



Poder Judicial

Santa Fe, 06 de abril de 2010.

Y VISTOS: Estos caratulados: “1) **ALVAREZ**, Marcelo Ignacio; 2) **BERLI**, Edgardo Wilfredo; 3) **FRATTI**, Ricardo Angel -estrigo culposo agravado- S/ RECURSO APELACION (resol. fecha 22/4/09)” (Expte. N° 334 – Año 2009); de los que,

RESULTA: Que contra la resolución dictada por el juez a cargo del Juzgado en lo Penal de Sentencia de la Cuarta Nominación de esta ciudad de fecha 22 de abril de 2009, por la cual rechaza los pedidos de nulidad de las declaraciones indagatorias, examen pericial, auto de procesamiento y requisitoria de elevación a juicio, postulados por los abogados de confianza de los imputados; los mismos interponen recurso de apelación, haciéndolo también contra la aclaratoria de fecha 30 de abril de 2009 los defensores de Marcelo Alvarez y Ricardo Fratti. Concedidos los recursos, se radican los autos ante este Tribunal.

A fs. 2532/2541 la defensa del imputado Marcelo Ignacio Alvarez se agravia con lo resuelto por el judicante por rechazar los fallos invocados por su parte para fundar su pretensión, argumentando que la Corte Suprema de Justicia no nulificó los actos del juez de instrucción. Que el proceso --dicen-- es nulo toda vez que permite al juez de instrucción investigar y juzgar sin las garantías para el imputado. Refieren a que el a quo se equivoca al sostener que los defensores mantienen una actitud dilatoria por plantear situaciones similares ya resueltas y que por el contrario este viciado proceso impidió una defensa adecuada. Cuestionan que se haya rechazado la nulidad por ambigüedad de la atribución y que se sostenga que los acusados pudieron desplegar ampliamente su defensa material y así también los defensores, los que lo hicieron de manera adecuada a favor de sus pupilos, sosteniendo que como consecuencia de los errores apuntados debieron ejercer parcialmente el derecho de defensa y su cercenamiento implicó que gran parte no pudo llevarse a cabo. Se agravian por el rechazo de la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio, por entender que la misma carece de los elementos esenciales previstos en el inc. 2° del art. 373 del Código Procesal Penal por cuando no efectúa una relación clara, precisa, específica y circunstanciada del hecho atribuido y porque que se fundamentó en afirmaciones ambiguas y contradictorias, refiriendo genéricamente a supuestas omisiones sin precisarlas. Dejan planteado caso constitucional, caso federal y anticonvencionalidad. Señalan que se deberá revocar la resolución en crisis, declarando la nulidad del proceso y subsidiariamente la requisitoria fiscal y en definitiva la revocación del procesamiento de Marcelo Ignacio Alvarez

A fs. 2549/2559 vta. la defensa del coimputado Edgardo Berli se agravia con la resolución por la deficiente atribución que se realiza contra su pupilo, ya que una imputación clara y precisa es

el presupuesto necesario del derecho de defensa, por cuanto nadie puede defenderse de aquello que no conoce adecuadamente y que ello guarda estrecha relación con la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional con su correlato en el art. 9 de nuestra Constitución Provincial. En el caso dice que tiene virtualidad por los severos perjuicios que le acarrea a su pupilo, procediendo la declaración de nulidad.

Acota que las consideraciones apuntadas son extensivas respecto a los vicios denunciados en relación al requerimiento de elevación a juicio. Ya que ésta --señala-- no satisface los elementales requisitos contenidos en el art. 373 del Código Procesal Penal, con el consecuente menoscabo para el derecho de defensa de su parte, como tampoco es posible establecer entre la misma y la intimación formulada en la indagatoria, la necesaria e insoslayable congruencia. Concluye que atento las garantías de rango constitucional que el vicio denunciado compromete se deberá declarar la nulidad, aún de oficio, y en cualquier estado y grado del proceso (art. 164, 2da. parte del código de rito).

Respecto a la pericia hídrica, manifiesta que le agravia la normativa seleccionada por el juez instructor a los fines de la designación de los peritos y la realización de la pericia hidráulica, como también la violación al principio de igualdad procesal por no haberse otorgado a su pupilo las mismas posibilidades que al fiscal y al actor civil. Que la imparcialidad e independencia reclamada para los peritos, quedó pulverizada, al encomendarse la faena de dictaminar a funcionarios de un organismo nacional (Instituto Nacional del Agua -INA-) directamente comprometido con la cuestión y con responsabilidades específicas en el evento conocido como “la inundación del año 2003”. De allí que el interés actual y concreto es la declaración de nulidad de dicha prueba. Hace reserva de los recursos de inconstitucionalidad y extraordinario federal y peticiona se revoque el auto impugnado y se declaren las nulidades denunciadas.

A fs. 2562/2566 vta. la defensa del coimputado Ricardo Fratti se agravia con lo resuelto por el a quo por rechazar sin más trámite el pedido de nulidad en orden al procedimiento al sostener que los argumentos dados por su parte resultan improcedentes y carecen de fundamentos. Agregan que en la declaración indagatoria “no se hizo debida y circunstanciada atribución del hecho” a su pupilo, manteniéndose todo dentro de una vaguedad que impedía la concreta respuesta y que ello así es violatorio del derecho de defensa y contrario a garantías constitucionales, por lo que corresponde la declaración de nulidad.

Señalan que los vicios de la requisitoria de elevación a juicio y de la pericial practicada lesionan el derecho de defensa. Que la mera atribución de generalidades infundadas señaladas en la



Poder Judicial

indagatoria se repiten en la requisitoria. Que impugnan la pericia por haber sido realizada sin control partivo y de modo unilateral y arbitrario agravando no sólo normas del procedimiento sino de raigambre constitucional. Que por la gravedad de los vicios señalados, corresponde aún de oficio, en cualquier estado y grado de la causa, se declare su nulidad. Hacen reserva de los recursos extraordinarios provincial y federal y los previstos en el ordenamiento internacional. Peticionan se haga lugar a los agravios.

A fs. 2570/2571 el señor fiscal de Cámaras propicia el rechazo de los agravios formulados por las respectivas defensas de los imputados de autos contra la resolución del impugnada, por la cual se rechazan los planteos de nulidad respecto a las declaraciones indagatorias, examen pericial, auto de procesamiento y requisitoria de elevación a juicio, como así contra la aclaratoria. Sostiene que en definitiva, no se advierte en los actos procesales atacados, ningún vicio o irregularidad que implique violación de algún principio constitucional y que fundamente las nulidades invocadas.

Propicia el rechazo de los planteos de nulidades efectuados por extemporáneos e improcedentes.

A fs. 2574/2582 los actores civiles Milagros Demiryi y Jorge Castro, con patrocinio letrado, y teniendo en consideración que existen entre los diferentes planteos similitud de argumentaciones, responden los agravios comenzando con los expresados por la defensa de Fratti y luego y respecto de los demás, se remiten a lo ya sostenido cuando se trata de idénticos planteamientos, dando respuesta a cada uno de los puntos de discrepancia de los defensores con la resolución en crisis. Solicitan en definitiva la confirmación del pronunciamiento alzado, con costas a los recurrentes.

A fs. 2585/2588 vta. el apoderado de la Provincia Santa Fe, tercero civilmente demandado, al contestar el traslado corrido reitera los argumentos que su mandante expresara en ocasión de contestar la acción de daños y perjuicios; agregando que dado que el proceso recién se incorpora a la etapa de juicio, ello indica que podrán los defensores desarrollar todas las estrategias no sólo respecto a la pericia, sino que además están facultados para petitionar explicaciones para dar luz sobre diversos puntos y peticiona se tenga por contestado el traslado ordenado.

A fs. 2589/2591 vta. los apoderados de la Municipalidad Santa Fe, tercero civilmente demandado, en su escrito en primer lugar expresan que corresponde la duplicidad de términos procesales (Ley 7234), realizando luego observaciones sobre la pericia hidrúca, ratificando el escrito de contestación de la demanda. Sostienen que dicha prueba pericial se ha producido en violación de principios constitucionales que conforman el debido proceso adjetivo y de allí es que corresponde se declare su nulidad. Solicitan se tenga por contestado los agravios en tiempo y forma,

como presente lo manifestado; y,

CONSIDERANDO: 1.- Que debiendo resolverse los recursos interpuestos por los defensores de Marcelo Ignacio Alvarez, Edgardo Wilfredo Berli y Ricardo Angel Fratti contra la resolución del Juez a cargo del Juzgado en lo Penal de Sentencia de la Cuarta Nominación de esta ciudad (fs. 2473/2483), por la cual se rechazaron las nulidades planteadas en oportunidad en que efectuaron las defensas técnicas, a los fines de un ordenado tratamiento de las cuestiones sometidas a decisión, serán analizados los agravios en el orden en que los mismos fueron expresados.

2.- En esta inteligencia, habrá de comenzarse con los sostenidos por el imputado Marcelo Ignacio Alvarez y sus defensores, los Dres. Pablo S. Guastavino y Alejandro F. R. Paz.

2.1.- Ingresando al tratamiento del que se presenta como primer agravio, habrá de sostenerse que pretender la revocación del rechazo de la nulidad del proceso por cuanto el juez instructor investiga y juzga sin las garantías necesarias para el imputado y argumentando para sostenerla el fallo “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resulta inaceptable.

Cabe como primera cuestión señalar el error conceptual en que se incurre al expresar que el “juez instructor investiga y juzga sin las garantías necesarias para el imputado”. En primer lugar el juez de instrucción solo tiene a su cargo la investigación pero no el juzgamiento del caso --como ocurría en los viejos Códigos procesales que reconocen su antecedente, en nuestro país, en el Código Obarrio-- lo que implica distinta identidad entre el juez que investiga y el que juzga, preservándose de esta manera la absoluta imparcialidad de este último, tal como sucede en nuestro sistema, por lo que no se advierte que el planteo en cuestión sea susceptible de nulidad.

En segundo lugar, en modo alguno la tarea del juez instructor conlleva inevitablemente falta de respeto a las garantías “necesarias para el imputado”.

Más allá de lo vaga de esta expresión, lo que impide una respuesta concreta, que permitiera un análisis detallado y preciso de las que a criterio de la defensa no se respetan; los Códigos no acusatorios que conservan a un juez como investigador, a través de una importante labor, tanto legislativa como jurisprudencial (Santa Fe ha sido un ejemplo de ello), han ido encuadrando su tarea dentro de los requerimientos contenidos en los pactos internacionales sobre derechos humanos -- incorporados a nuestra Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22, segunda parte-- en orden al respeto a las garantías individuales en el proceso penal, lo que reviste gran importancia por cuanto ninguno de los pactos y convenciones de jerarquía constitucional, exige un modelo de investigación penal determinado, sino solo el respeto a los derechos y garantías que se consagran en sus cláusulas.

Sin perjuicio de lo señalado, no cabe duda ya que no puede hoy dejar de admitirse que el



Poder Judicial

sistema inquisitivo moderado (propio de nuestra provincia), como así también el mixto, no se adecuan estrictamente a los mandatos constitucionales; y tal entendimiento generalizado es consecuencia tanto de las opiniones doctrinarias que sostenían tal posición, como de la repercusión que el fallo “Casal” ha tenido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en virtud de lo sostenido por la Corte Suprema en sus considerandos, pero esta deficiencia de ningún modo ha de llevar derechamente a la declaración de nulidad de los procesos tramitados conforme los códigos inquisitivos o mixtos.

