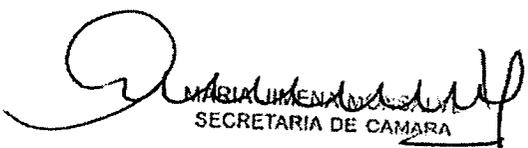


3/9/15

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 7703/2013/TOL/CFC1-
Sala II- "Flores, Mario
s/recurso de casación"


MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CAMARA

REGISTRO N° 1450 /16
Luz. N° CCC 00701/2013/1001/2.F.C.O.O.

///la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 3 días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez Pedro R. David como presidente y los jueces Alejandro W. Slokar y Liliana E. Catucci como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso interpuesto en la presente causa N° CCC 7703/2013/TOL1/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada: "Flores, Mario s/recurso de casación", encontrándose representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General Javier Augusto De Luca y la defensa a cargo del Defensor Público Oficial doctor Juan Carlos Sambuceti (h.).

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar los jueces Liliana E. Catucci y Pedro R. David, respectivamente.

El señor juez doctor Alejandro W. Slokar dijo:

-I-

1º) Que por decisión de fecha 14 de noviembre de 2013, el Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 de esta ciudad, en la causa nº 4412 de su registro, resolvió -en lo que aquí interesa-: "I. RECHAZAR el planteo de nulidad formulado por el señor defensor oficial durante su alegato (arts. 166, 167 y 242 todos a contrario sensu- del Código Procesal Penal de la Nación). II. CONDENAR a MARIO FLORES, de las demás condiciones personales obrantes en autos y en esta causa nº 4412, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de incendio agravado por haber mediado peligro de muerte, en concurso real con daño calificado por tratarse de un bien de uso público (arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 55, 184 inc. 5º y 186 inc. 4º del Código Penal de la Nación). III. DECLARAR REINCIDENTE a MARIO FLORES, en los términos del art. 50 del Código Penal de la

⑦ NR.

Nación" (fs. 380/403vta).

Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 409/425), el que concedido (fs. 428) fue mantenido en esta instancia (fs. 436).

2º) Que el recurrente encarriló su presentación en el segundo inciso del artículo 456 del ritual, alegando arbitrariedad por falta de fundamentación de la sentencia recurrida.

Que, en primer lugar, entendió nula la primigenia declaración de la madre de su asistido por resultar prohibida -contraria al art. 242 CPPN- en atención a lo declarado posteriormente durante el debate. Así, sostuvo que: "La Sra. Peinado manifestó, y eso luego fue corroborado por el personal policial, que sufrió una especie de linchamiento, que la llevó a descargar posibles responsabilidades en su hijo, primero, y luego, a promover denuncia contra él. En ese sentido, quedó evidenciada su falsa situación de víctima o perjudicada por el ilícito, así como la vulneración a su libertad para declarar en la forma en que lo hizo. Esa voluntad estaba viciada por el miedo, y por ello no debe considerarse la entonces manifestad[a] y sí la que en el juicio ha emergido".

En esa línea, señaló la vulneración doble de los artículos 178 y 242 del CPPN: "Por un lado, avalando lo ya dispuesto, pues en ese momento parecía legal y aunque ahora queda claro que no lo era. Por el otro, mencionando otras pruebas que no son sino consecuencias de aquella prohibida y nula de nulidad absoluta. Los dos criterios son errados. Si en el juicio se demuestra que la denunciante no se siente víctima y que fue forzada a declarar, la nulidad de aquello que manifestó tiene un doble fundamento y ya no solo el que disponen las normas que protegen a la familia sino también el vicio de su voluntad".

En relación a este último aspecto, precisó que: "...lo cierto es que todos los otros elementos, sobremanera las testimoniales, son derivaciones o fuentes indirectas de los dichos de la madre de [su] asistido. Los otros testigos, los


MARÍA JIMENA MONSALVI
SECRETARIA DE CÁMARA

policías y bomberos, llegan después de iniciado el incendio. Ninguno de ellos ni tampoco los habitantes del lugar, pueden dar testimonio de ello ni de cómo se inició el fuego. De hecho, es lo que declaran. Algunos, ni siquiera eso. Solamente el ayudante Cerrudo dice que la madre le dijo que [su] asistido habría sido el que inició el fuego, y que otros inquilinos señalaban también a esa fuente de información (la señora Peinado) como razón para descargar su ira sobre [su] asistido".

Concluyó este agravio destacando que: "...todo se inicia por los dichos de la madre en contra de [su] asistido, y directa o indirectamente es la única prueba en que descansa la sentencia que impugno. No hay ninguna fuente independiente a esa que el propio Tribunal señala que no considerará en virtud de lo dispuesto en el artículo 242 CPPN".

