

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de julio del año dos mil diez, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor W. Gustavo Mitchell como Presidente y los doctores Guillermo J. Yacobucci y Juan C. Rodríguez Basavilbaso como Vocales asistidos por el Prosecretario Letrado de C.S.J.N., Gustavo Alterini, a los efectos de resolver los recursos interpuestos contra la sentencia de fs. 4799/5010 de la causa n° 8361 del registro de esta Sala, caratulada: “Storchi, Fernando Martín y otros s/ recurso de casación”, representado el Ministerio Público por el Sr. Fiscal General, doctor Ricardo Wechsler; la defensa particular de Fernando Martín Storchi, los doctores Julio Virgolini junto con Ricardo Gil Lavedra, Marcelo Sgro y Mariano Silvestroni; por la defensa particular de Julio César Giraldi, los doctores Juan Pablo Alonso y Esteban Evangelista; la defensa de María Cecilia Privato, los doctores Gabriel Gandolfo y Nicolás Guzmán; por la defensa de Giselle Vanesa Kamenetzky, los doctores Christian A. Poletti y Ariel J. I. Poletti; finalmente por la parte querellante en representación de Marisa Rombolá y Alejandro Möller, el doctor Alejo Ramos Padilla -al momento de la presentación del recurso- y, actualmente el doctor Ricardo Klass..

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores W. Gustavo Mitchell y Juan C. Rodríguez Basavilbaso, respectivamente.

El señor juez doctor Guillermo J. Yacobucci dijo:

1) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de esta ciudad, en lo que aquí interesa, resolvió por mayoría:

I- Rechazar las nulidades planteadas por la defensa de Fernando Martín Storchi, a la que adhirió la defensa de Julio César Giraldi.

II- Condenar a Fernando Martín Storchi como autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo, a cumplir las penas de cuatro años de prisión, con accesorias legales y nueve años de inhabilitación especial para participar como miembro de un órgano societario y/o como socio en sociedades que tengan como objeto llevar a cabo prácticas deportivas, o intervenir en emprendimientos a título personal que tengan la misma finalidad y al pago de costas del proceso (arts. 12, 29 inc 3° 45 y 84 primer párrafo del CP).

III- Condenar a Julio César Giraldi como autor material penalmente responsable del delito de homicidio culposo, a cumplir las penas de tres años y seis meses de prisión, con accesorias legales, y siete años de inhabilitación especial para desempeñarse como profesor de educación física y/o coordinador de actividades deportivas y al pago de costas del proceso (arts. 12, 29 inc 3°, 45 y 84 primer párrafo del CP).

IV- Condenar a María Cecilia Privato como autora material penalmente responsable del delito de homicidio culposo, a las penas de tres años de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso y seis años de inhabilitación especial para desempeñarse como profesora de educación física y al pago de costas del proceso (arts. 26, 29 inc 3°, 45 y 84, primer párrafo del CP).

VI- Condenar a Giselle Vanesa Kamenetzky como autora material penalmente responsable del delito de homicidio culposo, a las penas de dos años y seis meses de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso y cinco años de inhabilitación

especial para desempeñarse como guardavidas, y al pago de costas del proceso (arts. 26, 29 inc 3°, 45 y 84, primer párrafo del CP).

2º) Que a fs. 5208/5213 el Tribunal a quo declaró la inconstitucionalidad del inciso 2º del artículo 459 del C.P. -punto I- y concedió los recursos de casación deducidos a fs. 5023/5069 por la defensa de Giselle Vanesa Kamenetzky; a fs. 5070/5091 por la parte querellante; a fs. 5092/5124 por la asistencia técnica de Julio César Giraldi; a fs. 5125/5127 por el letrado defensor de Fernando Martín Storchi y a fs. 5158/5191 por la asistencia técnica de María Cecilia Privato -punto II-. Asimismo rechazó el recurso de casación articulado por la defensa de Horacio Roberto Bugallo -punto V- y declaró firme el fallo de fs. 4799/5010 en cuanto lo absolvió -punto VI-.

3º) Los recursos presentados por las partes y concedidos por el tribunal de juicio se fundan en diversos agravios que es necesario individualizar en cada caso:

(a) La parte querellante presentó recurso de casación por inobservancia y errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456 inc. 1º del C.P.P.N.) y por inobservancia de normas procesales bajo pena de nulidad (art. 456 inc. 2º del C.P.P.N.). Respecto a este último supuesto hace mención del precedente “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El recurrente entiende que hubo una errónea interpretación de la ley sustantiva en relación a la calificación de los hechos de la sentencia como homicidio culposo (art. 84 del C.P.) en lugar de haberlo sido por la figura del homicidio simple (art. 79 del C.P.). Como consecuencia de ese planteo, en caso de hacerse lugar a lo peticionado o incluso de mantenerse la calificación primigenia, la querrela se agravió también por el monto de la pena.

En concreto, sostuvo que es equivocada la apreciación del tribunal cuando afirma que no se acreditó con la suficiente entidad el desprecio por la vida de parte de los imputados. Señaló que era infundada esa apreciación pues "...aquellos que administran y lucran con una fuente de peligro, en la que son colocados niños de corta edad (que quedan bajo su cuidado y responsabilidad), y al mismo tiempo omiten deliberadamente proveer de los elementos indispensables (esenciales) para la seguridad y la vida de los niños (grupos en riesgo), como es por la cantidad de guardavidas necesarios, las plataformas sobre elevadas, la canaleta fácilmente aprehensible con la mano, demuestran un desprecio por la vida con la entidad suficiente exigida por el tipo penal de referencia, sin que el deseo de que ello ocurra pueda evitar el encuadre típico que esta parte reclama."

Desde esa perspectiva afirmó que "...no hemos sostenido que haya existido la intención de matar a Florencia, pero si la representación del resultado a causa de la conducta que diariamente y constantemente repetían los condenados colocando en grave peligro a los niños, y la opción criminal frente a ese riesgo conocido - resultado muerte-, tal vez no deseado, que elevaban, mantenían e implícitamente diariamente aceptaban."

La querrela señaló que el propio tribunal admitió que Storchi sabía que estaba privando a los niños de los elementos de seguridad, que ello se adoptó como una práctica empresarial que se extendió a distintos clubes de la Red, que no se trata de una cuestión baladí -si no que están en juego la vida de miles de niños que concurren a estas colonias-. Explicó que el riesgo al que los sometía era previsible para el imputado y su conducta conforme a derecho hubiera evitado muy posiblemente la muerte de Florencia.

Respecto a la responsabilidad que le cupo a Giraldi, el recurrente mantuvo criterios semejantes a los esbozados precedentemente. En esa línea entendió que está demostrado que los elementos de seguridad establecidos por la ordenanza aplicable no tenían naturaleza secundaria, pues eran esenciales para la seguridad

de los natatorios. Por ende, descartó que existiera una confianza en la evitación del resultado sino que se colocaba a los niños, que no sabían nadar, en una fuente de peligro. En tal sentido, hizo hincapié en la cantidad de guardavidas que debía haber en la pileta y que fue uno de los niños quien dio aviso de que se estaba ahogando Florencia. Así concluyó que “En estas condiciones, sin los elementos esenciales, los imputados permitían que funcionara esta pileta, a la que llevaban a niños de corta edad, muchos de los cuales no sabían nadar, sometiénolos al riesgo criminal que hemos probado, lo que sin duda torna de aplicación el tipo penal previsto en el art. 79 del C.P.”.

Sobre la situación de la imputada Privato, la querella sostuvo que “Frente a una pileta que carecía de los elementos esenciales de seguridad Privato llevó a niños que no sabían nadar a la parte profunda de la pileta y se desentendió de Florencia al punto tal que tuvo que ser otro niño el que diera la voz de alerta para que se inicie el tardío salvataje.”.

“Privato conocía perfectamente las condiciones de riesgo que existían en el natatorio, y lejos de tomar las precauciones del caso incrementó dicho riesgo en forma desaprensiva llevando a niños que no sabían nadar a la parte honda del natatorio, lo que en definitiva demuestra que en forma consciente y desaprensiva incrementó el peligro y generó conscientemente la situación que culminó con la muerte, por eso debe responder en los términos del artículo 79 del Código Penal.”

En esa línea, indicó que la profesora Privato permitía que los niños de corta edad decidieran sí salían por la escalera de la pileta o continuaban nadando solos hacia la parte menos profunda, situación agravada según la querella, por el hecho de no ser observados y cuidados por la profesional. Con esto entendió contradecir la afirmación del tribunal en punto a que tanto está imputada como Kamenetzky confiaron en poder aventar el resultado.

Sumó en su crítica la circunstancia de que la imputada se encontrara dentro del agua en el momento del hecho, por lo que su visibilidad se veía disminuida. Planteó que el art. 31 de la ordenanza 41.718 establece la necesidad de una plataforma sobre elevada para asegurar la visibilidad de los bañistas. Expresó que la imputada al tomar noticia de lo sucedido, se limitó a llamar a la guardavidas en lugar de intentar el rescate.

Respecto justamente a Kamenetzky indicó que “Era quien en la ocasión actuaba como bañera. Su propia función demuestra la conciencia que tenía del riesgo que existe en una pileta de natación, y sin embargo, permitió en el caso concreto que se elevara el mismo, que se llevara a niños de 7, 8 y 9 años que no sabían nadar a la parte profunda de la pileta y dejó, en un momento dado, a Florencia, totalmente desprotegida, librada a su suerte, y el resultado fue su muerte.”. Sin embargo también sostuvo que “Existen algunos elementos que demuestran alguna surte de confianza o esmero por parte de esta imputada en evitar el resultado que se le había representado (ya que diariamente se sometía a niños de corta edad que no sabían nadar a esta elevación del riesgo) como son las manifestaciones de los testigos propuestos que dan cuenta de su obsesión por estar constantemente mirando el espejo del agua y dando vuelta alrededor de la pileta.”.

Finalmente solicitó la elevación del monto de la pena impuesta aún en el caso de que no se haga lugar al cambio de calificación solicitado, al máximo previsto por el art. 84 del C.P. -5 años de prisión y 10 de inhabilitación especial-.

Para el caso de Storchi consideró que debía tenerse en cuenta la naturaleza del hecho enrostrado, el riesgo criminal para la vida asumido como una política empresarial, destacado por el propio tribunal aunque no lo consideró un elemento agravante. Además señaló que le era fácil al imputado cumplir con las normas de seguridad y la omisión resulta de carácter especialmente grave, a lo que sumó que no sólo puso en peligro y terminó con la vida de Florencia, sino que también puso en riesgo la vida y seguridad de muchos usuarios.

Respecto a Giraldi sostuvo que sus hábitos laborales no pueden ser considerados como atenuantes como lo hizo el tribunal ya que de esta forma se fomenta y facilita aquellas políticas empresariales que ponen en riesgo a la población al desconocer los elementos de seguridad que deben tener estas actividades regladas. Además Giraldi y Privato sabían que Florencia no podía ser llevada a la parte profunda de la pileta y también sabían que se estaban mezclando grupos que tenían distintas categorías. En conclusión, en base a estas apreciaciones la querrela requirió la pena de trece años de prisión, accesorias legales y costas o, en su defecto, se eleve el monto de pena a cinco años de prisión y diez de inhabilitación especial.

Por otro lado, pidió que se condene a María Cecilia Privato a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas y en subsidio se eleve el monto de pena en cinco años de prisión y diez de inhabilitación especial.

Respecto de Giselle Vanesa Kamenetzky también solicitó la elevación de la pena en base a que tenía el rol de guardavidas y permitía que los niños fueran puestos en riesgo, a pesar de que tenía la autoridad suficiente para impedirlo. Por estos motivos, pidió que se la condene a la pena de doce años de prisión, accesorias legales, con el máximo de pena para desempeñarse en tareas de guardavidas, de lo contrario, se eleve el monto de la pena en cinco años y diez de inhabilitación especial.

(b) Por su parte, los fundamentos del recurso de casación interpuesto por la defensa de Fernando Storchi son cada uno en subsidio del precedente, es decir que si se hace lugar a uno de ellos, los que le siguen no deberían ser tratados por la Sala.

En primer lugar solicitó la nulidad absoluta del juicio y de la sentencia, pues la defensa sostuvo que se prescindió sin razón atendible del texto expreso de cantidad de normas jurídicas que prescriben que no puede haber juicio por un delito de acción pública si el Fiscal no requiere el enjuiciamiento del imputado y participa del juicio ejerciendo la acción penal contra él. La ausencia de ese factor en el presente caso constituye de acuerdo al recurrente, un caso de arbitrariedad (arts. 123, 404 y 456 inc. 2° del C.P.P.N.).

En ese sentido expuso que las normas que expresan que la acción penal será ejercida por el Ministerio Público Fiscal (MPF) son de carácter imperativo (arts. 5 y 65 del C.P.P.N.). Además la ley Orgánica del Ministerio Público, sancionada de conformidad con el art. 120 de la CN, establece que corresponde al MPF promover y ejercer la acción pública y asigna esta función ante los tribunales colegiados a un Fiscal General (arts. 37 inc. a y 38 inc. a), "...de modo que no basta que en un juicio esté presente un fiscal, sino que es necesario que su presencia obedezca al ejercicio de la acción penal pública ante el Tribunal Oral...".

Por otra parte, aludió que la interpretación del precedente "Santillán" de la CSJN, es errado en sentido de que "...la Corte jamás afirmó que un juicio por un presunto delito de acción pública pudiera llevarse adelante sólo con la intervención del querellante particular, sin la intervención del Fiscal en el juicio, en ejercicio de la acción, que es exactamente la situación que se produjo, respecto de mi defendido, en el presente caso."

En esa línea, adhirió a los argumentos del caso "Sotomayor" de esta Cámara, donde se sostuvo que no puede proseguir la investigación con la exclusiva intervención de la querrela impulsando la acción penal. En base a esas razones el recurrente consideró que el juicio bajo estudio fue nulo conforme lo establecido en el art. 167 inc. 2° del C.P.P.N.. A ello suma que, a su entender, no puede inferirse del voto del juez Maqueda ni de ningún otro voto de la sentencia del caso "Quiroga" surja una postura contraria a la nulidad planteada, así como tampoco la

invocación de ese precedente puede constituir un fundamento idóneo para su rechazo.

Abonó su posición con las razones explicadas por el Ministerio de Justicia sobre la incorporación del querellante en nuestro Código Procesal.

En segundo lugar, atacó la afirmación contenida en la sentencia sobre que el imputado Storchi habría omitido un deber de cuidado que le era atribuible por el deber de garante. El recurrente alegó que el querellante no describió el hecho ni la mecánica que llevó a la muerte, así como la omisión concreta que se le imputa a Storchi. De esta forma la falta de precisión sobre cuál habría sido la conducta salvadora impide determinar el curso causal.

Por otra parte, aduce que Storchi no tenía competencia en los ámbitos en los que se le imputan las faltas y que fue motivo de explicación al momento de la indagatoria. Al respecto consideró que no puede alegarse que hubo una infracción al deber de cuidado porque la ordenanza 41.718 no regía formalmente pues no estaba reglada. Agregó que tampoco puede afirmarse que haya relación de determinación entre el riesgo desaprobado y la muerte ocurrida.

Detalló que en la sentencia se fundó la responsabilidad de Storchi sobre la supuesta posición de garante por ser miembro del directorio de "All Boys 2000", la violación de la ordenanza 41.718 en relación a la falta de plataforma sobreelevada y dos guardavidas y en la creación de un riesgo no permitido que se concretó en el resultado, pues la realización de la conducta debida hubiera disminuido su riesgo de producción.

Criticó cada uno de esos aspectos explicando que la adjudicación del deber de garante, era absolutamente inmotivada puesto que no se tuvo en cuenta la división de tareas dentro de "Megatlón", sino meramente en forma objetiva la calidad de

director que ostentaba Storchi. Expuso que en la sentencia no se consideró la verdadera y real posibilidad de control sobre la fuente de peligro que tuvo su defendido como director de esa entidad. Precisó que en los hechos Fernando Storchi no era quien se ocupaba de la custodia de las piletas sino Julio Giraldi, Alberto Canavese y Luciana Miguez.

Además, interpretó que en dicha resolución tampoco se tomaron en cuenta los argumentos brindados sobre el principio de confianza. “En el alegato se planteó la vigencia del principio de confianza, según el cual, en el caso concreto: a) Storchi tenía derecho de confiar en que las personas que conformaban la organización de Megatlón actuarían conforme a derecho; b) aquél no tenía ningún motivo para sospechar que el resto de las personas que integraban la estructura de Megatlón no se comportaría conforme a derecho; c) por otra parte, no tenía obligación de verificar que las demás personas que conformaban la organización, se comportaran conforme a derecho; d) por todo lo anterior, no tenía un deber especial de vigilancia, ni de corroboración, ni de información.”

Así la defensa explicó que la red “Megatlón” estaba dirigida por un directorio de cuatro personas: Guido Miguez era el director operativo; Alberto Canavese era el gerente de deportes; Rubén González el encargado de la sucursal; Julio Giraldi era el coordinador de colonia y Mariano Rosemberg era coordinador de pileta.

Por otra parte, en relación al desarrollo de actividades en el natatorio, el recurrente alegó que se trata de una actividad no reglada, organizada libremente por los ciudadanos, incluso respecto a las potestades de control. En este sentido, destacó que la reglamentación sobre este tema era totalmente vaga en cuanto a qué tipo de recaudos se debía adoptar (cantidad de guardavidas y plataforma sobreelevada).

“Las reglas de cuidado vigente en la ciudad de Buenos Aires en materia de natatorios no se desprendían de las disposiciones de la ordenanza 41.718, sino

que emanaban de reglas técnicas uniformes y homogéneas, a nivel nacional e internacional, observadas en el caso concreto, que en conjunto generaban una situación de seguridad superior a la prevista por la ordenanza.”.

En efecto, el recurrente consideró que al momento del hecho había un riesgo menor al admitido por las reglas del arte, por ende no habría un incremento del riesgo reprochable a Storchi. Además destacó que no hubo concreción del riesgo en el resultado, lo cual afecta el principio de legalidad porque de esta forma un delito de resultado y de lesión se transforma en un delito de pura actividad y de peligro al renunciar a la relación entre la acción y el resultado, así lo que queda es una mera condición objetiva de punibilidad.

Sostuvo en su argumentación que también se vería afectado el principio de inocencia porque se admite la condena del imputado Storchi aún habiendo duda razonable sobre lo que habría ocurrido si se hubiera observado la conducta debida. En este sentido, la aseveración del tribunal en cuanto a que un segundo guardavidas habría ayudado a evitar el resultado, pasa por alto qué actitud habría adoptado el guardavida adicional, ya que por la organización de los ejercicios seguramente se habría quedado controlando la actividad de la pileta libre.

Por último atacó la falta de fundamentación de la pena, en cuanto a su duración y extensión. Al respecto, señaló que en la sentencia se dijo que la ordenanza 41.718 se encontraba vigente al momento del hecho, lo cual llevaría a admitir que entonces hubo un error de prohibición, circunstancia que no fue tomada en cuenta a pesar de tratarse de un factor que disminuiría la pena. Consideró en esa línea que la pena de cuatro años es desproporcionada porque es el mínimo admitido para un homicidio culposo múltiple. Al respecto mencionó entre los atenuantes que se pueden aplicar al caso, el hecho de no tener condenas, ser padre de familia y tener hábitos laborales.

(c) Por su lado, en su recurso de casación la defensa de Julio César Giraldi solicitó la nulidad del proceso, del trámite previo, del juicio oral y la sentencia, en función de lo dispuesto por el art. 456 inc. 2° del C.P.P.N. y la absolución de su defendido como una consecuencia de dichas nulidades.

Al respecto sostuvo que se trata de un proceso atípico porque se realizó al margen del C.P.P.N. y, en su lugar, se crearon las normas necesarias para llevarlo a cabo, lo que constituye un caso de arbitrariedad jurisdiccional y de afectación de la división de poderes conforme al cual la creación de leyes es potestad exclusiva y excluyente del Poder Legislativo. En este sentido adujo que “Constituye una premisa central, de nuestro sistema republicano, que el ejercicio de la competencia judicial supone la imposibilidad de “auto crearse” normas para “autorregular” su propia competencia.”.

Además, según el recurrente, no había elementos suficientes para llevar a su defendido a juicio. En esa línea, alegó que hubo dos órganos jurisdiccionales que legislaron, la Sala I de la Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional que facultó al querellante a acusar en forma autónoma y el juez de instrucción que elevó la causa a juicio en esas condiciones. En este sentido, la actuación del querellante prevista en nuestro Código se limita a la del querellante adhesivo, es decir que su actuación está condicionada a la del Ministerio Público Fiscal y la querrela no puede sustituirlo. A fin de fundar sus afirmaciones citó al Ministerio de Justicia que solicitó en su oportunidad, la introducción del querellante adhesivo a partir de la demanda promovida por los colegios de abogados.

Más tarde continuó diciendo: “En efecto, los arts. 346, 347 y 351 del CPPN imponen dos condiciones para la resolución de elevación a juicio: a) que el fiscal haya requerido esa elevación y, b) que haya existido oposición por parte de la defensa.”

“La exigencia de requerimiento fiscal es coherente con los fundamentos centrales de nuestro Código Procesal, ya que el CPPN otorga exclusivamente al Ministerio Fiscal la promoción y el ejercicio de la acción penal en delitos de acción pública. Ello surge del art. 5 del CPPN transcrito más arriba y del art. 65 del CPPN, que lo complementa, que dispone: ‘El ministerio fiscal promoverá y ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley’.”

En ese orden de ideas explicó que “Los arts. 5 del CPPN y 71 del CP representan la ‘oficialización y/o ‘estatización de la reacción punitiva, es decir, la decisión del Estado de prescindir de la voluntad de la víctima del hecho punible para ‘resolver los problemas que afloran cada vez que el Estado conoce acerca de la posibilidad de la existencia de un caso concreto que podría implicar una violación a una norma penal que excita la acción pública.’”. Luego citó a Winfried Hassemer y Muñoz Conde quienes señalan la neutralización de la víctima en el derecho penal que da lugar a la aparición de la acción penal pública.

Por otro lado, hizo hincapié en que para el querellante no rige el principio de legalidad procesal que sí rige para el MPF (art. 71 del C.P.) y, a diferencia del querellante, también le rige el principio de que la acción penal es irrenunciable e irretractable (art. 5 del C.P.P.N.).

En relación al fallo de la Sala I de la Cámara del Crimen sostuvo que la interpretación del precedente “Santillán” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue incorrecta puesto que en ese caso había habido requerimiento de elevación a juicio formulado por la Fiscalía y se autorizó al querellante a pedir una pena más elevada que la solicitada por el Fiscal.

En última instancia la defensa planteó que para el supuesto que no se hiciera lugar a lo peticionado, se convoque a plenario a fin de establecer el criterio a seguir sobre si corresponde o no la nulidad de la elevación a juicio de un sumario

cuando no existe requerimiento del Fiscal. Al respecto alegó que existen sentencia contradictorias en esta Cámara, las cuales serían “Baza s/recurso de casación e inconstitucionalidad” y “Sotomayor s/recurso de casación”.

