En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los catorce días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y O. Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"Comisaría Dolavon s/investigación presunto incendio" (Carpeta** Nro. 6656 Ofiju Tw - Legajo Nro.:64.023 OUMPF Tw) , con motivo de la impugnación interpuesta por la imputada P. I. B., asistida técnicamente por el abogado particular, Dr. L. H. L. S., contra la sentencia dictada por el Juez Penal, Dr. Fabio Monti en fecha 29/12/17 y registrada bajo el nro. 2518/18, por la que condenara a la nombrada a la pena de cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento por hallarla autora responsable del delito de incendio (arts. 186, inc. 1ro., y 45 del C.P.)por los hechos ocurridos el día 26 de febrero del año 2016 en perjuicio de la Cooperativa Eléctrica de la localidad de Dolavon, Provincia del Chubut.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 27/11/18 en la sede de este tribunal, intervino la imputada P. I. B., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, junto a su Defensor particular, Dr. L. H. L. S., por la querella, el Dr. Fabián Gabalachis y por el Ministerio Público Fiscal, el Sr. Fiscal, Dr. Marcos Nápoli.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, O. Florencio Minatta y Roberto Adrián Barrios.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1. - Es convocado este Cuerpo para la sentencia registrada bajo el número 2518/2018, de fecha 1 de octubre del corriente año, a través de la cual el Juez Penal Fabio A. Monti, declara autora material y responsable a P. I. B. de la comisión del delito de Incendio (arts. 186, inc. 1°

y 45, Cód. Penal), imponiéndole una pena de cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento.

Ello deviene así, a raíz de la impugnación ordinaria presentada en tiempo y forma por el Sr. Defensor de la nombrada, Abogado L. L. S.,cuyos agravios fueron explicitados más detalladamenteen la audiencia celebrada ante estos estrados -art.385, CPP.-

2.- Que si bien tanto el escrito impugnativo como su exposición oral han sido realmente extensos, dificultándose por momentos seguir un hilo conductor, habida cuenta las "idas y venidas" en su relato o las incompletas exposiciones de las ideas para ser retomadas y completadas más adelante, lo cierto es que, de una exhaustiva y repetida lectura y audición de su alegato, es posible desentrañar todos y cada uno de sus agravios y la fundamentación de los mismos.

3.- Sin más rodeos, pasaré a analizar el primero de ellos.

Se agravia el colega L. S., en que se ha arribado a una sentencia condenatoria sin existir una acusación válida, toda vez que *"en ninguna norma jurídica se sostiene que un funcionario de la fiscalía puede efectuar la acusación dado que ello sería inconstitucional"* (fojas 595, de su escrito de impugnación).

Luego de un extenso derrotero, arriba a la pregunta central: *"¿Puede una funcionaria del Ministerio Público Fiscal realizar el acto central del proceso que es la acusación, imputando no un hecho sino un delito a una persona, ofrecer prueba, solicitar pena, y establecer la jurisdicción y competencia del tribunal único o colegiado analizando los antecedentes de la persona? Sostenemos que no. Aunque el tribuna1 unipersona1 apoyara ta1 postura. Que aque1 acto no es una acusación, que ésta es una tarea propia de un fiscal designado de acuerdo a 1as normas de 1a constitución. De admitirlo no sólo se atenta contra e1 derecho de defensa, el principio de bi1atera1idad, 1a igua1dad de armas y el debido proceso, sino también contra la dignidad humana generando un pe1igroso proceder y antecedente en 1a Repub1ica, vulnerando el principio de 1a división de los poderes, mereciendo 1a ca1ificación de un acto antidemocrático..."* (textual, fojas 597 vta.).