La Corte Suprema de Justicia en “Casal”, si bien reconoció la falta de adecuación del viejo sistema, sostuvo que la adaptación a la Constitución debe ser progresiva y que en definitiva, la jurisprudencia puso de manifiesto la voluntad judicial de dejar en manos del legislador, valorar la oportunidad y las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos y luego en “Rozsa” sostuvo que: “la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios ha de ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance. En mérito de ello, es necesario trazar la línea divisoria para el obrar de la nueva jurisprudencia, apoyándola en razones de conveniencia, utilidad y en los más hondos sentimiento de justicia...(conf. causa Fallos: 308:552 — Tellez—)”.

Lo resuelto en el fallo “Casal” traído a la discusión por la defensa, choca con la misma posición defensiva y la deja sin sustento. El máximo Tribunal resolvió la declaración de nulidad de la sentencia de la Cámara de Casación Nacional, pero no anuló el procedimiento.

Si bien se trataba de un caso sustanciado de acuerdo al Código Procesal Penal de la Nación, cabe recordar aunque ello resulte ocioso, que la etapa investigativa del sistema mixto que informa dicho digesto es la instrucción formal, es decir el mismo diseño investigativo que el del Código Procesal de nuestra Provincia - Ley 6740, según el cual se tramita este proceso, con las lógicas diferencias normativas.

En consecuencia, al mantener la Corte Suprema de Justicia el modelo de investigación del Código Procesal de la Nación y no obstante las críticas que realiza en “Casal” a los sistemas de enjuiciamiento penal que se fueron dando históricamente en nuestro país, lo convalidó, y ello atento el alcance de los fallos de la Corte, resulta aplicable no sólo para la Nación sino para todas las Provincias que aún lo sostienen como etapa preparatoria del debate. De esta manera reafirmó el mantenimiento de la figura del juez de instrucción, con las atribuciones que la ley procesal le concede; lo que además --por la jerarquía del Tribunal que dicta el fallo-- sugiere que ello no resulta contrario a los pactos internacionales suscriptos por nuestro país y con jerarquía constitucional.

Por otra parte la invocación a los fallos “Llerena”, “Dieser-Fraticelli” y “Roggiano”, resulta aún más inapropiada para fundar la pretensión nulificatoria.

En el primer caso, se trató de una cuestión vinculada a la imparcialidad objetiva del juzgador y en el mismo la Corte Suprema de Justicia nada dijo respecto a la inconstitucionalidad de la instrucción formal y menos aún declaró su nulidad y en los dos últimos casos --referidos a la imparcialidad objetiva de quienes revisaron el fallo de condena-- y tramitados en nuestra Provincia con el sistema de la ley 6740, solo dejó sin efecto las respectivas sentencias por violación a la garantía de imparcialidad de los jueces, pero no nulificó, ya no solo la instrucción, sino tampoco el procedimiento escrito de la etapa de juicio, sin pronunciamiento alguno sobre la inaplicabilidad de nuestro actual sistema de enjuiciamiento penal.

Cabe señalar que los fallos “Dieser-Fraticelli” y “Roggiano” son posteriores a “Casal” y ello resulta relevante porque no significaron ningún cambio en la jurisprudencia del máximo Tribunal nacional en orden a la cuestión en tratamiento en este punto.

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe ha seguido el criterio que la Corte nacional ha sostenido en “Casal”. Así en “Gianini” (A y S t 225 p 306-315), causa en la cual el recurrente efectuara una tacha a la sistemática del Código Procesal Penal en su totalidad, rechazó la queja interpuesta, argumentado al respecto: “Frente a ello, resulta oportuno traer a colación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que “[l]a Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales” (Fallos 328:3399). El panorama que exhibe la evolución de la normativa procesal penal en las provincias revela una tendencia hacia ese objetivo -con las lógicas disparidades derivadas de la falta de unidad en la legislación de forma que la misma organización constitucional establece-. Así, algunas jurisdicciones han avanzado hacia el establecimiento de un sistema acusatorio puro (Buenos Aires, Córdoba, etc.) mientras que otras mantienen uno mixto, con una instrucción escrita a cargo



Poder Judicial

del órgano jurisdiccional seguida por un plenario oral (Código Procesal Penal de la Nación, etc.); sin perjuicio de observarse que, en todas, el ajuste entre la normativa procesal y el paradigma constitucional se presenta como un proceso permanente -en tal sentido puede mencionarse, a título ejemplificativo, la modificación del alcance del recurso de casación-. Y la Provincia de Santa Fe no ha sido ajena a dicha tendencia, habiéndose sancionado una serie de normas que fueron modificando el sistema original previsto en la ley N° 6740 -leyes N° 8774, N° 12.162, N° 12.734, etc.-”.

Corroborra entonces nuestro máximo Tribunal provincial también la validez de la aplicación de nuestro proceso penal vigente en la investigación y juzgamiento de los delitos, en el tránsito hacia la constitucionalización de nuestro sistema de enjuiciamiento.

Como claramente lo marca la Corte de la Provincia, en Santa Fe el legislador ya ha dado los pasos necesarios para constitucionalizar nuestro proceso penal a través de la sanción de la ley 12.734 que establece un modelo acusatorio y en razón de la entidad de la reforma que supone una vuelta de campana del sistema --llegando al acusatorio directamente desde un modelo inquisitivo moderado, recorriendo un camino diverso al que las provincias que adoptaron aquél siguieran, ya que se ha evitado un paso previo por el mixto-- ha dispuesto su implementación progresiva, en coincidencia con lo sostenido en los fallos citados.

Además el mantenimiento de un sistema de enjuiciamiento penal no acusatorio --que entre nosotros esta en tránsito hacia la adaptación al modelo constitucional como se dijera--, que en nuestro caso conlleva la vigencia de un juez de instrucción, que tiene a su cargo la investigación de los delitos, pero no juzga, ya que como se dijo, el juzgamiento se encuentra a cargo de otro magistrado, no puede considerarse inconstitucional, ni menos tacharse de nulo, puesto que ello iría en contra del principio contenido en el Preámbulo de la Constitución Nacional, de afianzar la justicia lo que “...Significa asegurar la justicia como valor supremo del mundo jurídico político y afirmar su correcto funcionamiento como administración y poder” (Lemón, Alfredo, “El Preámbulo de la Constitución”, Marcos Lerner, Córdoba, 1994, pág.35. En idéntico sentido y entre otros: Bidart Campos, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1988, pág. 297; Seisdedos, Felipe, “El Preámbulo”, en revista El Derecho, Tomo 91, Buenos Aires, 1981, pág. 926; María Cecilia Recalde de Villar, “Hoy como ayer: los 150 años de los objetivos del El Preámbulo”, en El Derecho Constitucional, Colección El Derecho, Buenos Aires, 2003, pág. 305; Víctor Bazán, “La Corte Suprema de Justicia frente a algunas exigencias actuales y prospectivas del imperativo preambular de “afianzar la justicia””, en El Derecho Constitucional,

Colección El Derecho, Buenos Aires, 2003, págs. 334 a 348).

Respecto del Preámbulo, se ha sostenido que "...la amplitud de sus enunciados permite fundar una sentencia con base en él, de la misma manera que puede hacérselo, por ejemplo, con respecto a algunas de las declaraciones..." (Ekmekdjian, Miguel Angel, "Manual de la Constitución Argentina", 5ta. Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, págs. 80/81).

Además de ello, este principio guarda estrecha relación con el art. 5 de la Constitución Nacional, según el cual el gobierno federal asegura a las provincias el goce y ejercicio de sus instituciones, cumplidos determinados requisitos, entre ellos el aseguramiento de su administración de justicia y con el art. 75 inc. 12, cuando atribuye a las provincias la aplicación de los Códigos de fondo; lo que concuerda con los arts. 83 y ss. y 55 inc. 4º de la Constitución de la Provincia de Santa Fe.

La declaración de nulidad de este proceso implicaría sin dudas un menoscabo a dicho principio rector y a las normas constitucionales señaladas, en tanto y en cuanto se vería seriamente resentida --en realidad paralizada-- la administración de justicia penal. No sería posible ya continuar con los procesos penales en trámite --ni siquiera con los que atrapa la ley de Implementación (12.912)--, ni comenzar proceso alguno hasta que no entre en vigencia total el sistema establecido por la ley 12.734 y ello sin duda repercutiría, con alcances inimaginables, sobre el mantenimiento de la paz social y el bienestar general. En consonancia con esta idea, el ya citado Ekmekdjian entiende que a través del principio de afianzar la justicia "Se pretende que la Constitución que se sanciona contribuya a consolidar la vigencia del valor justicia en las relaciones entre los gobernantes y gobernados y de estos entre sí, ya que la vigencia de este valor es condición necesaria de la vida social" (Ekmekdjian, Miguel Angel, ob. cit., pág. 80).

Todas estas razones llevan a que este agravio deba ser desestimado.

2.2.- En lo que hace al segundo de los agravios consistente en el rechazo de la nulidad planteada por ambigüedad de la imputación, lo que supone --en el criterio de la defensa-- una violación al derecho de defensa, y sin perjuicio de señalar que no se indica con precisión donde radica tal defecto de la imputación, se adelanta desde ahora que el mismo también habrá de ser desestimado.

La imputación, entendida como "la atribución a una persona de un hecho determinado que constituye delito" (Leone, Giovanni, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo II, con traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, pág. 256) o "algo que se le atribuye (a alguien) haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, con



Poder Judicial

significado en el mundo jurídico” (Maier, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Editores del Puerto, 2a. Edición, Buenos Aires, 1996, pág. 553), se le debe hacer conocer al imputado en un proceso penal a través de la intimación, lo que se concreta en la audiencia de su declaración, oportunidad en que será oído y podrá manifestarse con absoluta libertad acerca de los extremos de la imputación; y así y solo así se puede garantizar la defensa en juicio.

Ahora bien, la imputación debe ser formulada en forma correcta, es decir debe “...llenar todas y cada una de las condiciones que sean indispensables para que el imputado pueda oponer eficazmente sus medios de defensa e impugnar así los medios que la acusación haya empleado en su contra” (Carrara, Francesco, “Programa de derecho criminal”, Tomo II, Ed. Temis, 3º edición, Colombia, pág. 363)”.

Dice Maier refiriéndose a la imputación, que “...debe consistir, así, en la noticia íntegra, clara, precisa, y circunstanciada del hecho concreto que se atribuye al imputado. No se cumple esta condición de validez si sólo se advierte sobre la ley penal supuestamente infringida, o se da noticia del *nomen iuris* del hecho punible imputado, o se recurre, para cumplir la condición, a conceptos o abstracciones que no describen concretamente la acción u omisión atribuida, con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la definen como un comportamiento singular de la vida del imputado...” (Maier, ob. cit. p. 560).

El Código Procesal Penal de Santa Fe, ley 6740, regula la intimación, en el art. 319 que dispone, en lo que aquí interesa: “El Juez hará saber al imputado el hecho o hechos que se le atribuyen.....El acta deberá contener sintéticamente y en lo sustancial el hecho intimado al imputado. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio la responsabilidad disciplinaria o penal que corresponda”.