En segundo lugar el recurrente sostuvo que hubo una inobservancia o errónea aplicación de la ley -art. 456 inc. 1° del C.P.P.N.- ya que en la sentencia habría errores jurídicos y dogmáticos. De esta forma cuestionó la falta de determinación de cuál sería la conducta adecuada que podría haber evitado el resultado; la incorrecta utilización del principio de confianza; la configuración del deber de cuidado en base a una ordenanza no reglada; la aplicación de los arts 40 y 41 del C.P.; la reconstrucción del hecho. Alegó por lo demás que la apreciación de la prueba fue arbitraria.

El recurrente explicó que en la sentencia se afirmó que la actividad de Giraldi como coordinador deportivo, consistía en organizar la colonia, las actividades recreativas y deportivas y supervisaba las actividades incluyendo la pileta. De esta forma se dedujo que, en virtud de la experiencia que el imputado tenía en la materia, habría podido prever que la falta de plataforma sobreelevada y de dos guardavidas incrementaba el riesgo de los niños en la pileta.

Criticó que en la sentencia se afirmara la vigencia de la ordenanza 41.718 al no ser necesaria su reglamentación para poder exigir su cumplimiento. En este sentido, la defensa consideró que el art. 3 de la ordenanza expresamente establecían lo contrario: “En contra de lo afirmado en la sentencia, se advierte claramente que la misma ordenanza establece la necesidad de reglamentación de sus lineamientos normativos. La necesidad de reglamentar el art. 31 surge tanto del art. 3 como del mismo art. 31 que establece que la autoridad es competente para especificar el número de guardavidas teniendo en cuenta la modalidad de funcionamiento de los diversos natatorios. Esta claro, entonces, que uno de los artículos que debía ser reglamentado era el art. 31, no sólo por la referencia que las mismas normas efectúan, sino por cuestiones fácticas: no es lo mismo una

pileta de tamaño hogareño (8 mts. x 4 mts.), que una pileta semiolímpica (25 mts. de largo), que una pileta olímpica (50 mts. de largo), o una megapiscina del tipo de las de 'Parque Norte' que superan los 4000 m² de lámina de agua (5 veces más grande que una pileta olímpica)."

Asimismo destacó que al momento del hecho había 32 bañistas al cuidado de una guardavidas y dos profesores. "La sentencia señala correctamente que en el grupo de Florencia, cuando se dirigían a la parte profunda, se respetaba estrictamente la regla del 'uno por uno', regla que exige que haya un sólo chico en el agua en la parte profunda bajo la atenta mirada del profesor de natación, en este caso la profesora Privato. Al analizar la situación de Cecilia Privato, la sentencia señala que su responsabilidad penal estriba en que, en algún momento del último ejercicio, la nombrada no respetó la regla del 'uno por uno', distracción que permitió el hundimiento y posterior deceso de la menor."

La defensa destacó que surge de la misma sentencia que en los diferentes niveles la distribución de aseguramiento era adecuada -11 por cada grupo-, éstos tenían una capacidad natatoria razonable y los ejercicios no era torturantes sino acordes a las capacidades del grupo, pues el de Privato se regía por la regla del "uno por uno". Sin embargo, destacó el recurrente que estas cuestiones no fueron tenidas en cuenta y que se afirmó en el fallo que su defendido no hubiera elevado el riesgo si hubiera organizado el natatorio con 210 bañistas y dos guardavidas, pero sí lo hizo al disponer 32 bañistas y un guardavidas con dos profesionales (esta conclusión la extrae el recurrente a partir del art. 5 de la ordenanza 41.718 de lo cual surgiría que la pileta de "All Boys" podía ser ocupada por hasta 210 bañistas, dato extraído a través del cálculo denominado "factor de ocupación").

En síntesis, aseguró que de la lectura de la sentencia no queda en claro si elevó o no el riesgo, además se debe tener en cuenta que el plan municipal requiere un sólo guardavidas y hay varios criterios para establecer la cantidad de guardavidas

en cada caso y quien se encargaba de ello en el club era Canavese. A ello también sumó que la Dirección General de Fiscalización y Control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no objetó el funcionamiento de la pileta, a pesar de todas las inspecciones realizadas.

Desde otra perspectiva, entendió que en la sentencia no se había establecido la relación entre la muerte de la menor y la ausencia de otro guardavidas o de la plataforma sobreelevada. Al respecto interpretó que la responsabilidad de la imputada Privato al apartarse de la regla del “uno por uno”, demuestra que no hubo un problema en la organización sino en la ejecución del plan diseñado por Giraldi, respecto de lo cual opera el principio de confianza.

Finalmente cuestionó el monto de la pena porque, según alegó, no existe ninguna base sobre la cual sustentar un juicio favorable a la aplicación efectiva de una pena privativa de la libertad. En este sentido destacó que su defendido carece de antecedentes, resultaba aplicable al caso el art. 26 del C.P. y que en el supuesto que este tribunal confirme la condena, debería limitar los contenidos de la misma referidos a la inhabilitación dispuesta para desempeñarse como profesor de educación física y/o coordinador de actividades deportivas, al solo hecho de las actividades natatorias. Concluyó que las penas conjuntas previstas por la ley deberán fijarse conforme a las pautas del art. 41 del C.P.

(d) La defensa de María Cecilia Privato interpuso recurso de casación por el art. 456 inc. 1° y 2° del C.P.P.N., solicitó la inconstitucionalidad del art. 459 inc. 2° del C.P.P.N. e hizo reserva del caso federal por entender que se encontraban comprometidas garantías constitucionales.

El recurrente sostuvo que hubo error in iudicando puesto que fue arbitraria la definición que brindó el tribunal sobre el alcance del deber de cuidado. Precisó que se extendió la responsabilidad de Privato más allá del momento en que los niños

salían de la pileta, en lugar de considerar que ese deber quedaba saldado con que la profesora se cerciorara que los niños llegaran a tomarse del borde de la pileta.

Sobre el particular, entendió que la decisión del tribunal fue arbitraria porque se descartaron testimonios de profesores de natación aportados por esa defensa, lo cual es improcedente tratándose de una actividad no reglada. Además, entendió que las partes dieron argumentos distintos en sus alegatos, en relación a los hechos. Sostuvo que el abogado patrocinante de la querrela y el padre de la víctima no concordaron sobre en qué ejercicio ocurrió la muerte. Mientras el padre afirmó que fue en el primero de aquellos, el abogado habló del ejercicio en triángulo. Agregó que también discutieron si la profesora se encontraba dentro o fuera de la pileta cuando realizaba dicho ejercicio. En cambio, la fiscalía mantuvo una versión abierta sobre los sucesos.

En su argumentación se centró en lo referente a si Florencia habría llegado o no a alcanzar el borde de la pileta, sosteniendo que de acuerdo a los testimonios brindados en sede judicial y de las personas mayores que se encontraban presentes al momento del hecho, la menor fue sacada del fondo de la piscina, justo debajo de la escalera. Los relatos de los compañeros indicaron por el contrario haberla visto agarrada del borde de la escalera y Micaela Pedemonte (fs. 116 vta.) dijo que creía haberla visto subiendo por la escalera pero, en determinado momento le habría pasado algo y se volvió a caer al agua.

A entender del recurrente, la afirmación de que Florencia no llegó al borde de la escalera carecería de sustento lógico, agregando que tampoco se controvertió que se tratara de un “ahogado silencioso”, en cuyo caso no hay forma de que alguien se diera cuenta de que la víctima se estaba ahogando.

Desde ese ángulo, alegó que hubo error in procedendo en base a lo que definió como graves inconsistencias y omisiones del tribunal al momento de valorar la

prueba. Entendió que se eligieron en forma caprichosa las declaraciones, reduciéndose solo a las que señalaban la responsabilidad de su defendida, concluyendo así que se habría violado el principio in dubio pro reo.

Igualmente arbitrarias por falta de motivación consideró a las nulidades dictadas por el tribunal respecto de las declaraciones tomadas en primera instancia a fs. 83, 89/90 y 116. El agravio relacionado con este punto tiene que ver con que esas declaraciones se tomaron ni bien ocurrido el hecho, y que luego pasó mucho tiempo, ya que los niños que antes tenían 8 o 9 años al momento del debate tenían 14 o 15 y ya no recuerdan lo sucedido.

En punto a sí Florencia sabía o no nadar, la defensa remarcó que sabía flotar y trasladarse en el agua sin un estilo determinado, pero podía desplazarse, al igual que el resto de sus compañeros en ese nivel. De hecho recordó que los padres de la niña reconocieron que sabía flotar en diferentes posiciones y nadar estilo “perrito”, además de haber concurrido a diferentes piletas. Los testimonios de los demás niños y del otro profesor presente en el momento del hecho indican a su entender que Florencia sabía flotar y que no tenía miedo de ingresar a la piletta.

En otro orden de ideas, agregó que el hecho de que la madre de la menor hubiera solicitado a la profesora Privato que no llevara a su hija a la parte profunda de la piletta no puede generarle a ésta una responsabilidad extra en sus funciones.

Desde esa consideración se hizo cargo del tema de la cantidad de niños que ingresaban a la piletta al mismo tiempo. Puntualizó que el tribunal había sostenido que Privato reconoció que dos de los menores se fueron nadando a la parte baja por su cuenta, mientras otro ingresaba a la piletta. Sin embargo aclaró que en la indagatoria de la imputada ella dijo que esos niños habían desobedecido la consigna y que los otros profesores estaban avisados, motivo por el cual considera que la valoración que hizo el fallo sobre el relato de la imputada fue arbitraria.

Por eso afirmó que no se atendió a la duda razonable al desconocerse qué fue lo que le ocurrió exactamente a Florencia. En este sentido destacó que es imposible afirmar, como lo hace el tribunal, que Florencia no llegó a la escalera en el último ejercicio y que los niños de su grupo se tiraban al agua ni bien el anterior alcanzaba a la profesora Privato. Sin embargo criticó que se aseveraran esos extremos de forma arbitraria y caprichosa, fundándose en una valoración parcializada e incorrecta de la prueba producida en el debate.

Finalmente, respecto al monto de la pena, la defensa la consideró excesiva en base a al buen informe socioambiental de la imputada y que es el sostén de su familia.

(e) En el recurso presentado por la defensa de Giselle Vanesa Kamenetzky se hicieron varios planteos. En primer lugar se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 459 inc. 2° del C.P.P.N. a lo que el tribunal hizo lugar al momento de concederlo.

En segundo lugar, la defensa entendió que se habría vulnerado el art. 404 inc. 2° y 123 del C.P.P.N. puesto que habría un problema de concordancia en la argumentación de la sentencia, al afirmar que era necesario que en el lugar hubiera dos guardavidas por tratarse de dos piletas y al mismo tiempo sostener la responsabilidad de su defendida. Precisó que si se asevera como hizo el fallo, que el imputado Storchi era responsable en su calidad de presidente de "All Boys", del control de la piletta, así como del cumplimiento de la ordenanza 41.718, en cuanto a la cantidad de guardavidas y la plataforma sobreelevada; entonces no se podría afirmar que un comportamiento diferente de parte de la guardavidas Kamenetzky podría haber evitado el resultado. Para esa conclusión tuvo en cuenta que en la sentencia se indicó que fue la falta de determinados recaudos por parte de la concesionaria el factor determinante en la producción del hecho. En consecuencia,

el recurrente consideró que el fallo era arbitrario y afectó el principio de igualdad, defensa en juicio y debido proceso.

Por otro lado, agregó que la imputada no podía estar circulando todo el tiempo por las piletas y contemporáneamente estar en un punto fijo controlando la situación, dado que ambas cosas son incompatibles.

En otro orden de reflexiones, destacó que habría una errónea aplicación de la ley sustantiva, puesto que aún permanece una duda que no ha sido evacuada, en relación a si la víctima estaba conciente o no al momento del hecho. Al respecto, señaló que si bien la comprobación del estado de conciencia no modifica la causa de la muerte, sí altera el análisis de la culpa en virtud de que no es lo mismo para un guardavidas detectar el hundimiento de una persona conciente que de otra inconsciente. Además alegó que el tribunal no brindó una razón fáctica o jurídica por la cual no tendría relevancia el posible estado de inconsciencia de la víctima. Sobre este tema argumentó que la evaluación de la prueba debe hacerse de acuerdo al principio in dubio pro reo.

Solicitó además la nulidad de las grabaciones de testimonios prestados por menores sin que se diera previa intervención a la defensa, ni se hubiera informado al tribunal, lo que conculcó su derecho de controlar la prueba.

3º) Que el Sr. Fiscal General fue notificado ante esta Cámara, Dr. Ricardo Gustavo Weschler, en los términos del art. 453 del C.P.P.N. (Fs. 5232 vta.) y que se dejó debida constancia de que se llevó a cabo la etapa prevista en el art. 468 del mismo Código.

En la audiencia la querella desistió del agravio relacionado con el tipo de imputación subjetiva escogido en la condena respecto de la muerte de la menor. Así expresó que se conformaba con la atribución “culposa” del hecho, no sosteniendo la pretensión de que fuera a título de dolo eventual.

Por eso precisó que sólo se “disconforma” por la mensuración de la pena impuesta a los condenados.

- II -

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que los recursos de casación interpuestos por las defensas con remisión a lo normado en el art. 456 incs.1 y 2° del Código Procesal Penal de la Nación son formalmente admisibles, toda vez que del estudio de las cuestiones sometidas a inspección jurisdiccional surge que los recurrentes invocaron la errónea aplicación de la ley procesal y sustantiva. En lo restante, los agravios remiten al examen establecido por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos 328:3399 que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay) dentro del fallo, sin que esto implique una consideración global de oficio de la sentencia. Por lo demás, el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del citado Código.

Cabe tener por desistido el recurso de casación de la querrela sólo respecto al agravio relativo al aspecto subjetivo del delito endilgado -en razón del desistimiento expresado en la audiencia ante esta Cámara-.

El resto del recurso resulta procedente en razón del contenido del agravio traído en consideración. Ello, sin perjuicio de que el planteo de nulidad relacionado con la extemporaneidad del mantenimiento del mismo, concretado por las defensas, y de su legitimación para actuar en el debate oral, se analizará oportunamente.

Para atender adecuadamente a los agravios de las partes es necesario realizar una descripción sobre los acontecimientos asumidos en el fallo que se encuentra bajo estudio de esta Sala y que constituyeron el objeto de reproche de los imputados Fernando Martín Storchi, Julio César Giraldi, Giselle Vanesa Kamenetzky y María Cecilia Privato.

El 12 de febrero del 2001 Florencia Möller Rombolá, de 9 años de edad, realizaba ejercicios de natación en la pileta del Club “All Boys”, ubicado en Alvarez Jonte 4180 de esta ciudad, entidad que fue cedida a “All Boys 2000 S.A.”. En concreto, el ejercicio en el cual Florencia perdió la vida consistía en introducirse en la parte profunda de la piscina y desplazarse hacia donde se encontraba la profesora Privato, es decir 3 o 4 metros. Una vez que llegaba a ella se debía dirigir hacia la escalera que se encontraba a 1,40 metros de profundidad y así salir de la pileta. En esas circunstancias la niña se hundió y permaneció sumergida, cerca de la escalera, entre 3 y 10 minutos, lo que determinó que aspirara una cantidad de agua que le produjo la muerte.

Dos de los condenados en el fallo –Storchi y Giraldi- fueron llevados a la instancia del debate oral y público en virtud de la mera existencia de un requerimiento de elevación a juicio realizado por la parte querellante. Los representantes del Ministerio Público, por el contrario, se opusieron tanto en primera instancia como ante la Cámara de Apelaciones a mantener la acción penal contra estos. En el caso de las imputadas Privato y Kamenetzky, la parte querellante y la fiscalía dirigieron formal acusación a su respecto. Sin embargo, mientras el acusador particular en todos los casos propició la responsabilidad por el delito de homicidio doloso, el representante del Ministerio Público dedujo acusación por la muerte bajo imputación subjetiva imprudente. Este título de atribución fue el finalmente escogido en la sentencia para condenar a los ya nombrados.

Para alcanzar esa convicción el tribunal de juicio entendió básicamente que existían las siguientes competencias:

* La responsabilidad penal de Fernando Martín Storchi estuvo fundada en el fallo en virtud de su función de presidente de la empresa “All Boys 2000 S.A.”, interpretando el a quo que esta posición lo colocaba en el deber de controlar una fuente de peligro que operaba en su ámbito de dominio, como era una piscina de natación.

Así se afirmó que: “En efecto, Storchi incumplió las normas de seguridad contempladas en la ordenanza municipal nro. 41.718 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ‘Normas para la habilitación y funcionamiento de los natatorios’, publicada en el Boletín Municipal nro. 17.954 del 21/01/1987, específicamente el artículo 31, que exige durante las horas de funcionamiento de una pileta la presencia en el recinto de dos personas con título de guardavidas, y la plataforma sobreelevada que asegure la clara visualización de los bañistas. Al respecto, ha quedado demostrado que al momento que se produjo el hecho aquí tratado solo estaba presente en la pileta una guardavidas, Giselle Vanesa Kamenetzky, y no se contaba en el natatorio con la referida plataforma sobreelevada.”.

* A Julio César Giraldi se lo encontró responsable por la muerte de la menor en virtud de que era el coordinador de deportes de “Megatlón- All Boys”, motivo por el cual la sentencia consideró que tenía el deber de control de la fuente de peligro mencionada. En este sentido, se le atribuyó también haber infringido la normativa en cuanto a la seguridad del natatorio, lo que originó un peligro mayor que el permitido y se concretó en el resultado.

* Finalmente, el fallo indicó que “También cabe atribuir dicho óbito a María Cecilia Privato y Giselle Vanesa Kamenetzky, la primera profesora de la colonia de vacaciones y la segunda en ejercicio del rol de guardavidas (según el folleto

mencionado), al infringir el deber objetivo de cuidado que cada una de ellas debía observar en forma individual: al no prestar a la niña que tenían bajo su protección la debida atención, que demandaba sus condiciones de garante, incrementaron el riesgo existente, que desembocó en el resultado acaecido todo lo cual era previsible para ambas”.

- IV -

La naturaleza de los agravios presentados por las partes y las consecuencias jurídicas de esos planteos con relación a la integridad del fallo cuestionado, determinarán el orden de su tratamiento. En esa línea entonces cabe iniciar el análisis por la crítica de las defensas de los imputados Storchi y Giraldi relativas a la legitimación de la parte querellante para dirigir la acción penal de manera absolutamente autónoma respecto de la pretensión de la Fiscalía.

Así, la defensa particular de Fernando Martín Storchi requirió la nulidad del debate y la sentencia en términos semejantes a los expresados por la asistencia letrada de Julio César Giraldi -con excepción de su pedido subsidiario de convocatoria a plenario-. En lo sustancial, en los respectivos recursos de casación y durante la audiencia ante esta Sala, se expuso que el hecho de que el juicio se hubiera llevado a cabo respecto de ambos imputados sin requerimiento de elevación a juicio del Fiscal y con la única acusación presentada por la querella, constituía un vicio provocador de nulidad en virtud de que el Código Procesal Penal contiene normas de carácter absoluto que establecen lo contrario. Asimismo, se alegó que la Sala I de la Cámara de Crimen había legislado en ese sentido violando la división de poderes, al interpretar erróneamente el fallo “Santillán” (Fallos 321:2021) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y permitir que siguiera adelante el juicio con la acusación independiente de la querella.

A fin de evaluar esos cuestionamientos se hace necesario recordar el curso conflictivo seguido por este proceso. El caso bajo estudio se inició por prevención

policial con la debida comunicación a la fiscalía, lo cual permite prescindir del requerimiento fiscal del art. 188 del CPPN. Luego cuando el juez instructor dispuso el sobreseimiento de los imputados Storchi, Bugallo y Giraldi (fs. 675/725), el fiscal apeló porque entendió que aún no se había profundizado la investigación respecto a la idoneidad de Kamentzky y Privato, la ausencia de elementos para la asistencia médica y la cantidad de niños que estaban a cargo de la profesora y la guardavidas. A su criterio, esas cuestiones podrían eventualmente determinar la responsabilidad penal de aquellos (cfr. fs. 746/747).

Sobre esos presupuestos, la causa fue analizada por la Sala I de la Cámara del Crimen, la cual resolvió confirmar el procesamiento de Privato y Kamenetzky y revocar el sobreseimiento de Storchi, Bugallo y Giraldi, a fin de que se ahondara respecto a la existencia de títulos habilitantes e idoneidad del personal a cargo (fs.2127/2128).

A fs. 2245/2256 se dispuso el procesamiento de Giraldi y la falta de mérito de Storchi y Bugallo. Luego, la Sala I confirmó la primera medida pero revocó la falta de mérito y resolvió el procesamiento de los otros dos. Como consecuencia de esa decisión los tres imputados quedaron procesados. Sin embargo, al momento de correr la vista que determina el art. 346 del CPPN, el Fiscal sólo requirió la elevación a juicio de Privato y Kamentzky y solicitó el sobreseimiento respecto de Storchi, Bugallo y Giraldi, en base a que el incumplimiento de la ordenanza 41.718 no habría influido sobre el resultado mortal padecido por la menor (cfr. fs. 2596/2605).

En virtud de ese dictamen se elevó la causa en consulta (fs. 2622). En una primera oportunidad, la Sala I de la Cámara del Crimen declaró la nulidad por falta de fundamentación del decisorio de la juez de instrucción que disponía la medida. La consulta volvió entonces a ser requerida, disponiéndose por mayoría el apartamiento del fiscal con la disidencia del juez Donna quien ya se había

manifestado en favor de la inconstitucionalidad de ese sistema. Finalmente, el Fiscal de Cámara Joaquín Gaset, solicitó la nulidad de lo dispuesto. Por ende la Sala I de aquél tribunal de alzada dio tratamiento al planteo por tratarse de la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 348 del C.P.P.N.

En ese momento –fs.2657/2672- y con otra integración el juez Bruzzone sostuvo que debía declararse la inconstitucionalidad de la norma en cuestión en virtud de la separación de los órganos jurisdiccional y del Ministerio Público Fiscal, de acuerdo a lo establecido en la Constitución Nacional. Sin embargo, por mayoría aunque con argumentaciones parcialmente diferenciadas –votos de los jueces Bruzzone y Elbert- se entendió que a partir del fallo “Santillán” de la Corte Suprema era posible la actuación en “solitario” de la querrela al punto “de impulsar el proceso hasta el dictado de una sentencia condenatoria”. Por el contrario, en su voto, el juez Donna sostuvo que “sin requerimiento fiscal no hay proceso válido”.

Por ende en este proceso, el impulso de la acción penal por parte de su titular en los delitos de acción pública alcanzó el requerimiento de elevación a juicio sólo por dos de los imputados -Privato y Kamentzky-. En lo restante aquel solicitó el sobreseimiento respecto de los otros tres -Storchi, Bugallo y Giraldi-, cuya elevación a juicio fue reclamada solamente por la querrela que actuó desde las instancias antes individualizadas y en relación con aquellos, de manera absolutamente autónoma respecto del Fiscal.