Que, en segundo lugar, censuró la falta de fundamentación para arribar a un pronunciamiento condenatorio. Así, afirmó que: "...de ningún lugar [...] surge la prueba de que el fuego se inició por una maniobra de Mario Flores. Toda la justificación apunta, primero, a demostrar que [su] defendido estaba allí, luego, a que el incendio no pudo ser involuntario, y finalmente a demostrar su imputabilidad. Más allá de los dicho, tampoco esos otros dos extremos se han demostrado, como muchos aspectos centrales para afirmar la culpabilidad de quien resultara condenado".

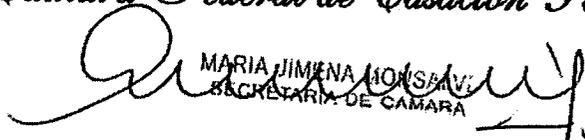
Agregó que: "La prueba colectada es insuficiente para acreditar el hecho denunciado, por cuanto se trata de indicios derivados de una única prueba de cargo, que en sí misma es bastante débil, y que está constituida por los dichos de la madre de [su] asistido. No contamos con prueba independiente de la existencia del hecho. Estos dichos, única prueba, en definitiva, son insuficientes para acreditar el hecho denunciado. En primer lugar porque en ningún momento, y mucho menos en la audiencia de debate, la señora Peinado señaló que Mario Flores realizó intencionalmente una maniobra para iniciar el incendio".

Además, sindicó que: "Es esto lo que la sentencia

afirma, sin ninguna base probatoria y solamente basado en que es una posibilidad que tiene capacidad para explicar lo sucedido. Pero, también hay muchas otras posibilidades, que tienen idéntico e incluso mayor grado de probabilidad explicativa. En tal sentido, no puede afirmarse que esa sea la indubitable verdad sobre lo acaecido. La carencia probatoria especialmente se cierne en torno a la acción en cuestión. No se puede probar la existencia de tales maniobras ni la intencionalidad en la provocación del incendio".

Alegó que: "La hipótesis del accionar imprudente aparece en el propio relato, en todo veraz, de [su] asistido, y que da cuenta de una especial situación en lo que hace a su capacidad psíquica, en lo que afecta tanto a la faz cognitiva como la volitiva del dolo. La hipótesis del accidente no se descartó totalmente por el perito, a pesar de lo señalado por VV.EE, y máxime con lo que se reconoce sobre las condiciones del lugar de alojamiento en una casa tomada. La hipótesis de una responsabilidad de la madre, moradora de la habitación y en buenas condiciones psíquicas en ese momento, y que luego responsabilice a su hijo, ante la presión de los vecinos también parece razonable".

De otra banda, señaló que: "...en estrecha relación entre la improbable acción y el comprobado resultado, debo señalar que de ninguna forma se ha acreditado un nexo causal entre las lesiones leves verificadas, con la supuesta acción infundadamente reprochada a [su] asistido. En las concretas lesiones del único testigo presente en la audiencia, el señor Terry Villodas, él mismo manifestó que sufrió un robo, y que seis muchachos lo golpearon, ello fue referido claramente [...]. Ello fue corroborado por la abuela de Flores. Además, tanto la señora Montecino como la madre de Mario Flores señalaron que el señor de la habitación de al lado estaba encerrado con llave en la habitación por su propia mujer, que estaba borracho e intoxicado, como corroboró el propio señor Villodas. En efecto, si la lesión leve se produjo porque no pudo salir de allí por un acto doloso de la esposa del testigo (la señorita Carla,


MARIA JIMENA MOISES
SECRETARIA DE CAMARA

quién también fue sindicada como quien manejaba la droga en el inquilinato), o por una autopuesta en peligro de la propia víctima, se rompe el nexo que une a ese resultado con la improbable acción de [su] pupilo".

A su vez, agregó que: "Respecto al otro hecho por el que se condena a [su] asistido, debo señalar la vulneración al derecho de defensa, por calificar el daño en cuestión en forma diversa a la hecha por el fiscal, sorprendiendo a esta parte y privando a [su] asistido de una defensa en este aspecto".

En otro orden de ideas, sostuvo que: "...[su] asistido se incapacitó de forma no querida, al ingerir sustancias durante más de siete días que, dada su situación de vulnerabilidad cultural y física, lo incapacitaron para la realización de los delitos que se le reprochan. De acuerdo a la doctrina, ello podría conducir a la inculpabilidad o a una culpabilidad culposa, pero ninguna de ellas fue la respuesta jurídica dada por VV.EE".

Por último, se agravió porque: "...la defensa se sorprende en la sentencia de un supuesto de agravamiento de la condena [reincidencia] por el cual no había sido acusado su asistido, ni pudo por tanto ejercerse la defensa técnica o material. La vulneración al principio acusatorio e incluso a la división de poderes resulta palmaria, y se suma así a otras vulneraciones a principios constitucionales que conlleva el propia artículo 50 del Código Penal".