Esta exigencia en cuanto a que la imputación debe ser “completa, o sea integral; con indicación de todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar” (Jauchen, Eduardo, “La información previa al imputado”, en Zeus, 9 de Marzo de 1993) o en otros términos “concreta, expresa, precisa y clara, y además, circunstanciada, es decir, con indicación de lugar, tiempo y modo en que se supone acaecido el hecho o episodio presumiblemente ilícito e incriminado al requerido.” (Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, Sala 3, C.C.G. s/Amenazas, auto de fecha 20/03/1996) y que el juez en el acto de la indagatoria le debe hacer conocer el hecho imputado, el que debe constar sintética y en lo sustancial en el acta que se labre, es lo que cabe analizar en el caso, es decir si la imputación intimada a Marcelo Ignacio Alvarez, cumplió con tales exigencias.

Ahora bien, de una lectura del acta labrada en oportunidad en que el juez instructor le recibiera declaración indagatoria, es posible advertir que la imputación, conforme fuera hecha constar, luce correctamente deducida.

Se presenta completa, clara, concreta y circunstanciada. La ambigüedad de la imputación invocada por la defensa no es tal. Se le ha atribuido con absoluta claridad una situación fáctica precisa, determinada, con indicación no solo que se trata de una omisión, sino también con directa mención al tipo subjetivo y a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, bastando un repaso de la atribución para sostener tal afirmación: presumiblemente y en ejercicio de las funciones inherentes al cargo público que desempeñaba, Intendente de la Municipalidad de Santa Fe, durante los acontecimientos suscitados en la ciudad de Santa Fe (circunstancias de lugar), a partir del día 24 de Abril de dos mil tres y subsiguientes (circunstancias de tiempo) haberse desempeñado en forma negligente (tipo subjetivo), al no haber adoptado los recaudos del caso, en tareas propias de su función (tipo omisivo y circunstancias de modo), tendientes a reducir y/o minimizar los efectos del ingreso de las aguas del río Salado a la ciudad de Santa Fe (circunstancias de lugar), ante el comportamiento observado por dicho cauce de agua, circunstancias que terminaron provocando el deceso de 23 personas, además de numerosos daños materiales tanto en el ejido urbano de la ciudad de Santa Fe, como en otras localidades del Departamento La Capital (circunstancias de lugar).

Por otra parte, las argumentaciones defensivas de que la imputación no permitió el derecho de defensa, caen a poco que se analicen las constancias de la causa. De una lectura de la indagatoria es posible advertir que Marcelo Ignacio Alvarez conoció perfectamente lo que se le atribuía y de lo que debía defenderse.

Tal circunstancia se manifiesta a partir de las mismas declaraciones que realiza cuando comienza su exposición rechazando la imputación. Resulta incoherente rechazar la atribución por entender que no ha omitido ningún deber como Intendente de la ciudad, si no conoce la omisión que se le imputa, máxime cuando luego sostiene que “buscando junto con mis abogados que tipo de negligencia o ley pude dejar de cumplir, me remito a la Ley Orgánica de las Municipalidades, a las ordenanzas vigentes, a los decretos reglamentarios y fundamentalmente a la Ley de Defensa Civil de la Provincia de Santa Fe, a su decreto reglamentario y al organigrama correspondiente”.

Para mayor abundamiento las respuestas al interrogatorio formulado por el instructor y el relato de las circunstancias que rodearon su actuación efectuado en forma pormenorizada, demuestran su acabado conocimiento de la atribución delictiva, cabiendo citar y solo como ejemplo de esta afirmación, su descargo en orden a la jurisdicción de los lugares por donde ingresara el agua



Poder Judicial

a la ciudad. Es así entonces que no pueden caber dudas, a partir de las explicaciones que brindara, un absoluto conocimiento de la atribución, tanto en cuanto situación fáctica, como en la modalidad de la conducta contraria a la norma.

Asimismo, resulta también evidente que la defensa técnica efectuada por los defensores de Alvarez, tampoco sufrió mengua alguna como es pretensión de los recurrentes, lo que surge claro del mismo escrito defensivo en el cual rechazan la requisitoria fiscal de elevación a juicio.

No solo la atribución reúne las exigencia requeridas, sino que además se hizo constar la misma en el acta, tal como lo prevé el art. 319 del Código Procesal Penal, a lo que debe sumarse que tanto el imputado como sus defensores, supieron siempre de que debían defenderse, de lo que resulta que la función garantizadora del derecho de defensa que debe cumplir la adecuada atribución y la consiguiente intimación, se ha cumplido debidamente, por lo que también este agravio y como se adelantara habrá de ser desestimado.

Cabe señalar que si bien el escrito recursivo se indica que determinar las causas de la inundación en forma adecuada es insoslayable si de sus consecuencias se trata, ello no guarda directa relación con la validez o no de la atribución, sino con la necesaria tarea probatoria a realizarse en la causa y su correspondiente valoración, de lo que habrá de depender la decisión que en ella recaiga. Igualmente la hipotética responsabilidad de otros funcionarios públicos provinciales o nacionales a lo que se refiere la expresión de agravios, tampoco guarda vinculación con la validez de la atribución y carece de relevancia su análisis.

2.3.- En lo que respecta al agravio sostenido por el rechazo de la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio, basado en que la misma carece de los elementos esenciales previstos en el inc. 2º del art. 373 del Código Procesal Penal, toda vez que no realiza una descripción clara, precisa, específica y circunstanciada del hecho atribuido, el agravio debe ser desestimado.

Ya se dijo al tratar la imputación que la misma reunía los requisitos exigidos para su validez y en el caso, de una lectura de la pieza fiscal, se advierte que la acusación se basa en el mismo supuesto fáctico por el que Alvarez fuera indagado, el cual es descripto íntegramente por el Fiscal, por lo que la queja carece totalmente de asidero, habiéndose cumplimentado en forma cabal con la congruencia exigida para garantizar el derecho de defensa: identidad del hecho intimado con el hecho por el cual se formula acusación; congruencia que también se advierte en el auto de procesamiento confirmado por un Tribunal revisor. Se responde así también lo sostenido en el punto 3.22 de la expresión de agravios.

En orden al vicio que le atribuye la defensa por haberse fundado en afirmaciones ambiguas

y contradictorias, refiriendo genéricamente a supuestas omisiones sin precisarlas, no bastando además con invocar quién es el garante, sino que se debe acusar indicando por lo que es, basta una lectura de la requisitoria de elevación a juicio para descartar tales expresiones, en particular al punto sobre la calificación legal, en la cual el Fiscal se extiende sobre los puntos aquí cuestionados como ambiguos y contradictorios.

2.4.- Las referencias del escrito recursivo contenidas en los puntos 3.17 a 3.21 y 3.23 a 3.24, carecen de relevancia como sustento de los agravios, por cuanto se trata de valoraciones vinculadas a lo que habrá de ser objeto de la prueba y son propias del escrito de defensa o de los alegatos y no de una expresión de agravios.

Asimismo cabe señalar que lo manifestado en orden a que los defensores se agravian porque el a quo sostuvo que mantienen una actitud dilatoria y reiterativa de aspecto ya tratados, no es técnicamente un agravio, ya que no responde a ninguna cuestión que ha sido objeto de decisión en esta incidencia. Distinto hubiera sido si el juez hubiera sancionado a los profesionales por dilatar indebidamente el proceso o hubiera remitido copias al Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados, en cuyo caso sí se lo debería considerar como un verdadero agravio y daría lugar a una decisión por parte de este Cuerpo.

3.- Respecto a los agravios expresados por el Defensor de Edgardo Wilfredo Berli, Dr. Néstor A. Oroño y que consisten en: a) deficiente imputación; b) vicio en el requerimiento de elevación a juicio y c) nulidad de la pericia hídrica, se adelanta desde ahora, que los mismos también habrán de merecer rechazo.

3.1.- En lo que hace a la deficiencia de la atribución, el Defensor sostiene que la misma es harto genérica. Al respecto caben idénticas consideraciones que las efectuadas en el punto 2.2.- del considerando de este pronunciamiento, por lo que habrá de remitirse a las mismas, encontrándose además justificada tal remisión por la similitud de ambas imputaciones, que difieren solo en cuanto al cargo que ostentaban Alvarez y Berli al momento de los sucesos y la circunstancias de tiempo enunciadas.

No obstante ello, cabe agregar para reafirmar lo dicho en torno a la correcta atribución e intimación, que la imputación intimada a Edgardo Wilfredo Berli resulta concreta --a contrario de lo expresado por la defensa-- y además completa, clara y circunstanciada. La sola referencia que la defensa efectúa en cuanto a que de la imputación no es posible precisar cual sería el comportamiento ideal no concretado por el imputado, cuales serían las actividades, obras u órdenes que Berli hubiese tenido que realizar en la emergencia, lo cual inhibe o al menos limita seriamente



Poder Judicial

las posibilidades defensivas, resulta desacertada en el contexto en que la realiza y ello por cuanto no se puede sostener que la imputación adolece del vicio de falta de precisión por las razones invocadas, ya que justamente el comportamiento adecuado del imputado hubiera sido adoptar los recaudos del caso en tareas propias de su función, las cuales debían ser de su conocimiento, que hubieran permitido reducir y/o minimizar el ingreso de las aguas del río Salado a la ciudad de Santa Fe, lo que conforme la imputación, él omitiera; recaudos que por otra parte conocía con precisión, conforme surge de sus propias declaraciones.

No obstante que el defensor de Berli no expone en forma precisa como vicio de la imputación, la atribución de imputaciones subsidiarias o alternativas, sino que ello se derivaría de la extensa cita que formula en el final del punto a) de su expresión de agravios, la misma será objeto de tratamiento en el entendimiento que supone un cuestionamiento a la expresión reducir y/o minimizar, contenida en la atribución.

Al respecto se advierte que tal expresión en modo alguno constituye imputaciones subsidiarias o alternativas, en tanto y en cuanto no supone indicación de conductas distintas. Se trata de vocablos de equivalente significado y vinculados con el efecto deseado de una conducta diligente, contraria a la que se le atribuye en la imputación y le fuera debidamente intimada.

3.2.- En lo que hace a los vicios que endilga al requerimiento de elevación a juicio y que fundamentaran su petición de nulidad en primera instancia y sustentan sus agravios en esta alzada, le asiste razón al recurrente en lo que respecta a que no hay plazo preclusivo para interponer la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio, ya que el ataque a dicha pieza procesal refiere a las garantías de rango constitucional que --en su opinión-- se encuentran comprometidas. Ello importaba la articulación de una pretensión de declaración de nulidad absoluta y no relativa, en tanto suponía inobservancia de normas constitucionales, por lo que el art. 165 del Código Procesal no regía en caso, puesto que las nulidades absolutas son las que implican violaciones a normas constitucionales y el derecho de defensa lo es.

No obstante ello cabe advertir que en modo alguno se vio comprometido el derecho de defensa del imputado por no contener la requisitoria de elevación a juicio los requisitos contenidos en el art. 373 del Código Procesal Penal --como lo sostiene el defensor de Berli--, los cuales aparecen cumplidos con suficiencia en la pieza acusatoria, no solo en lo que respecta a la afirmación de la imputación en su aspecto subjetivo, objetivo, tipológico, sino también volitivo, es decir en los fundamentos de la acusación (ver Iturralde, Norberto Juan; Busser, Roberto A. y Chiappini, Julio, en "Código Procesal Penal de Santa Fe Comentado", Tomo II, Rubinzal Culzoni

Editores, Santa Fe, 1988, págs. 246 y 247).