El accidentado desarrollo de esta causa, que deja ver la reseña antes practicada, es consecuencia de la desarticulación del proceso penal aplicable al caso, que ha afectado las bases fundamentales de un orden codificado. Esto es, de sus presupuestos teleológicos, su sistematicidad y por tanto su coherencia y consistencia. La concurrencia a través de diversas modificaciones e interpretaciones de elementos que responden a sistemas diferentes y hasta contradictorios entre si, dentro de una pretendida mixtura del procedimiento y la obvia falta de una identidad o al menos una tendencia definida sobre institutos

procesales básicos –vgr. querrela-, ha llevado a situaciones como las aquí planteadas, dentro de un suceso trágico –como es la muerte de una menor- que ha irrogado una duración desmesurada con afectación de todas las partes implicadas en el caso.

La función jurisdiccional puede orientar el desarrollo del proceso de acuerdo a los requerimientos constitucionales ante inconsistencias normativas, sobre todo a través del control negativo de algunas de sus instituciones; es decir, censurando aquellas previsiones del código que entren en colisión con la normativa fundamental. Sobre ese particular, la Corte ha declarado la inconstitucionalidad de la consulta prevista en el art. 348 del CPPN, que abarca dos hipótesis diferentes, esto es, tanto la del primero como del segundo párrafo (Cfr. Caso “Quiroga”, Fallos 327:5863 y “Mattio”, Fallos 327:5959).

Ronald Dworkin ha mostrado la importancia de la integridad en la constitución de un orden jurídico real, es decir, dinámico y dispuesto a resolver los casos difíciles en un sentido coherente con el marco axiológico que rige el funcionamiento judicial. En esa línea hay que distinguir entre la integridad en la legislación y la integridad en la adjudicación. En este último supuesto, los jueces deben tratar el sistema de normas públicas como si se respetara y expresara un grupo coherente de principios. La integridad requiere así que las normas públicas sean hechas como si fueran la expresión de un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta. Por eso, una institución que acepta este principio puede alejarse en ocasiones de ciertos presupuestos para ir en búsqueda de la fidelidad a los principios concebidos como lo más importante del sistema (Law's Empire, cap. VI).

Sin embargo, no siempre es posible a través de una actuación positiva o progresiva, desenvuelta merced a criterios de integración interpretativa, establecer mecanismos que en realidad dependen de manera exclusiva de la labor del

legislador. La propia Corte tiene indicado que “el poder judicial es órgano de interpretación y aplicación de la ley, no de su derogación o reforma” (Fallos: 234:310) y que además, “el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces... no llega hasta la facultad de instituir la ley misma” ya que “éstos no pueden proceder, a sabiendas, con prescindencia de su carácter de órganos de aplicación del derecho vigente, ni atribuirse... facultades legislativas de que carecen” (Fallos: 234:82). Esto guarda relación con la estructura de poder que rige nuestra República pues de arrogarse el juez la facultad de modificar a sabiendas la ley, se incurre en violación del principio de división de poderes, fundamental en nuestro sistema republicano de gobierno (Fallos: 234:310).

En lo restante, la actividad jurisdiccional juega un rol significativo en la integración, al menos axiológica, del sistema. Por eso lo primero a lo que corresponde atender es si la Constitución Nacional ha discernido un derecho a querellar por parte de las víctimas de delitos de acción pública. Lo segundo remite a verificar si esa cuestión aparece definida en la estructura básica del CPPN expresada a través de los enunciados de sus normas y la consiguiente búsqueda de sistematicidad entre estas. Luego, en virtud de las deficiencias ya apuntadas, es necesario analizar las orientaciones de la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

En esa línea cabe evaluar los criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diferentes precedentes –no siempre concordantes y definitorios–, de todos modos, no establecen ni podrían lograrlo, el funcionamiento pleno de lo que es atributo de un sistema codificado. Si bien las decisiones de la Corte Suprema no obligan sino en el caso en que fueron dictadas, de manera que los tribunales inferiores pueden apartarse de su doctrina sin agravio constitucional (Fallos: 302:748; 307:207 y 308:1575 entre otros), el Alto Tribunal ha señalado reiteradamente el deber que tienen las instancias ordinarias de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares (Fallos: 307:1094; 312:2007; 316:221; 318:2060;319:699; 321:2294). Esto se sustenta tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las

leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (Fallos: 25:364; 212:51 y 160; 256:208; 303:1769; 311:1644 y 2004; 318:2103; 320:1660; 321:3201 y sus citas).

Empero, esa doctrina no ha importado privar a los magistrados de la facultad de apreciar con criterio propio las resoluciones de la Corte e incluso apartarse de ellas cuando mediaran motivos valederos para hacerlo, siempre que esto hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas (Fallos: 262:101; 302:748; 304:898 y 1459; 307:2124; 312:2007; 321:3201, entre otros). La razón de esa facultad reside en que es atributo de los jueces ordinarios de la causa ponderar los hechos, establecer el derecho aplicable y -en su caso- subsumir la solución del debate al precedente dictado en cuestiones similares. La libertad de juicio de los magistrados en el ejercicio de sus funciones es tan incuestionable como la autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones (Fallos: 212:51, 160 y 251; 321:2114).

La situación ahora planteada no encuentra definición concreta en ninguno de los precedentes de los fallos de la Corte Suprema que han sido mencionados durante este proceso. Sin embargo, de algunos de los criterios establecidos en esas decisiones es posible extraer ciertos estándares que cabe aplicar al análisis en desarrollo. Otro tanto ocurre con la posición adoptada por el suscripto en causas donde se debatió la legitimación del acusador particular para actuar en los supuestos de delitos de acción pública que, sin ser idénticas al tema de este expediente, brindan orientaciones materiales para su solución.

Sobre la cuestión tengo dicho básicamente que la admisión del querellante particular en ese tipo de ilícitos -acción pública- es cuestión librada a las leyes

procesales respectivas, y su exclusión no compromete principio constitucional alguno (Fallos: 252:195, y sus citas) (Cfr. Causa n°8184, “Rodríguez Guitan s/recurso de casación”, rta. 1/07/08, reg. N°12.074). Desde esa perspectiva, ésta Sala ha recordado que desde antiguo la Corte Suprema ha indicado que la facultad reconocida por la ley a los particulares de hacerse parte querellante en esos delitos no opera como si fuera un derecho de propiedad en el sentido de la ley civil, sino que se trata de una mera concesión de la ley susceptible de ser suprimida en todo tiempo (Fallos: 143:5; y 299:177). Así, el querellante no tiene un derecho constitucional para intervenir en la causa criminal como tal, ni a obtener la condena penal de terceros (Fallos: 143: 5; 252:195 y sus citas.). En virtud de esto su admisión en el sistema procesal que disciplina la investigación de los delitos de acción pública es tema que resulta competencia de las leyes respectivas y su exclusión, por ende, no altera principios constitucionales (Fallos: 252:195, y sus citas; también cfr. autos de esta Sala, “Menéndez, Luciano Benjamín s/ recurso de casación”, causa N° 9513, rta. el 16 de junio de 2009, reg. N° 14.662, “Acosta, Jorge Eduardo s/ recurso de queja”, causa N° 10.939, rta. el 25 de junio de 2009, reg. N° 14.754, entre otros).

A partir de estos presupuestos queda en evidencia que la actividad del particular ofendido dentro del proceso penal no posee un fundamento en la constitución histórica y por lo tanto debe ser regulada de acuerdo con las finalidades sistemáticas que le otorgue la ley ordinaria. La cuestión remite a considerar si esos aspectos se han mantenido con igual significado jurídico a partir de la relevante integración de diversos instrumentos internacionales en el ordenamiento normativo. En ese punto, también he señalado en otros precedentes que el tema no se ha visto modificado por la incorporación al orden interno con jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la C.N.).

Al respecto, la Sala entendió que si bien en esa normativa se establece el derecho a acceder a un recurso judicial efectivo que ampare contra todo acto de agentes

del Estado o de particulares que violen sus derechos reconocidos por esos instrumentos, por la constitución o por la ley (arts. 8 DUDH, 25 CADH, 2.3 PIDCP), no existen indicadores de que el recurso al que aluden esos preceptos resulte equivalente a un derecho de acusación privada por quien resulta víctima de un delito.

Por eso se ha establecido, de contrario a lo sostenido por la querrela en la audiencia ante esta Sala, que incluso la jurisprudencia de los órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos de derechos humanos no han concluido hasta el momento en la existencia de un derecho autónomo de las víctimas, que encuentre fundamento en esa normativa, para perseguir por sí y obtener la condena de los delitos que los afectan. Tomando en cuenta la implicancia de la noción de “en las condiciones de su vigencia” que regula la consideración de esos instrumentos jurídicos, este punto se presenta como sustancial.

El artículo 25.1 de la Convención dispone que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Al respecto la conclusión alcanzada por la CIDH a partir de esa normativa es que “el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”, recordando sobre esos puntos el caso “Masacre de Mapiripán”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134,

párr. 237 y el caso de la “Comunidad Moiwana”, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 203.

Asimismo, la Corte IDH ha señalado que “la investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales” (Caso de la “Masacre de Pueblo Bello,” Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 143).

En lo que aquí interesa, precisó en punto a las víctimas o sus allegados que “el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. Indicó además, que esta actividad “...debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”. Por eso entendió que “...el derecho de los familiares de la víctima... representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance”(Cfr. Caso “Almonacid Arellano” párrafos 177 y 181 y Caso “Bámaca Velásquez”, Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 201, entre otros).

Justamente, en referencia a lo que aquí se viene planteando, la Corte IDH expresó en el precedente “Almonacid Arellano” que el Estado debe asegurar que los familiares o representantes de las víctimas “tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con

la ley interna y las normas de la Convención Americana”, reafirmando lo dicho en los casos “Montero Aranguren y otros”, párrafo 139; “Baldeón García”, párr. 199, y “Blanco Romero y otros” (Sentencia del 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138, párrafo 97).

Por eso puede sostenerse que ni la Comisión ni la Corte IDH ha establecido que los arts. 8 y 25 CADH determinan un derecho para cualquier persona a formular autónomamente acusación con el fin de lograr la condena por un delito. En ese orden esta Sala ha recordado que la Comisión IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse con relación a las facultades del querellante y ha declarado que el acceso a la jurisdicción por parte de la víctima de un delito, sólo en los sistemas que lo autorizan, deviene un derecho fundamental del ciudadano (Comisión IDH, informe 28/92, caso 10.147, “Herrera, Alicia Consuelo”, parágrafos 33 y 34).

Esto ha sido puesto en evidencia, incluso respecto del ordenamiento procesal nacional, en el precedente de la Corte IDH “Bulacio vs. Argentina” (Serie C, N° 100) pues como ha sido mencionado en otros casos por esta Sala, la sentencia citada no incluye un pronunciamiento sobre el derecho a querellar –que tampoco sostuvo la Comisión-. Si estableció en esa línea que “Los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana” (parágrafo 21).

De esa forma cabe concluir que tanto desde la normativa constitucional como de su consideración a partir de la axiología emergente de los instrumentos internacionales de derechos humanos en su actual interpretación, la legitimación procesal para la actuación del particular ofendido en los delitos de acción pública exige un estudio de la legislación ordinaria.

Lo expresado determina entonces que se atienda a la estructura del CPPN en este tema y, por lo dicho más arriba, a la tarea de integración concretada hasta el presente por la Corte Suprema sobre la cuestión. En especial, lo que cabe resolver en estos recursos es si la víctima o sus representantes –los particulares– poseen legitimación para actuar de manera autónoma en los delitos de acción pública con respecto al titular oficial de la acción. En este caso especial, esto definirá si es posible que la querrela pudiera avanzar en el requerimiento de elevación a juicio con independencia del pedido de sobreseimiento formulado por los fiscales de ambas instancias en la etapa de instrucción y, a partir de ello, si ha resultado válida la realización del juicio oral y público en esas condiciones y la condena consecuente a la que arribo el tribunal a quo.

El art. 82 del CPPN establece que toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante. Sí se trata de un incapaz actuará por él su representante legal y sí el delito causó la muerte del ofendido, ese derecho podrá ser ejercido por su cónyuge, sus padres –tal el caso de la presente causa–, sus hijos o el último representante legal. Sin embargo, el presupuesto fundamental en este aspecto reside en la titularidad del ejercicio de la acción y no caben dudas en punto a que este ejercicio le está reservado al Ministerio Público en virtud de las disposiciones del art. 5 CPPN. En esa línea, se ha indicado justamente que “una de las actividades más específicas de su función, cual es la de promover la acción penal pública” (Fallos 328:3271, voto de la juez Argibay).

Esto resulta congruente con la normativa que disciplina el inicio del procedimiento ya que el art. 195 del CPPN dispone dos modos: requerimiento fiscal o, como en este caso concreto, prevención policial. La primera consecuencia de esto es que la querrela no tiene un derecho autónomo para ser el iniciador del procedimiento en estos casos, pues sus pretensiones quedan vinculadas a la existencia de un requerimiento fiscal. En esa línea, el representante del Ministerio Público puede,

obviamente, pedir la desestimación de la denuncia, respecto de lo cual, el particular goza de una instancia de revisión.

El art. 180 del CPPN, en su último párrafo establece que “la resolución que disponga la desestimación de la denuncia o su remisión a otra jurisdicción, será apelable, aún por quien pretendía ser tenido por parte querellante”. En esa perspectiva he sostenido que de conformidad con la normativa aludida, el particular se halla legitimado para apelar y la Cámara de Apelaciones debe entender en ese recurso ejerciendo su jurisdicción; y a ello no obsta, que el Ministerio Público hubiese propiciado en la oportunidad del art. 180, segundo párrafo, del CPPN, la desestimación de las actuaciones.

Sobre el tema he descartado la alternativa que postula que el pretense querellante tendría derecho a recurso de apelación, en virtud del art. 180 in fine del CPPN, sólo cuando la instrucción hubiese sido requerida previamente por el agente fiscal, pues esto no se compeadece con una interpretación sistemática del código procesal.

Ello es así, ya que el art. 195 in fine del CPPN contempla aquella posibilidad, y resulta incongruente sostener que el legislador haya previsto en dos oportunidades (art. 180 in fine y 195 in fine del CPPN), una misma cuestión. Para ello he atendido a que “la inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se suponen y por ende, se reconoce como principio que las leyes han de interpretarse siempre evitando conferirles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que la concilie y deje a todas con valor y efecto” (Fallos: 300:1080; 315:727; 310:195 y 320:1090 y 1962, entre muchos otros). Por lo tanto, es dable afirmar que, en verdad, en ambas normas se han previsto soluciones para distintas hipótesis (Causa “Rodríguez Guitan” ya citada).

Así lo ha puesto de manifiesto esta Sala aunque con otra integración, al señalar que “la intención del legislador ha sido destacar dos momentos diferentes del proceso, previéndolos en dos artículos separados, esto es, por un lado la apertura o no del proceso penal cuando no media promoción de la acción penal por parte del órgano encargado de hacerlo, Ministerio Público Fiscal (art. 180 del código adjetivo) -etapa previa en la cual se encuentran las presentes actuaciones- y, por otro lado, una vez promovida la acción penal, es decir, abierto el proceso, cuando el juez decide rechazar el requerimiento fiscal ante las hipótesis antes señaladas (art. 195 ibídem). Por tanto, no cabe duda que en el primer caso -sin perjuicio de no existir promoción de la acción penal-, la Cámara de Apelaciones se encuentra habilitada para conocer y decidir sobre el recurso interpuesto por el pretense querellante contra la resolución del juez que desestima la denuncia (Causa n° 5204, “Thomas Hatti Alba s/ rec. de casación”, rta. el 16/12/04, Reg. n° 7243).

En el mismo sentido se pronuncian Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, señalando que “el derecho a apelar del art. 180 se vincula exclusivamente al caso de la ausencia de requerimiento fiscal, lo que explica que sólo se aluda allí al recurso del pretense querellante, silenciando el del fiscal (adversamente a cuanto ocurre en el art. 195)” (Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo I, 2° edición, pág. 483).

A partir de esa perspectiva he coincidido oportunamente con el voto del juez Luis García en punto a que en los casos de esa apelación del querellante o de quien pretende serlo, deberá cumplirse el trámite de los artículos 454 y 455 CPPN, con la necesaria intervención del Fiscal de Cámara. De esa forma si ese representante del Ministerio Público opinara en contra de lo dictaminado por el agente fiscal, el indispensable impulso del titular de la acción penal estaría satisfecho y en condiciones de continuar. De lo contrario, si coincidiera con la petición de desestimación, la Cámara podrá confirmar esa postulación en caso de estar de acuerdo. De adverso, si interpretara que la desestimación es infundada, deberá declarar entonces que no se puede proceder por falta de instancia de la fiscalía,

porque en definitiva sus requerimientos son un presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción (cfr. causa n°9577, “Baldi, Eduardo Alberto s/recurso de casación”, rta. el 31/03/09, registro n°14181 y mi voto en la causa “Gallina, Mario y otro s/ casación”, causa n°10.194, rta. el 23 de febrero de 2010, reg n° 15.921).

Este modo de proceder salvaguarda, en lo que aquí interesa, el control interno jerárquico en el ámbito del Ministerio Público y asegura al particular una revisión de los méritos de su pretensión.

Aplicados esos criterios al proceso bajo examen, cabe considerar que la postura asumida por el Fiscal General -Gaset- a fs. 2631/2536, ha implicado una coincidencia con el agente fiscal de la instancia inferior en orden a la desincriminación de parte de los ahora condenados.

Esa situación procesal ha de reflejar la misma valoración sistemática dentro del CPPN que ya quedara expuesta en los párrafos anteriores. En el caso analizado se ha formulado un expreso pedido de sobreseimiento por parte del agente fiscal – fs. 2596/2605- que no encuentra rechazo en la opinión brindada en su oportunidad por el fiscal Gaset, como fuera señalado más arriba a través del relevamiento de los pasos seguidos por el expediente en la etapa de instrucción –fs.2622, 2624/2626, 2632, 2534/2656 y 2657/2672-. Así se ha verificado el apartamiento por la jurisdicción del representante del Ministerio Público y se ha habilitado una actuación –parcialmente- autónoma del querellante. Dicha circunstancia reclama entonces una puesta en relación con la sistemática del CPPN y los precedentes de la Corte que ya han sido citados.

La doctrina de la Corte Suprema en el caso “Quiroga, Edgardo Oscar” (Fallos 327:5863) determina que los jueces no pueden instruir a los fiscales para que formulen un requerimiento de instrucción. En el Considerando 30 de la sentencia se expuso que “... dentro de este marco..., no puede haber ninguna duda en

cuanto a que la introducción del art. 120 de la Constitución Nacional señala, en este aspecto, una modificación del paradigma procesal penal vigente hasta ese momento. En efecto, al establecer la independencia funcional de dicho organismo indica una clara decisión en favor de la implementación de un sistema procesal en el que ha de existir una separación mucho más estricta de las funciones de acusar y juzgar. Desde este punto de vista, una regla procesal como la del art. 348 del Código Procesal Penal de la Nación, que "unifica" la potestad de acusar en cabeza de la cámara de apelaciones se torna insostenible".

Se establece así la contradicción entre el art. 348 CPPN y el art. 120 CN "en cuanto autoriza a la cámara de apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de cámara, a fin de producir la elevación a juicio" (voto de los jueces Petracchi y Highton considerando 38; del juez Fayt, en su considerando 47; del juez Boggiano, en su considerando 15; del juez Maqueda, en su considerando 39; y del juez Zaffaroni, en su considerando 27). En sentido explícito el juez Zaffaroni ha sostenido que "la función de acusar recae de manera excluyente en los miembros del Ministerio Público Fiscal" (cfr. Considerando 13 de su voto).

Si bien en el mismo fallo se precisó que el mecanismo de consulta promovido en virtud de las exigencias de la parte querellante podía provocar la intervención de la Cámara para asegurarle el ejercicio del "derecho que la ley le concede a ser oído en un juicio oral y público" (voto de los jueces Petracchi y Highton en su considerando 37; del juez Maqueda, considerando 21 y del juez Zaffaroni, considerando 24), en el precedente "Mattio, Celina Edith" (Fallos: 327:5959) que tiene por objeto esa situación procesal, la Corte aplicó exactamente la misma doctrina del caso "Quiroga". En esa línea entendió que resultaba inconstitucional el art. 348 del CPPN en tanto permitía que la Cámara apartara al fiscal que había pedido el sobreseimiento.

De esa forma, a través de un control “negativo” de constitucionalidad la Corte puso en relación este mecanismo previsto en el CPPN con las exigencias del art. 120 de la CN. Sin embargo, no se advierte en ninguno de los dos fallos que el más alto Tribunal haya promovido una integración “positiva” de la institución del particular ofendido –o sus representantes- en términos que permitan una actuación autónoma de la querella para llevar adelante, en contradicción con la opinión fiscal, la acción penal a través del requerimiento de elevación a juicio, en el sentido que se han pronunciado la Cámara del Crimen y el tribunal de juicio en esta causa.

A partir de lo expuesto puede señalarse que la doctrina de la Corte antes reseñada, ha dejado incólume el sistema originario del CPPN en este aspecto, en tanto prevé que sea el requerimiento fiscal el que determina y fija la apertura del debate a través del cual se realiza el juicio oral y público (art. 374 CPPN). Justamente esto resulta relevante pues a partir de esta actuación que reviste carácter de imputación personal –acusación, en principio no completa- se precisa el objeto propuesto al tribunal para su pronunciamiento. En esa línea la doctrina tiene dicho que la falta de lectura del requerimiento fiscal generará una nulidad absoluta “pues constituye –aunque incompleta porque no contiene un concreto pedido de imposición de pena- la acusación” (Cfr. Francisco D’Albora, Código Procesal Penal de la Nación, anotado, comentado concordado, pág.807, quinta edición, y pág.680, octava edición).

Tanto es así que está en las atribuciones del Ministerio Público la ampliación de esa actuación (art. 381 CPPN) pero no en cabeza de la querella, conforme surge de la letra de la norma y lo ha entendido la doctrina (Cfr. La obra de Francisco D’Albora ya citada, págs. 815 y 686 de las respectivas ediciones y, en igual sentido la opinión de Edgardo Donna y Cecilia Maiza, en su comentario al Código, pág.109).

Nada se desprende de los fallos de la Corte aludidos por él a quo en cuanto a que la querella pudiera reclamar autónomamente la iniciación del juicio, permaneciendo entonces la originaria consideración de esa situación procesal como fuera prevista en el texto codificado.

Desde ese análisis vale recordar que la querella no tiene la posibilidad de determinar la apertura del proceso penal con independencia del Ministerio Público (cfr. Nuevamente la obra de Francisco D'Albora, reiteradamente mencionada, págs. 214 y 172 respectivamente en las ediciones ya indicadas), ni avanzar autónomamente en su desarrollo al punto de postular la iniciación del debate con independencia del sobreseimiento reclamado por la fiscalía. A partir de estos presupuestos se hace evidente en términos sistemáticos que la actuación de la querella tiene carácter adhesivo al impulso fiscal, debiendo salvaguardarse, de todos modos, la garantía del debido proceso que brinda el art. 18 de la CN a todas las partes en el litigio.