En definitiva, solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto.

3°) Que a fs. 437 se pusieron las actuaciones en término de oficina (arts. 465 cuarto párrafo y 466 CPPN). Se presentó la defensa oficial reeditando los agravios vertidos en el recurso de casación (fs. 438/442vta).

A ello, adunó que: "Conforme a los principios constitucionales de oralidad, publicidad e inmediación en que se basa el juicio oral en un sistema acusatorio (art. 118 de la C.N., arts. 8.5 CADH y art. 14.1 PIDCP) no resulta legítimo utilizar la versión anterior de la testigo prestada antes del

debate. La ley procesal únicamente permite la lectura de las declaraciones anteriores para refrescar la memoria del testigo, pero de ninguna manera se encuentra permitido darle prevalencia a la declaración escrita por sobre la manifestación oral durante el juicio público".

También añadió que: "...otra sorpresa más se advierte del parámetro agravante que tampoco había sido peticionado por el Sr. Fiscal, consistente en la '*magnitud del peligro que generó el autor con el incendio...*'. En efecto, el acusador estatal había ponderado otros parámetros aumentativos de pena, pero el tribunal tuvo en consideración la mencionada pauta respecto de la cual [esa] Defensa no pudo refutar el alegato. En ese contexto, aun cuando no hubiera superado la pretensión punitiva del acusador, existen datos objetivos de que [su] defendido no ha sido juzgado por un tribunal imparcial por lo que se ha afectado la garantía contenida en el art. 8.1 CADH, lo que también constituye una vulneración a la garantía de defensa en juicio y debido proceso (art. 18 CN), puesto que es[a] parte no pudo contradecirlos al momento de alegar sobre la prueba".

Finalmente, sindicó que: "...es ilógico que el tribunal oral le haya impuesto la misma pena que la solicitada por el Ministerio Público Fiscal cuando subsumió el hecho de daño en la hipótesis agravada. Si se hubiese respetado la calificación legal que había pretendido el acusador estatal, evidentemente la pena debería haber sido inferior. De todos modos, la mayor desproporción se advierte al haber fijado una pena superior al mínimo legal -límite inferior que permitía una pena en suspenso- cuando de las constancias de la causa surge que [su] asistido obró con un alto grado de intoxicación y con un alto nivel de vulnerabilidad".

4º) Que a fs. 922 se dejó constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 CPPN, por lo que las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

-II-

Que el recurso interpuesto es formalmente admisible,

pues satisface las exigencias de interposición y de admisibilidad, toda vez que la sentencia recurrida es definitiva (art. 457 CPPN), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459), y se invocó el segundo supuesto del art. 456 del rito.

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (cfr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay) y de conformidad con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Mohamed vs. República Argentina" (sentencia del 23 de noviembre de 2012 sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, párrafo 162).

-III-

Que el tribunal a quo tuvo por probado que: "Mario Flores, [...] protagonizó las ilícitas conductas que el señor Fiscal le imputara durante su alegato. Esto es, que aproximadamente a la 1.10 hs. del 27 de febrero del [2013], de manera intencional provocó un incendio en el interior de la habitación que ocupaba junto con su madre, ubicada en el primer entrepiso del inmueble sito en Sarandí 1376. Fue así que mediante el empleo de una "llama libre" (según la explicación brindada por un experto durante el juicio se trata de un papel encendido, un fósforo o un encendedor) encendió el colchón, las sábanas, prendas de vestir u otro elemento similar, propagándose el fuego a otras dependencias del lugar, provocando a dos niñas que allí habitaban, Cristina Sharon Ciancomanta y Sheila Milagros Melgarejo y a su madre Nimia Estela Melgarejo Torres, intoxicación por inhalación por monóxido de carbono, mientras que otro morador, Terry Silvestre Villodas, también por el mismo motivo -intoxicación con

monóxido de carbono- sufrió lesiones que si bien lo inhabilitaron laboralmente por un lapso menor al mes, su vida corrió peligro (ver los informes médicos de fs. 175/9 incorporados al debate por lectura). Igualmente quedó demostrado que poco tiempo después del episodio anterior, ya detenido por la autoridad policial y a bordo del patrullero -interno 1873- que debía conducirlo a la seccional 18ª de la Policía Federal, de una patada rompió la ventanilla trasera izquierda, previo pegarle con su propia cabeza" (cfr. fs. 398/vta).