De una profunda lectura de la requisitoria de elevación a juicio, es posible reparar en que los puntos sobre los que la defensa de Berli acusa vicios, a fs. 2551 y vta., y sin perjuicio de considerar la vaguedad y ambigüedad de la descripción que de los mismos realiza el defensor, se encuentran correctamente delineados en la acusación.

Las categorías a las que se refiere la defensa: descripción clara de la acción enrostrada a Berli; cual es la omisión culposa, forma de culpa en la que incurrió, calificación legal, certeza en la imputación, indicación del nexo causal entre la acción imputada y el hecho atribuido, a lo que debemos sumar la posición de garante en la que se encontraba el imputado, se encuentran perfectamente descritas en el cuerpo del escrito Fiscal, en particular en los acápite Hechos; Fundamentos y Calificación legal, a los cuales se remite.

En lo que hace a la violación al principio de congruencia sostenida por la defensa, caben señalar que el hecho por el que se lo acusa a Berli en la requisitoria fiscal de elevación a juicio, tiene la completitud propia de la atribución delictiva, en tanto se trata exactamente del mismo hecho, la que como se dijera repetidamente en este pronunciamiento resulta completa, concreta, clara y circunstanciada y por otro lado que se encuentra suficientemente cumplido con el principio de congruencia, que exige absoluta identidad entre el hecho atribuido en la imputación y el que se atribuye en la requisitoria, pasando por el auto de procesamiento, cuestión ya resuelta.

Por último cabe destacar que muchos de las categorías señaladas por la defensa (delito imprudente, principio de confianza, actitud esperada, riesgo creado, posición de garante, causalidad en la omisión), refieren a temas que son ampliamente debatidos en la doctrina penal moderna y llevan a diversas posturas dogmáticas; por lo que la diferencia de opinión respecto de tales categorías no puede llevar a invalidar la requisitoria y deberán ser objeto del debate posterior, no solo en el ámbito de lo fáctico, sino y primordialmente de lo jurídico.

Es así entonces que --y como se adelantara-- este agravio debe ser rechazado.

3.3.- Respecto a los agravios expresados en relación al rechazo del pedido de nulidad de la pericia hídrica efectuada en autos, resulta evidente que nos encontramos aquí frente a una nulidad relativa y no a una nulidad absoluta, lo que habrá de decidir el destino del planteo.

Si bien y como lo reconocen distintos autores, no se han desarrollado criterios claros para diferenciar las nulidades absolutas, de las relativas, resulta convincente al respecto la posición que sostiene que los criterios hasta ahora utilizados para distinguirlos (declaración de oficio o a pedido de parte, posibilidad de subsanación o no, momento procesal de su planteo o de su declaración,



Poder Judicial

etc.), no resultan suficientes, puesto que refieren en realidad a las consecuencias o efectos de la nulidad y no se presentan como pautas diferenciadoras y que la distinción debe buscarse en la vinculación del acto irregular con las disposiciones constitucionales, es decir si el acto irregular supone una violación de normas de este tipo y en particular de las garantías del debido proceso legal y de defensa en juicio. Si ello sucede, la nulidad del acto irregular se presenta como absoluta y tiende a garantizar la efectiva vigencia de estas garantías (conf. Pessoa, Nelson R., “La nulidad en el proceso penal”, Mave, Corrientes, 1999).

Esta pauta de diferenciación surge del mismo texto procesal, en nuestro caso del art. 164, segunda parte del Código Procesal Penal, en cuanto ordena que la nulidad deberá ser declarada de oficio y en cualquier estado y grado del proceso “cuando implique violación de normas constitucionales”

Llevados estos conceptos al caso planteado, surge evidente que los vicios que la pericia pudiera contener no son susceptibles de generar una nulidad absoluta, sino relativa, ya que las irregularidades que la defensa le atribuye no importa violación a norma constitucional alguna, en tanto y en cuanto solo se estaría --en caso de asistirle razón al recurrente-- en presencia de transgresiones a reglas de procedimiento que no supone una forma procesal realizadora del debido proceso, ni de la defensa en juicio. Sostener que la sola violación de una regla procedimental implica violación a una garantía, llevaría al absurdo de considerar a toda irregularidad procesal como causante de una nulidad absoluta.

Tratándose entonces de una nulidad relativa, la misma es susceptible de subsanación, conforme lo establece el art. 165 del Código Procesal Penal, y siendo que quienes tuvieron la posibilidad de oponerla, no lo hicieron en tiempo oportuno, la misma ha quedado subsanada en la causa y en consecuencia con ello, el planteo debe ser desestimado.

Esto por si solo da fundamento válido al rechazo, no obstante lo cual resulta necesario aclarar --por los alcances que la defensa le otorga la cuestión vinculada a una supuesta violación al derecho de defensa por falta de control por parte de los imputados o sus defensores--, que en modo alguno ello ha sucedido. La pericia fue ordenada con anterioridad a que Berli y los restantes encausados, fueran traídos como imputados al proceso, por lo que --como lo sostienen los apoderados del actor civil-- “el control partivo que se reclama resultaba materialmente imposible”. Por otra parte, el no haber aún imputados individualizados en la causa, no podía impedir la realización de la pericia, como de cualquier otra prueba tendiente a cumplir con el objeto de la instrucción (art. 173 del Código Procesal Penal).

Todos los demás cuestionamientos que se formulan a la pericia, en orden --en criterio de la defensa-- a los errores procedimentales, no suponen alteración alguna al derecho de defensa en juicio tal como se adelantara y han quedado subsanados por cuanto no fue solicitada la nulidad en los términos del art. 165 del Código Procesal Penal.

Asimismo cabe señalar que y tal como lo sostienen correctamente, tanto los apoderados del actor civil, como los apoderados de la Provincia, que la pericia es una prueba que puede ser nuevamente efectuada en el período probatorio oportuno, no tratándose de un acto irreproducible y que se vincula en definitiva con la prueba y su relevancia como elemento convictivo.

4.- Corresponde a continuación el tratamiento de las discrepancias de los Defensores del imputado Ricardo Angel Fratti; Dres. Silvia Doldán de Lazarini y Jorge Eduardo Vázquez Rossi, con la resolución en crisis, los que se agravian por: a) el rechazo del pedido de nulidad en orden al procedimiento, sosteniendo que los argumentos vertidos por la defensa como así la jurisprudencia que ésta cita resultan absolutamente improcedentes y carecen de fundamentos; b) el rechazo de la nulidad de la declaración indagatoria, por cuanto se hizo saber al imputado que consintió declarar sin la presencia de su abogado defensor, “un hecho” que no escapaba al conocimiento de la sociedad toda y c) la aplicación del principio de preclusión procesal para rechazar la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio y de la pericial realizada, sosteniendo además que debió invocarse la violación del principio de congruencia, lo que, agrega, de ningún modo sucede en autos.

4.1.- En esta inteligencia y comenzando con el primero de ellos, ya fue contestado en el punto 2.1.- del considerando de este pronunciamiento y al mismo habrá de remitirse a los fines de evitar reiteraciones inútiles, solo agregando, por no haber sido objeto de tratamiento anterior, que el invocado fallo “Quiroga” refiere a la declaración de inconstitucionalidad del art. 348 del Código Procesal de la Nación, pero en modo alguno invalidó los sistemas procesales vigentes en nuestro país, por lo que tampoco resulta antecedente idóneo para sustentar la pretensión esgrimida. En consecuencia el agravio habrá de ser desestimado.

4.2.- Respecto al segundo de los agravios expresados, corresponde para evitar reiteraciones, remitirse al punto 2.2.- del considerando de este decisorio, remisión válida en razón de la similitud de imputación con la de Alvarez y también con la de Berli.

No obstante ello, cabe agregar que le cabe razón a los defensores en orden a la expresión del a quo de que se trataba de un hecho que no escapaba al conocimiento de la sociedad toda, puesto que tal circunstancia en modo alguno puede tenerse en cuenta para justificar una incorrecta atribución si así hubiera sido lo que como se dijera, no ha sucedido. El cuestionamiento no resulta



Poder Judicial

relevante por cuanto no modifica la consideración de que la imputación ha sido correcta, al presentarte esta íntegra, precisa, clara y circunstanciada.

4.3.- En cuanto al tercer agravio al comprender éste dos situaciones diferentes, tales serán analizadas en el orden propuesto.

4.3.1.- En cuanto al agravio por argumentar el a quo la preclusión para fundar el rechazo de la nulidad de la requisitoria de elevación a juicio, cuando en realidad la razón del planteo fue que no hubo acusación en sentido estricto y que ello violaba el derecho de defensa, les asiste razón a los recurrentes por las mismas razones que se expresaran al resolver el idéntico agravio del defensor de Berli (punto 3.2.-)

Si bien los defensores de Fratti, sostenían y sostienen la vaguedad de la imputación que realiza el Fiscal en su requisitoria de elevación a juicio, lo que vulneró el derecho de defensa, debe señalarse que el escrito acusatorio respetó el núcleo fáctico de la imputación que se intimara a Fratti en la indagatoria, siendo el hecho por el que se le recibiera declaración el mismo por el cual se formula acusación.

Ello trae aparejadas dos consecuencias. Por un lado que el hecho por el que es acusado Fratti, tiene idéntica estructura que la atribución delictiva y se trata del mismo hecho y ella resulta completa, concreta, clara y circunstanciada y por otro lado se ha respetado a ultranza la congruencia, que requiere total identidad entre la atribución y el hecho descrito en la requisitoria, congruencia que también se presenta respecto del auto de procesamiento, confirmado por la revisión y firme.

4.3.2.- En lo que hace al cuestionamiento respecto de lo resuelto ante el planteo de nulidad de la pericia, corresponde remitirse a las consideraciones formuladas en el punto 3.3.- del considerando de este pronunciamiento.

Por todo ello, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Penal, integrada,

RESUELVE: 1.- Desestimar los agravios expresados en defensa de Marcelo Ignacio Alvarez, Wilfredo Berli y Ricardo Fratti y confirmar el resolutorio y su aclaratoria impugnada, con costas a los apelantes.

2.- Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta tanto se practique en primera instancia.

3.- Tener presente las reservas de recursos efectuadas por los recurrentes.

Insértese el original, agréguese el duplicado, hágase saber y bajen.

PRIEU MANTARAS

SUÁREZ

REYES

Yustman
(Secretaria a/c)



Poder Judicial

SANTA FE, 14 de agosto de 2006.

Y VISTOS: Estos caratulados: “FRATTI, Ricardo Ángel s/ RECURSO APELACIÓN PROCESAMIENTO” (Expte. N° 278 - Año 2.006); de los que,

RESULTA: Que contra el auto dictado por el juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción Octava Nominación de esta ciudad de fecha 19 de abril del año en curso, mediante el cual procesa a Ricardo Ángel Fratti como autor del delito de estrago culposo agravado por el resultado de la muerte de dieciocho personas (art. 189 segundo párrafo del Código Penal), disponiendo la libertad provisional y trabando embargo en bienes libres hasta cubrir la suma de cincuenta mil pesos interponen recursos de apelación el Ministerio Fiscal y la defensa que concedidos determinan la radicación de las actuaciones por ante este Tribunal.