Esto supone, como ya he tenido oportunidad de señalar que si bien la querella puede presentar y ofrecer prueba, reclamar la revisión jurisdiccional de las decisiones a través de los recursos que fueran indicados más arriba y de ser escuchada en el desenvolvimiento de la causa, no adquiere conforme a lo dispuesto por la normativa procesal, autonomía para llevar por sí el proceso a la instancia del juicio en colisión con las postulaciones del fiscal (Cfr. “Gallina, Mario y otro s/ casación”, causa n°10.194, rta. el 23 de febrero de 2010, reg n° 15.921). En lo que aquí interesa, de cara a los agravios presentados por los recurrentes, cabe concluir que, sin la existencia de un requerimiento fiscal de enjuiciamiento, las pretensiones del acusador particular carecen del sustento legal para habilitar la realización del debate de acuerdo a los arts.346 y 348 del CPPN.

Esta afirmación encuentra sustento tanto desde una hermenéutica con base en los enunciados del código como en atención a su organización sistemática -según quedara visto- pero, sobre todo, en virtud de la propia intención del legislador. Esto

es, desde perspectivas científicas y constitucionalmente aceptadas que legitiman la interpretación de la ley. En efecto, conforme lo advierte el dictamen de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación, la incorporación del querellante particular lo es como “parte eventual en el proceso”, sin “potestad acusadora autónoma” aunque con “amplias facultades para apoyar la labor del ministerio público fiscal...”.

La doctrina más reciente ha precisado en esa línea que el querellante “carece de potestad acusatoria autónoma, pero tal limitación debe entenderse con relación a la imposibilidad de ingreso al debate de manera directa por su exclusiva voluntad...” (Cfr. Román P. Lanzón, “La pretensión desincriminante del Ministerio Público Fiscal en el Proceso Penal”, pág.213

No hay pues con fundamento en la adecuada interpretación de la normativa procesal, posibilidad de que el acusador particular pueda reclamar la apertura del juicio en contradicción con la opinión fiscal y de manera autónoma a esta parte esencial del proceso penal.

Esta conclusión, a los fines del presente expediente, no se ha visto alterada por la doctrina del fallo “Santillán” (Fallos 321:2027) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya que entre ambos casos existe una diferencia significativa en términos del avance de la acción penal en cabeza del Ministerio Público. Por eso, no es posible asimilar fáctica y normativamente los supuestos de esta causa con aquella resuelta por la Corte. Tengo dicho que nuestro Máximo Tribunal progresivamente se ha pronunciado en el sentido de reconocer ciertas facultades de la querrela a los fines del impulso del proceso penal (causa “Rodríguez Guitan” ya citada). Esta interpretación “positiva” o de “integración”, al tener por fuente un órgano jurisdiccional exige, para la extensión de su aplicación, de semejanzas en los presupuestos bajo examen o, al menos, de referencias a estándares análogos. Ninguno de los dos aspectos concurre al caso aquí analizado.

Por un lado, en el precedente “Santillán” la apertura del juicio había contado con un requerimiento fiscal –acompañado por el de la querrela- de modo tal que se había cumplido acabadamente con el impulso esencial exigido por la normativa procesal ordinaria en consonancia con los requisitos del art. 18 de la CN. No es este el supuesto que ha sido motivo de agravio por los recurrentes en este expediente. En este proceso no existe esa pretensión esencial del acusador público, sino por el contrario, este se ha pronunciado desinclinando a tres de los imputados, dos de los cuales luego fueron condenados por el tribunal oral, sin existencia de intervención del representante del Ministerio Público que es parte esencial del proceso.

En el fallo de la Corte se sostuvo que: “...la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (Fallos: 143:5)” y que “si bien incumbe a la discreción del legislador regular el marco y las condiciones del ejercicio de la acción penal y la participación asignada al querrelante particular en su promoción y desarrollo, desde que se trata de lo atinente a la más acertada organización del juicio criminal (Fallos: 253:31), todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2º!... Ello en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna y cuyo alcance, como la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros), es coincidente con el que reconocen los arts. 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Allí también se aseveró que lo contrario va “en desmedro de una adecuada hermenéutica de las normas en juego, con serio menoscabo de los derechos asegurados por la Constitución Nacional al privar al particular querellante, a quien la ley le reconoce el derecho a formular acusación en juicio penal, de un pronunciamiento útil relativo a sus derechos, pues esta interpretación dejaría a aquél vacío de contenido”.

El derecho a formular acusación al que alude la Corte está regulado por el CPPN en los términos ya apuntados, dentro de los cuales se establece el carácter adhesivo del querellante respecto del impulso fiscal. En el caso que ahora ocupa la atención de esta Sala, los representantes del Ministerio Público se habían pronunciado por el sobreseimiento de los imputados Storchi, Giraldi y Bugallo sin requerir pues su enjuiciamiento.

Ahora bien, el fallo de la Corte se basa en un presupuesto esencial como es la acusación y en este punto se deja ver que su pronunciamiento refleja en buena medida el carácter complejo de ese acto de acuerdo a la normativa del CPPN que ha llevado a decisiones enfrentadas y contradictorias (Cfr. “Cattonar” Fallos 318:1234, “Tarifeño” Fallos 325:2019, “Marcilese” Fallos 325:2005 y “Mostacio”, entre otros). La labor jurisdiccional de integración por principio no “crea” propiamente la ley sino que la conforma a ciertas exigencias axiológicas superiores.

En lo que aquí interesa, una consideración hermenéutica como la efectuada en el precedente “Santillan” es posible en la medida que reconoce que tanto el requerimiento de elevación a juicio –arts.346, 347, 349, 351, 374 del CPPN- como el alegato previsto en el art. 393 del CPPN revisten en un sentido de analogía proporcional la naturaleza de una acusación. Sin esta no podría abrirse el juicio – requerimiento de elevación al debate oral- y sin alegato final no podría haber

pronunciamiento eficaz de la jurisdicción, según quedó por el momento establecido por la doctrina de la Corte en el fallo “Mostaccio”. La alegación del art. 393 del CPPN funciona así integrando el requerimiento oportunamente formulado de acuerdo a lo expuesto en Fallos 329: 2596 y lo sostenido por la doctrina que reconoce naturaleza de acusación al requerimiento de elevación a juicio aunque “incompleta” pues su “compleción recién acontecerá al momento del alegato” (Cfr. Guillermo Navarro y Roberto Daray, “La querella”, pág.267, y las citas de Clariá Olmedo, Velez Mariconde, Maier y Darritchon).

Esto fue puesto en evidencia por el juez Zaffaroni en el antecedente “Quiroga” al señalar que “la acusación constituye un bloque indisoluble que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato fiscal solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal a fallar” (Fallos 327:5863, considerando 14 del voto que le pertenece).

En consecuencia, mientras en el precedente “Santillan” esa acusación con la que se abre el debate fue concretada por el Ministerio Público, en el proceso ahora analizado no ha existido ese acto esencial que recae en la competencia del acusador público. La querella, como quedara expuesto, no puede en virtud de la normativa ordinaria, impulsar por si sola –autónomamente- el inicio del juicio. Por el contrario, la Corte le ha reconocido en los términos ya vistos, la legitimación para que de manera relativamente autónoma “cierre” la imputación personal con prescindencia de la última opinión fiscal. No es este el supuesto que motivara los agravios de las defensas y por lo tanto la doctrina del caso “Santillán” no es de aplicación al caso ya que carece de analogía en términos normativos con ese precedente.

Por eso, dentro de la progresión jurisprudencial arriba señalada, resulta destacable el fallo “Del’Olio, Edgardo Luis y Del’Olio, Juan Carlos” (Fallos: 329:2596), por cuanto en esa oportunidad nuestro Máximo Tribunal reafirmó la

doctrina que emerge del precedente “Santillán” al decir que “la exigencia de la acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula”. Sin embargo, también clarificó las responsabilidades que impone el derecho a llevar adelante la acusación y el impulso del proceso por parte de la querella, en adhesión al Ministerio Público en el requerimiento de apertura del juicio. En tal sentido indicó que la falta de requerimiento de la querella debe privarla de poder alegar al concluir el debate pues “se trató de un acto que se orientó a integrar un reproche que, de su parte, no había tenido lugar en tiempo apropiado” reiterando más adelante que “no podría integrar legítimamente una incriminación que no formuló” (el subrayado me pertenece).

De esta forma, la relativa y limitada suficiencia que en una interpretación progresiva ha concedido la Corte al querellante a través del precedente “Santillán” supondría para su aplicación al presente caso, la existencia de un requerimiento de elevación a juicio del Ministerio Público Fiscal al que hubiera adherido o acompañado el acusador particular. Como se vio, esto no ocurre en el expediente bajo examen, ya que los fiscales propiciaron por el contrario el sobreseimiento de los imputados Storchi y Giraldi

Como consecuencia de lo expresado, la actuación desenvuelta por la querella de manera autónoma al impulso fiscal en esta causa entra en colisión con las previsiones del CPPN y en virtud de ello afecta la garantía del debido proceso y de la defensa en juicio de los imputados Storchi, Giraldi y Bugallo. Conforme los criterios arriba indicados, cabe entonces declarar la nulidad parcial de la apertura del debate impulsado por la querella en relación con los antes nombrados (fs. 4321) y de las instancias posteriores fundadas en este acto y con ese alcance. En particular también parcialmente, el alegato de aquella parte en la que concretó su imputación personal por el delito de homicidio doloso respecto de los mencionados

y la condena impuesta por el a quo -por el delito de homicidio imprudente- a Storchi y Giraldi –Bugallo fue absuelto- (fs. 5009) -arts.167, inc.2, 170, 172 .del CPPN-. Como consecuencia de ello habrá de absolverse a Storchi y Giraldi – por falta de requerimiento de elevación a juicio del fiscal (arts.167, inc.2, 172, 346, 374, 393 y concordantes del CPPN y art. 18 de la CN).

Observo, por lo demás, que esa decisión no afecta los derechos que el art. 18 de la CN otorga a la víctima o sus representantes con los alcances antes expresados y que fueron puestos de resalto en el precedente “Santillan” de la Corte Suprema, en tanto los padres de la menor fallecida tuvieron una especial actuación durante la investigación preparatoria del juicio, fueron escuchados durante el debate, explicaron las circunstancias vividas, hicieron juicios de valor sobre las prestaciones recibidas en la institución donde perdiera la vida su hija, concretaron imputaciones específicas sobre quienes consideraron responsables de lo acontecido, practicaron y propiciaron pruebas y meritaron en sus testimonios elementos de juicio que fueron luego ponderados por el tribunal. De esa forma no ha habido lesión de los derechos que la ley otorga a los particulares.

Las conclusiones a las que se ha arribado hacen procedente entonces los agravios de las defensas de los imputados Storchi y Giraldi relacionados con la nulidad de la condena impuesta a ambos por el tribunal de juicio en virtud de la inexistencia de una acusación legalmente sustentada. En esa línea, las restantes críticas desarrolladas en los recursos respectivos sobre el contenido de la condena impuesta se tornan abstractas a su respecto.

Sin embargo, en virtud de los agravios expuestos por las defensas de las condenadas Kamenetzky y Privato relacionados con los argumentos del fallo cuestionado que señalan de parte de los nombrados Storchi y Giraldi una actuación vinculada con la muerte de la menor que resultaría a su entender, desincriminatoria para aquellas, no es factible prescindir materialmente del análisis de las competencias de estos imputados.

En efecto, según la reseña realizada al inicio de las consideraciones los recurrentes indican que, de haber existido de parte de Storchi y Giraldi, los comportamientos que les atribuye el fallo en cuestión, no habría fundamento para imputar el resultado mortal de la niña a las procesadas Privato y Kamenetzky.

De esa forma, a pesar de la nulidad antes dispuesta resulta necesario ingresar en la consideración de la actuación de ambos imputados en relación con los agravios expuestos por las defensas de la profesora de natación y la guardavidas.

-V-

Como se adelantara en el apartado precedente, parte de los agravios de las defensas de las acusadas Kamenetzky y Privato sostuvieron la supuesta contradicción entre la imputación dirigida por el a quo a Storchi y Giraldi y la responsabilidad de sus defendidas a la que también se arribó en ese fallo.

La defensa de la primera de las nombradas explicó que “a fin de condenar al imputado STORCHI, el fallo fundamenta en forma abundante la presunta falta de recaudos que debió adoptar el mismo como responsable del natatorio...” y agregó que “dicha afirmación bastaría por si sola para demostrar la inocencia de mi asistía toda vez que si era necesaria la presencia de, al menos dos guardavidas...la circunstancia de hallarse sola –que no dependía de su voluntad- la releva de toda negligencia...”. Por eso concluyó que “si bastaba su sola presencia para cubrir todos los riesgos, la presencia del segundo guardavidas no era relevante...ambas afirmaciones no pueden ser reales y entrañan una contradicción insalvable....”.

Por su parte, la defensa de Privato planteó que el fallo “ha incurrido en una arbitraria definición del alcance del deber de cuidado...” y postuló que ese deber de cuidado de su defendida estaba “...vigente hasta el momento en que el menor

situado dentro de la pileta de natación se aferraba a la escalera de la misma para subir y salir”.

Al respecto cabe recordar que una de las consecuencias básicas del principio de culpabilidad es la responsabilidad personal. Esto es, que cada persona responde por aquello que forma parte de su competencia, entendiendo por tal, el ámbito en el que jurídicamente desenvuelve su libertad frente a los terceros. Esto supone la integración tanto de aquellos comportamientos que surgen de manera directa del sujeto activo como los que en virtud de su posición normativa le deben ser atribuidos –situación de garantía, dominio social o institucional etc.- más allá de que no hubiera de su parte ejecución de “propia mano” por ser desarrollado – empíricamente- por otro.

En virtud de ello, la intervención en el hecho es regulada en nuestro sistema de libertades constitucionales, a través de la noción de autorresponsabilidad. Esta regla fundamental opera también en los ámbitos de organización empresaria y distribución de tareas como es el que aquí se encuentra bajo examen.

Las constancias asumidas por el tribunal de juicio respecto a la estructura de funcionamiento empresarial de la sociedad que administraba el natatorio del Club “All Boys” exigen determinar el modo en que la sociedad “All Boys 2000 S:A” –cfr. Fs.33/46 y 4978 o 359 de la sentencia- tenía asignados los ámbitos de actuación de sus áreas, departamentos y miembros individuales, sobre todo en punto al desenvolvimiento de la colonia de verano 2000/20001 –ver fs.360 del fallo-.

Por eso, en principio, no hay contradicción alguna, como pretenden las defensas de Privato y Kamenetzky, en considerar con fundamento en un mismo suceso, que haya atribuciones diferentes a distintos sujetos según su área de competencia. La noción general es la de intervención en el hecho y luego, en razón de la caracterización de ese modo de asumir lo acontecido a partir de la particular competencia de cada uno, establecer los diversos títulos de atribución personal.

En consecuencia, por la sola circunstancia de imputar responsabilidad a sujetos actuantes en un nivel anterior y superior de la organización no se infiere necesariamente la desincriminación de quienes operan en instancias inferiores. Dicho de otro modo y en lo que aquí interesa, la atribución en la sentencia de consecuencias penales a Storchi y Giraldi, por si sola, no neutraliza la posibilidad de fundamentar responsabilidad de parte de Kamenetzky y Privato.

En todo caso, de lo que se trata, es de determinar justamente si esas competencias diferenciadas implican normativamente ámbitos que excluyen la imputación individual de estas últimas en razón de reglas de atribución funcional. Lo que habrá de analizarse entonces es el modo en que esas funciones estaban asignadas dentro de la organización empresaria para luego discernir qué estaba a cargo de cada quien, ya sea de modo directo o a través de posiciones de garantía, competencias residuales o ubicaciones de dominio social o institucional.

Según se desprende de las probanzas atendidas en el debate -fs.4985/4789-, la empresa en cuestión se encontraba conformada en distintas unidades especificadas por la naturaleza de sus funciones, lo que obliga a evaluar el campo de especialización otorgado a cada una. El fallo bajo análisis, a pesar de identificar este reparto de tareas, en varios párrafos hizo mención a la responsabilidad de “All Boys 2000 S.A.” -atribución a la persona jurídica- descargando acto seguido como inferencia necesaria, esa responsabilidad en su director presidente –Storchi-. Para eso entendió que no había una constitución organizada que fuera volcada a un “instrumento legal” que pudiera dar soporte a las funciones.

Dicha argumentación, sin embargo, no es por si sola idónea para llevar el reproche penal desde la empresa a su director, sino se reconoce o demuestra un tipo de organización centralizada en un sujeto que, por el propio razonamiento de a quo, se ha desechado fs.4986-. En todo caso, cuando el legislador lo ha

considerado necesario se ha valido de la figura del “actuar por otro” para realizar esa transferencia de imputación que, de cualquier forma, reclama siempre la noción de “intervención” en el hecho.

El modo en que desenvolvía su actuación la empresa según los dichos de testigos (Fernanda Dreiling fs. 4844; Horacio Carlini, fs.4846; Carlos Canavese, fs.4880; Néstor Picote, fs.4886; Luciana Miguez, fs.4897 entre otros) la papelería incautada (fs.449) y la propia dinámica admitida en el fallo, no permite observar la existencia de una estructura centralizada, que absorbiera todos los tipos de tareas a ejecutar sino, por el contrario, la presencia de unidades determinadas por funciones que recaían en ciertos sujetos individuales. Entre estos es posible diferenciar –para el análisis de los agravios- entre quienes dirigían el proyecto en general con criterio de estrategia empresarial y aquellos que tenían asignados ámbitos funcionales especiales de tipo operativo.

Al respecto se ha señalado la existencia de áreas con funciones comerciales, administración, cobranzas, legales, recursos humanos y deportes que sostienen la operatoria de distintos centros deportivos vinculados a la red “Megatlón” (ver por ejemplo, declaraciones de Carlos Canavese, fs.4880 y Luciana Miguez, fs.4897). A su vez cada uno de esos centros, incluido el que aquí interesa, está organizado por un gerente, un responsable administrativo, un coordinador de actividades y los profesionales –v.gr. profesores y guardavida-, empleados y personal en general (cfr. Ver por ejemplo declaración de Fernanda Dreiling fs. 4844).

Sobre la base de esos testimonios, llevada esa organización al ámbito donde ocurrió la muerte de la menor, se puede identificar en lo que aquí importa, a Rubén González como gerente, a Julio Girdali como coordinador de deportes y de la colonia de vacaciones y a Mariano Rosemberg como coordinador específico de la pileta. Esta línea se desenvolvía en sentido vertical ascendente hacía Alberto Canavese que actuaba como gerente de deportes de la red.

Por su parte, el imputado Storchi refirió en su indagatoria que dentro de la organización que dirigía la empresa, Guido Miguez y Diego Pellegrino tenían tareas operativas mientras que él desarrollaba otras de tipo general, entendiendo por tales las negociaciones y contratos con otras entidades, propietarios de inmuebles, inversiones etc. Reafirmó que Canavese, como gerente, se ocupaba de las cuestiones deportivas y lo atinente a los guardavidas y remitió a la actividad de Guido Miguez lo relacionado con la habilitación de las sedes.

La actuación de Canavese a cargo de la organización y funcionamiento de las piletas de las distintas sedes fue identificada a través de la ponderación de sus dichos incluso por el propio tribunal de juicio en la sentencia –fs.4986 vta.- .

En línea vertical descendente se integran las actuaciones en el horario de colonia al que concurría la víctima, de Privato como profesora de las actividades que los niños realizaban en la pileta y Kamenetzky como guardavida en el lugar.

Este modo de organización implica por un lado la delegación de tareas a través de competencias particulares y, por el otro, la división de estas entre distintos sujetos que aún actuando en un mismo nivel de importancia, gestionan ámbitos diferenciados. Más allá de las consideraciones del a quo sobre la falta de un “instrumento legal” que certifique esa distribución del trabajo, lo cierto es que como tal existía y la asignación de tareas del modo en que quedó expresado más arriba y asume la propia sentencia, no permite observar ninguna violación al orden público que la pueda poner en crisis. En virtud de ello, la consideración material de esa distribución de roles debe ser tomada en cuenta en tanto se respeten las consecuencias del principio de culpabilidad y responsabilidad por el hecho.

Por eso las afirmaciones del tribunal oral sobre la competencia que tendría Storchi sobre la actividad en la pileta del natatorio mencionado no son más que una atribución de responsabilidad objetiva –fs.4985 vta. y ss-sin congruencia con la

distribución de tareas que, por lo demás, no se observa como irracional, inconsistente o inadecuada. Esto es, no se verifica un modo de estructurar la actividad de la empresa que suponga la organización de la impunidad o que implique responsabilidad del presidente de la institución en virtud de un inadecuado modo de configurar su operatoria –creación de un riesgo jurídicamente inaceptable de su parte-. Por el contrario, aparece suficientemente diagramada la asignación de labores con un grado de estandarización y funciones que de suyo no conduce a la confusión o la indeterminación de competencias. De tal forma es posible atendiendo a ese reparto legalmente relevante, identificar las competencias personales.

Cabe señalar que la actuación conjunta de todos los que fueron mencionados no implica por sí misma una alteración de los criterios de autoresponsabilidad que hacen al contenido material del principio de culpabilidad. De allí que la doctrina sostenga que para decidir “a quién corresponde la responsabilidad por el cumplimiento de un determinado deber de cuidado, es necesario atender al principio de la división del trabajo” (Jescheck/Weigend) pues “no todo es asunto de todos” (Jakobs).

En consecuencia, no ofrece dudas la ubicación de Storchi como presidente de la entidad –fs. 449 vta., sobre n°7 ver fs.4905- teniendo a su cargo tareas de tipo general relacionadas con convenios y negocios. Tampoco que lo vinculado a la faz específicamente deportiva estuviera en manos de Miguez. A su vez, resulta evidente que en términos de especificidad, Canavese era la instancia superior en cuyo ámbito ingresaba la operatoria general de los natatorios y los relacionado con los guardavidas.

En esa línea de distribución de funciones, que tiene una tendencia vertical o jerárquica, culminando con una base horizontal –profesora y guardavida- se inscribe dentro del espacio físico donde ocurrió el hecho y la secuencia con resultado mortal del mismo, la actividad de Giraldi –no la de González porque si

bien era gerente de la sucursal tenía funciones justamente generales-, Rosemberg y finalmente Privato y Kamenetzky. Por eso, en virtud del reparto de funciones, lo atinente a la operatoria del natatorio donde perdió la vida la menor Florencia Möller Rombolá guarda algún tipo de relación normativa con las competencias de Canavese, Giraldi, Rosemberg –cuya ausencia en el lugar al momento del hecho resulta en esos términos intrascendente-, Privato y Kamenetzky.

Se hace evidente que no existe vinculación normativa de las actividades en la piscina del club “All Boys” con las competencias que, en tanto presidente de la entidad contratante, estaban en cabeza de Storchi. Esto incluso debiera inferirse de las propias consideraciones del a quo a fs.4988 respecto de las funciones de Giraldi en relación con Privato y Kamenetzky.. La importancia de estas distinciones ha sido reafirmada por la doctrina más reciente al explicar “que cada vez tiene menos sentido aludir a una competencia global y a una responsabilidad general del órgano de administración de la empresa” (Raquel Montaner Fernández, “Gestión Empresarial y Atribución de Responsabilidad Penal”).