Concluye su idea, en la hoja 602 vta., expresando que *"es de destacar también que el señor juez de grado hace lugar a la interpretación que el señor fiscal le otorga al art. 27 de la Ley V Nro 94 (antes ley 5057) y tal interpretación es inconstitucional. Excma. Cámara, ¿cuáles son los actos propios del debate en juicio? Precisamente la acusación, la prueba, la defensa y la sentencia. El artículo no solamente está aclarando el artículo 112 del CPP sino que en clave constitucional está reafirmando una labor propia del fiscal, que de ninguna forma puede delegar. El acto propio de la acusación es un acto propio del debate que se ventila en el juicio y por ello nunca puede ser realizado por un funcionario de fiscalía aún con la supervisión de los fiscales, lo que tampoco ocurre en la causa que nos ocupa. La nulidad es clara, absoluta y no puede ser convalidada sin alterar el orden público y dictar una sentencia en contra de los mandatos constitucionales. Insistimos, una funcionaria de fiscalía no puede fijar la jurisdicción ni la competencia de un juez penal y mucho menos fijar el objeto del proceso, determinar autoría, calificar un hecho como delictivo y pretender pena base de la competencia."*.

Amplia fundamentos en la audiencia, rematando su alocución al respecto expresando que cualquier análisis que ahora hagamos de la sentencia será en forma supletoria porque hemos venido aquí por la impugnación de una sentencia que como acto jurídico está viciado.

4.- Puesto a resolver, brevemente diré, en consonancia con lo resuelto por el Juez del debate, en su resolución del diez de septiembre, que, efectivamente, las facultades y deberes de los Funcionarios del Ministerio Público sin acuerdo legislativo, están regulados en el art. 27 de la Ley Orgánica del Ministerio Publico Fiscal -número V-94- , que establece que *"los Funcionarios de Fiscalía intervendrán en todos los actos procesales que autoriza el artículo 112° del Código Procesal Penal, bajo la supervisión de los Fiscales de Impugnación, Fiscales Jefes y Fiscales Generales, con la única excepción de los actos propios del debate en el juicio"*.

Por su parte, el citado artículo del rito establece que los funcionarios de fiscalía podrán actuar en la etapa

preparatoria, en todos los procesos y hasta el inicio del debate, sin perjuicio de la responsabilidad del fiscal del cual dependan.

Es claro entonces que los funcionarios sin acuerdo legislativo pueden actuar en todos los actos del proceso hasta que el debate se inicie (obviamente siempre bajo supervisión), actos dentro de los cuales se encuentra el escrito de acusación (art. 291, CPP), por cuanto al tiempo de su presentación es obvio que el juicio aún no ha empezado todavía, no siendo lícito darle a la palabra acusación la extensión que pretende el recurrente.

Además, es necesario recordar que, en fecha reciente, 9 de agosto del corriente año, la Sala Penal del STJ local, en autos **"Cria. Cuarta s/inv abuso de armas y lesiones graves r/v S., A. y otros"**(Expte. 1000376/18), ha resuelto, por unanimidad, que *"...de la conjunción de los arts. 25 y 27 de la Ley Orgánica del Ministerio Publico Fiscal surge que los Fiscales Generales están facultados para ejercer las funciones que le son propias -en particular la dirección de la investigación- por sí o por intermedio de los funcionarios que de ellos dependan, a los que tienen el deber de supervisar. Es decir, les son propias, más no exclusivas. Que, por lo tanto, el funcionario de fiscalía estaba legalmente facultado para introducir la acusación e intervenir en la audiencia preliminar, máxime cuando el funcionario en cuestión actuó dentro de los límites que establece la ley, siguiendo instrucciones y supervisado por su superior"*, doctrina aplicable al caso y que cierra la discusión en forma definitiva.

Por ello, este agravio, por las razones dadas, debe ser desechado.

5.- El segundo de los agravios, introducido a fojas 603 (y desarrollado en la audiencia), radica en que *"habiéndose acompañado la totalidad del legajo de investigación, respecto al mismo, le fue impedido a la defensa hacer hincapié en algunos de sus actuados. Ello por una manifestación del fiscal actuante respecto a la existencia de un legajo de investigación "remanente" que, al no haber sido ofrecido como prueba, en forma específica, le era imposible hacer valer a la defensa, lo que fuera admitido por el juez de grado. Frente a esta cuestión,*

efectuamos la reserva pertinente en la audiencia respectiva por cuanto se encontraba violentado el derecho de defensa. Entendemos que no puede existir un expediente oculto para la defensa en la investigación fiscal que lo denominado prueba remanente no se encuentra legislado de ninguna forma...".