Corrido traslado a la defensoría general de Cámaras a fs. 96bis/101v. se agravia por el procesamiento. Sostiene debe existir una conducta que opere a modo de causa eficiente del estrago o desastre y la relación de inmediatez entre conducta y resultado, lo que no se da en supuestos como esta crecida extraordinaria del río provocada por fenómenos meteorológicos donde la voluntad humana no tiene intervención. Si la inundación provoca daños que se hubieran podido evitar construyendo obras de resguardo, la *omisión no configura delito penal* por cuanto el resultado imputado tiene que ser debidamente causado por la conducta omisiva. El juez a-quo menciona generalidades en lo referente a la omisión aplicando un tipo penal sin especificar cual es la omisión culpable. En este caso procesar a Fratti por una supuesta omisión culpable en alguno de los grados de la culpa con “generalidades” no significa hacer justicia, además tampoco hay incumplimiento de la ley por cuanto de la ley de ministerios no surge que la autoridad de aplicación sea la Dirección de Obras Públicas que estaba a cargo del imputado. En síntesis no se ha conformado el tipo penal aplicado ni en su faz objetiva ni subjetiva.

Claro está que Fratti en esta inundación no pudo actuar simplemente porque en el lugar de los hechos se encontraba el ex gobernador verificando o controlando la situación de los sectores de riesgo y juntamente con el ministro Berli recorría y monitoreaba personalmente la zona por lo que no era necesario que un funcionario

como Fratti pudiera avisarle nada de lo que estaba ocurriendo. Así sería razonable recomendar al juez instructor que convoque al señor Reutemann a los fines de aclarar los hechos y determinare responsabilidades. Si bien esta petición puede ser solicitada en la etapa del plenario, la prueba requerida en esta instancia permitiría liberar de responsabilidad a Fratti y no prolongar el proceso innecesariamente.

Es erróneo afirmar que las responsabilidades de Fratti surjan de la reglamentación de la ley 11.730 ya que ésta es posterior a la inundación del año 2003 surgiendo de la normativa que la autoridad de aplicación no es la Dirección a cargo de Fratti. En síntesis surge con evidencia que éste no tiene responsabilidad penal en los hechos que delimitan el objeto de esta causa, no existiendo nexo causal entre la conducta del agente y el resultado.

Solicita se revoque el procesamiento dictado.

Corrido traslado al fiscal de Cámaras a fs. 103/113 expresa que intentará demostrar la comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público que deberá anexarse al seleccionado en el procesamiento de estrago culposo. La fiscalía comparte las aseveraciones del juez que determina la presunta responsabilidad del imputado dictando procesamiento por la comisión del delito de desastre culposo, pero no así de haber desechado la posible comisión de incumplimiento de sus funciones al considerar que las mismas resultan dolosas.

Es clarificante para determinar la existencia del dolo que solo es necesario el conocimiento de la ilegalidad de la omisión de los deberes de su oficio, por supuesto que debe tratarse de un funcionario público, calidad que reviste el imputado, que obligatoriamente debe conocer cuáles son sus deberes de su cargo, que omitidas escapan a la mera culpa, transformándose en dolosas al no hacer lo que debe.

Se imputó objetivamente a Fratti haber actuado negligentemente en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo que desempeñaba a partir de la fecha de la inundación, lo que encuadra en principio en las disposiciones del Código Penal que establece como incumplimiento de los deberes de funcionario público donde surge responsabilidad al ser consciente de los eventos que podían ocurrir luego de asumir su cargo, así las correspondiente declaración indagatoria debería ser ampliada como corresponde procesalmente.



Poder Judicial

La pericia aclara que las decisiones no se habían tomado o en su caso tomado a la ligera de allí la “omisión” es la clave de esta cuestión sobre todo en lo que refiere a situaciones anteriores a que ocurrieran los hechos lamentables omitiendo a sabiendas cumplir con los mandatos legales. Esto surge de las actas labradas en el comité de emergencia hídricas donde se plasmaban los hechos pero nada se resolvía en definitiva; en estas circunstancias estuvo presente la omisión y esto no sólo se circunscribía a los funcionarios provinciales sino también a municipales ante el hecho de haber previsto la gravedad de la cuestión, no resolver evacuar a la población, ni tener presente transporte, alimentos, agua potable, etc..

La fiscalía pretende la agregación como posible delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a Fratti. Sabía que el problema era tremendo, que podría traer gravísimas consecuencias sin que adoptaran medidas preventivas necesarias y posteriormente en plena emergencia advierten que no tenían bosquejado o proyectado ningún plan de contingencia previa. Además considera conveniente ampliar la imputación para el imputado y respecto a Reuteman que ejercía el máximo cargo de jerarquía provincial en este estado de la investigación y como parte del proceso recién puede atribuírsele alguna responsabilidad luego de la correspondiente indagatoria cumpliendo con las pautas procesales.

Se reúne los requisitos procesales necesarios, la existencia de los hechos y la probabilidad en que los mismos los encartados pudieron haber tenido responsabilidad, por lo que solicita se confirme el procesamiento del imputado Fratti, se amplíe la responsabilidad del mismo ante la posible comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público y se revoque el auto de falta de mérito dictado en su favor, disponiendo además que Carlos Reutemann sea inserto legalmente en este proceso.

A fs. 117/121 la defensoría general de Cámaras contesta los agravios de la fiscalía de Cámaras y dice: no comparte la confirmación del procesamiento por el delito de estrago culposo conforme los fundamentos expuestos en este incidente. Sobre la ampliación de responsabilidad por incumplimiento de los deberes de funcionario público, expresa que Fratti no fue indagado por tal delito como lo afirma erróneamente el fiscal Favaretto, así no puede haber el término “ampliar” ya que no existió indagatoria por tal delito y tampoco podría hacerlo el juez

instructor por haber dado opinión al respecto, es facultad exclusiva y excluyente del juez el llamado a prestar declaración indagatoria y el juez Patrizzi ya se expidió. El pedido de ampliar indagatoria *en este momento* peticionado por el fiscal de Cámaras, se debe aclarar que la acción penal derivada de la supuesta comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público respecto a Fratti se encuentra prescripta. La denuncia se realiza en mayo de 2.003, el imputado prestó declaración indagatoria solamente por el art. 189 del Código Penal en noviembre de 2.005, no existiendo a la fecha requisitoria fiscal, en consecuencia según el art. 67 del Código Penal modificada por la ley 25.990 se deja planteada la prescripción de la acción penal en relación al delito referido.

En el caso de prosperar el pedido del fiscal la defensa recalca que Fratti no ha incurrido en la supuesta comisión de violación de los deberes de funcionario público, ya que no se daría la figura genérica del abuso de autoridad (art. 248) donde Fratti como funcionario público (art. 77) haya dictado resoluciones contrarias a la constitución o leyes. El abuso de autoridad es un delito doloso y el dolo debe abarcar el conocimiento de la ilegalidad de las resoluciones u órdenes que dicten, ejecuten o transiten lo que no ha sucedido ni probado en autos. En cuanto a la omisión o retardo de deberes (art. 249) se trata de un delito de *pura omisión* lo que tampoco se da tal presupuesto con la tragedia de esta inundación frente a la imposibilidad material, jurisdiccional, etc. de parte de Fratti de cometerla; resulta irrisoria la acusación, por ser éste fue un funcionario de tercera línea cuando el principal responsable del Gobierno de la Provincia no resulta ni siquiera llamado a atestiguar.

Solicita se tenga por contestado el traslado y planteada la prescripción de la acción penal por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público.

Que ejecutoriada la providencia de “autos” el caso pasa a resolución; y,

CONSIDERANDO: I). Asumido por el Tribunal que estamos en presencia de uno de los casos de mayor trascendencia social --habida cuenta las dolorosas secuelas que han dejados los hechos investigados-- es menester explayarse a propósito de los alcances jurídicos del acto sobre el que recaerá su decisión. Si bien es cierto lo anterior sobreabundaría para los operadores del derecho no es lo



Poder Judicial

mismo para el ciudadano común, ávido por conocer el resultado de la causa.

De tal modo la cuestión sometida a nuestra consideración no coronará en una decisión definitiva que requiere de mayores exigencias probatorias para su determinación sino que encontrará su fundamento y razón de ser en función de un juicio de mera probabilidad autoral y consiguiente responsabilidad penal a propósito de las imputaciones que pesan en cabeza de los procesados recurrentes.

Así entonces, en consecuencia de tales extremos y de lo que ha de decidir el Tribunal, permitirá en las etapas procesales sobrevinientes un amplio debate con la eventual producción de nuevas pruebas y con pleno ejercicio del derecho de defensa para arribar de ese modo al descubrimiento de la verdad a través del ineludible estado de plena certeza que hará menester en el espíritu del sentenciante para la atribución final de responsabilidad. Se trata de este modo de mitigar, de alguna manera, los efectos negativos de nuestro desgastado sistema procesal y dar paso a la etapa acusatoria, no plena por cierto y siempre dentro del marco escritural que rige nuestro proceso pero otorgando un estado de mayor garantía donde las partes podrán con amplitud desempeñar sus distintos roles.

Además es preciso tener en cuenta para resolver en cualquier instancia por la que transite la causa que en los delitos culposos se castiga al autor de una conducta desviada como eventual violación del deber de cuidado al quedar ella fuera del “riesgo permitido” o de lo “socialmente adecuado”, porque pudiendo obrar de una manera distinta el autor no lo hizo y esa posibilidad debe estar vinculada a la “previsibilidad” por un lado y a la “evitabilidad” por el otro, desde su posición de “garante”, obligado a evitar un determinado resultado. Descartando, a su vez, en el examen del reproche la “responsabilidad objetiva”, impropia de nuestra materia en trato, procurando establecer con la mayor fehaciencia posible si la conducta (responsabilidad subjetiva) atribuida al agente ha constituido una simple condición de la causa determinante ya establecida (extraordinaria lluvia), que sólo ha servido para que el hecho se materialice o si por el contrario la misma ha sido coadyuvante de manera generadora, directa y eficiente del resultado típicamente dañoso. Concretamente entonces habrá que establecer el “nexo causal” entre el comportamiento (acción descuidada u omisión) y el resultado estableciéndose claramente cual ha sido el valor de la

contribución causada.

II). Así las cosas y ya en materia queda claro que la trama argumental de autos evidencia que la causa determinante de la imprevista cuan descomunal crecida del Salado obedeció al infrecuente fenómeno natural que en el caso lo significó el cuantioso caudal de las lluvias caídas en escaso ámbito témporo-espacial. Coadyuvando con esto existían varios factores de riesgo que fueran detallados puntualmente por el a-quo y que se supone los funcionarios sometidos a proceso debían conocer. Cabe mencionar entre ellos: 1). la saturación de los suelos, baja evaporación, capas fráticas elevadas y valles de inundación saturados, 2). la escasa luz del puente de la autopista -de solo ciento cincuenta metros- que impedía un escurrimiento normal frente a la magnitud del caudal de agua que se desplazaba hacia el sur, 3). carencia de un sistema de alerta hidrológico, que hubiese permitido conocer con antelación la gran masa de agua en avance, 4). finalmente y como circunstancia relevante se destaca la obra inconclusa de cerramiento del tramo III de la avenida de circunvalación interrumpida en calle Gorostiaga.