No es factible en esa perspectiva, asignársele a aquél lo relativo a la habilitación que, en definitiva, no ha sido puesto por él a quo como condición relevante de lo acontecido –creación de un riesgo desaprobado en tanto causa del resultado mortal de la menor-. Tampoco la seguridad que debía tener la operatoria en el natatorio –hipotética situación de garante- puede alcanzar ese campo normativo de competencia del presidente de la entidad, pues como áreas específicas habían sido asignadas a otras personas, sin afectar ningún aspecto de orden público o estándares privados de organización.

No se encuentra en esa consideración siquiera un espacio de competencias residuales en lo que respecta a Storchi que pueda ser aplicable a la imputación del resultado mortal. Esto es así por cuanto si bien puede decirse que siempre hay un ámbito residual en una línea de reparto de tareas, lo cierto es que esto se reduce

a la propia forma de organización y las calidades de los sujetos a quienes se atribuye esas funciones.

Ya se dijo antes que ni la organización en si misma ni la selección de los profesionales ofrece ex ante del suceso aquí evaluado, elementos que puedan dar indicios de una negligencia o impericia en la estructuración del desenvolvimiento empresario. Del mismo modo, no se encuentra en la prueba analizada por el tribunal ni en su argumentación, aspectos que permitan considerar que Storchi no podía confiar en las capacidades concretas de quienes conformaban la operatoria de la empresa. Muy por el contrario, las probanzas valoradas en la sentencia (v.gr. fs.2134/38, fs.3659/3660, sobre nº8 -fs.4905- dan cuenta de la idoneidad de aquellos.

Por eso cabe descartar la imputación dirigida a Storchi en términos que permitan descargar en su ámbito de competencia los riesgos desaprobados –negligencia- en que habrían incurrido Privato y Kamenetzky, según pretenden sus defensas.

No es posible incluso alcanzar una solución diferente, aún si se pretendiera superar el obstáculo de división de tareas –de naturaleza predominantemente objetiva- a partir de ciertos conocimientos o informaciones –aspectos subjetivos- que según cierta doctrina habilitaría la atribución de responsabilidad y a través de la cual parece deambular la argumentación del a quo –fs.4987-.

Por un lado, Canavese no habla más que de la posibilidad de comentarios circunstanciales entre Miguez y Storchi sobre cuestiones del personal de seguridad –fs.4883- pero aclara que este no participaba de las reuniones relativas a la organización de la colonia de verano y escuela de natación –fs.4880-. Al respecto pues, lo vinculado con los juegos, actividades, pedagogía y prevención en los natatorios quedaba fuera no solo del campo de conocimiento según el rol desempeñado por Storchi sino también de las posibilidades ciertas, de orden empírico, de conocer alguna muestra de riesgo desaprobado.

Por otro lado, en lo relacionado con la habilitación, el propio tribunal ha reconocido que la situación distaba de ser clara o evidente ya que existía una autorización previa al contrato entre “All Boys” y “All Boys 2000 S.A” y luego le fue otorgada otra precaria que era consecuencia de la situación de falta de reglamentación de la ordenanza municipal 41.718. La disputa sobre el particular se pone de manifiesto a través de la prueba documental y testimonial relevada por el tribunal de juicio (fs.4902 vta./4904, puntos 4), 6), 7), fs.4907, punto 38) y el propio Storchi afirmó que a su entender la pileta estaba legalmente habilitada sin que pudiera desmentirse esa consideración. Sin perjuicio de lo que antecede, esos temas incumbían a Miguez como advierte la sentencia con remisión al expediente de habilitación -fs. 117-.

En esa misma línea cabe situar la operatividad o no de la ordenanza 41.718 que en tanto regula la actividad en el natatorio estaba dentro de la esfera de competencia de Miguez y Canavese. El debate sobre su aplicación con independencia del reglamento correspondiente, tampoco aparece en el campo meramente empírico de los conocimientos que pudiera haber tenido Storchi sobre la cuestión, para sostener aspectos subjetivos que pongan en crisis los soportes objetivos de roles, competencias y funciones.

Baste para ello con remitirse a las declaraciones de los funcionarios de la Defensoría del Pueblo que tan amplia, eficiente y comprometida labor desarrolló en la presente causa, para tener una imagen de lo confuso de la situación de cara a quien no tenía a su cargo el tema. Al respecto vale ponderar por su importancia funcional en aquél momento, los dichos de los testigos Eduardo Fachal –ver fs.4851 vta. Y ss.- y Héctor Masquelet –fs.4854 y ss-. Todo ello neutraliza una especulación subjetiva que pueda dar pábulo a dolo o imprudencia, extremos que por cierto resultan inaceptables sin tener por presupuestos un comportamiento –

comisivo u omisivo- objetivamente demostrado como propio del ámbito de competencia del sujeto imputado.

Una consecuencia de ello es que aparece carente de sustento constitucional, legal y racional, la afirmación del a quo respecto de Storchi en punto a que “estaba dentro de su competencia evitar cualquier peligro que pudiera acrecentar el riesgo que constituía la pileta” –fs.4986 del fallo- pues de ser así se tornaría inoperante todo tipo de organización y distribución de funciones legítimamente asignadas en el ámbito empresarial. Otro tanto ocurre con la aseveración de que Storchi “en su carácter de director tenía el dominio sobre la pileta del club “All Boys” que se trataba de un espacio peligroso” pues desconoce la división de trabajo de la empresa y supone una responsabilidad penal objetiva sin soporte constitucional.

También esto ha sido resaltado por la doctrina al afirmar que aunque pueda sostenerse que el empresario es “el competente sobre todas y cada una de las áreas de actividad de su empresa, materialmente no existe una competencia de esta naturaleza omnicomprendiva. En consecuencia, una vez iniciada la actividad empresarial, aunque el empresario (administrador) siga siendo el superior jerárquico y, por ende, el competente de la gestión general de la empresa, los directivos a su cargo son los competentes materiales (o funcionales) respecto al ámbito de actividad correspondiente” (Cfr. Raquel Montaner Fernández).

Por lo tanto, ya sea desde el campo de imputación objetiva que evalúa bajo criterios de autorresponsabilidad la atribución de competencias, como desde la hipotética información fuera de ese ámbito –empírica- que pudiera haber tenido Storchi, no se advierte que los hechos que derivaron en la muerte de la menor Florencia Moller Rombolá pudieran serle penalmente atribuidos al nombrado y mucho menos que su actuación alcanzara aptitud exonerante respecto al modo de cumplimiento de sus deberes específicos por parte de Privato y Kamenetzky.

En virtud de las consideraciones desarrolladas más arriba respecto de la distribución de tareas, la muerte de la menor tuvo lugar en un ámbito de competencias que alcanza, en lo que aquí interesa, a Giraldi y Rosemberg. Ello es así pues, en este caso concreto, no hay motivos para ascender en la línea vertical hasta Canavese y Miguez –referentes de la dirección en estos temas-. Por un lado, Giraldi y Rosemberg fueron los receptores de un campo de autonomía normativa específica sobre el natatorio del club “All Boys 2000 S.A.”. Y, por el otro, como ya se ha dicho, no se advierte respecto de Giraldi ni ha sido marcado por las partes, que careciera de idoneidad para las funciones asignadas. De esa forma, en lo que hace a la competencia residual de Canavese y Miguez –garantes por la selección de las personas aptas a las que se asigna la labor- no hay elementos de juicio para alcanzarlos en la cuestión.

En efecto, los testigos Dreiling, Carlini, Canavese, Picote ya citados señalaron la función de Giraldi como encargado de la colonia de verano y lo relativo a las actividades en general en el natatorio. El propio Giraldi explicó la asignación de tareas en ese orden, en forma por lo demás concordante con lo explicitado por Canavese en la declaración que ha tomado en cuenta el a quo.

En este punto, sin embargo, cabe otorgar especial relevancia a los dichos de los querellantes –padres de la víctima- en particular a Marisa Rombolá pues su relato testimonial muestra no solo que la competencia de Giraldi tenía un soporte formal en la organización de la empresa sino que además era efectivamente –materialmente- ejercida en esa misma línea.

Así la testigo aseguró que “...ella habló con el coordinador deportivo, Giraldi; que les dijo que él organizaba la actividad y que no había otra institución en el país que ofreciera tanta seguridad como “Megatlon”, que además de los profesores de grupo él ponía tres profesores de natación en la pileta para vigilar cómo aquéllos desarrollaban la actividad y también los líderes que eran ayudantes de los

profesores; que además Giraldi les ofreció clases de natación en la parte baja y le indicó que había “nivelitos”;...que le comentó a su marido que había presenciado una clase en la parte baja y que le habían dado todas las garantías, además Giraldi dijo que él mismo coordinaba la actividad e iba rotando por los distintos grupos de la pileta, es decir que la cantidad de personal quintuplicaba el de “Imperio”.

Por eso en una expresión sumamente ilustrativa indicó que a su entender: “Hay distintas responsabilidades, pero si hay un gatillo imaginario una de las que disparó sobre su hija sin dudas es Privato, y el que estuvo del otro lado es Giraldi”.

Cabe ahora considerar si esta constatación supone en relación a Privato y Kamenetzky una circunstancia desincriminante como pretenden los recurrentes.

En tal sentido está claro que a pesar de constituir Giraldi una instancia superior en la línea de organización de la actividad del natatorio, Privato y Kamenetzky poseían un campo relevante de autonomía. El análisis de las tareas que les fueran asignadas, su naturaleza y especificidad muestra al respecto que ambas tenían derivadas competencias propias sobre las cuales Giraldi solo retenía algunos aspectos de tipo residual. Es obvio que Giraldi no era quien ejecutaba los juegos dentro de la piscina ni practicaba tareas directas de prevención y control de riesgos sobre las actividades desarrolladas en la misma. Estas tareas estaban a cargo de las arriba nombradas.

Ahora bien, en virtud de las características de esas actividades, Giraldi no realizó un mero encargo de una diligencia concreta, sino que propiamente transfirió – otorgando- a Privato y Kamenetzky un ámbito de competencias específicas. Esta circunstancia supone que las nombradas tenían un campo de discreción amplio en sus funciones dentro de los límites de la organización de la colonia, con deberes y facultades autónomas respecto de Giraldi. Este, a su vez, mantenía en su área no delegada el control del desenvolvimiento general de las actividades, la idoneidad

exteriorizada por las profesionales y la atención de los reclamos de estas y del público. Esto significa que la responsabilidad penal de Giraldi quedaba sujeta a ciertos y limitados aspectos vinculados al ejercicio de sus tareas por parte de Kamenetzky y Privato y no al desenvolvimiento genérico de estas.

Desde esa perspectiva, aun existiendo una relación vertical entre el coordinador y las dos profesionales, lo que hay que definir es sí el comportamiento que derivó en el resultado mortal para Florencia Rombolá ocurrió solo en el campo de autonomía de Kamenetzky y Privato, desinteresando así a Giraldi o, sí también alcanzó el nivel de competencias residuales de este. En ese último caso, habrá aún de ponderarse si tal circunstancia ha neutralizado la responsabilidad penal de aquellas según pretenden sus defensas.

En el voto que lidera el acuerdo, al que los otros dos jueces remitieron su opinión sobre el tema, se sostuvo que la imputación a Giraldi por la muerte de la menor se sustentó en su carácter de coordinador de deportes de la colonia de vacaciones “al permitir... que las actividades natatorias se llevaran a cabo en una pileta que no contaba con las medidas de seguridad exigidas por la reglamentación, las que ya fueron evidenciadas [se refiere al supuesto incumplimiento de la ordenanza 41.718] y que posibilitaron el resultado ya indicado”. Agregando más adelante que no obstante la “relación jerárquica” que tenía con “su jefe”, “él tenía la capacidad de evitar que la pileta funcionara sin los resguardos exigidos por la ordenanza y ésta era su responsabilidad”.

En esa línea el tribunal de juicio reconoció que las funciones de Giraldi eran la de organizar las prácticas deportivas y recreativas de la colonia, redactar los instructivos y supervisar las actividades. A continuación citó afirmaciones de los testigos en punto a que Giraldi “era muy rompe pelotas” en el control de las actividades de la pileta, y con remisión a la testigo Dreiling, recordó que el

nombrado era el encargado de supervisarla mientras que Rosemberg era el coordinador directo de la pileta pues distribuía a los profesores –fs.4988-.

De todos modos el voto que encabeza el acuerdo del tribunal de juicio concluyó que “No se advierte un solo dato en este juicio que permita suponer que el imputado hubiera dado alguna directiva o hecho conocer a sus superiores que la pileta, en las condiciones referidas, no podía ser utilizada....En suma, la pileta estaba bajo su custodia y dominio cuando Florencia realizó las últimas prácticas natatorias. Al autorizar que la pileta funcionara sin las reglas de cuidado exigidas por la ordenanza 41.718 incrementó el peligro y finalmente se concretó en la muerte de aquella”.

Observo que esas consideraciones resultan materialmente contradictorias con las que en su momento fueran esgrimidas en la sentencia para fundar la responsabilidad de Storchi. Ello quizás sea el fruto de la confusión existente en el fallo al momento de discernir las responsabilidades personales de los imputados en razón de las funciones asignadas. La pretensión de centralizar toda competencia en el presidente de la empresa entró en colisión argumentativa con la lógica apreciación de ámbitos de autonomía en niveles de operatividad específica, sin que ello pudiera ser superado por el recurso a supuestas posiciones difusas de garante.

Por un lado, de atenerse a esos razonamientos del a quo, el principal responsable en cuanto a las condiciones de seguridad que reclama sería el testigo Canavese. Y, por el otro, si el resultado mortal fue consecuencia de esas fallas de seguridad, la responsabilidad de las profesionales quedaría limitada por criterios de previsibilidad y evitabilidad condicionadas por la situación impuesta.

Sin embargo, como se verá más adelante, el propio fallo identifica los comportamientos de Privato y Kamenetzky que en definitiva sitúa como fuentes

del riesgo jurídicamente desaprobado que efectivamente se concretaron en el resultado mortal para la víctima.

Por eso, la necesidad de definir el campo de competencias a los que se aludía más arriba entre las dos profesionales y el coordinador cobra importancia de cara a la determinación del ámbito donde se creó el riesgo relacionado en términos de imputación con la muerte de Florencia Rombolá.

Sobre ese particular la sentencia discurre sobre el incumplimiento de algunas exigencias de la ordenanza municipal cuya operatividad ha sido discutida en virtud de la falta de reglamentación de la misma. En tal sentido, vale señalar que la omisión de concretar algunos criterios de esa ordenanza a través de reglamentación, no implica por sí mismo que ésta no tuviera eficacia en relación con determinados aspectos del funcionamiento de la piscina. Pero al mismo tiempo, debe discernirse si fueron las inobservancias indicadas en la sentencia las que resultaron causa necesaria –directa, indirecta, concurrente etc.- de la muerte de Florencia Rombolá.

Esto significa que más allá de la discusión sobre el número de guardavidas necesario para una piscina, el requisito de canaleta perimetral. la presencia de una plataforma elevada, la posición real de la escalera, la efectiva demarcación de profundidad del natatorio etc., -todos ellos cuestionamientos de la querrela- lo que debe ponderarse es si la piscina donde ocurrieron los hechos respetaba medidas de seguridad para su funcionamiento y si la muerte de la menor fue consecuencia de la violación de estas reglas o resultado de un actuar negligente de las personas a cuyo cargo estaba el control de los peligros propios de la actividad desarrollada por los niños en ese momento.

En este punto el fallo parece seguir la idea de que el mero incremento del riesgo puede ser presupuesto suficiente para la imputación normativa de un resultado, a

pesar de que menciona explícitamente que “el incremento del riesgo se concretó en el resultado” –fs.4997 vta.-. Sin embargo, la falta de demostración certera de ese vínculo deja a esa afirmación vacía de sustento operativo. Por eso, el modo de argumentar de la sentencia transcurre en realidad a través de una interpretación del tipo de injusto del art. 84 del CP –escogido por el a quo en detrimento del homicidio doloso imputado por la querrela- que lo transforma en un delito de peligro cuando, en verdad, la figura en cuestión reclama necesariamente la conexión con la producción de un resultado.

En los delitos de resultado no es suficiente la simple determinación de un incremento de riesgos sino que además debe demostrarse que ese comportamiento peligroso se ha concretado en el resultado. Hay pues, según distintos criterios científicos, un doble nivel de imputación – comportamiento/resultado- o, la exigencia de que al comportamiento comprobado y valorado se sume la determinación de un nexo con el resultado.

La sentencia no logra identificar dentro del desarrollo de su argumentación, tanto en el plano causal como de imputación de resultado, la relación entre el riesgo que según su interpretación habría creado Giraldi y la consecuencia mortal para la menor. Si bien los razonamientos recurren a la teoría de la condicio sine qua non, discutiendo además sobre la causalidad en la omisión, lo cierto es que no se encuentra en el fallo una señalación clara que permita discernir que la muerte de Florencia Rombolá se produjera precisamente por la inexistencia de otro guardavida o de una plataforma elevada. Ambos aspectos han sido tenidos dentro de la sentencia, como riesgos desaprobados y puestos bajo responsabilidad de Giraldi -a pesar que, de ser así, remitirían verticalmente a cierta competencia residual de Canavese-. De esa forma no es posible suponer que el resultado mortal pueda conectarse causalmente, a través de criterios de evitación, con la falta de esos aseguramientos. De allí también que resulte innecesario considerar la aplicación del principio de ley penal más benigna que reclamaran las defensas

de Storchi y Giraldi en la audiencia de debate a raíz de la alegada modificación del marco reglamentario que disciplinaba las actividades en los natatorios.

Resulta llamativo que la opinión que encabeza el acuerdo deje de lado la falta de canaleta perimetral –también exigida en la ordenanza citada en la sentencia- con la afirmación de que “no se ha probado que la ausencia de tal recaudo, en el caso concreto hubiera incrementado el riesgo traducido en el resultado, ya que ninguno de los testigos menciona que en el curso del último de los ejercicios Florencia Moller Rombolá hubiera intentado agarrarse del mismo” (sic) –el subrayado me pertenece- de suyo inexistente. Pues así como en este caso no se pudo determinar que de existir hubiera evitado la muerte de la menor, tampoco la hipotética presencia de otro guardavida o la plataforma elevada han podido situarse con certeza dentro de los razonamientos del decisorio, como condición eficaz de evitación del resultado.

Por eso, si bien el fallo dice adoptar la teoría de la imputación objetiva y hace mención al pensamiento de Roxin, lo cierto es que no ha podido respetar los presupuestos causales de su aplicación y, ya en su lógica interna, no ha logrado vincular a través del nexo normativo –“con una probabilidad rayana en la seguridad”- la falta de los elementos antes mencionados con el resultado mortal acaecido.

Repárese que el propio lenguaje utilizado en el fallo resulta opuesto a la idea de “probabilidad rayana en la seguridad” cuando se refiere a ese nexo de evitación. Así la sentencia señaló que “... la implementación de los medios de aseguramiento requeridos habría evitado muy posiblemente el riesgo de producción del resultado o disminuido a un nivel permitido el riesgo de su producción” (fs.5000 vta., el subrayado me pertenece). Más adelante reitera que esas medidas “habrían impedido con alta probabilidad la muerte de Florencia” (fs.5001). Ya en relación con la operatoria de Giraldi respecto de esas medidas

indicó que “debió conocer los requerimientos reglamentarios” dejando “de adoptar cualquier diligencia tendiente a que la pileta se utilizara en condiciones de seguridad” (fs.5002).

Esos razonamientos y la simple remisión a la implementación de “baremos estándares de seguridad” –fs.5001 vta.- son indicativos que el a quo razonó en relación con Giraldi –también respecto de Storchi- sobre la base de un puro delito de peligro y no de resultado lesivo. Esto contradice la dogmática del título de imputación legal adoptada y el propio adelanto retórico en el fallo, de que la falta de un segundo guardavidas y una plataforma elevada se concretaron, en tanto riesgos, en la muerte de la menor Rombolá.

Dicho de otro modo, en la estructura argumentativa de imputación de la sentencia sobre este particular, se ha obviado que no es la mera existencia, creación o incremento de riesgos, incluso algunos desaprobados, lo que determinan la imputación en el caso de un tipo penal como el del art. 84 del CP, sino que estos riesgos guarden relación –causal y normativa- con el resultado final. Si causalmente no se ha podido demostrar de manera cierta que esos riesgos fueron una condición esencial de evitación de la muerte de Florencia Rombolá, no será factible atribuir en los términos doctrinarios a los que remite el propio voto, la imputación de ese resultado al comportamiento de Giraldi.

Sobre esa base no pueden ser de recibo los argumentos de la defensa en punto a que Kamenetzky “no podía estar sobre la plataforma sobre elevada sencillamente porque no existía” y que “cumplió con su tarea de guardavidas en condiciones de inferioridad y debiendo desplegar sola, las tareas que la reglamentación pone en cabeza de dos personas”. De esa manera asumió –dejando a salvo su opinión sobre el acierto de la conclusión- la consideración del a quo en cuanto a la responsabilidad de los directivos de “All Boys 2000 S.A.”, con virtualidad exonerante para la procesada. La dialéctica a la que remite de todos modos la defensa ha sido pues descartada en la ponderación precedente, haciendo

inaplicable la disyuntiva: “O el riesgo se hubiese evitado cumpliendo las reglamentaciones” –se refiere al segundo guardavidas y a la plataforma- “o bastaba un solo guardavidas que circulase y la reglamentación carece de toda relevancia valorativa” (Cfr.5050vta.).

La pretensión expuesta por la parte de que Kamenetzky cumplió en todo momento con su rol aún actuando en “inferioridad de condiciones”, no encuentra correlato en los hechos señalados en la propia sentencia, como se dirá más adelante, sobre todo en lo que aquí interesa, a partir de la conexión normativa entre la actuación precedente del guardavida y el resultado lesivo producido.

Esto se ha puesto en evidencia cuando el fallo describe como demostrados, los riesgos que efectivamente se vinculan de manera causal y normativa con el resultado mortal padecido por la menor. Al respecto el decisorio indica la violación de los deberes de cuidado en virtud de un actuar negligente por parte de Privato y Kamenetzky conectándolos con el desenlace fatal. En esa identificación queda claro que no hay relación certera con relevancia penal entre las falencias en aplicar la ordenanza municipal 41.718 y la muerte de la menor.

En consecuencia, ni la actividad desarrollada por Storchi en su carácter de presidente de “All Boys 2000 S.A.”, ni las omisiones respecto a ciertas exigencias de la ordenanza mencionada, puestas en cabeza de Giraldi como coordinador de actividades en el natatorio, tienen aptitud exonerante respecto de lo actuado por Kamenetzky y Privato. Cabe así rechazar esos motivos de crítica expuestos en los recursos presentados por sus defensas.

-VI-

Por eso resulta necesario progresar en el análisis de los otros agravios desarrollados por los defensores de Kamenetzky y Privato. Al respecto, conforme

con la naturaleza de los planteos, deben considerarse las alegaciones de los recurrentes vinculadas con las circunstancias de la muerte de Florencia Moller Rombolá. Sobre todo en punto a la pretendida imprevisibilidad –fs.5187 vta- e inevitabilidad –fs.5181 vta./5182) que señala en su recurso la defensa de la imputada Privato.