Para calificar como dolosa la conducta desplegada por el mentado Flores dentro de la habitación del hotel, el a quo señaló que: "...determinado que Flores se encontraba consciente al momento del hecho, pudiendo por ende comprender y dirigir su accionar, entiendo que en forma intencional inició el fuego en el interior de la habitación que ocupaba en el inmueble de Sarandí 1376, con las consecuencias allí descriptas. Contundente en tal sentido ha sido la declaración del Subinspector de Bomberos de la Policía Federal, Eduardo Daniel Jamur, quien efectuara el informe pericial de fs. 223/234, incorporado al debate por lectura. En sus conclusiones, entre otras, sostuvo: 'En lo concerniente a las causales del siniestro, se entiende que las mismas guardarían relación con la aplicación de un elemento flamífero capaz de arder a llama libre [...]; tal el caso de encendedor, fósforo o bien mechas de papel previamente encendidas, sobre los elementos que componen una cama (colchón, ropas de cama, etc.)'.

En esa línea, agregó que: "Respondiendo a preguntas de las partes -fundamentalmente de la defensa- y el Tribunal, diferenció el concepto de "llama libre" con un cigarrillo encendido, ya que en este caso se trata de una brasa incandescente, siendo casi nulos los episodios en que una colilla puede encender un fuego de este tipo, pues la persona debería estar fumando y al mismo tiempo en contacto con algún elemento que pueda encender, como un papel. Agregó que si alguien está fumando y se queda dormido -uno de los supuestos

MARIA JIMENA MONSALVE
SECRETARIA DE CÁMARA

recreados por el imputado y su defensa- posiblemente sufra quemaduras, pero por lo general no genera combustión pues no estaría pitando. Para prender un colchón con un cigarrillo, debería ser pitado y al mismo tiempo estar en contacto con el. Descartado entonces que Flores hubiese estado inconsciente al momento de iniciar el fuego, el procedimiento que eligió, a no dudar, fue la utilización de una 'llama libre', esto es, el empleo de un encendedor, fósforo o papel encendido sobre un colchón, ropa de cama o de vestir".

Por último, precisó que: "...el inmueble incendiado era precario y posiblemente inhabitable, con ropa y desperdicios en el interior que sus moradores recogían de la calle y aún, cables desprendidos. Pero lo que no cabe colegir es que el incendio se haya iniciado accidentalmente a partir de dichos elementos. Recordemos la explicación del Subinspector de Bomberos Jamur, confirmando las conclusiones de la pericia de fs. 223/224: el fuego se inició con la aplicación de una 'llama libre' sobre un colchón, ropa de cama o prendas de vestir".

-IV-

Que, si bien la doctrina de la arbitrariedad reviste carácter excepcional y no resulta apta para corregir sentencias equivocadas o que el recurrente estime tales según su criterio, cobra vocación aplicativa en los supuestos de apartamiento de la solución prevista en la ley y en ausencia de fundamentación, todo ello a fin de resguardar las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso (Fallos: 308:1041, 2116 y 2172, entre muchos otros).

En efecto, en el *sub examine* se verifica un déficit de fundamentación en punto a la acreditación del dolo de la conducta subsumida en el tipo del art. 186 inc. 5º y un apartamiento de la regla *in dubio pro reo* prevista en la ley (art. 3 CPPN), con la consecuente afectación del principio de inocencia del que esa regla deriva (arts. 8.2 CADH y 14.2 PIDCP). Por ello, asiste razón a la defensa en su embate respecto a la falta de elementos de prueba para verificar el grado de certeza requerido en la imputación en lo atingente a

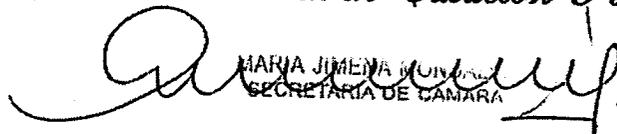
este aspecto.

Menester es evocar, en relación al principio constitucional de inocencia, que: "...si [la inocencia] se presume, sólo cabrá atribuir la condición de autor del hecho delictivo a un acusado cuando, visto el resultado del juicio, existe certeza probatoria de que realmente lo es. Tal clase de certeza es la única llave que puede franquear al juzgador en su discurso la puerta de salida del recinto de la presunción de inocencia y acceso al de la incriminación. La duda al respecto no goza de semejante virtualidad, que es por lo que la acción sobre la que se proyecte permanecerá, mientras la misma subsista, dentro de ese primer ámbito" (Andrés Ibañez, Perfecto; "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2009, p.82/83, el resaltado no es del original).

Sobre la relación entre inocencia e *in dubio pro reo* se ha dicho que: "...decir *in dubio pro reo* es sólo una forma de llamar a la presunción de inocencia, en una de sus dimensiones, con actualización en un preciso momento de la experiencia procesal sobre cuyo conjunto esta última se proyecta. A saber, cuando la apreciación del resultado final de la actividad probatoria del juicio provoca en el juzgador una situación de duda" (Andrés Ibañez, Perfecto, *op cit.*, p. 86).