Sin ánimo de ser extenso, es bueno recordar que en nuestro sistema de corte acusatorio-adversarial es el Fiscal quien *"en la etapa preparatoria tendrá (que) determinar si hay base para el juicio, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación."* (art. 256, CPP) y que, para ello, *"formará un legajo de la investigación con el fin de preparar su requerimiento..." (art.* 257, primer párrafo, CPP), sobre el cual el imputado y su defensor *"...tendrá(n) derecho en forma inmediata a que se le suministre copia de las actuaciones que lo forman y de las que se vayan incorporando al legajo.* (mismo artículo, párrafo 3, CPP).

Finalizada la etapa preparatoria, al formularse la acusación, el Fiscal ofrecerá la prueba "con indicación de los hechos o circunstancias que se pretenden probar" y otro tanto podrá hacer la Defensa.

De todo esto se colige que, sin perjuicio de la colección de evidencia durante la etapa de investigación, el Fiscal al momento de ofrecer prueba para el debate, confeccionará su "legajo de prueba" incorporando la que estima de interés para la acreditación de su teoría del caso y si, como habría pretendido la Defensa, debía producirse alguna otra de relevancia para la teoría de descargo, debería haberla ofrecido su interesado.

Distinto sería el caso, expresamente sancionado por el rito, en que el Fiscal niegue el acceso a la información recabada a la defensa (art. 257, 3°) o que se niegue a practicar una diligencia expresamente solicitada (art. 278, 6to. Párrafo), sin perjuicio que las entrevistas serán realizadas por cada parte (párrafo 7).

6. - Por todo ello, en resumen, la evidencia obtenida por el Fiscal que no sea de interés para su caso no tiene por qué ser ofrecida para el debate (además de ser pasible de ser tachada de impertinente), pero sí debe quedar a disposición de la defensa para el caso que pretenda valerse

de ella para probar algún presupuesto factico de su teoría jurídica, todo lo que en la práctica forense local ha dado lugar al llamado "legajo remanente", en el cual quedan apioladas las constancias de las que no se servirá la acusación.

7.- Se agravia, además, de la acreditación de la autoría de su pupila procesal, la que encuentra como carente de fundamentación adecuada, no sin antes referirse a la "materialidad del hecho", cuestión que, por su implicancia respecto a la calificación jurídica, se diferirá para más adelante.

De la lectura de la sentencia del *a quo* se desprende, en resumen, que funda la autoría responsable de B. en los siguientes medios de prueba, los que enlaza y valora con corrección, salvo lo que se dirá respecto a uno de los indicios valorados:

7.- 1.- En primer lugar, valora el testimonio de **M. N. C.**, quien "*...narró que el día del incendio se hizo presente a las 5.45 hs al servicio en la Comisaría Dolavon para efectuar un relevo en el hospital zonal. Explica que ahí tenían un detenido que custodiar. Que fue en su vehículo particular, que el relevo lo hizo a un compañero, la agente E., que el detenido en el Hospital era Ángel Meza. Efectúa el relevo, se retira el empleado de Trelew, y entonces ve desde una ventana que está enfrentada a la Coop. Eléctrica, a un Corsa gris con los vidrios bajos. Se acerca al Corsa, no tenía ocupantes, se acerca a la Coop. Eléctrica, y salen dos personas del predio de la Cooperativa. Una era P. B., quien le decía "soy yo, soy yo". Pega la vuelta y vuelve a su consigna. Que le parecía raro que tan temprano hubiera personas en la Coop., así que sigue mirando por la ventana, se escuchaba un manojo de llaves, la Sra. B. intenta abrir la puerta de ingreso. Al no poder abrirla, el masculino que la acompañaba y estaba encapuchado -no lo pudo reconocer- salta al lado de afuera e intenta abrir la puerta. Al no poder abrir ese portón de ingreso, van al portón de vehículos, donde sacan la cadena y candado del portón, y salen, ponen la cadena y cierran el candado, luego abordan el Corsa y se van del lugar. Luego recibe un llamado de la Comisaría para verificar si había incendio en la Coop,la llama la agente*

L1oyd. Entonces ve humo. Que en cuanto al tiempo transcurrido desde que ve irse a B. y que advierte el humo en la cooperativa, contesta que habrán pasado unos 15 minutos aproximadamente, más no... Que sabe que la Sra. B. tiene dos vehículos: un Corsa gris y otro Bora. Que cuando B. le dice "soy yo, soy yo",estaba cerca del portón...".