En lo sustancial, el recurrente considera que “Florencia es, inequívocamente, un caso de ahogado silencioso”, pues a su entender “se hundió junto a la escalera, de manera completamente inhabitual, sin resistirse, sin gritar, sin dar ninguna señal de alerta”. Agregó por lo demás, que la profesora Privato no tenía ningún deber de cuidado de acuerdo con el cual debiera “seguir con la mirada a su alumno hasta que “este fuera del agua y más aún” –criticando los argumentos de la sentencia-.

A partir de esos presupuestos, reiterados explícitamente en la audiencia ante esta Sala, el recurrente entendió que “Florencia murió como consecuencia de una imprevisible desgracia, no de una conducta delictiva...atribuible a Cecilia Privato”.

En esa misma dirección se sitúo el planteo de la defensa de la procesada Kamenetzky respecto de la supuesta existencia de dudas sobre “el estado de conciencia de la víctima al momento de su sumersión”(fs.5058) pues el recurrente entendió que “en ningún momento pudo aclararse...en qué estado y por qué razón se produjo dicha inmersión” (fs.5058 vta.). A su criterio la duda sobre la conciencia de la menor al momento de producción del hecho “impide el análisis de la culpa de mi asistida”.

Avanzando en su argumentación, el letrado consideró que existe una posibilidad real y concreta que “...la sumersión fuera “silenciosa” y sin signos externos que permitieran su detección a un único guardavidas...”. Agregó que era posible que la menor padeciera un “síncope vasovagal o cualquier otra afección.” En esa situación que definió como de duda sobre el modo en que aconteció la muerte de la menor, expresó que debe aplicarse el in dubio pro reo, lo que no hizo el tribunal

de juicio, forzando así el contenido de las pericias y los testimonios de los expertos.

Como se advierte en el elenco de agravios antes realizado, la primera cuestión remite a considerar si en el fallo se ha fundado adecuadamente que la muerte de Florencia Moller Rombolá ha sido consecuencia de un obrar humano imputable a terceros o si, por el contrario, como postulan los recurrentes, fue producto del “riesgo vital” que padece todo individuo o, incluso como se deja ver en algunas de sus alegaciones, una situación derivada de la propia configuración de la víctima.

Observo que el fallo ha establecido con fundamento en prueba pericial y testimonial surgida de expertos en la materia –Dres. Patito, Velásquez, Sapag y David- que “la muerte de Florencia fue producida por asfixia por sumersión” y que “el mecanismo que lleva a la muerte en tales casos, puede variar entre tres y diez minutos”. Consideró además que la presencia de plancton en las condiciones verificadas en la autopsia determinaba que la muerte no se produjo “antes de la sumersión” (fs.4876 vta.). Siempre con remisión a esas fuentes probatorias, el a quo tuvo por cierto que Florencia Moller Rombola no padecía alteraciones cardiacas o pulmonares, que en ese orden la “niña era normal”, y que “era una nena sana” (fs.4877).

También apreció la sentencia que en el debate quedó claro que “no descarta la causal de muerte por sumersión, que la niña se hubiese desmayado previamente, ya sea por hipoglucemia, por un reflejo vasogaval u otro motivo, porque aún estando inconsciente sigue respirando” (fs.4877).

No hay duda alguna entonces en que la causa de la muerte de la menor fue asfixia por sumersión y que esta ocurrió en la piscina mientras se desarrollaba un ejercicio natatorio. Dicho aserto fue incluso admitido por los recurrentes. Esto implica, conforme fue desenvuelto en el fallo, que Florencia no falleció por

circunstancias ajenas a los riesgos derivados de la actividad a la que fue dirigida en el ámbito de la pileta.

Tampoco existen dudas en cuanto a que la menor participaba de ejercicios de natación, conforme a las características establecidas para el denominado “nivelito 2” cuyo objetivo, según indicó el fallo con fundamento en prueba testimonial y documental, “era el aprendizaje de la flotación ventral y dorsal, desplazamiento con patadas o brazadas sin técnica específica, entrada al agua en parte playa y profunda y desplazamiento entre ambos sectores”. Por eso no es una conclusión arbitraria del fallo sino claramente demostrada a través de elementos de juicio de naturaleza diversa, que Florencia no tenía un estilo para nadar ni habilidades desarrolladas.

Es en virtud de ello que la imputada Privato la ubica en el nivel de actividad ya identificado y desenvuelve los ejercicios como aquél en cuyo transcurso perdiera la vida la menor. Esa rutina se desarrollaba en la parte profunda del natatorio y era ejecutada por entre catorce y quince niños que no hacían pie –tampoco Privato- y en la mayoría de los casos –Florencia incluida- tenían reducida capacidad para nadar. Por esos motivos la guardavida Kamenetzkiy se ubicaba en una posición que debía permitirle el control de la situación.

En consecuencia, está fuera de discusión racional en base a la prueba pasada en el debate, que la muerte de la menor ocurrió en un ámbito de peligro y como consecuencia de los riesgos derivados de este, cuyo control estaba asignado a las competencias inmediatas –diferenciadas pero concurrentes- de Privato y Kamenetzki.

Lo padecido por Florencia Moller Rombola es justamente uno de los riesgos emergentes de la actividad natatoria por parte de menores de edad, sin habilidades significativas de nado, desarrollada en una parte profunda de la piscina y dentro de un ejercicio con múltiples participantes. Por eso no resulta

aceptable la argumentación de que lo acontecido era “imprevisible” e “inevitable”, pues contrariamente a lo alegado por los recurrentes, los deberes de cuidado impuestos a quienes tienen bajo su competencia esas actividades de los menores, surgen con la finalidad de evitar resultados lesivos como el ocurrido. Nada fuera de lo previsible y dominable sucedió el día del hecho que pudiera escapar de las posibilidades de evitación de quienes tenían a su cargo garantizar la seguridad de Florencia a través del cumplimiento de los deberes de cuidado para la actividad.

Dicho de otro modo, las funciones de Privato y Kamenetzky, aunque diferentes, tenían en común deberes de vigilancia y cuidado, de manera que los riesgos propios de la actividad de aprendizaje natatorio no se concretaran en resultados lesivos para quienes las desarrollaban. Florencia padeció un incidente de aquellos que están dentro del campo de lo previsible y, en tanto su muerte no se produjo antes sino en virtud de la sumersión, resultaba en esos mismos términos al menos, evitable. Que un niño aprendiendo a nadar se ponga nervioso, trague agua involuntariamente, sufra una indisposición, se asuste, patine, sienta un calambre, se golpee, se caiga etc. son todas situaciones que están en la lógica de las previsiones de las medidas de seguridad a cargo de la profesora y la guardavidas. Entre esas medidas, la más básica es por cierto la de observación y control de lo que sucede.

Por eso no resulta arbitrario, contrariamente a lo alegado por los recurrentes, que el fallo señale que: “En nada modifica lo expuesto que Florencia no hubiera efectuado algún movimiento que exteriorizara lo que le estaba sucediendo, tales como levantar la mano, gritar u otro tipo de expresión, es decir que se tratara de lo que se llama un “ahogado silencioso”. Agregando que sería “el mismo supuesto del que hubiera sufrido una pérdida de conocimiento por un reflejo vasovagal”.

Es que esas circunstancias claramente se incluyen en las previsiones que determinan de parte de quienes tienen a su cargo el ejercicio que se lleva a cabo,

la adopción de deberes de cuidado o control. En este caso, la Profesora Privato debía adoptar esas reglas de cuidado en virtud de las cuales es situada como garante de que no ocurra un resultado lesivo durante la actividad. Esta circunstancia fue puesta en evidencia por el a quo al expresar que: “la profesora debió vigilar atentamente a todos los que estaban en su grupo, máxime cuando se trataba de niños de corta edad”.

Lo acontecido estaba en el ámbito de competencia directa de Privato, pues era ella la encargada formal de la actividad y la que fácticamente llevó al grupo a la parte profunda y dio las indicaciones de cómo desarrollar el ejercicio. En esta situación estaban a su cargo deberes de vigilancia que hacían al cuidado que exigía el desenvolvimiento de la rutina. Esa reglas generales de vigilancia eran aún más significativas si se atiende en concreto a que la madre advirtió a Privato que no mandara a Florencia a la parte profunda, que no sabía nadar y “que estaba operada de adenoides, que tenía “diábolos” puestos, que no podía sumergirse – circunstancia anotada en la ficha-“. Esto fue remarcado por la querellante Rombola al testimoniar según reproduce la sentencia, diciendo que Privato “sabía que Florencia no sabía nadar y en qué nivel estaba; que ella le pidió que no la llevara a lo hondo y le enseñará primero lo que tenía que aprender, patada, respiración, quedando en que lo haría y no se separaría de la nena, a quién le encomendó personalmente”. Todo lo cual permite descartar que la menor estuviera en una situación de reacción privilegiada frente a un incidente en el agua.

La propia Privato reconoció que Florencia “tenía respiración mecánica que es lo que se trabaja en ese nivel, es decir tomaba aire y lo largaba bajo el agua, aunque no tenía estilo para nadar, lo que llevó a decidir que quedara en el nivelito 2; que fueron a la parte profunda y le pidió que hiciera lo mismo, que fuera hasta ella e hicieron pequeñas entradas al agua, aclarando que la chica hacía las entradas al agua sentada en el borde porque no podía bucear; que las actividades las hicieron en los 2 m y 2,20 m; que en 1,40 m está la escalera para ascender; que toda la semana trabajaron en la parte profunda pero el mayor tiempo de trabajo era en la

parte baja”. Agrego por otro “lado la nena era muy consciente de sus limitaciones”, lo que permite descartar que la menor hiciera algo extraño que de forma extraordinaria quedara fuera del control debido por la profesora.

En concreto, frente a las características del ejercicio, Privato puso en evidencia como lo desarrollaba Florencia y así indicó que al tocarle su turno “... como no se podía tirar de cabeza, se deslizó como un cocodrilo por la colchoneta, ... que en ese momento vio que Ávila iba hacia la parte baja y que la guardavidas ahora estaba ubicada a unos tres metros de ella, que entonces se hicieron una seña con su compañero de que ella le iba a ir mandando los chicos para el juego final y les indicó a estos que eligieran cómo iban a entrar al agua y luego fueron pasando, llegaban hasta ella, le tocaban la mano y allí les daba un impulso para ese recorrido corto que serían otros tres metros hasta la escalera que estaba ubicada a 1,40 m, luego de los cual los chicos tenían que caminar y reunirse en la parte baja con Marcelo, entrando por la escalera”. Su reconstrucción del ejercicio habilita a que, tal como lo hace la sentencia, se ponga dentro de sus deberes la observación del traslado de los menores que, vale adelantarlo ya, incluye también la situación fuera del agua.

En efecto, una de las alegaciones del recurrente es que Privato tenía su esfera de competencia y cuidado debido extendidos hasta el momento en que la menor alcanzaba la escalera. La propia apreciación de la profesora muestra que sus deberes incluían el ejercicio en tramos fuera del espejo de agua ya que integraba la posición del menor que aseguraba la colchoneta –fuera de la pileta- hasta el traslado en dirección a Avila. De ese modo, aún en la hipótesis planteada en el recurso, y sostenida en la audiencia casatoria, de que Florencia hubiera alcanzado la escalera y luego cayera, también esa circunstancia esta en el campo de control debido por parte de Privato y Kamenetzky.

Justamente esto se advierte en el propio relato de la imputada contenido en la sentencia, respecto al momento concreto de la actuación de Florencia. En esa línea refirió que la menor estaba en el medio de la fila, quinta o sexta y que "... se tiró como cocodrilo, luego ella le dio el impulso para ir hasta la escalera del medio, la de 1,40, la chica se agarró de la escalera y lo último que ella vio es que puso el pie en el escalón y la cola saliendo del agua, después de lo cual ella le dio paso al siguiente chico, que le parece que era Nathalie; que Nathalie llegó a la escalera y empezó a subir, luego pasó Santiago, que ella lo impulsó para llegar a la escalera del medio y cuando estaba llegando pegó un grito, "señorita hay alguien abajo del agua".

Si bien la imputada explicó que no consideraba que en esa situación hubiera obrado con negligencia, explicitó que "... no consideró que fuera una situación de riesgo, por lo tanto siguió trabajando con el resto de los nenes; que obviamente no pudo ver qué hizo que una vez que Florencia, agarrada y subiendo como estaba la escalera, se hundiera, pues estaba mirando al resto de los chicos; que cuando el resto de los nenes iban hacia la escalera volvió a mirar hacia ésta y no la vio, suponiendo que estaría afuera con Avila, pero lamentablemente lo que no pudo ver era que estaba sumergida, tal vez no pudo verlo por el reflejo del sol que produce un espejo en el agua; es decir que no lo pudo remediar porque no lo pudo ver; que es evidente que algo le pasó, que algo hizo que ella una vez agarrada y sostenida de la escalera se desvaneciera".

Desde esa perspectiva resulta congruente con la sana crítica que el a quo entendiera que Privato no respetó las reglas de cuidado con fundamento en la prueba testimonial, la propia lógica del ejercicio desarrollado, las características de la menor y las conclusiones periciales citadas al principio.

Así puso en evidencia que el niño que advierte que Florencia se encontraba sumergida fue Giuliano Bacchi que estaba en la fila, entre cuatro y cinco detrás de aquella. Con cita del testigo Canavese tuvo por cierto que para el ejercicio que se

llevaba a cabo en la parte profunda, el guardavidas debía acercarse a distancia prudencial y, bajo la dirección de la profesora, debían “ingresar y egresar de a uno” en la pileta, siendo el profesor el que tenía a su cargo que los niños estuvieran en orden y afuera de la misma.

La sentencia estableció con soporte en la prueba testimonial de los compañeros de Florencia –fs. 4981- que “la consigna del uno a uno no era respetada por Privato” y sobre la base de los propios dichos de las acusadas, Avila y los menores Borthelle y Bacchi, que la menor fue hallada sumergida “en un sitio cercano a la escalera”. El primero dijo haberla visto a Florencia sumergida, pero no creyó que se estaba ahogando –sino jugando- y el segundo fue quien advirtió de la situación a la profesora.

Por eso resulta una inferencia lógica e incontestable surgida de la ubicación de Florencia sumergida, el tipo de ejercicio que realizaban los menores y los propios dichos de estos, a la luz del modo en que fueran ingresando y egresando del agua los niños Aparicio, Díaz, Borthelle y Bacchi que: “Privato, luego de que Florencia la alcanzara y retornara empujada por ella, hacia la escalera, la perdió de vista, pues de otro modo hubiera tenido que intervenir de inmediato”. Otro tanto, por la ya dicho, ocurre con la afirmación de que el deber de vigilancia de Privato “no se acotaba hasta que los niños llegaban y se asían de la escalera, sino que se extendía hasta que salieran del agua y más aún” (ver en igual sentido fs.4997 vta y ss). No hay pues lugar a que procedan los agravios de las defensas sobre el particular.

Repárese que directivas como la “de uno a uno”, orientación en fila, distancias, forma de ingreso, modo de impulsar hacia la escalera, observación hasta que la persona salga de la fuente de peligro, dirección y modo de regreso etc. operan como equivalentes funcionales de reglas para el ejercicio de determinada rutina en condiciones de seguridad. Si bien hay reglas técnicas y administrativas que

disciplinan en términos generales una actividad como la desarrollada por Privato y Kamenetzky, lo cierto es que en rutinas, juegos o prácticas como las que realizaba la menor, se aplican reglas surgidas de la práctica deportiva, la pedagogía, la prudencia, la experiencia, los usos y el control de la situación. Por eso, directivas como las recordadas más arriba, sirven para determinar el deber de cuidado exigible en casos donde no existe un estándar legal formalizado sino que es el propio sujeto –Privato- el que orienta la actuación en un campo de riesgo.

En esa línea la sentencia tuvo correctamente probados los deberes de cuidado que pesaban sobre Privato y Kamenetzky, que estos las ubicaban en situación de garantes frente a la naturaleza de la actividad desarrollada en concreto y que actuaron en tales circunstancias de manera negligente, al menos con la menor fallecida. En el fallo se precisó que esta negligencia determinó que pasaran al menos tres minutos entre que se hundió la menor y se produjo el fallecimiento. A criterio del a quo esto resulta congruente con el lapso que demandó a Natalie Mantiñan, Santiago de Jesús Díaz, Mariano Daniel Aparicio, a Tomás Bothelle y a Giuliano Bacchi, hacer el ejercicio –de acuerdo a lo testimoniado por la profesora Boffa-.

Concluyó así fundadamente respecto de Privato que en un “lugar de riesgo”, teniendo a cargo “niños de corta edad” y “bajo rendimiento como nadadores”, le habilitan a sostener que “omitió cumplir con la obligación que demandaba la tarea encomendada como profesora, al no vigilar a Florencia debidamente, lo que permitió que la misma muriera por asfixia por sumersión” (fs.4989/4991). No se trata a mi entender y a pesar de las discusiones del a quo y algunas de las defensas de un problema de “omisión” sino de “comisión”, en tanto se lleva a cabo una actividad sin atender a los deberes de cuidado exigidos.

Con igual legitimación normativa y lógica, la sentencia concluyó que Kamenetzky tenía bajo su competencia “prevenir accidentes y asistir a quienes se encuentran en peligro dentro del agua”, “garantizando así la seguridad de las personas que se

encontraban en la pileta”. También ha fundado en pruebas múltiples que la procesada se encontraba al borde de la pileta, entre los dos grupos de niños, aunque más cerca de Avila –en la parte playa- que de Privato, en la parte profunda.

Ya ha quedado en evidencia que la imputada no se vio ante una situación imprevisible o inevitable, aún en la hipótesis de un ahogamiento “silencioso”, sino que tenía capacidad para afrontar lo que acontecía en la piscina. La propia imputada reconoció que no estaba en una situación de inevitabilidad del resultado o impedimento de actuar, pues manifestó según reproducen las actuaciones del tribunal que “... no lo recuerda con precisión pero entiende que no había zonas donde no pudiera ver bien; que en el lugar solía haber mucho ruido, pues los chicos cuando juegan son ruidosos. Explicó con respecto al hecho que estaba parada en el borde de la pileta, aclarando que ella en general circulaba o estaba parada en un lugar; que estaba parada donde indicó Privato en el gráfico, en la parte baja de la pileta grande, desde donde observaba prácticamente todos los sectores del natatorio hasta que en un momento escuchó un llamado de alarma de la profesora”.

En esa misma línea precisó que “... nunca dijo que tuviera dificultades para controlar la pileta, sí dijo que tenía que prestar atención a varios sectores de la pileta y a varios rangos etarios de asistentes, por lo que era una posición bastante exigida; que sabe que se requiere un guardavidas por cada cien personas”.

Esto es congruente con lo testimoniado por Canavese según refiere al a quo, en punto a que “el sindicato de guardavidas establece un guardavidas cada 25 metros o cien usuarios, o dos cada 50 metros...que los criterios que se manejan a nivel internacional son la cantidad de usuarios o los metros que tiene la pileta, y el sindicato establece los dos criterios”. Agregando que “el mando del espejo de agua lo tiene el guardavidas; que las condiciones de seguridad las determina el

guardavidas; que, por ejemplo, si faltan elementos de seguridad o el agua está turbia, corresponde al guardavidas disponer el cierre del natatorio”.

También la madre de la víctima testimonió a partir de los relevamientos hechos con los menores -según reproduce las constancias del fallo-, que “Kamentzky estaba conversando con Avila... es decir que no estaba mirando ninguna de las dos piletas, por lo que hay un concierto de responsabilidades pero no todas en el mismo grado; que según los chicos cuando le avisaron a Kamenetzky, ésta se tiró y la sacó;...Agregó que con respecto a Kamenetzky los chicos le comentaron que estaba en la parte baja y conversando con Avila; que desde ese sector es imposible ver el fondo de la otra pileta chica porque las piletas están en desnivel, la otra está mucho más alta.”

Es por eso significativa, la apreciación del a quo en cuanto a que al sentir los gritos como de que había alguien abajo, Kamenetzky entonces “miró y sin problemas vio a Florencia abajo del agua, a la altura de la escalera” (fs.4981 vta.). El tribunal de juicio asegura sobre comprobaciones directas hechas por los magistrados –no revisables ciertamente en esta instancia- que desde la ubicación de la guardavida no era factible observar la posición de la víctima “con la claridad” expresada por la profesional. De allí infiere la sentencia que Kamenetzky debió haber circulado para tener un mejor control de la situación a punto tal de haber detectado lo ocurrido. Para ello hizo mérito de los al menos tres minutos en que la menor había estado debajo del agua sin ser advertida por la guardavida. En consecuencia si “hubiera estado atenta” hubiera logrado intervenir antes de que pasara un lapso tan prolongado.

De esa forma, la falta de diligencia y atención en la labor de vigilancia constatada por el a quo, constituyen una clara y fundada infracción de los deberes propios de su función. Ese riesgo, por lo ya visto, se concretó en el resultado mortal padecido por la víctima, en atención según precisó el fallo, a que “no pudo ser recatada con la premura que hubiese permitido evitar su muerte” (fs. 5002).

Por lo tanto, estos agravios de las defensas deben ser rechazados.

- VII -

Como quedara expuesto en la identificación de los cuestionamientos de los recurrentes antes citados, también indicaron como motivo de revisión de la sentencia la remisión entre sus fundamentos a pruebas que consideran nula.

En esa línea, la defensa de Kamenetzky afirma que los jueces “han tomado como el principal elemento probatorio para inculpar a mi asistida declaraciones testimoniales, nulas de nulidad absoluta por haber sido obtenida” en violación del art. 18 de la CN. Con esta consideración se refiere a que la querella reconoció haber recibido y grabado oportunamente declaraciones de los menores compañeros de la menor víctima. Así indicó que “se desconoce el modo en que los mismos fueron obtenidos y los recaudos adoptados para garantizar su veracidad”. Esto implicaría a su criterio ocultamiento de prueba y violaría el deber de lealtad de la contraparte.

A su vez, la defensa de Privato entendió que el a quo ha efectuado una “caprichosa selección de ciertos testimonios en desmedro de otros”, agraviándose de la nulidad dictada por los jueces respecto de testimonios originarios de los menores en la etapa de investigación.

Los agravios de ambos recurrentes no logran vincularse con el hilo argumental fundamental que motivo la imputación personal adoptada en la sentencia en contra de Privato y Kamenetzky. La sola consideración de los elementos de juicio a los que debió atenderse en el control casatorio desarrollado más arriba, pone en evidencia que el tribunal de juicio alcanzó certeza normativa sobre el reproche

dirigido a ambas profesionales, sobre la base de un cuadro completo y complejo de pruebas de indudable naturaleza incriminatoria.

De hecho, ni siquiera se dirigió la crítica a toda la prueba testimonial asumida por el fallo sino, en la que tiene por fuente los dichos de los menores. Por lo demás, buena parte de los relatos de los testigos coinciden con las propias afirmaciones de las imputadas y, en lo restante, se hace remisión a prueba pericial, documental e indiciaria. Los recurrentes no han podido fundar normativamente la supuesta nulidad o irregularidad aludida, ni señalado en qué sentido sus pretensiones pudieran modificar las conclusiones alcanzadas en la condena. Han fallado pues en demostrar el perjuicio que alegan en base a una referencia genérica a la defensa en juicio y el debido proceso.

