián Álvarez: “Cuando se fue a El Cóndor quedó a cargo del grupo Richert y era quien decidía quién estaba a cargo de la instrucción y debió haber decidido que siguieran Gringo y Centeno porque eran los que había dejado Richert y los que más llevaban adelante todo esto, tenía aptitudes, no sabe si para ser instructor, Gringo tenía mucho entusiasmo y aprendía con mucha facilidad porque le gustaba” (sic, fs. 804).- - - -

-----10.8.- Al fin y al cabo, todas las circunstancias anteriores imponen que exhorte a los funcionarios y magistrados del Poder Judicial a que realicen los actos procesales con la diligencia y eficacia que la función les exige, tanto en los aspectos fácticos como en los jurídicos.- - - - -

----- Es “[...] que una judicatura competente, independiente e
///23.- imparcial es [...] esencial si los tribunales han de desempeñar su papel de defensores del constitucionalismo y del principio de legalidad. [...] L]a confianza pública en el sistema judicial y en la autoridad moral y la integridad del poder judicial es de extrema importancia en una sociedad democrática moderna. [...] Y] es esencial que los jueces, tanto individualmente como de forma colectiva, respeten y honren las funciones jurisdiccionales como una encomienda pública y luchen para aumentar y mantener la confianza en el sistema judicial. (conf. Los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial).- - - - -

----- Este Superior Tribunal de Justicia de forma incansable viene dictando actos jurídicos y realizando actividades institucionales con el fin de avanzar hacia un Poder Judicial que dé transparencia, información y atención adecuada en cada jurisdicción provincial, destacando la importancia de conseguir una administración de justicia responsable ante los ciudadanos, quienes podrán formular sus quejas y sugerencias sobre su funcionamiento y exigir, en caso necesario, las reparaciones a que hubiera lugar (conf. Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia).- - -

----- En fin, todo lo dicho es porque considero que el Poder Judicial es el responsable de promover y mantener los altos estándares de la conducta judicial.- - - - -

-----10.9.- De acuerdo con el razonamiento efectuado, corresponde sustituir los fundamentos de la absolución dictada por el señor Juez Correccional de Viedma, en tanto aplicó el art. 34 inc. 1º del Código Penal, ya que en verdad no se acreditan los extremos del tipo objetivo ni subjetivo

///24.- del art. 94 (en función del 90) del Código Penal para incriminar a Gringo y Centeno.- - - - -

----- Sin computar la totalidad de las circunstancias previas, la acción de utilizar “una soga inadecuada” no alcanza para dar contenido ni a la imprudencia ni a la negligencia. Por eso digo que no traspasa el umbral de la tipicidad, según la antigua definición de Soler (acción típica culpable y adecuada a una figura penal).- - - - -

-----10.10.- El añadido de “tomar los recaudos necesarios para verificar...” no integró el juicio de reproche y por ende no puede analizarse, ya que se trata de una alegación tardía, sin otro andamiaje que la sola voluntad del Fiscal recurrente.- - - - -

----- Por ende, no son viables ni la invocación del error de tipo ni la de prohibición, y tampoco resiste la doctrina del error señalada por el a quo respecto del art. 34 inc. 1º del código de fondo. En síntesis, se trata de comportamientos atípicos o imposibles de sanear en esta instancia, con el agregado de que se trata de tipos culposos que, como se dijo al comienzo, se diferencian claramente de los tipos dolosos.

-----10.11.- En conformidad con lo expuesto, debe confirmarse la decisión con la salvedad de que así corresponde por los fundamentos aquí desarrollados, y la absolución debe ser lisa, llana, total y completa.- - - - -

-----11.- Conclusión:- - - - -

----- No cabe a los jueces de esta instancia extraordinaria la corrección del rumbo procesal impuesto por quien denuncia o querella o tiene el deber de investigar, requerir y acusar, pues ése es el sistema que el legislador va

///25.- modelando con sentido modernizador para asegurar un debido proceso con las garantías suficientes; pero la circunstancia de que quienes nos desempeñamos en la magistratura tengamos limitados los campos de actuación por la sujeción a la proposición de quienes en definitiva son las partes en el actual derecho procesal penal no nos exime de advertir que el destino de la causa bien pudo orientarse con más precisión a procurar una distinta acreditación, o no, del inicial estado de sospecha.- - - - -

----- Por las razones dadas, considero que los remedios intentados resultan sustancialmente ineficaces, pues a los presupuestos o requisitos de admisibilidad formal deben sumarse los fundamentos intrínsecos de cada uno de los motivos que contienen la expresión de agravios.- - - - -

----- Por los motivos que anteceden, propongo al Acuerdo declarar inadmisibles los recursos de casación deducidos (arts. 18 C.Nac. y 8.2.b CADH), con costas en el caso de la parte querellante, y confirmar la absolución dispuesta por los motivos aquí

desarrollados.- - - - -

----- Por último, también propicio disponer que oportunamente el Tribunal inferior comunique las resoluciones a la Auditoría General de Asuntos Internos dependiente de la Secretaría de Seguridad y Justicia (conf. Ley S 4200 y Resolución N° 522/2009 del Ministerio de Gobierno de la Provincia). MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - - - -

///26.-- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que, no obstante haber participado del Acuerdo y haber emitido opinión en el sentido expuesto supra, el doctor Alberto Ítalo Balladini no firma la presente por encontrarse de licencia (art. 96 Reg.Jud.),

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Declarar formalmente inadmisibles los recursos de

----- casación deducidos y a fs. 816/833 y 834/844 de las presentes actuaciones por el señor Agente Fiscal doctor Marcelo Álvarez y por el doctor Danilo Vega en representación de la querellante, con costas en este segundo caso, y confirmar la absolución de Ariel E. Gringo y Osvaldo A. Centeno, por los motivos aquí desarrollados.- - - - - Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 5

SENTENCIA: 81

FOLIOS: 1015/1040

SECRETARÍA: 2