7.- 2.- A ello se suma el testimonio de **V. V. E.**, quien declaro que *"el día del incendio en la cooperativa eléctrica de Dolavon, había tomado la guardia de la consigna policial de un interno que estaba en el hospital de Dolavon. Que entre las 5 y 5 Y media de la mañana, escucha que estaciona un vehículo, se asoma y observa que se había estacionado un Corsa gris. Que le llamó la atención, que había alguien adentro pero no podía observar con claridad. Que el auto estaba estacionado sobre la vereda de enfrente, que desconocía que era la vereda de la cooperativa. Que esto fue aproximadamente a las 5,30 hs. Que luego la reemplazó en el turno un personal femenino de Dolavon, no recuerda el nombre. Que el móvil que llegó para hacer el relevo fue a las 5,50 hs...".*

7.- 3.- Valora el *a quo* el testimonio de **R.O. R.**, playero de la estación de servicio de ingreso a Gaiman, quien relatara que *"...dos o un día antes del incendio de la cooperativa eléctrica de Dolavon, como a las 9 de la noche, le vendió nafta al Sr V., a quien conoce porque trabajaban juntos en una empresa. Que esa fue la única vez que le vendió nafta a V....".*

7.- 4.- Congloba el Juez todo ello con el hecho acreditado que en la requisa del rodado Corsa que utilizaba el matrimonio B.-V., se secuestró del baúl un bidón de 5 lts. (acta de fS. 27 y vta), aclarando que *"...si bien dicho objeto fue sometido a pericia y no se detectó la presencia de hidrocarburos (pericia de Salmaso), no puede obviarse el testimonio del Oficial N. C., interviniente en el procedimiento, quien manifestó que si bien el bidón contenía presuntamente agua, emanaba del mismo olor a combustible...".*

8.- Sin perjuicio del mérito que merece el último de los indicios, en atención a las conclusiones de la perito Salmaso (ver pericia fojas 176/177), la declaración del

Oficial C., quien estima que dentro del bidón podría haber agua y la caótica sucesión de traslados y el secuestro mismo del elemento peritado (el que fue inexplicablemente vaciado por el que lo secuestró), todo lo que hace dudar de la existencia de combustible en su interior, lo cierto es que resultan elocuentes los testimonios de ambas numerarias policiales para acreditar la presencia de la Presidente de la Cooperativa en el lugar tan solo quince minutos antes que se viera el humo del fuego provocado, no habiendo otras personas en los alrededores que pudieran tomar intervención en el asunto.

Respecto de la primera, C., tal como ha valorado el Juez de la sentencia -y a pesar de los tibios embates del defensor sobre su credibilidad-, merecen sus dichos crédito por su concordancia con la de la segunda, E., en cuanto a la presencia del Corsa Gris -del que varios testigos predican ser propiedad del matrimonio-, por la acreditada presencia en el lugar a los horarios manifestados -tal como surge del parte de guardia agregado-, por la corroborada llamada de Shirley Lloyd para que C. verifique la existencia de fuego y porque, a la sazón, sus dichos merecen más credibilidad que la inverosímil y solitaria versión de la imputada quien se limito a decir que llego a las 6.05 a la Cooperativa pero decide no entrar "por seguridad", mientras que la testigo ve que su propio auto estuvo estacionado largo rato sin ocupantes en la vereda y ve salir a su dueña desde el interior de su lugar de trabajo.

En definitiva, tal como ha explicado el *a quo* a fojas 584, el entrelazado de los hechos probados, a excepción de la presencia del bidón -de cuya utilización puede dudarse a estar al punto E5 de la pericia de fojas 12/21 en la que se describe el hallazgo de un bidón en el interior del edificio-, permiten afirmar con certeza que fue la B. quien ingresó a la Cooperativa aproximadamente a las 5.30 de la mañana, egresó de la misma poco después a bordo de su auto, que 15 minutos después de ello se comenzó a visualizar humo en el interior del edificio, humo correspondiente al fuego generalizado por ella iniciado, que se produjo valiéndose de combustible presuntamente adquirido por su esposo uno o dos días antes

en una estación de servicio de una localidad vecina.