Por su parte, deviene necesario señalar que: "...sólo la certeza positiva sobre la culpabilidad permitirá condenar al imputado. La improbabilidad, la duda *stricto sensu* y aun la probabilidad (positiva) determinarán su absolución. Es en este momento donde impera con total amplitud el principio *in dubio pro reo*, pues atrapa la totalidad de las hipótesis posibles de duda como estados intelectuales excluyentes de la certeza..." (Cafferata Nores, José I., "Proceso penal y derecho humanos", CELS, Buenos Aires, 2000, p. 75)

En el mismo sentido, enseña el maestro Ferrajoli: "Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio *in dubio pro reo*, contra la primera. Este


MARÍA JIMENA JIMENA
SECRETARÍA DE CÁMARA

principio equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella. Por eso, mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contrahipótesis prevalecen con sólo no haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aun sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria. Evidentemente, ni siquiera la falsedad de una contrahipótesis puede ser demostrada de manera concluyente si no estamos seguros de la falsedad de sus implicaciones probatorias y de la verdad de la premisa general que establece tales implicaciones. Sin embargo, hace falta que resulte totalmente implausible por incompatible con alguno de los datos probatorios recogidos" (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón", 3era. Edición, Trotta, Madrid, p. 151).

Así, el principio de inocencia impide la *poena extraordinaria* o "pena de sospecha" en los casos en que -se insiste- no existe certeza respecto de la comisión de un delito (Cfr. Maier, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", T. I, Fundamentos, 2da ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 495; Roxin, Claus, "Derecho Procesal Penal", trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 112).

Bajo esta directriz, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que: "...la falta de prueba plena de la responsabilidad en una sentencia condenatoria constituye una violación al principio de presunción de inocencia, el cual es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho de defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme" (CorteIDH, caso "López Mendoza vs. Venezuela". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1/9/2011. Serie C N° 233, párrafo 128).

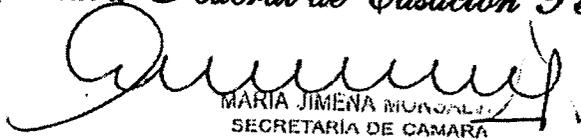
Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la

Nación en el precedente "Casal" entendió que: "...la 'inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad' abarca la inobservancia de las normas que rigen respecto de las sentencias. El art. 404 establece que es nula la sentencia a la que faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El art. 398 establece que las pruebas deben ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica. Una sentencia que no valore las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta" (Recurso de hecho en causa "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa -causa nº 1681-", rta. 20/9/2005, C.1757.XL).

Asimismo, el cimero tribunal afirmó que: "...la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el in dubio pro reo incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado (causa "Vega Giménez, Claudio Esteban s/ tenencia simple de estupefacientes - causa nº 660" V. 1283. XL. RHE 27/12/2006, considerando 9º).

Sobre este marco, la valoración del único elemento probatorio que los judicantes tuvieron en consideración para acreditar el aspecto subjetivo del tipo penal en cuestión, no permite descartar una serie de hipótesis distintas -alegadas oportunamente por la defensa- a la que se tuvo por probada.

Así -y más allá de la manera en que fue transcripta en la sentencia- de la declaración del testigo Jamur trascripta en el acta de debate, corresponde señalar que ante las


MARÍA JIMENA BUNCALLO
SECRETARIA DE CAMARA

proposiciones que afirman que "Son muy raros los casos en que una colilla puede encender un fuego de este tipo. No hay casi casos", "Si está fumando y se queda dormido, posiblemente sufra quemaduras, pero por lo general no puede generar combustión" o "Una colilla puede prender un papel o un cartón, pero siempre estando en contacto. Esto cuando uno está pitando. Cuando se deja de pitar es aún menos probable que pueda iniciar un fuego", debe admitirse que también resulta cierto que no pudo acreditarse el carácter exclusivo de la hipótesis formulada por el representante de la vindicta pública y estimada por el a quo; y esta conclusión, por imperio del favor rei, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza.

Es decir, la conclusión del a quo deriva de una inferencia razonable en base a la prueba cargosa aunque no indiscutible, luciendo equívoca al momento de conglobarla con las conrahipótesis defensasistas expuestas desarrolladamente durante el debate y el alegato final.

En este sentido, señalar -como lo hace el tribunal para rechazar el alegado estado de inculpabilidad- que: "...a poco que se cotejen las constancias de la causa -incorporadas al debate- al igual que los testimonios escuchados a lo largo del mismo, queda claro que Flores al momento del hecho y luego en el episodio que estando detenido protagonizó en el interior del patrullero [...] comprendió y dirigió su accionar", implica presumir que por tener capacidad de culpabilidad necesariamente tuvo que haber actuado dolosamente, lo que resulta incompatible con la necesidad de acreditar acabadamente el elemento subjetivo, que se integra con probados factores cognoscitivos y volitivos.

Tal inferencia -por tanto- no alcanza para afirmar con certeza que la única manera en que se produjeron los hechos es la sentenciada, no escapando por tanto al manto de dudas que se ciñe en este aspecto.