Por el contrario, el análisis del desarrollo del debate muestra la congruencia con las garantías constitucionales que amparan a los imputados en esta materia. En efecto, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece el derecho del acusado en plena igualdad a la garantía de “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones de los testigos de cargo”. En sentido similar, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece “el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre la cuestión” (art. 8, 2, f).

La CIDH ha sostenido en el caso “Castillo Petruzzi c. Perú” (sentencia del 30 de mayo de 1999) que es una prerrogativa del acusado examinar a los testigos a favor y en contra, bajo las mismas condiciones, para poder ejercer su defensa.

Al mismo tiempo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través de la Observación General n°32 de agosto del 2007, ha señalado, interpretando el apartado e) del párrafo 3 del art. 14 de Pacto de Derecho Civiles y Políticos, que

“...como aplicación del principio de igualdad de medios, ésta garantía es importante para asegurar una defensa efectiva por los acusados y sus abogados y, en consecuencia, garantiza a los acusados las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer e interrogarlos y contrainterrogarlos que las que tiene la acusación. Sin embargo, no otorga un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo que soliciten los acusados o sus abogados, sino sólo el derecho a que se admita a testigos pertinentes para la defensa, y a tener la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo e impugnar sus declaraciones en alguna etapa del proceso. Dentro de estas limitaciones y con sujeción a las limitaciones impuestas al uso de declaraciones, confesiones u otras pruebas obtenidas en contravención del artículo 7, corresponde en primer lugar a los poderes legislativos nacionales de los Estados Partes determinar la admisibilidad de las pruebas y la forma en que ha de ser evaluadas por los tribunales” (OG. N°32, párrafo 39).

Sobre esos presupuestos entiendo que los recurrentes han tenido a su disposición el ejercicio de las garantías constitucionales en el interrogatorio de los testigos y que la ponderación hecha por el tribunal de su contenido ha quedado ha resguardo de la arbitrariedad. Esta circunstancia respeta la doctrina de la Corte Suprema desarrollada en el precedente, B.1147.XL, “Benitez, Aníbal Leonel s/lesiones graves -causa n°1524- en punto a que .lo decisivo es garantizar el derecho de la defensa del acusado que, en lo que aquí interesa y con remisión al caso “Säidi vs. Francia”, Serie A, n°261-C, sentencia del 20 de septiembre de 1993, párr. 41, del TEDH, exige que haya tenido “una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra”.

Observo en particular que los menores fueron escuchados en su mayoría de manera directa durante el debate –en otros casos lo hicieron los padres-, en consecuencia pudieron ser sometidos a interrogatorio y control de todas las partes

y el mismo tribunal. Justamente, el voto que lidera el acuerdo ha tomado en cuenta expresamente el paso del tiempo en la ponderación de la validez demostrativa de los dichos de esos declarantes, aludiendo así a contradicciones y lagunas. Sin embargo, los datos que de manera clara han quedado fundados en esos dichos encuentran congruencia con prueba surgida de distinta fuente, como ya se puso en evidencia más arriba.

Los condicionamientos a los que se hace referencia dentro de los agravios aún de existir no se demuestra que hayan influido en el resultado final de la argumentación del a quo. Por lo tanto, estas críticas deben ser también desechadas.

- VIII -

Por una cuestión lógica en el análisis de los agravios de todas las partes, cabe ahora atender a las cuestiones planteadas en su recurso por la querrela, en términos congruentes con lo expuesto en el apartado IV. En esa línea, el recurrente consideró en su momento que había sido aplicada erróneamente la figura del homicidio culposo e indicó que, probada la imputación objetiva, debía atenderse a que la persona que “conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace” (con cita de doctrina, fs.5076). Sin embargo, como se adelantó, esa crítica fue desistida en la audiencia ante esta Sala.

Observo de todos modos y en virtud de las alegaciones de las defensas de Privato y Kamenetzky acerca de que el suceso que determinó la muerte de la víctima se trató de una “fatalidad” o “accidente” que la imputación subjetiva del hecho ha sido adecuadamente discernida por el a quo.

Ya he sostenido en otros casos que la interpretación que los tribunales hacen de los sucesos empíricos y, sobre todo, de los aspectos subjetivos de esos

acontecimientos no se desenvuelve a través de una perspectiva meramente naturalística o psicologista. El disvalor del hecho y el juicio de imputación, también en el orden subjetivo, y en especial en los delitos culposos, se desenvuelve a través de criterios normativizados sobre las acciones humanas.

En la consideración del tipo de injusto, los tribunales están llamados a realizar un análisis del significado social de los comportamientos para poder considerarlos hechos penalmente relevantes. Todos los conceptos típicos penales, incluso aquellos que podían identificarse como descriptivos, tales el matar o herir no son entonces simples conceptos causales de lesiones de bienes jurídicos, sino conceptos de relaciones de significados sociales. De allí que la aplicación de las normas en esos casos, no depende de una pura comprobación sino que se lleva a cabo merced a la identificación del significado integrado al tipo (Hans Welzel).

En consecuencia, el lenguaje que se utiliza en la interpretación de los tribunales responde a dos niveles. Uno es el que se corresponde con la observación que, en principio, evalúa a partir de criterios de comprensión directa. El otro, sin embargo se vale de conceptos de tipo teórico como por ejemplo el del dolo o la negligencia. El a quo ha reconstruido los hechos a través de una “observación” fundada en la prueba recibida en el debate. Esos comportamientos, de todos modos, deben ser puestos en relación con los conceptos jurídicos que le brindan la significación necesaria para el juicio concreto de atribución penal.

Esta vinculación se hace posible merced a reglas de interpretación o asignación de sentido (Klaus Volk) que relacionan lo acontecido -probado- con los términos jurídicos aplicables. Por eso la determinación de la negligencia sólo es “observable” a partir de su referencia a deberes de atención y control. La negligencia se integra sólo parcialmente con los datos empíricos verificados pues en lo restante se sirve en su contenido de las exigencias de control que cargan la competencia del sujeto, en este caso de Privato y Kamenetzky.

Ya se dijo más arriba que justamente las funciones de garantía que tenían en sus tareas las condenadas y que determinaban la adopción de deberes de cuidado eran consecuencia de la previsión y probabilidad de situaciones negativas en la actividad que desarrollaban los menores en la pileta. Ese conocimiento, esta en la base de la noción de previsibilidad y sirve en su caso como soporte de la evitabilidad. Sin embargo, los riesgos a los que remite están dentro de lo social y jurídicamente aceptable pues se trata de actividades promovidas para el desarrollo de la personalidad y la adquisición de habilidades que perfeccionan la actividad humana. Por lo tanto, la aprensión de esos riesgos es de carácter general, propios de la enseñanza de la natación y son regulados mediante estándares de prevención, control y auxilio. Estas reglas son las que hacen al modo en que se ejecuta el ejercicio dispuesto por Privato o la forma en que Kameneztky debe vigilar lo que sucede en el natatorio.

La “imprudencia”, analizada en este caso supone una falla imputable en la evaluación o control de los riesgos, que por eso, se tornan jurídicamente desaprobados.

Precisamente, los comportamientos atribuidos a Privato y Kameneztky crearon un riesgo jurídicamente desaprobado dentro de la práctica natatoria de Florencia Moller Rombolá, en virtud de su “negligencia”, “descuido” o “inobservancia” de las reglas que permiten a esa actividad integrarse en lo socialmente aceptado. No hay pues, de acuerdo a la prueba considerada por el a quo, posibilidad de imputar un conocimiento o advertencia de parte de las acusadas que pudiera dar fundamento a una actuación dolosa, pero si resulta suficiente para verificar un obrar culposo que inhibe la idea del “accidente”.

La propia significación de negligente adoptada por la sentencia, implica una falta que neutraliza la percepción sobre lo que debía controlarse. La forma en que se dispuso el ejercicio por Privato, las consideraciones de los testigos sobre el obrar

profesional de Kameneztky y, en lo que es fundamental, las circunstancias en que se concretó el resultado según quedó probado en la sentencia, indican en términos de significación, que ambas confiaron en que tenían bajo control los riesgos de la actividad natatoria, a pesar de la “negligencia” y “deficiencia” en que incurrieron.

La revisión de la Casación sobre estas cuestiones es plausible en tanto ejerce el control sobre el fundamento de la atribución de significado a ciertos hechos y su congruencia con el concepto y contenido jurídico de la imputación subjetiva escogida en el fallo. Como consecuencia de esto, entiendo que con lo dicho se agota el cometido casatorio. Por lo tanto, no observo arbitrariedad o inconsistencia en los fundamentos del fallo vinculados a la elección del título de injusto atribuido a Privato y Kameneztky.

- IX -

En subsidio de los planteos antes analizados, la defensa de la condenada Privato ha solicitado la reducción de la pena privativa de la libertad impuesta y la modificación de la naturaleza de la inhabilitación que ha recaído sobre su actividad.

En igual sentido, la querrela, también pretende la revisión de esas sanciones, postulando su incremento.

A partir entonces de la determinación del título de imputación alcanzado en el apartado anterior, deben ponderarse ahora las consecuencias jurídicas discernidas en el fallo.

Observo que los votos que constituyen la mayoría en la determinación de la pena privativa de la libertad de tres años de prisión impuesta a Privato, señalan como

principal agravante a la naturaleza del hecho. Se fundan para ello, en que tenía a sus cargos niños con poca capacidad de desplazamiento en el agua y distintas aptitudes natatorias, lo que “requería una diligencia especial”; precisando que respecto de “Florenxia” la acusada ejecutó “tal como se ha comprobado al analizar su conducta, una imprudencia de entidad”.

En punto a los atenuantes citaron que Privato no contó “con el apoyo de las medidas de seguridad que exigía la ordenanza municipal”, “que carece de antecedentes, que es madre de un niño, que tiene hábitos laborales y demás pautas mensurativas previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal”. Sobre la base de consideraciones preventivas especiales y con cita del precedente “Squilario” de la Corte Suprema, entendieron ambos jueces que procedía dejar en suspenso aquella sanción.

En cuanto a la pena de seis años de inhabilitación especial para desempeñarse como profesora de educación física explicaron que tenía por finalidad “evitar que en el futuro... ponga en peligro la integridad física de personas que estén bajo su cuidado”.

A su turno, el voto de la minoría señaló que la ponderación de la sanción propuesta –tres años y tres meses de prisión- ha de atender “a la gravedad de la infracción del deber realizado en el hecho por parte de la autora”. A continuación indicó que Privato fue quien niveló a Florenxia y quien dispuso los ejercicios a realizar en la parte honda de la pileta. Agregó que Privato “se desentendió de la suerte y destino de Florenxia” por “un lapso considerable”. Agregó que además desconsideró la falta de otro guardavida y que dejó de prestar generalizadamente atención al destino de diferentes alumnos, por lo que considera que no puede hablarse de “un simple descuido”. Sumó a esto que no adoptó “mayores recaudos” motivados en los pedidos de la madre de la menor de no llevarla a la parte honda de la pileta.

Ya en orden a la inhabilitación especial, explicó que su cuantificación buscaba “impedir que Privato tenga ocasión de poner en peligro la vida y la integridad física de personas... en el futuro”.

La defensa de Privato por su parte, solicitó se reduzca la sanción privativa de la libertad al mínimo de la escala penal aplicable, atendiendo al entorno familiar de la condenada, sus buenos antecedentes laborales, el concepto merecido entre pares y la falta de antecedentes. Criticó retóricamente tanto las penas impuestas, como las que fueron postuladas por el voto de la minoría y la pretendida por la querella. Para eso estimó que no había razón alguna para alcanzar el monto punitivo a los que se refirió en sus agravios,

Consideró además “desmesurado el castigo adicional” impuesto a Privato, de inhabilitación para ejercer de profesora de educación física, cuando en realidad el hecho que se imputa se vincula con la docencia en natación. Entendió de ésta forma que se afectaba la posibilidad de ejercer dignamente su trabajo como profesora de educación física.

La querella criticó en su recurso, la ponderación de la pena de los votos mayoritarios del fallo y señaló que coincidía plenamente con los agravantes estimados por el voto minoritario. Preciso que el comportamiento de Privato en el incidente demuestra “desinterés” por la vida de Florencia y ameritaba una pena de cumplimiento efectivo. Interpretó además que la atenuante de actuar sin los apoyos de medidas de seguridad citada por la mayoría, debía tenerse por agravante. En definitiva reclamó la pena de cinco años de prisión y diez de inhabilitación.

El análisis de los elementos de valoración mencionados por la mayoría en su voto y por la minoría en el suyo –al que remite sustancialmente el recurso de la querella- muestran algunos aspectos que deben ser especialmente atendidos. La

revisión casatoria, de todos modos, no gira solamente en torno a la consideración de la coherencia en la determinación de la pena –problema de arbitrariedad- sino que además incluye un escrutinio sobre si ha sido adecuada la ponderación entre los indicadores que concurren en el hecho comprobado.

En esa línea cabe practicar la revisión de la sentencia conforme a los estándares indicados en la argumentación del fallo “Casal” (Fallos: 328:3399), pues en virtud de la doctrina expresada por la Suprema Corte en ese precedente se hace operativa la determinación de la Corte IDH en el caso “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, sent. de 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107, en cuanto otorga la garantía a una revisión amplia de la condena que incluya la consideración de la pena.

Esto mismo resulta congruente con las previsiones del art. 14.5 del PIDCyP que asegura el control sobre la declaración de culpabilidad y la pena por parte de un tribunal superior. En la Observación General 32, de agosto del 2007, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha recordado en el párrafo 45 que: “El párrafo 5 del artículo 14 del Pacto dispone que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Al respecto, en el párrafo 48 se ha indicado que: “el derecho de toda persona a que el fallo condenatorio y la pena impuesta se sometan a un tribunal superior... impone al Estado Parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena, en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena solamente no es suficiente a tenor del Pacto”.

En consecuencia, según quedara dicho, ha de evaluarse en esta instancia si la determinación de la pena se encuentra adecuadamente fundada y sin vicios de arbitrariedad y, al mismo tiempo, si el a quo ha ponderado o sopesado la

importancia de los agravantes y atenuantes que concurran a la cuantificación de la sanción a partir de la intensidad del injusto y el grado de responsabilidad del sujeto.

La normativa del Código Penal establece justamente dos líneas de consideración sobre estos elementos que fundan el discernimiento de la pena. Así el inc. a del art. 41 del C.P. toma en cuenta para eso las circunstancias de naturaleza “objetiva” del hecho, que son las que permiten una graduación sobre la intensidad del injusto. Por su parte, en el inc. b, se remite a las características y situación del autor -aspectos subjetivos- que junto con el “hecho” son el objeto de reproche. Injusto y culpabilidad entonces son los presupuestos de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen de un análisis particular por parte de los jueces dirigidas a su graduación.

La defensa critica la determinación de la sanción discernida por el a quo señalando algunos indicadores de gravedad que resultan a su modo de ver inaceptables y precisando que en esa ponderación se han desestimados aspectos que resultan atenuantes de responsabilidad.

Observo que en términos de agravación de la pena, la mayoría ha tomado en cuenta la especial calidad de los sujetos bajo control de Privato. Esto es, la edad y la carencia de aptitudes natatorias. Estas circunstancias son idóneas para cualificar la infracción del deber de cuidado en virtud de la mayor exigencia impuesta a la imputada y, sobre ese fundamento, determinan una mayor entidad de injusto. Si bien es excesivamente escueta la remisión de los votos a la descripción de los hechos como fuente de una “imprudencia de entidad” respecto de Florencia Moller Rombolá -sin decir más- permite, de todos modos, ubicar en el fallo la especial situación de la víctima puesta de manifiesto por su madre y explicitada por Privato. Este aspecto también es apto para agravar el injusto.

En la instancia de la culpabilidad, no advierto elementos que alteren el grado de exigibilidad para haber obrado prudente y cuidadosamente en el control del desenvolvimiento de la actividad natatoria ejecutado por la víctima, que pueda operar como atenuante. Tampoco encuentro circunstancias con esa aptitud que se instalen en las posibilidades de motivación normativa, ya que de las constancias de la sentencia surge que Privato estaba cualificada profesionalmente, en un ámbito con seguimiento de su idoneidad y a cargo de un área concreta de actividades de gestión razonable.

Una consecuencia evidente de lo dicho es que resulta inaplicable el mínimo de la escala penal como pretende la defensa, a menos que aspectos vinculados a la prevención especial lo exijan mitigando los fundamentos de merecimiento de pena. En efecto, en términos de injusto típico y culpable el hecho ha trascendido el piso mínimo reclamado por el recurrente, en virtud de la naturaleza de la imprudencia llevada a cabo por una profesional y en violación de deberes fundamentales asumidos en su tarea. A esto se sumó la particular posición de garante que poseía Privato por las características de esa función.

Justamente, los atenuantes evaluados por la mayoría en su voto son útiles para consideraciones de tipo preventivo especial y fundamentan plenamente que la pena privativa de la libertad sea dejada en suspenso. En virtud de ello se respeta la entidad del injusto y la culpabilidad, no se afectan criterios de prevención general de integración y se facilitan objetivos de prevención especial positiva, con los cuales se satisfacen los reclamos de la defensa en este punto.

En cuanto a los lineamientos señalados en el voto de la minoría a los que remite la querrela, observo que entre los agravantes se confunden indicadores propios del tipo de injusto escogido, con elementos que puedan vincularse a su intensidad. Este defecto se repite en las consideraciones del letrado de la querrela durante la audiencia ante esta Sala. Esto descalifica entonces las argumentaciones sobre las cuales ese voto pretende agregar tres meses más a la sanción discernida por la

mayoría –con la necesaria aplicación de una pena de cumplimiento efectivo- y en el caso de la querrela, alcanzar el máximo legal reclamado.

En efecto, si bien se hace mención a criterios relacionado con las especiales obligaciones que tenía Privato en el momento del hecho, lo cierto es que luego se avanza en consideraciones que en realidad solo son idóneas para demarcar el ámbito de competencia de aquella, fundar sus deberes y hacerla responsable del resultado lesivo padecido por la menor.

En la audiencia casatoria, el letrado de la querrela ha señalado, en abono de su reclamo de mayor pena, la “atención especial” exigible a Privato, la “situación compleja”, “el grupo de riesgo” bajo su cuidado, “la necesidad de evitar situaciones de riesgo” o “mejorar la seguridad”, a lo que suma que la menor “no sabía nadar”, y que se “desentendieron de la niña”. Agregó que Privato “no miró”, tuvo “una actitud desaprensiva” y desatendió el pedido “de no llevarla a la parte honda”.

Se deja ver claramente que la mayoría de esos aspectos están en la misma constitución del tipo y por tanto no pueden ser nuevamente traídos a consideración como agravantes si no se los somete a un índice de intensidad, lo que obviamente no se da en este caso. De esta forma, no resultan aceptables las pretensiones de la querrela de elevar la pena privativa de la libertad.

Desde esa perspectiva no encuentro motivos que justifiquen, más allá del relativo desarrollo argumental del fallo dedicado a las consecuencias jurídicas del hecho, modificar la pena de tres años de prisión de ejecución condicional impuesta a la condenada Privato.

La defensa también se agravia por la naturaleza de la inhabilitación impuesta y su extensión. En cuanto a esta última, resulta adecuada en relación con la escala prevista en el tipo penal aplicable.

Por lo demás, observo de acuerdo con la documentación presentada por Privato a fs.2134/2138 que el título profesional en virtud del cual actuaba al momento del hecho era el de profesora de educación física. No se advierte en esa línea que el a quo se haya excedido en la determinación de las funciones en las cuales la condenada debía ser inhabilitada. Esta consecuencia jurídica, si bien limita las actividades laborales del condenado no entra en colisión con los derechos constitucionales en tanto es una restricción relativa, fundada en un reproche penal que se sostiene en un juicio negativo de idoneidad para esas tareas.

Entiendo pues que deben rechazarse los agravios de los recurrentes en todos estos aspectos.

- X -

Por último, no habré de hacer lugar a la pretensión defensiva de declarar la nulidad del proveído que da por mantenido el recurso de casación interpuesto por la querrela.

Ello en virtud de que para declarar la nulidad de un acto procesal es necesario la existencia de un perjuicio concreto e irreparable ocasionado por tal acto; cuestión que no se verifica en la presente causa, atento a que las consideraciones expuestas en los acápites precedentes implican el rechazo “in totum” de las pretensiones de la querrela.

Así, lo ha entendido nuestro Máximo Tribunal al sostener que “en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando un vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e

instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público” (Fallos: 325:1404).

- XI -

Como consecuencia de los fundamentos y conclusiones alcanzadas en los acápites precedentes propongo:

a) Se haga lugar a los recursos de casación presentados por las defensas de Fernando Martín Storchi y Julio Cesar Giraldi, se decrete la nulidad de la condena impuesta a ambos en los puntos II y III de la sentencia de fs. 4799/5010; y se los absuelva en virtud de la ausencia de requerimiento fiscal de elevación a juicio, sin costas (arts. 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

b) Se rechace el recurso de casación presentado por la defensa de María Cecilia Privato, confirmándose a su respecto la sentencia de fs. 4799/5010, con costas (arts. 470 y 471, ambos a contrario sensu, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

c) Se rechace el recurso de casación de la defensa de Giselle Vanesa Kamenetzky y se confirme a su respecto la sentencia de fs. 4799/5010, con costas (arts. 470 y 471, ambos a contrario sensu, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

d) Se tenga por desistido el recurso de casación presentado por la querrela en cuanto al agravio relativo a la adecuación típica del hecho, y se rechace en lo restante, respecto de la sentencia de fs. 4799/5010, con costas (arts. 470, 471, ambos a contrario sensu, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

e) No hacer lugar a la solicitud de nulidad del proveído de fs. 5249.

El señor juez doctor W. Gustavo Mitchell dijo:

- | -

De adverso a lo sostenido por el colega que lleva la voz en este acuerdo, propiciaré el rechazo del pedido de nulidad de la sentencia de condena con sustento en la falta de una acusación legalmente constituida formulado por las defensas de Storchi y Giraldi.

Conforme quedara expuesto en el primer voto, los recurrentes centran su agravio en la circunstancia de que el juicio se llevó a cabo respecto de ambos imputados sin requerimiento de elevación a juicio del fiscal y con la única acusación presentada por la querella.

De modo que lo nuclear en la especie consiste en establecer si el tribunal de grado se encontraba, en tales condiciones, habilitado, en primer término, para abrir el debate y en segundo, para emitir una condena.

Se discute pues la legitimación de la parte querellante para llevar adelante la acusación con prescindencia de la actividad de la fiscalía.

En un antiguo precedente de esta Cámara, in re “Nicolao, Elsa Angélica s/ rec. de casación”, causa n° 499, rta. el 20/9/95, Reg. 568 de esta Sala, tuve la primera oportunidad de expedirme con relación a la figura del querellante.