9.- Pero, acreditada la autoría responsable en forma correcta por el Juez, es en derredor de la calificación jurídica por donde se enmarcará el éxito parcial de la impugnación.

Varias aristas tiene la cuestión enunciada y las detallaré a renglón seguido:

9.-1.- En primer lugar, es necesario recordar la imputación concreta realizada en contra de los prevenidos.

Concretamente, se acusó, en el escrito obrante a fojas ... de legajo fiscal, por el siguiente hecho: "*...en fecha 26 de febrero de año 2.016, siendo aproximadamente a las 06:00 horas, P. B. y M. H. alias (M.), con claras intenciones de* ***provocar un peligro común para los bienes****, haciendo uso de material inflamable, previo ingresar al predio de la Cooperativa Eléctrica de Dolavon, ubicada en calle Remedios de Escalada entre calles Sarmiento y Maipú, entraron al edificio y provocaron al menos cinco (5) focos ígneos, dispersos en tres sectores, retirándose ambos hacia el portón de ingreso que se encontraba cerrado con llave, y al no poder abrirlo, M. H. saltó el portón hacia la vereda y al no poder abrir desde afuera tampoco, se dirigió hacia el portón de ingreso de vehículos el cual abrió con la llave y salió desde el interior del predio P. B., retirándose ambos a bordo de un vehículo Chevrolet Corsa color gris, dominio JZC-705, propiedad de P. B., siendo observados en su accionar por personal policial que se encontraba cubriendo consigna policial desde el Hospital Rural que se encuentra frente a la Cooperativa dando aviso a las autoridades correspondientes a los fines de sofocar el incendio^".*

9.- 2.- Si he resaltado con negrillas la frase "provocar un peligro común para los bienes", es porque, de la lectura de la sentencia atacada se desprende que el Juez interviniente tuvo en cuenta, para subsumir la conducta de los acusados, más allá de la intimación que *solo se* refiere a bienes, que "*el fuego... puso en peligro al personal de bomberos que acudieron al lugar.*".

No es correcta tal subsunción.

No solo por no estar contenida en la acusación -ni en los alegatos de los acusadores-, sino porque el dispositivo

legal al que remiten tanto Fiscal como Querellante es, precisamente, el inc. 1 del art. 186 que reza *".El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: 1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere* ***peligro común para los bienes.".***

Ello así, a partir de la redacción que al artículo le dio la ley 23077 (1984), el inciso primero solo reprime los estragos que pongan en peligro a bienes indeterminados, desplazándose al inciso cuarto, en forma agravada, los peligros de muerte a "alguna" persona (determinada), no siendo aceptable la teoría propugnada por Creus (Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Astrea 1995, pág. 4), según la cual *"si tenemos en cuenta que para la figura calificada el peligro de muerte tiene que recaer sobre persona determinada, faltando tal determinación, cuando el peligro incida sobre las personas, forzosamente el hecho tendrá que quedar cubierto por la figura básica..."*, por afectar el principio de máxima taxatividad legal y crear por analogía una tipificación expresamente derogada por la ley de la democracia.

El inciso primero del art. 186, conforme ley 21.338 (1976) incluía expresamente el peligro común en personas o bienes; la ley 23.088 elimina del texto la palabra personas; no es posible por vía interpretativa hacer decir a la ley lo que no dice.

9.- 3.- Descartada entonces la posibilidad de acudir al presunto peligro en las personas para calificar el hecho, lo que hace ociosa la discusión planteada en la audiencia de impugnación respecto a la imputación objetiva de los resultados causados sobre la personas obligadas a soportar riesgos, imposibilidad tanto desde lo procesal (en clave de correlación con la intimación) como de lo dogmático, por ausencia de referencia a tal elemento descriptivo en el tipo objetivo elegido por los acusadores, resta verificar si existió, en el caso, peligro para los bienes.

9.- 4.- Aquí el caso merece un par de precisiones adicionales.

En efecto, en primer lugar, la única referencia a tal elemento del tipo objetivo está contenida en la acusación

que generó la autorización del juicio, tal como se transcribió.