En razón de ello, categóricamente se ha entendido que: "...el principio tiene un claro contenido y es siempre el mismo, sea cual fuere su formulación: si existen dudas no se

puede condenar" (Nieva Fenoll, Jordi, "La duda en el proceso penal", Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 67, el resaltado no es del original).

Por lo expuesto, se impone casar la sentencia en este punto y -en razón de no mediar imputación a título de imprudencia, con ajuste en lo expuesto en la causa nº 15.202, caratulada: "Roda, Juan Ignacio y otro s/recurso de casación", reg. 20.722, rta. 25/10/12- absolver a Mario Flores del hecho subsumido en el tipo penal del art. 186 inc. 5º CP.

-V-

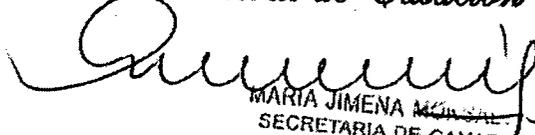
De otra banda, en relación al hecho sentenciado como daño calificado por tratarse de un bien de uso público (art. 184, inc. 5º CP), corresponde precisar que el señor Fiscal General, en su alegato de clausura, calificó el hecho como daño simple (art. 183 CP). Asimismo, en esa oportunidad, tampoco solicitó la declaración de reincidencia (art. 50 CP).

En este sentido, la posición fundada del Ministerio Público Fiscal limitaba la jurisdicción del a quo para adoptar una solución más gravosa (cfr. causas nº 564/13, caratulada: "Orozco Martínez, Jaquelina Natalia s/recurso de casación", reg. nº 2375/13, rta. 20/12/2013 y nº 1553/13, caratulada: "Bocanegra Castro, Liliana Yaquelin s/recurso de casación", reg. nº 665/14, rta. 30/4/2014, a cuyas consideraciones remite en razón de brevedad).

Así la potencialidad de la función jurisdiccional se ve limitada -en primer término- por la existencia de contradicción, es decir, controversia planteada por las partes ante el juez. Seguidamente, por el límite de la pretensión acusadora como garantía de equilibrio, al cumplir la función de salvaguarda del derecho de defensa en juicio del encausado, preservando además la imparcialidad del juzgador.

De este modo, corresponde casar la sentencia en este punto y condenar a Mario Flores como autor del delito de daño simple (art. 183 CP).

Que la manera en que han sido resueltas las cuestiones me exime de tratar los restantes agravios


MARIA JIMENA
SECRETARIA DE CAMARA

introducidos por el recurrente.

-VI-

En suma, propicio hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa, sin costas, casar la sentencia recurrida y, en consecuencia, absolver a Mario Flores por el hecho calificado en el tipo penal del art. 186 inc. 5º CP y condenarlo como autor del delito previsto en el art. 183 CP (art. 173, 402, 470, 530 y ccds. CPPN). En consecuencia, corresponde apartar al Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 y remitir los autos a la Oficina de Sorteos ante esta Cámara a fin de que desinsacule el nuevo tribunal que -previa audiencia de visu y contradictoria- deberá fijar la nueva pena a Mario Flores.

Así voto.

La señora juez doctora Liliana E. Catucci dijo:

a) En torno al planteo de nulidad, descripto en el punto 2º) del considerando I del sufragio precedente, entiendo que en las especiales circunstancias del caso, no se constata afectación a las normas contenidas en los arts. 178 y 242 del código adjetivo invocadas por la defensa.

Punto adecuadamente contestado en el fallo examinado que el recurrente reedita en esta ocasión, sin incorporar nuevos elementos que logren conmovier lo decidido.

En efecto, allí se dio cuenta que la causa se inició con la intervención policial a raíz del incendio ocasionado en la vivienda en cuestión, y que fue en la sede policial donde la madre del encartado, Norma Dora Peinado, endilgó a su hijo la provocación intencional del fuego para perjudicarla e instó la acción penal por los daños sufridos en la finca.

Perjuicio directo puesto de manifiesto por la nombrada que supera la prohibición contenida en el art. 242 ibidem, y aparta sus dichos de cualquier objeción. Sin embargo en el juicio cambió su versión, diciendo que había culpado a su hijo por las amenazas y golpes que recibiera de parte de los vecinos que estaban ofuscados por el incendio. Advertida aquélla sobre dicha prohibición, y frente a su nuevo relato, el testimonio fue limitado en ese sentido y en esa medida fue

evaluado por el acusador público al emitir su alegato, destacándose además que no ha sido ponderado para determinar el origen del siniestro, que se develó a partir del testimonio aportado por el Subinspector de Bomberos de la Policía Federal, Eduardo Daniel Jamur (ver fs. 398 vta./401).