De todos estos factores enunciados es indudable que el punto más conflictivo y que debía atenderse con prioridad lo significó el último de los mencionados o sea la falta de cerramiento a la altura de calle Gorrostriaga que en definitiva fuera por donde penetró el mayor caudal de agua que anegara parte del casco urbano de esta ciudad con las consecuencias conocidas. En este punto --presunta omisión-- es donde el juez comienza a elaborar su tesis de probable culpabilidad a través de la exigencia a los funcionarios que tenían a su cargo la realización de tareas de defensa en dicha zona con el objetivo sólo de demorar la entrada de las aguas o disminuir su impetuosidad. Tendía todo ello a permitir una posible evacuación en la zona a inundarse que hubiese logrado cuanto menos evitar la pérdida de vidas humanas, más allá de a quien efectivamente correspondiera --administrativa y legalmente conforme la función que ocupare en los distintos estamentos del Estado-- dar los avisos o alertas para concretarla. Por otro lado no habrá que dejar de mencionar que lo que se demandaba debía concretarse en un lapso sin duda breve y reconociendo además, ya que así lo dicen los informes, que tales medidas no hubieran impedido finalmente que se produjera



Poder Judicial

el ingreso de excedentes porque para ello y como definitiva solución eran necesarios trabajos de mucho mayor envergadura y tecnicismo que los que podían realizarse ante la emergencia y la premura que significaba el arribo inminente de las aguas.

Está acreditado que tanto Berli como Fratti en sus respectivas condiciones de Ministro de Obras Públicas y Director de Hidráulica eran los encargados de atender todo lo vinculado en el tema inundaciones, conforme la legislación vigente que regía sus funciones; específicamente decidir y ordenar la realización de trabajos relativos a las defensas y su cumplimiento resultaba aun más significativo por el estado de emergencia que por aquellos días se vivía.

Si bien es cierto como se refleja que las tareas tendientes a evitar o paliar los efectos de la devastadora inundación eran complejas, no por ello eximía a los responsables intentar, cuanto menos, de llevarlas a cabo. De acuerdo a las constancias de autos y según puede extraerse de su contexto no surge que se haya procurado cumplimentar tales objetivos. Y además tampoco median razones que expliquen, *por ahora*, la inercia atribuible en tal terreno a esos responsables, circunstancias éstas que sin duda merecerán la conveniente profundización técnica así como recabar las explicaciones o respuestas sobre la temática a los aquí involucrados y/o a los que les hubiere correspondido funcionalmente realizarlas y puntualmente si esa omisión de recaudos hubiera permitido finalmente conjurar la emergencia.

En el marco de lo hasta aquí considerado, conforme al esquema dogmático de los delitos culposos que ya se estableciera en la primera parte y a partir de la posición de garantes que ocupaban los imputados --surgida ella de las obligaciones contenidas en la legislación vigente que ya fuera destacada por el a-quo la que le imponía si así correspondiere evitar o atenuar los resultados dañosos-- se responderá a los agravios de la defensa.

Contrariamente a lo afirmado por el curial que asiste a Fratti surgiría que sus obligaciones funcionales también estarían enmarcadas, tal como sucede con su superior Berli, en el ordenamiento legal que regula la actividad del Ministerio de Obras Públicas al que ambos pertenecían con lo cual debe asumir igualmente la posición de garante que le exigía, del modo que fuere, evitar el resultado lesivo

intentando algún mecanismo de defensa que no surge se haya concretado. Esto más allá de si en el plano estrictamente funcional le correspondía o no efectuarlos atento la emergencia que se vivía y por los conocimientos específicos en la materia hídrica que su condición de ingeniero le proporcionaba, todo lo cual podrá ser motivo de profundización en la etapa pertinente y donde la defensa acaso tendrá oportunidad también de lograr su cometido desincriminando a su defendido a propósito de la imputación que pesa en su contra, si en derecho procediere.

Es así entonces y redondeando conceptos que como colofón de todo lo dicho hasta aquí el Tribunal halla mérito en orden al juicio de mera probabilidad requerido por el art. 325 de la ley de rito y en consecuencia habrá de confirmar el pronunciamiento en crisis.

III). A continuación ha de referir el Tribunal acerca de la pretensión fiscal en este incidente fincante en que el imputado sea ligado al proceso por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público con presunto encuadre en los arts. 248 y/o 249 del Cód. Penal.

En realidad y con sólo argumentar que en nuestro criterio tal supuesto quebrantamiento penal no ha sido materia de intimación en momento alguno del proceso quedaría respondida la improcedente pretensión del Ministerio Fiscal, y ello así en orden al debido respeto que debe otorgarse al principio de congruencia procesal y por encima del tratamiento que a la temática le ha otorgado el a-quo, en escueta referencia, en el pronunciamiento recurrido.

Lo cierto es que en resguardo del principio de legalidad no estará de más recordar que en nuestro ordenamiento penal los únicos delitos que admiten en su conformación típica la forma culposa son aquellos consagrados expresamente por la ley con tales características y en forma concreta y específica. Y esto es precisamente lo que ocurre en contrario con los ilícitos motivo de la pretensión fiscal en el terreno antes mencionado.

Ello así pese a que el fiscal de esta instancia de grado insiste --con cita de notorias autoridades doctrinarias sobre la materia-- acerca que los delitos en cuestión no necesitan ineludiblemente del ingrediente "malicia" en orden a su total configuración típica; lo cierto es que a nuestro criterio en la especie no se advierte de la presencia en la conducta de los encartados ni de malicia ni de dolo alguno.



Poder Judicial

De todos modos valdrá insistir en el carácter esencialmente doloso de los quebrantamientos cuestionados, es decir, en la incidencia de la voluntad claramente dirigida a cometer el hecho con la inequívoca representación de su resultado típico, pues no otra cosa es el dolo directo. Y en el caso que nos ocupa desde que no podremos hablar de la presencia de tal dolo, ni de ningún otro, sólo restará añadir que en último análisis únicamente cabría imputar al encausado una manifiesta negligencia a propósito de su cometido funcional lo cual, se insiste, significaría encuadrar tal supuesto en el terreno del delito culposos, lo que ya hemos desechado en párrafos previos.

En mérito a lo expuesto hasta aquí el Tribunal habrá de rechazar la pretensión fiscal de ampliar la responsabilidad de los inculpados por la posible comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionarios público.

IV). Se advierte por fin que el fiscal de Cámaras alega que el ex-gobernador Carlos Alberto Reutemann debería ser “insertado en el proceso” (sic). Esto más allá que su inferior no efectuara tal requerimiento (fs. 1040) ni tampoco surge de autos que haya recibido instrucciones superiores en tal sentido, alterando así con tal propuesta el principio de unidad de actuación del Ministerio Público.

Al respecto el Tribunal entiende que nada debe decidir sobre el punto. Es así ya que no resulta pertinente pretender ello en esta instancia y mucho menos que sea la Alzada quien imponga al a-quo la adopción de tal criterio pues ello además de no ser de su competencia atentaría contra la independencia del juez que debe preservar su absoluta libertad para fijar la hipótesis investigativa que crea conveniente y convocar al proceso para ser indagado a quién entienda reúna los requisitos ínsitos en el art. 316 del código de forma en su carácter excluyente de instructor del proceso, cumpliendo así estrictamente con los principios constitucionales que rigen en la materia.

Por todo ello, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Penal,

RESUELVE: I). Confirmar el auto recurrido en cuanto ha sido materia de recurso.

II). Rechazar la pretensión fiscal de ampliar la responsabilidad de los inculpados por la posible comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionarios público.

III). Rechazar por improcedente el punto IV). del petitorio del señor fiscal de Cámaras.

IV). Tener presente las reservas constitucionales formuladas por la defensa.

Insértese el original, agréguese el duplicado, hágase saber y bajen.

Fdo. RUCCI, VILLAR, ECHAURI (vocales); ALBRECHT (secretario).



Poder Judicial

SANTA FE, 14 de agosto de 2006.

Y VISTOS: Estos caratulados: “**BERLI**, Edgardo Wilfredo s/ RECURSO APELACIÓN PROCESAMIENTO” (Expte. N° 274 - Año 2.006); de los que,

RESULTA: Que contra el auto dictado por el juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción Octava Nominación de esta ciudad de fecha 19 de abril del año en curso, mediante el cual procesa a Edgardo Wilfredo Berli como autor del delito de estrago culposo agravado por el resultado de la muerte de dieciocho personas (art. 189 segundo párrafo del Código Penal), disponiendo la libertad provisional y trabando embargo en bienes libres hasta cubrir la suma de cincuenta mil pesos interponen recursos de apelación el Ministerio Fiscal y la defensa que concedidos determinan la radicación de las actuaciones por ante este Tribunal.

Corrido traslado a la defensa a fs. 102/139v. se agravia sosteniendo que el juez a-quo parte de presupuestos erróneos, adopta criterios parciales en su calificación para encuadrar la supuesta responsabilidad. Al incurrir en una generalidad temeraria y abstracta viola las leyes de la certeza marginando el principio de legalidad. Denominando como “el antejuicio de la historia de Santa Fe la vencible” a este proceso, discurre refiriéndose a la *inundación extraordinaria* que afectó a “nuestra amada Aldea santafesina” y la considera una auténtica catástrofe de allí que de ningún modo podía existir prevención ante la envergadura de tamaña emergencia hídrica. Sostener lo contrario lisa y llanamente es una miopía o un artilugio existencial en ese plano la atribución penal al encartado se asemeja a una atribución ordenada bajo el prisma de una imposibilidad, de allí que en este caso existe una atipicidad.

El razonamiento --de la resolución cuestionada-- es producto de una falta de comprensión del suceso pues saltea y elude el examen básico de la llamada relación de causalidad. Recurre a un sofisticado “enredamiento”, un entrelazamiento de hechos muchos casuales, rechazando la teoría de la

“causa adecuada” y se inclina por una dualidad distributiva y convierte a la incerteza absoluta como un caso de auténtica probabilidad de determinación, para descansar en la teoría objetiva. “Nunca el derecho penal puede ser una vía elegida de otros diferendos u otras alternativas. Lo claro, claro debe ser” así, la demanda social de un número importante de damnificados no permite prerrogativas que deban obtener respuesta a través del derecho criminal. No se infringe jamás el deber de cuidado sino se pudo prever la realización del tipo.

Hay que comprobar para decir que una conducta es típica, si la misma ha causado el resultado acaecido y haciendo disquisiciones teóricas sobre el concepto de “omisión”, sostiene que en este caso el Instructor da por supuesto una responsabilidad de dudosa atribución. Citando doctrina sostiene: si la conducta no era previsible objetivamente la misma no podrá jamás ser inculpada, de lo contrario el escarmiento penal de conductas de omisión impropias “no escritas” importa una trasgresión al principio de estricta legalidad mediante la vedada utilización analógica. “La culpabilidad además de ser producida físicamente, tiene que ser obra humana, personal y subjetiva del autor”. El dolo y la culpa no se presumen y en relación al procesamiento de su defendido existe una idea preconcebida, un atisbo de subsistencia de conjeturas que no son más que vagas presunciones que deviene por aplicación de estas concepciones de cambios normativos.

Solicita se revoque la resolución apelada.

Corrido traslado al fiscal de Cámaras a fs. 142/152 expresa que intentará demostrar la comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público que deberá anexarse al seleccionado en el procesamiento de estrago culposo. La fiscalía comparte las aseveraciones del juez que determina la presunta responsabilidad del imputado dictando procesamiento por la comisión del delito de desastre culposo, pero no así de haber desechado la posible comisión de incumplimiento de sus funciones al considerar que las mismas resultan dolosas.