Empero, en los alegatos finales del debate, los acusadores se limitaron a indicar que correspondía la subsunción del evento investigado en las mandas del inc. 1 del art. 186, del Código Penal, explicaron que se trataba de una acción típica, antijurídica y culpable, sin acerreferencia alguna a cuál fue el peligro concreto corrido, sobre qué bienes indeterminados se pudo augurar tal siniestro futuro y, sobre todo, a partir de cuáles medios de prueba se puede sostener tal aseveración.

Lo más cerca a ello fue, en el alegato del Fiscal Nápoli, la referencia a que corresponde la subsunción en el dispositivo legal mencionado por que debe tratarse de un incendio que "comprometa" bienes comunes (ver registro de audio), lo que no cumple, a mi criterio, con el estándar de una adecuada fundamentación.

Asimismo, la querella, pero al momento de solicitar la pena que consideró adecuada, se manifestó sobre la existencia de unos pinos, de una vieja vegetación, para fundar el daño causado, mas adolece de los mismos vicios apuntados antes por cuanto no existe prueba alguna sobre dicho extremo.

9.- 5.- A pesar de ello, el Juez de la causa encuentra acreditado (mas allá de lo pedido por los acusadores) que *"el fuego podría haberse extendido hacia esos sectores, inclusive hacia los galpones donde se encontraban estacionados vehículos de la Cooperativa..."* y que *"...además de los bienes dañados por su exposición al fuego... se pusieron en peligro otros bienes. y la vegetación circundante al edificio..."*.

9.- 6.- Mas allá de que ni siquiera fueran advertidas por el defensor todas estas cuestiones, amén de su prédica sobre la magnitud y la expandibilidad del fuego, lo cierto es que el máximo rendimiento que debe atribuirse al recurso del condenado, me obliga a revisar estas cuestiones y exponer, de paso, las serias falencias tanto en la investigación como en los alegatos del Ministerio Publico Fiscal.

Digo lo dicho, por cuanto durante la investigación,

al momento de producir pericias relacionadas con la producción del fuego, más allá de indagar acerca de la intencionalidad, sus focos, los combustibles y acelerantes utilizados, las magnitudes de los daños, etc., nada se ha inquirido a los expertos acerca de la probabilidad de expansión y, menos, sobre la concreta puesta en peligro de bienes indeterminados.

Teniendo a la mano a expertos tales como el Jefe de Bomberos de la localidad de Dolavon, G. R. (de treinta años de trayectoria), solo se le hizo decir que el sesenta por ciento de la estructura del edificio fue afectada, informando en su pericial de fojas 8/13 acerca de la intencionalidad del fuego y del detalle de las cosas destruidas.

A pesar de la disposición del Principal C. de la Policía Federal, se le preguntó sobre la potencialidad para destruir el edificio (suficiente para calificar el hecho como Daño, art. 183, C.P.), pero nada se le preguntó sobre otros bienes comunes (elemento necesario para ingresar a los delitos contra la seguridad pública).

Sentado en el sillón de los testigos a C. O., Jefe de Bomberos de Trelew, solo se le hizo mencionar los daños severos en la estructura y que si no hubiese actuado los bomberos, "hubiera sido peor", afirmación más que ambigua que no alcanza a acreditar los elementos del tipo, limitándose a concluir, en su informe de fojas 12/21, que *"los focos fueron causados en forma intencional, preparando los mismos con elementos altamente combustibles más el accionar de algún posible elemento acelerante"*.

9.- 7.- De más está decir que, tal como ha dicho el defensor, es requisito del tipo seleccionado la puesta en peligro de bienes indeterminados mediante un incendio.

Obviamente el término inserto en el tipo es un elemento normativo, que no necesariamente coincide en su significado con el vulgar, por lo que es necesario definirlo taxativamente.

Para ello, es posible acudir, tal como lo hizo el Juez del caso, a la enseñanzas del maestro N. quien ha dicho que *"...el incendio punible es un fuego de potencialidad expansiva incontrolada, en el sentido de que no tiene en si mismo limitabilidad, aunque sea dominable*

por otros medios. En esa expandibilidad reside el peligro propio del fuego calificable de incendio...” (Tratado, Tomo V, Vol. I, Astrea, 1992, pág.44).