Así pues, en este particular cuadro de situación no se advierte transgresión a las normas citadas, quedando en consecuencia sin apoyatura en las constancias del expediente la pretensión esbozada por la defensa en tal sentido (arts. 166 y cc, 123 y 404 inc. 2º a contrario sensu del C.P.P.N.).

b) Pero lo que no ha quedado claro en el fallo es la prueba atinente a un elemento subjetivo doloso, pues no ha podido descartarse la versión del encartado Flores que su defensa enfocó en un accidente doméstico producido cuando éste se quedó dormido (ver fs. 400 vta.).

En contra de esa posibilidad existe sólo el testimonio de Eduardo Daniel Jamur, quien señaló en esencia que "por lo general" una brasa incandescente no puede generar un incendio y que debió haber sido por el uso de una "llama libre", encendedor, fósforo o papel encendido (conf. fs. 401), insuficiente para despejar el remanente de duda que subyace y que debe operar a favor del aludido Flores.

No probada pues la intencionalidad reclamada por la figura legal en trato, se torna imperativo el principio in dubio pro reo contenido en el art. 3º del código adjetivo, que conduce a la figura culposa. ?

Obran en ese sentido los dichos del encartado y su madre (conf. fs. 380/382 vta.) en cuanto indican que el procesado estaba acostado en la habitación que ocupaba junto a su progenitora, fumando pasta base con una pipa de fabricación casera y cigarrillos, a consecuencia de lo cual comenzó a quemarse el colchón y el fuego se propagó.

Fuego que provocó el peligro manifestado por uno de los ocupantes del lugar, Terry Silvestre Villodas, quien temió por su vida frente a la intoxicación de monóxido de carbono, según el informe médico de fs. 175/9 labrado por la médica



MARIA JIMENA MOYA
SECRETARIA DE CAMARA

forense Dra. Flavia Alejandra Vidal de Beveraggi (fs. 402).

Se observa entonces que lo que puede darse por acreditado es que la producción del resultado se debió a la omisión al deber de cuidado del incuso, quien no observó los mínimos cuidados en el manejo de los elementos que manipulaba.

En ese marco, la conducta del enjuiciado resulta encuadrada en el delito acuñado en el art. 189, segundo párrafo, del Código Penal, que reprime con prisión de un mes a cinco años de prisión, al que por imprudencia o negligencia causare un incendio, y a raíz de ello se ponga en peligro de muerte a alguna persona.

c) En cuanto al delito de daño calificado por tratarse de un bien de uso público (art. 184 inc. 5º del C.P.), atribuido al encausado, por el que se agravia la defensa por haberse afectado el principio acusatorio dado que el fiscal había acusado por la figura básica cabe hacer notar que el tribunal se encuentra habilitado para calificar los hechos de modo diferente de acuerdo a la previsión contenida en el art. 401 del ordenamiento ritual.

Sentido marcado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto tiene dicho que en orden a la justicia represiva, es deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y 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, deber que encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio ("Baraldini, Luis Enrique y otros", Fallos 316:2713, del 2 de diciembre de 1993 y jurisprudencia allí citada).

Este fue el criterio seguido en el precedente "Nelson, Gustavo Néstor s/rec. de casación", causa nº 12286, reg. nº 1180/10 de la Sala III de esta Cámara, de fecha 17 de agosto de 2010, entre muchos otros, a cuyas citas y fundamentos me remito en honor a la brevedad.

Recuérdese que en el caso, se le atribuyó al

sindicado Flores el haber roto de una patada el vidrio del patrullero en el que era trasladado, luego de ser detenido por el suceso investigado en la causa (fs. 401 vta.), plataforma fáctica de imputación que se mantuvo incólume a lo largo del proceso.

En consecuencia, el planteo de la defensa no resulta atendible en tanto que en el pronunciamiento recurrido sólo se ha ajustado la calificación legal, tal como lo autoriza el artículo 401 *ibidem*, de acuerdo a los hechos que se tuvieron por probados en el debate público (arts. 123, 404 inc. 2º, 470 y 471 a *contrario sensu* del C.P.P.N.).

d) El impugnante también adujo la errada aplicación del art. 34, inc. 1º, del código de fondo, por no haberse contemplado que la intoxicación de Flores le impidió comprender y dirigir sus acciones.

Sin embargo, y además de hacerse notar que ese aspecto recibió adecuado tratamiento en el fallo al indicarse que cuando arribó el personal policial al lugar de los hechos y se labraron las correspondientes actas de detención y notificación de derechos, el encausado brindó correctamente sus datos personales, evidenciando plena conciencia y uso de sus facultades mentales, es de hacer notar que para que se dé esa posible causa de exculpación no debe haber sido el procesado el voluntariamente causante de la intoxicación con la que pretende escudarse.

Pero además la médica psiquiatra del Hospital Ramos Mejía, Dra. Alicia Analía Cousido, donde fue derivado el procesado, explicó que si éste hubiera estado bajo los efectos de alguna substancia, habría dejado constancia de ello en el informe respectivo, cosa que no ocurrió.