En ese caso este sujeto procesal si bien había acusado durante los alegatos (art. 393 del CPPN) no había requerido previamente la elevación a juicio, habiéndose

arribado a la condena de la imputada en esas condiciones y sin haber mediado acusación fiscal, lo que motivó el recurso de casación de la defensa.

Al adentrarme al examen del asunto especificqué que el rol que el actual Código Procesal Penal de la Nación le otorga al querellante particular se encuentra limitado en cuanto al alcance de sus facultades pues actúa al lado del fiscal y sólo puede adherirse a la acusación y a las conclusiones de ésta, no pudiendo ejercer autónomamente la pretensión penal en el proceso.

Entendí, en coincidencia con una antigua jurisprudencia, que resultaba excesivo cuando no hay persecución fiscal dar al particular damnificado un interés superior al de la sociedad que no representa (cfr. Suprema Corte de Tucumán, fallo n° 3574, “Avila, Pedro Nicasio y otro”, rto. el 3 de agosto de 1937). Y a la luz de los fallos de la Corte Suprema, “Tarifeño, Francisco” y “García, José A”, del 29/12/89 y 22/12/94, respectivamente, cuya doctrina regía a la sazón, concluí que al haberse dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación por parte del Ministerio Público Fiscal se habían vulnerado las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso, declarándose nulo el fallo así dictado.

Empero, a más de diez años de ese precedente, al votar in re “Bachiller, Sergio y otros s/ rec. de casación”, causa n° 4563, rta. el 10/5/05, Reg. N° 6567 de la Sala IV, sostuve un criterio diferente al que venía guardando hasta ese momento como juez de esta Cámara.

En esa oportunidad referí, en forma preliminar al thema decidendum, que aun cuando el fiscal general hubiera desistido fundadamente del recurso de su inferior jerárquico y se resolviera de conformidad, el querellante particular en delitos de acción pública tenía el derecho de impulsar la acción y recurrir las decisiones que le causen gravamen irreparable hasta agotar la vía impugnativa conforme la

garantía que acuerda el art. 18 de la C.N al debido proceso legal y a obtener el pronunciamiento que le ponga fin.

Me expedí pues a favor de reconocerle a la querrela la facultad de impulsar la causa por sí sola, con apego a lo decidido por la CSJN in re “Santillán, Francisco Agustín s/ rec. de casación”, del 13/8/98 (Fallos 321:2021).

En efecto, mi cambio de postura reside en la doctrina que interpreté que dimana de dicho precedente.

En “Santillán” el Máximo Tribunal aclaró, con carácter previo, que las circunstancias que concurrían en el caso diferían sustancialmente de aquéllas que dieron origen al precedente “Tarifeño” habida cuenta de que en ese caso las partes legitimadas para ello no habían formulado acusación alguna durante el proceso, mientras que en el examinado, pese al pedido de absolución fiscal durante los alegatos, el querellante particular había solicitado en esa ocasión la imposición de una pena.

La Corte invocó la doctrina de Fallos 125:10; 127:36; 189:34, 308:1557 entre otros, según la cual se estableció, al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la CN, que esta norma exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (cfr. Considerando 9°).

Sostuvo que “de ello se sigue que la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (Fallos: 143:5)” (Considerando 10).

Y afirmó con sustento en el derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en esa disposición constitucional y reconocido en los arts. 8º, párrafo primero, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -que alude a la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a los derechos de los litigantes (Fallos: 199:617; 305:2150, entre otros) que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma (Fallos: 268:266, considerando 2º) -cfr. Considerando 11-.

Evoco que tal argumentación ya había sido utilizada por la Corte al resolver en el año 1967 en el conocido precedente “Otto Wald” (Fallos: 268:266), que modificó sustancialmente la jurisprudencia imperante a la sazón de que las garantías constitucionales estaban concebidas sólo a favor del imputado, de conformidad con el criterio propuesto por el Procurador General Eduardo Marquardt -quien siguió la línea de su antecesor Ramón Lascano en “Cincotta” (Fallos 262: 144 -del año 1965-) que había dictaminado a favor de que se concediera la instancia extraordinaria al querellante, con miras a la obtención de una condena.

En efecto, según surge de los considerandos primero y segundo, la Corte atendió la cuestión planteada por el Procurador General con relación a la jurisprudencia según la cual el recurso extraordinario no debía concederse al querellante y apartándose de los pronunciamientos en los que se afirmaban esas limitaciones, sostuvo que “todo aquél a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado; ya que en todo caso media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento en la

Constitución. No se observa, en efecto, cuál puede ser la base para otorgar distinto tratamiento a quien acude ante un tribunal peticionando el reconocimiento o la declaración de su derecho -así fuere el de obtener la imposición de una pena- y el de quien se opone a tal pretensión, puesto que la Carta Fundamental garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento -civil o criminal- de que se trate” (Considerando 2°).

Es decir, el hecho de que la ley otorgue a un sujeto personería para estar en juicio implica que se halle amparado por la garantía del debido proceso legal a la luz de la cual le asiste el derecho a obtener una sentencia fundada, con prescindencia del rol que cumpla.

Volviendo a “Santillán”, la Corte finalmente expresó “que ello es así aun cuando el a quo estimase, en el marco de atribuciones que le competen en materia no federal, que la norma procesal ofrece distintas interpretaciones posibles, caso en el cual no debió optar por aquélla que -como en el sub lite- ha ido en desmedro de una adecuada hermenéutica de las normas en juego, con serio menoscabo de los derechos asegurados por la Constitución Nacional al privar al particular querellante, a quien la ley le reconoce el derecho a formular acusación en juicio penal, de un pronunciamiento útil relativo a sus derechos, pues esta interpretación dejaría a aquel vacuo de contenido” (Considerando 15).

Infiero de los párrafos transcritos que el Máximo Tribunal, al reconocer autonomía a la acusación del querellante en la ocasión del art. 393 del CPPN ante el pedido fiscal de absolución, está garantizando concretamente el derecho a la jurisdicción de todo aquel que se sienta ofendido por un delito.

Y lo expuesto en el considerando 10 reviste cabal importancia en cuanto al papel que se le atribuye al querellante particular en los delitos de acción pública al destacar la inexistencia de distingo alguno entre acusación pública o privada. Tal

aseveración constituye un hito trascendental en lo que respecta al protagonismo de la víctima en el proceso penal quien podrá lograr la condena del imputado aún sin acompañamiento fiscal. Es decir, con su intervención se cumple con una de las formas sustanciales del juicio (acusación) quedando de ese modo impuesta la jurisdicción para decir el derecho (iuris dictio).

A mi ver, y así lo he dejado sentado en esta Cámara, a partir de “Santillán” resulta posible la actuación en solitario de la querrela con miras a impulsar el proceso hasta el dictado de una sentencia condenatoria. Interpreto que si se ha dotado a esta parte de tamaña facultad como es la de acusar durante el juicio a fin de obtener un pronunciamiento condenatorio también puede por añadidura llevar adelante, en solitario, otros actos de menor entidad, de impulso procesal. Simplemente, tan sólo quien puede lo más puede lo menos.

No encuentro razón válida alguna para reconocerle atribuciones durante una etapa del proceso y en cambio, retaceárselas en otras. Tampoco se colige de los considerandos del fallo en cuestión que las facultades reconocidas se encuentren ceñidas exclusivamente al debate. Sostener una hermenéutica contraria implicaría caer en lo que precisamente la Corte intenta impedir con la advertencia formulada en la parte in fine del último considerando antes citado.

Siguiendo tal inteligencia he adscripto a un criterio amplio en cuanto a la participación que al ofendido por un delito de acción pública le cabe en el proceso penal, quien podrá vgr. impulsarlo, proporcionar elementos de prueba, proponer diligencias, argumentar sobre los elementos convictivos incorporados a la causa, recurrir las resoluciones que le causen agravio, en los casos expresamente previstos en el código, facultad incluso otorgada al pretense querellante. Intervención ésta que impone a la jurisdicción la obligación de expedirse con relación a la viabilidad de las pretensiones del querellante, lo que no significa, por

más obvio que resulte aclararlo, que los jueces se encuentren obligados a seguir a esa parte en todas sus alegaciones o a acoger favorablemente sus pedidos.

En el último sentido señalado, he sostenido, al votar en varios precedentes de esta Cámara, que tanto el querellante como quien pretende serlo tienen habilitada la vía de impugnación ordinaria contra una resolución desestimatoria precedida de un expreso pedido fiscal en esa dirección. Concluyendo que la desestimación del caso a instancia del Ministerio Público Fiscal no obsta a la prosecución del proceso con el impulso de la querrela en solitario (cfr. mi voto en disidencia in re “Gallina, Mario y otros s/ rec. de casación”, causa n° 10194, rta. el 23 /02 /10, Reg. n° 15.921 de esta Sala II, entre otras.)

Y asimismo, que incluso el querellante en ciernes puede interponer recurso de casación contra la resolución que no le reconoce legitimación como tal (Plenario n° 11 de esta Cámara in re “Zichy Thyssen, Federico, Ivanissevich Alejandro s/ rec. de inaplicabilidad de ley”, del 23/6/06).

En la misma dirección, al votar in re “Li Yuh Lin, s/ rec. de casación” causa n° 5861, rta. el 21/9/05, Reg. n° 7968 de esta Sala, sostuve que “el querellante se encuentra legitimado para impulsar el proceso en solitario desde el comienzo de la causa penal, o en la etapa de juicio, sin que sea necesario, a tal efecto, el acompañamiento del Ministerio Público Fiscal. A ello aduné que “para poder llevar a ese momento -art. 393- los efectos del fallo “Santillán” deben retroceder al período de elevación a juicio, porque de tener asidero la postura que propicia el recurrente, lo resuelto por la Corte no tendría los alcances indicados”.

En fin, en tales precedentes he reconocido al querellante amplias facultades en el ejercicio de su pretensión.

Ahora bien, retomando la línea jurisprudencial de la Corte no se puede soslayar lo resuelto en el caso “Quiroga, Edgardo Oscar” del 23/12/04 (Fallos: 327:5863), en

el que se declaró la inconstitucionalidad del procedimiento de consulta reglado en el art. 348 segundo párrafo, primera alternativa, del CPPN -en cuanto autoriza a la Cámara de Apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de cámara, a fin de producir la elevación a juicio-, esencialmente por resultar contrario a la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal consagrada en el art. 120 de la CN..

Si bien el eje argumentativo del fallo discurre en dirección de este tópico, existen algunas consideraciones formuladas a modo de obiter dictum, que estimo útiles evocar pues sirven de directrices para resolver el sub lite.

Los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni hicieron una salvedad para la hipótesis de que exista un querellante particular que requiera la elevación a juicio.

Así los dos ministros citados en primer término, en voto conjunto, aclararon que “lo dicho precedentemente no resulta aplicable a los supuestos en los que la discrepancia se plantea entre el fiscal -que se manifiesta a favor del sobreseimiento- y el querellante, que pretende que la causa sea elevada a juicio. En tales casos, en principio, no es posible suponer una afectación genérica de la imparcialidad del tribunal, en la medida en que su intervención quede limitada a asegurar que el querellante pueda ejercer el derecho que la ley le concede a ser oído en juicio oral y público (conf. Doctrina caso “Santillán”, Fallos 312:2021) ni una afectación intolerable de la independencia del Ministerio Público (Considerando 37).

Por su parte, el juez Maqueda, señaló en su voto “que de este modo el Tribunal ratificó y amplió la exigencia constitucional de que no puede haber condena sin acusación, sin que quepa hacer distingo respecto del carácter público o privado de

quien la formula. En consecuencia, el requerimiento de condena del querellante en delitos de acción pública, es idóneo por sí solo para satisfacer las formas sustanciales del juicio penal y habilitar al tribunal a dictar sentencia condenatoria, aún frente al pedido de absolución del Ministerio Público Fiscal (Considerando 22)

“Que por estas razones, en principio no sería objetable desde un punto de vista de la imparcialidad que el querellante sea el que reclame ante el tribunal su derecho de elevar la causa a juicio, para ejercitar el derecho a ser oído en juicio oral y público, que es el verdadero “juicio”(Considerando 24)

En esa dirección se expidió en su voto el juez Zaffaroni, al sostener que “en tales casos no puede presumirse parcialidad del tribunal, en la medida que su intervención solo tiene por objeto, asegurar al querellante el ejercicio del derecho a ser oído en juicio oral y público, que le otorga la ley” (Considerando 24). En idéntico sentido, el juez citado también, según su voto (vid Considerando 4) in re “Mattio, Celina Edith s/ recurso de queja” de la misma fecha.

A mi ver, el Máximo Tribunal sólo declaró en “Quiroga” la inconstitucionalidad del art. 348 del CPPN, segundo párrafo, primera alternativa, dejando vigente la restante -plausible, pues se trata de una disposición que conforme surge de su sintaxis contempla dos supuestos bien diferenciados por la conjunción disyuntiva “o” (que como esa sabido denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más ideas) de la que se valió el legislador- es decir, el control de la Cámara en función de la segunda alternativa ibídem, cuando habiendo querellante se erige una discrepancia entre su pretensión de elevar el caso a juicio y el pedido de sobreseimiento fiscal.

Interpreto del tenor de los pasajes transcriptos, que en ese obiter, los jueces antes nombrados admitieron que el querellante ingrese en solitario al debate.

Ahora bien, al efectuar la compulsa de estas actuaciones advierto que previo al dictado del fallo “Quiroga” la Sala I de la CCC se había expedido en el subexamine con relación a la inconstitucionalidad del sistema de consulta mediante resolución de fecha 3/08/04 (confróntese al respecto el voto del juez Bruzzone, obrante a fs 2657/2672 de las presentes).

Formulada tal digresión cabe señalar que con posterioridad a “Quiroga”, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse nuevamente con relación a la figura del querellante. Y esta vez lo hizo, a mi ver, reconociéndole mayores facultades.

En el precedente “Del’Olio, Edgardo Luis y Del’Olio, Juan Carlos”, de fecha 11 de julio de 2006 (Fallos: 329:2596) en el que se examinaba una condena dictada sobre la base de una acusación formulada sólo por la querrela durante los alegatos, la Corte en su actual integración, con una mayoría de cinco votos, principió consolidando la doctrina que emana del fallo “Santillán” en cuanto a que “la exigencia de la acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula” (Considerando 5); y al dirimir la cuestión federal llevada a su conocimiento, sentenció que “la decisión del juez de instrucción de dar por decaído el derecho a responder la vista que prevé el art. 346 del Código Procesal aparejó la pérdida de los derechos procesales vinculados al acto precluido. Si el particular ofendido no concretó objetivamente y subjetivamente su pretensión, no podría integrar legítimamente una incriminación que no formuló previamente (Considerando 6).

En consecuencia, se dejó sin efecto el fallo de condena, pues al haberse dictado en las condiciones señaladas resultó violatorio del derecho de defensa en juicio.

Es dable colegir de la doctrina de este pronunciamiento que el querellante que hubo requerido oportuna y válidamente la elevación de la causa a juicio se encuentra legitimado para llevar a cabo la acusación durante el debate, ocasión en la que podrá integrar así una de las formas sustanciales del proceso, aun cuando la fiscalía hubiese postulado la absolución.

Y ello es así pues si se responsabiliza al querellante que no instó la elevación de la causa a juicio en la etapa intermedia, impidiéndole que a posteriori formule una acusación durante el debate, ello implica el previo reconocimiento del derecho que le asiste de llevar adelante la requisitoria de elevación, de modo que, como lógica consecuencia, la omisión en la que incurra respecto de su ejercicio conllevará como sanción la pérdida de ese derecho -el de acusar- en virtud del principio de preclusión de los actos procesales. Mas no, cabe aclarar, los restantes, ya que conserva su calidad de querellante, aunque con aquella limitación.

Su actuación en esos términos, primero a tenor del art. 346 CPPN instando la remisión a juicio, habilita al tribunal para abrir el debate y luego de conformidad con el art. 393 ibídem formulando su pretensión punitiva durante los alegatos, habilita en consecuencia a la jurisdicción para emitir un veredicto de condena.

No se puede soslayar que más recientemente el Alto Tribunal, al fallar en la causa “Bernstein, Jorge Héctor y otros s/ rec. extraordinario”, rta. el 29/4/08, confirmó la resolución de la Sala I de esta Cámara, con remisión -por resultar sustancialmente análogas las cuestiones debatidas- a las consideraciones y fundamentos vertidos en los precedentes “Santillán” y “Quiroga” antes citados.

En “Bernstein” las respectivas defensas habían interpuesto el remedio federal contra la decisión de esta Cámara que al rechazar los recursos de casación interpuestos, confirmaba la resolución de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico mediante la que se revocó el sobreseimiento dispuesto por el instructor y se ordenó que se adopten las providencias necesarias

para que por existir una requisitoria, sólo del querellante en el caso, se eleve al tribunal oral correspondiente.

No resulta ocioso señalar que en la resolución de esta Cámara se advirtió que la parte dispositiva de esa decisión “debe ser leída en el sentido de que tales providencias incluyen el derecho de las defensas a ser notificadas del escrito acusatorio y a actuar como las faculta el art. 349 mencionado”. Se aclaró pues que la decisión recurrida no imponía al procedimiento un tránsito que sortee el acto de comunicación previsto en el art. 349 del CPPN (vid resolución n° 9791 de la Sala I de esta CNCP).

Por su parte, el Alto Tribunal, con mayoría de seis votos, ratificó el criterio de la Sala I de esta Cámara que permitió la elevación a juicio solicitada en solitario por la parte querellante.

Recapitulando, no cabe duda que como principio no corresponde dictar sentencia condenatoria si media, en el momento de la discusión final (art. 393 del C.P.P.N.), requerimiento absolutorio por parte del fiscal de juicio. Tal aseveración constituye la actual jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, establecida in re “Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo”, del 17 de febrero de 2004 (Fallos 327:120), en el que se retomó la doctrina de “Tarifeño” y su progenie, con remisión a lo decidido por la mayoría en el precedente “Cáseres”, abandonándose el criterio sostenido in re “Marcilese” (Fallos: 325: 2005).

Por tanto, “conforme a dicho criterio, la solicitud de absolución propuesta fundadamente por el persecutor público en oportunidad del art. 393, será obstáculo para un pronunciamiento de condena por parte de la jurisdicción”. Empero ello, y como bien advierten Navarro y Daray “será así, en tanto no haya mediado acusación del querellante en dicha oportunidad [CS-Fallos, 321:2021, LL, 1998-E-329 y 433 -doctrina “Santillán”-, [...]]” (autores cit., Código Procesal Penal

de la Nación, 2° edición, Bs. As., 2006, Hammurabi, pág. 1012). A ello cabe adunar la doctrina de los fallos de la C.S. ya citados “Del’Olio” y “Bernstein”.

Considero pues que esta es la jurisprudencia actualmente vigente que los tribunales inferiores están llamados a aplicar en virtud del acatamiento que deben a los pronunciamientos del más alto Tribunal de la Nación (Fallos 245:429; 252:186; 255:119; 270:335; 307:1779 y entre otros, 312:2007).

Y si bien es cierto que el fallo “Santillán” fue dictado con una composición de la Corte diferente a la actual, ello no permite per se presuponer un viraje de tal inteligencia que haga plausible un apartamiento de los principios que informan la doctrina que fluye de ese precedente, “en tanto no se alleguen fundamentos o medien razones que hagan ineludible su modificación” (cfr. Fallos 313:1333 disidencia del juez Petracchi, considerando 11).

A mi ver, tal criterio permanece incólume. En este sentido, cfr. C.S.J.N. “Sabio, Edgardo Alberto, “Del ’Olio” y “Bernstein” ya citados, en los que se recogió la doctrina de “Santillán”, en el primero indirectamente a través de la remisión al dictamen fiscal y en los restantes, de modo expreso.

En virtud de las consideraciones expuestas, con estricto apego a la doctrina establecida por el Tribunal Címero en los precedentes supra citados, sostengo que la parte querellante se encuentra legitimada, aun cuando el representante de la vindicta pública entendiese que no existe mérito para llevar el caso a juicio (art. 346 del CPPN), a realizar en forma autónoma los actos necesarios tendientes a lograr su elevación correspondiendo, por ende, a la judicatura expedirse al respecto.

Cabe destacar que el apotegma “no hay condena sin acusación”, entendida ésta como una de las formas sustanciales del juicio, no se ve afeblecido ante la ausencia de acusación fiscal si existe una acusación válida contenida en el

alegato formulada por el querellante particular (art. 393 CPPN) a condición de que éste hubiese requerido oportunamente la elevación de la causa a juicio a tenor del art. 346 ibídem, aun cuando el fiscal no lo hubiese acompañado, todo lo cual se verifica en la especie.

Con tales argumentos dejo así formulada mi propuesta de rechazo a la nulidad planteada por la defensa técnica de los imputados Storchi y Giraldi.

- II -

No obstante que, como dejé expuesto, considero viable el requerimiento en solitario del acusador particular y por ende, no encuentro vicio formal alguno que afecte la validez del fallo en crisis en cuanto se pronuncia respecto de Storchi y de Giraldi, por las razones desarrolladas en el voto precedente en cuanto a que el reproche que se les formula tiene por base un criterio de responsabilidad objetiva no acreditándose su culpabilidad con los requisitos subjetivos que exige tal juicio, voto por que se casen las condenas impuestas a su respecto y se absuelva a ambos procesados, sin costas.

En cuanto a Kamenetzky y Privato me adhiero en todo al voto que lidera este acuerdo.

El señor juez doctor Juan C. Rodríguez Basavilbaso dijo:

I. En relación con el pedido de nulidad de la sentencia de condena con sustento en la falta de acusación legalmente constituida, adhiero al voto del doctor W. Gustavo Mitchell, quien ha citado los precedentes de la Sala I que integro en los que ya he adoptado postura sobre el tema.

II. En lo restante, adhiero al enjundioso voto del Dr. Guillermo J. Yacobucci.

En ese sentido expido mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal RESUELVE:

I.- Hacer lugar a los recursos de casación presentados por las defensas de Fernando Martín Storchi y Julio Cesar Giraldi; y en consecuencia, declarar la nulidad de la condena impuesta a ambos en los puntos II y III de la sentencia de fs. 4799/5010 y absolverlos respecto de los hechos objeto de la presente causa, sin costas (arts. 470, 471, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

II.- Rechazar el recurso de casación presentado por la defensa de María Cecilia Privato, confirmándose en consecuencia, a su respecto, la sentencia de fs. 4799/5010, con costas (arts. 470 y 471, ambos a contrario sensu, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

III.- Rechazar el recurso de casación de la defensa de Giselle Vanesa Kamenetzky y confirmar, a su respecto, la sentencia de fs. 4799/5010, con costas (arts. 470 y 471, ambos a contrario sensu, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

IV.- Tener por desistido el recurso de casación presentado por la querella en cuanto al agravio relativo a la adecuación típica del hecho, y rechazar el recurso en lo restante, respecto de la sentencia de fs. 4799/5010, con costas (arts. 470, 471, ambos a contrario sensu, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

V.- No hacer lugar a la solicitud de nulidad del proveído de fs. 5249.

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmado: señores jueces doctores Guillermo J. Yacobucci, W. Gustavo Mitchell y Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso. Ante mí: doctor Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado CSJN.