Poder Judicial

Es clarificante para determinar la existencia del dolo que solo es necesario el conocimiento de la ilegalidad de la omisión de los deberes de su oficio, por supuesto que debe tratarse de un funcionario público, calidad que reviste el imputado que obligatoriamente debe conocer cuáles son sus deberes de su cargo, que omitidas escapan a la mera culpa. Citando opinión doctrinaria de tratadistas, menciona que solo es necesario el conocimiento de que el acto omitido es un acto propio del “oficio” del agente y que omisión es ilegal.

La “omisión” es la clave de esta cuestión. Esto surge de las actas labradas en el comité de emergencia hídricas donde se plasmaban los hechos pero nada se resolvía en definitiva; en estas circunstancias estuvo presente la omisión y esto no sólo se circunscribía a los funcionarios provinciales sino también a municipales ante la gravedad de la cuestión, no resolver evacuar a la población, ni tener presente transporte, alimentos, agua potable, etc.. El imputado Berli en su indagatoria dice que a pesar de las intensas precipitaciones ocurridas no se tomaron medidas, no se realizaron proyecciones y aclara que en cuanto a lo ocurrido en la ciudad es único responsable el personal municipal.

La fiscalía pretende la agregación como posible delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a Berli. Sabía que el problema era tremendo, que podría traer gravísimas consecuencias sin que adoptaran medidas preventivas necesarias y posteriormente en plena emergencia advierten que no tenían bosquejado o proyectado ningún plan de contingencia previa. La fiscalía considera conveniente ampliar la imputación y respecto a Reuteman que ejercía el máximo cargo de jerarquía provincial en este estado de la investigación y como parte del proceso recién puede atribuírsele alguna responsabilidad luego de la correspondiente indagatoria cumpliendo con las pautas procesales.

Las pruebas aportadas conforman un marco suficiente para respaldar el procesamiento sin perjuicio de las que puedan ser anexadas, reúne los

requisitos procesales necesarios, la existencia de los hechos y la probabilidad en que los mismos los encartados pudieron haber tenido responsabilidad.

Solicita se confirme el procesamiento del imputado Berli, se amplíe la responsabilidad del mismo ante la posible comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público y se revoque el auto de falta de mérito dictado en su favor, disponiendo además que Carlos Reuteman sea inserto legalmente en este proceso.

A fs. 155/159v. la defensa contesta los agravios del fiscal de Alzada y dice: los agravios deducidos son el devenir de auténticas incongruencias expositivas y estas disquisiciones del fiscal de Alzada carecen de oportunidad por su morosa anexión. En concreto la acción del delito doloso del art. 249 del Código Penal --incumplimiento de los deberes de funcionario público-- traído a colación por el señor fiscal se encuentran indiscutiblemente prescripta --lo que se comprueba con un fácil cálculo matemático-- y la prescripción de la acción como argumento no necesita defensa, por ende debe desecharse sin más por no tener ya razón de ser en este universo jurídico. Al ser un instituto de orden público debe declararse de oficio dicha prescripción en cualquier grado y etapa del proceso.

En cuanto al ex gobernador Reutemann ante su eventual desafuero jamás podría ser indagado por el instructor actuante atento a que ya ha vertido opinión. En síntesis: este proceso es “un tanteo timorato frente a la expectante reacción pública para ver hasta donde se llega”.

Haciendo reserva de recursos extraordinarios, solicita se tenga presente lo expuesto sobre la prescripción invocada en referencia a la inclusión del delito especificado y se rechacen los agravios consignados.

Que ejecutoriada la providencia de “autos” el caso pasa a resolución;
y,

CONSIDERANDO: I). Asumido por el Tribunal que estamos en presencia de uno de los casos de mayor trascendencia social, habida cuenta las dolorosas secuelas que han dejados los hechos investigados, es menester



Poder Judicial

explayarse a propósito de los alcances jurídicos del acto sobre el que recaerá su decisión. Si bien es cierto lo anterior sobreabundaría para los operadores del derecho no es lo mismo para el ciudadano común, ávido por conocer el resultado de la causa.

De tal modo la cuestión sometida a nuestra consideración no coronará en una decisión definitiva que requiere de mayores exigencias probatorias para su determinación sino que encontrará su fundamento y razón de ser en función de un juicio de mera probabilidad autoral y consiguiente responsabilidad penal a propósito de las imputaciones que pesan en cabeza de los procesados recurrentes.

Así entonces, en consecuencia de tales extremos y de lo que ha de decidir el Tribunal, permitirá en las etapas procesales sobrevinientes un amplio debate con la eventual producción de nuevas pruebas y con pleno ejercicio del derecho de defensa para arribar de ese modo al descubrimiento de la verdad a través del ineludible estado de plena certeza que hará menester en el espíritu del sentenciante para la atribución final de responsabilidad. Se trata de este modo de mitigar, de alguna manera, los efectos negativos de nuestro desgastado sistema procesal y dar paso a la etapa acusatoria, no plena por cierto y siempre dentro del marco escritural que rige nuestro proceso pero otorgando un estado de mayor garantía donde las partes podrán con amplitud desempeñar sus distintos roles.

Además es preciso tener en cuenta para resolver en cualquier instancia por la que transite la causa que en los delitos culposos se castiga al autor de una conducta desviada como eventual violación del deber de cuidado al quedar ella fuera del “riesgo permitido” o de lo “socialmente adecuado”, porque pudiendo obrar de una manera distinta el autor no lo hizo y esa posibilidad debe estar vinculada a la “previsibilidad” por un lado y a la “evitabilidad” por el otro, desde su posición de “garante”, obligado a evitar un determinado resultado. Descartando, a su vez, en el examen del reproche la “responsabilidad objetiva”, impropia de nuestra materia en trato,

procurando establecer con la mayor fehaciencia posible si la conducta (responsabilidad subjetiva) atribuida al agente ha constituido una simple condición de la causa determinante ya establecida (extraordinaria lluvia), que sólo ha servido para que el hecho se materialice o si por el contrario la misma ha sido coadyuvante de manera generadora, directa y eficiente del resultado típicamente dañoso. Concretamente entonces habrá que establecer el “nexo causal” entre el comportamiento (acción descuidada u omisión) y el resultado estableciéndose claramente cual ha sido el valor de la contribución causada

II). Así las cosas y ya en materia queda claro que la trama argumental de autos evidencia que la causa determinante de la imprevista cuan descomunal crecida del Salado obedeció al infrecuente fenómeno natural que en el caso lo significó el cuantioso caudal de las lluvias caídas en escaso ámbito temporo-espacial. Coadyuvando con esto existían varios factores de riesgo que fueran detallados puntualmente por el a-quo y que se supone los funcionarios sometidos a proceso debían conocer. Cabe mencionar entre ellos: 1). la saturación de los suelos, baja evaporación, capas fráticas elevadas y valles de inundación saturados, 2). la escasa luz del puente de la autopista -de solo ciento cincuenta metros- que impedía un escurrimiento normal frente a la magnitud del caudal de agua que se desplazaba hacia el sur, 3). carencia de un sistema de alerta hidrológico, que hubiese permitido conocer con antelación la gran masa de agua en avance, 4). finalmente como circunstancia relevante se destaca la obra inconclusa de cerramiento del tramo III de la avenida de circunvalación interrumpida en calle Gorostiaga.

De todos estos factores enunciados es indudable que el punto más conflictivo y que debía atenderse con prioridad lo significó el último de los mencionados o sea la falta de cerramiento a la altura de calle Gorrostriaga que en definitiva fuera por donde penetró el mayor caudal de agua que anegara parte del casco urbano de esta ciudad con las consecuencias conocidas. En este punto --presunta omisión-- es donde el juez comienza a



Poder Judicial

elaborar su tesis de probable culpabilidad a través de la exigencia a los funcionarios que tenían a su cargo la realización de tarea de defensa en dicha zona con el objetivo sólo de demorar la entrada de las aguas o disminuir su impetuosidad. Tendía todo ello a permitir una posible evacuación en la zona a inundarse, que hubiese logrado cuanto menos evitar la pérdida de vidas humanas, más allá de a quien efectivamente correspondiera --administrativa y legalmente conforme la función que ocupare en los distintos estamentos del Estado-- dar los avisos o alertas para concretarla. Por otro lado no habrá que dejar de mencionar que lo que se demandaba debía concretarse en un lapso sin duda breve y reconociendo además, ya que así lo dicen los informes, que tales medidas no hubieran impedido finalmente que se produjera el ingreso de excedentes, porque para ello y como definitiva solución eran necesarios trabajos de mucho mayor envergadura y tecnicismo que los que podían realizarse ante la emergencia, y la premura que significaba el arribo inminente de las aguas.

Esta acreditado que tanto Berli como Fratti en sus respectivas condiciones de Ministro de Obras Públicas y Director de Hidráulica eran los encargados de atender todo lo vinculado en el tema inundaciones, conforme la legislación vigente que regía sus funciones; específicamente decidir y ordenar la realización de trabajos relativos a las defensas y su cumplimiento resultaba aún más significativo por el estado de emergencia que por aquellos días se vivía.

Si bien es cierto como se refleja que las tareas tendientes a evitar o paliar los efectos de la devastadora inundación eran complejas, no por ello eximía a los responsables intentar, cuanto menos, de llevarlas a cabo. De acuerdo a las constancias de autos y según puede extraerse de su contexto no surge que se haya procurado cumplimentar tales objetivos. Y además tampoco median razones que expliquen, *por ahora*, la inercia atribuible en tal terreno a esos responsables, circunstancias éstas que sin duda merecerán la conveniente profundización técnica así como recabar las explicaciones o

respuestas sobre la temática a los aquí involucrados y/o a los que les hubiere correspondido funcionalmente realizarlas y puntualmente si esa omisión de recaudos hubiera permitido finalmente conjurar la emergencia.

En el marco de lo hasta aquí considerado, conforme al esquema dogmático de los delitos culposos que ya se estableciera en la primera parte y a partir de la posición de garantes que ocupaban los imputados --surgida ella de las obligaciones contenidas en la legislación vigente que ya fuera destacada por el a-quo, la que le imponía si así correspondiere evitar o atenuar los resultados dañosos-- se responderá a los agravios de la defensa.

El curial asegura de manera categórica que cualquier tarea que se hubiera hecho en el punto de conflicto de nada hubiera servido por la precariedad de las mismas. Tales reflexiones bien podrían confirmarse pero a esta altura de las circunstancias y en el tramo por el que discurre el proceso no dejan de ser meras especulaciones y conjeturas que habrán de definirse, o no, a través de la amplitud que el plenario en su caso otorgará para que cada una de las distintas posturas en tal sentido alcancen la confirmación por ellas deseada.

Es así entonces y redondeando conceptos que como colofón de todo lo dicho hasta aquí el Tribunal halla mérito en orden al juicio de mera probabilidad requerido por art. 325 de la ley de rito y en consecuencia habrá de confirmar el pronunciamiento en crisis.

III). A continuación ha de referir el Tribunal acerca de la pretensión fiscal en este incidente fincante en que el imputado sea ligado al proceso por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público con presunto encuadre en los arts. 248 y/o 249 del Cód. Penal.

En realidad y con sólo argumentar que en nuestro criterio tal supuesto quebrantamiento penal no ha sido materia de intimación en momento alguno del proceso quedaría respondida la improcedente pretensión del Ministerio Fiscal, y ello así en orden al debido respeto que debe otorgarse al principio de congruencia procesal y por encima del tratamiento que a la temática le ha



Poder Judicial

otorgado el a-quo, en escueta referencia en el pronunciamiento recurrido.