Adunaron los jueces que tampoco se condice con el alegado estado de inconciencia, el modo en que declaró el imputado durante el juicio, dado que recordó todo lo ocurrido aquel día, describiendo cómo se desarrollaron los acontecimientos (conf. fs. 400/401 vta.).

En tales términos, descartaron fundadamente y con

apego en las constancias de la causa la pretensión de la defensa, sin que aquí se hayan confutado las razones consignadas en la sentencia. De modo que la crítica observada no puede tener favorable acogida.

e) Sobre el cuestionamiento a la declaración de reincidencia, por ausencia de petición fiscal y crítica en torno a su constitucionalidad, cabe memorar que se trata de una imposición legal, de incumbencia de la jurisdicción del tribunal, que debe declararla siempre que, como ocurre en el caso (fs. 402 vta.), se den los presupuestos legales pertinentes.

Es que "resulta una consecuencia necesaria derivada de la imposición de un fallo condenatorio, por el carácter imperativo de las normas penales -como en el caso, la del art. 50 del Código Penal- cuya imposición no resulta prenda de negociación y corresponde aún en los casos en que ello no sea previsto expresamente en el marco del acuerdo de juicio abreviado pactado" (conf. in re "Benítez, Silvio Andrés s/recurso de queja" Sala I, causa n° 4035, reg. n° 4916, rta. 21/03/02).

Diluido ese agravio sólo resta reiterar, que el remanido planteo de inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, se ha tornado insustancial frente a la actualizada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 27 de mayo de 2014, en la causa "Arévalo, Martín Salomón s/causa n° 11.835" (A. 558. XLVI); y el 5 de febrero de 2013, en las causas 'Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/causa n° 10.154' (A. 577. XLV.) y 'Gómez, Humberto Rodolfo s/causa n° 13074' (G.506-XLVIII.), entre otras.

Por todo ello, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas, casar parcialmente el punto dispositivo II, modificar el título condenatorio por el que debe responder Flores debiendo serlo como autor penalmente responsable de los delitos de incendio culposo agravado por haber mediado peligro de muerte, y daño calificado por tratarse de un bien de uso

público, en concurso real (arts. 45, 55, 184 inc. 5º y 189, segundo párrafo, del C.P.) y remitir las actuaciones al tribunal de origen, a fin de fijar la nueva pena a imponer (arts. 3, 123, 404 inc. 2º, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y cc del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor Pedro R. David dijo:

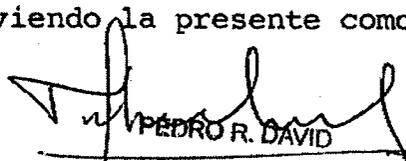
Que en las especiales circunstancias de la causa, y al sólo efecto de lograr las mayorías requeridas para un pronunciamiento válido, adhiere al a solución propuesta por la doctora Catucci en su voto; aunque con la salvedad de que, tal y como lo propone el doctor Slokar, corresponde apartar al Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 y remitir los autos a la Oficina de Sorteos ante esta Cámara a fin de que desinsacule el nuevo tribunal que -previa audiencia de visu y contradictoria- deberá fijar la nueva pena a Mario Flores.

Tal es mi voto.

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE**:

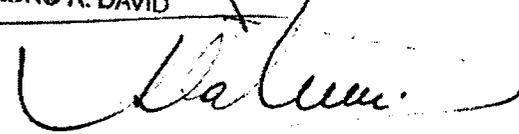
HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR PARCIALMENTE** el punto dispositivo II, **MODIFICAR** el título condenatorio por el que debe responder Flores debiendo serlo como autor penalmente responsable de los delitos de incendio culposo agravado por haber mediado peligro de muerte, y daño calificado por tratarse de un bien de uso público, en concurso real (arts. 45, 55, 184 inc. 5º y 189, segundo párrafo, del C.P.), **APARTAR** al Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 y **REMITIR** los autos a la Oficina de Sorteos ante esta Cámara a fin de que desinsacule el nuevo tribunal que -previa audiencia de visu y contradictoria- deberá fijar la nueva pena a Mario Flores (arts. 3, 123, 173, 404 inc. 2º, 470 y 471 a contrario sensu, 530 y ccds. del C.P.P.N.).

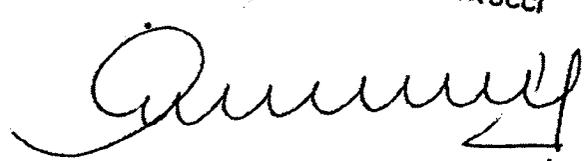
Regístrese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente como nota de envío.


PEDRO R. DAVID

20


ALEJANDRO W. SLOKAR


LILIANA E. CATUCCI


MARIA JIMENA MONSALVI
SECRETARIA DE CAMARA