Lo cierto es que en resguardo del principio de legalidad no estará de más recordar que en nuestro ordenamiento penal los únicos delitos que admiten en su conformación típica la forma culposa son aquellos consagrados expresamente por la ley con tales características y en forma concreta y específica. Y esto es precisamente lo que ocurre en contrario con los ilícitos motivo de la pretensión fiscal en el terreno antes mencionado.

Ello así pese a que el Fiscal de esta instancia de grado insiste --con cita de notorias autoridades doctrinarias sobre la materia-- acerca que los delitos en cuestión no necesitan ineludiblemente del ingrediente “malicia” en orden a su total configuración típica; lo cierto es que a nuestro criterio en la especie no se advierte de la presencia en la conducta de los encartados ni de malicia ni de dolo alguno.

De todos modos valdrá insistir en el carácter esencialmente doloso de los quebrantamientos cuestionados, es decir, en la incidencia de la voluntad claramente dirigida a cometer el hecho con la inequívoca representación de su resultado típico, pues no otra cosa es el dolo directo. Y en el caso que nos ocupa desde que no podremos hablar de la presencia de tal dolo, ni de ningún otro, sólo restará añadir que en último análisis únicamente cabría imputar al encausado una manifiesta negligencia a propósito de su cometido funcional lo cual, se insiste, significaría encuadrar tal supuesto en el terreno del delito culposos lo que ya hemos desechado en párrafos previos.

En mérito a lo expuesto hasta aquí el Tribunal habrá de rechazar la pretensión fiscal de ampliar la responsabilidad de los inculpados por la posible comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionarios público.

IV). Se advierte por fin que el fiscal de Cámaras alega que el ex-gobernador Carlos Alberto Reutemann debería ser “insertado en el proceso” (sic). Esto más allá que su inferior no efectuara tal requerimiento (fs. 1040) ni tampoco surge de autos que haya recibido instrucciones superiores en tal

sentido, alterando así con tal propuesta el principio de unidad de actuación del Ministerio Público.

Al respecto el Tribunal entiende que nada debe decidir sobre el punto. Es así ya que no resulta pertinente pretender ello en esta instancia y mucho menos que sea la Alzada quien imponga al a-quo la adopción de tal criterio pues ello además de no ser de su competencia atentaría contra la independencia del juez que debe preservar su absoluta libertad para fijar la hipótesis investigativa que crea conveniente y convocar al proceso para ser indagado a quién entienda reúna los requisitos ínsitos en el art. 316 del Código de forma en su carácter excluyente de instructor del proceso, cumpliendo así estrictamente con los principios constitucionales que rigen la materia.

Por todo ello, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Penal,

RESUELVE: I). Confirmar el auto recurrido en cuanto ha sido materia de recurso.

II). Rechazar la pretensión fiscal de ampliar la responsabilidad de los inculcados por la posible comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionarios público.

III). Rechazar por improcedente el punto IV). del petitorio del señor fiscal de Cámaras.

IV). Tener presente las reservas constitucionales formuladas por la defensa.

Insértese el original, agréguese el duplicado, hágase saber y bajen.

Fdo. RUCCI, VILLAR, ECHAURI (vocales); ALBRECHT (secretario).



Poder Judicial

SANTA FE, 14 de agosto de 2006.

Y VISTOS: Estos caratulados: “**ÁLVAREZ**, Marcelo Ignacio s/ RECURSO APELACIÓN PROCESAMIENTO” (Expte. Nº 276 - Año 2.006); de los que,

RESULTA: Que contra el auto dictado por el juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción Octava Nominación de esta ciudad de fecha 19 de abril del año en curso, mediante el cual procesa a Marcelo Ignacio Álvarez como autor del delito de estrago culposo agravado por el resultado de la muerte de dieciocho personas (art. 189 segundo párrafo del Código Penal), disponiendo la libertad provisional y trabando embargo en bienes libres hasta cubrir la suma de cincuenta mil pesos interpone recurso de apelación el Ministerio Fiscal y la defensa que concedidos determinan la radicación de las actuaciones por ante este Tribunal.

Corrido traslado a la defensa para que exprese sus agravios, a fs. 102 el encausado --con patrocinio de los Dres. Alejandro Paz y Pablo Guastavino-- desiste del recuso de apelación en los términos del art. 412 del Código Procesal Penal.

Corrido traslado al fiscal de Cámaras a fs. 105/115 se agravia manifestando que intentará demostrar la comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público que deberá anexarse al seleccionado en el procesamiento de estrago culposo.

Es clarificante para determinar la existencia del dolo que sólo es necesario el conocimiento de la ilegalidad de la omisión de los deberes de su oficio, por supuesto que debe tratarse de un funcionario público, calidad que reviste el imputado que obligatoriamente debe conocer cuáles son las obligaciones de su cargo, que omitidas escapan a la mera culpa, transformándose en dolosas al no hacer lo que debe. Álvarez ha actuado negligentemente en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo a partir de la fecha de la inundación, esto encuadra en el Código Penal que establece el incumplimiento de los deberes de funcionario público, en que surge responsabilidad del mismo al estar perfectamente consciente de los eventos que podían ocurrir; así, debería ser ampliada como corresponde procesalmente.

La pericia efectuada aclara que las decisiones al respecto no se tomaron o se

tomaban a la ligera, ya se habían inundado Recreo y antes Elisa lo que era un fenómeno nunca visto y para colmo el intendente Álvarez calma a la población en forma radial indicando que no evacuen la zona porque no existía peligro de inundación. La “omisión” es la clave de esta cuestión. Esto surge de las actas labradas en el comité de emergencia hídricas donde se plasmaban los hechos pero nada se resolvía en definitiva; en estas circunstancias estuvo presente la omisión y esto no sólo se circunscribía a los funcionarios provinciales sino también a municipales ante el hecho de haber previsto la gravedad de la cuestión, no resolver evacuar a la población, ni tener presente transporte, alimentos, agua potable, etc.. El imputado Álvarez tenía pleno y actualizado conocimiento de la magnitud de la crecida atento a lo declarado por Maspons que recién el 28 por la noche el intendente le indicó las funciones que cada uno debía cumplir.

La fiscalía pretende la agregación como posible delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público a Álvarez, quien sabía que el problema era tremendo, que podría traer gravísimas consecuencias, sin que adoptaran medidas preventivas necesarias y posteriormente en plena emergencia advierten que no tenían bosquejado o proyectado ningún plan de contingencia previa.

La fiscalía estima conveniente ampliar la imputación para cada uno de los imputados y respecto a Reuteman que ejercía el máximo cargo de jerarquía provincial en este estado de la investigación y como parte del proceso recién puede atribuírsele alguna responsabilidad luego de la correspondiente indagatoria cumpliendo con las pautas procesales.

Las pruebas aportadas conforman un marco suficiente para respaldar el procesamiento sin perjuicio de las que puedan ser anexadas, reúne los requisitos procesales necesarios, la existencia de los hechos y la probabilidad en que los encartados pudieron haber tenido responsabilidad.

Solicita se confirme el procesamiento del imputado Álvarez, se amplíe la responsabilidad del mismo ante la posible comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público y se revoque el auto de falta de mérito dictado en su favor, además que Carlos Reuteman sea inserto legalmente en este proceso.

A su turno la defensa a fs. 118/119v. solicita la desestimación de los



Poder Judicial

agravios. En razón de lo expresado por el fiscal de Cámaras que refiere a hechos), los tipos penales en cuestión (arts. 248 y 249, C.P.) en base a elementos normativos presuntamente omitidos, requieren la mención expresa de la norma incumplida y en este caso no ha sido puesta de manifiesto. En este proceso no se definen las normas que se incumplieron. Siendo que el tipo penal del art. 248 del C.P. es subsidiario del descrito en el 249 estaríamos en presencia de un concurso aparente donde el estrago culposo claramente desplaza al planteo de ampliación efectuado por la fiscalía.

Hay una contradicción fáctica que vulnera el derecho de defensa, introducida por la fiscalía en la invocación de los hechos. El juez a-quo sustenta el procesamiento en que Álvarez "...tenía pleno conocimiento y actualizado de la magnitud de la crecida..." (fs. 77/v.) pero en franca contradicción el fiscal de Cámaras pide una ampliación del tipo argumentado entre otras razones "...el intendente Álvarez calma a la población en forma radial indicando que no evacuen la zona porque no existía peligro de inundación..."; así resulta insostenible procesar a Álvarez porque *sabía* o porque *no sabía*. Entonces ¿qué se le imputa: desconocimiento o conocimiento? Y en este último caso en base a qué información. Esto no hace más que desnudar la endeble investigación en base a procedimiento vetusto en que el juez investiga y juzga y los fiscales omiten explorar la responsabilidad de los funcionarios de organismos nacionales como el I.N.A. por incumplimiento de sus funciones específicas, no monitorean uno de los principales ríos del país sin perjuicio de lo cual transmitían tranquilidad a la población lo que se comprueba con la publicación del diario El Litoral de fecha 29/04/2003.

Haciendo planteo del caso federal y constitucional, solicita se rechace los agravios y revoque el procesamiento.

Que ejecutoriada la providencia de "autos", el caso pasa a resolución; y,

CONSIDERANDO: I). En cuanto al desistido recurso de apelación deducido en baja instancia por la defensa con fundamentos suficientemente explícitos, se estima que en mérito a lo expuesto, el Tribunal debe acoger tal pretensión y declarar desistido el mismo de acuerdo a lo prescripto por el art. 412 del código de forma.

II). En este incidente corresponde tratar únicamente --atento el desistimiento admitido-- la pretensión del fiscal de Cámaras fincante en que este imputado sea ligado al proceso por el delito de incumplimiento de los deberes de funcionario público con presunto encuadre en los arts. 248 y/o 249 del Código Penal.

Habiéndose ya expedido el Tribunal en el día de la fecha sobre esta misma cuestión en los en los incidentes “Berli, Edgardo Wilfredo s/ apel. auto de procesamiento” (Expte. N° 274 - Año 2006) y “Fratti, Ricardo Ángel s/ apel. auto de procesamiento” (Expte. N° 278 - Año 2006), a los argumentos allí expuestos se remite brevitatis causae. Consecuentemente se rechazará la pretensión fiscal en este aspecto.

Por todo ello, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Penal,

RESUELVE: I). Tener por operado el desistimiento del recurso.

II). Rechazar la pretensión fiscal de ampliar la responsabilidad de los inculpados por la posible comisión del delito de incumplimiento de los deberes de funcionarios público.

III). Disponer que en cuanto a la pretensión del señor fiscal de Cámaras en el punto IV) de su petitum se deberá estar a lo resuelto sobre la misma cuestión en el día de la fecha en los incidentes “Berli, Edgardo Wilfredo s/ apel. auto de procesamiento” (Expte. N° 274 - Año 2006) y “Fratti, Ricardo Ángel s/ apel. auto de procesamiento” (Expte. N° 278 - Año 2006).

IV). Tener presente las reservas constitucionales formuladas por la defensa.

Insértese el original, agréguese el duplicado, hágase saber y bajen.

Fdo. RUCCI, VILLAR, ECHAURI (vocales); ALBRECHT (secretario).