Por su parte, Creus afirma que *“.el incendio típico del art. 186 es el fuego peligroso, que se caracteriza por su expandibilidad, a causa de que, en sí mismo, es incontrolable, aunque pueda ser controlado por una particular acción del hombre (p.ej., mediante tareas de apagamiento) o neutralizado por acontecimientos naturales (lluvia, vientos contrarios).”* (obra citada, pág. 5).

Hasta aquí, mas allá de la peligrosidad o no del fuego, puede darse la razón al *a quo.*

Empero, tal como afirma Creus renglones después en su clásica obra, *“no basta, sin embargo, cualquier expandibilidad del fuego, sino la que se traduce en la posibilidad de su extensión a bienes distintos de aquel en el que se originara y que sean indeterminados, tenga esa posibilidad origen en la propia entidad o calidad del fuego, ya lo tenga en las particulares circunstancias o condiciones del bien amenazado. Cuando éste es determinado, es decir, cuando el fuego no puede afectar más que a bienes circunscriptos, además de aquel en el que se produjo inicialmente, sin posibilidad de extenderse a otros, se puede salir de la figura para entrar en la de daño...”* (ob. cit., misma página; el subrayado me pertenece).

Entonces, más allá de la posible calificación del fuego iniciado como expandible e incontrolable, lo cierto es que no se encuentra acreditado, mediante experticia científica, la puesta en peligro de bienes indeterminados, más allá de los vehículos aledaños (perfectamente determinados) y los arboles circundantes, cuya posible actuación como medio para propagar el fuego a otros edificios (por cierto lejanos a no menos de sesenta metros de la Cooperativa, según el croquis de fojas 05) recién fueron explicados por el Fiscal en la audiencia de impugnación -no en su alegato en el debate- y resultaron más afirmaciones subjetivas que el producto de evidencia concreta alguna.

9.- 8.- Además de todo ello, es una verdad de Pedro Grullo que, para afirmar la tipicidad de una conducta, no

solo es menester que se reúnan en el caso los elementos del tipo objetivo. En todo delito activo doloso como el elegido por la vindicta, es menester acreditar la presencia del dolo, esto es, conocimiento y voluntad de realización de los elementos del aspecto objetivo sistemático del tipo.

En este sentido, más allá de las precisiones de Donna (Derecho Penal, Tomo II-C, pág. 46) en cuanto a la necesidad de dolo directo para causar el incendio y la de admitir dolo eventual en la creación del peligro, lo cierto es que no se ha precisado, ni en la acusación ni en la sentencia, elemento alguno de prueba que permita inferir que el emprendimiento de provocar los distintos focos ígneos lo hubiera sido con la inequívoca intención de producir un fuego descontrolado, primero, y que luego de ello, hubiera tenido representación, al menos, del peligro a bienes indeterminados que podía generar.

Por el contrario, del mismo testimonio de R., se desprende su apreciación en el sentido que la intención ha sido quemar todo el edificio (minuto 46:55 del audio), muy lejano al dolo de peligro requerido. Ha hablado el Sr. Fiscal del móvil en el sentido que "*pero quedó establecido en el caso, lo dijimos en el alegato final que esa fue la coartada justamente que eligió a sabiendas que ella misma al otro día iba a quemar la Cooperativa, y que esta tenía un móvil que era justamente esconder, suprimir, borrar prueba porque la Sra. ya sabía que se venía la intervención de la Cooperativa...",* incompatible con una intención de poner en peligro bienes indeterminados.

Por su parte, la querella, ha dicho que "*esa agravante que habíamos esgrimido resultaba que este estrago, este siniestro, este incendio tuvo una motivación especial por parte de la Sra. B. y esa motivación especial consistía en tratar de ocultar documentación que luego iba a ser utilizada en su perjuicio en razón de una intervención que se estaba produciendo.*", todo ello ajeno a la producción de un fuego peligroso y, más aún, de un peligro concreto para bienes y cosas comunes.

10.- Ahora bien, eliminada la tipicidad de Incendio predicada en la sentencia, no corresponde sin más la absolución de la declarada autora del siniestro.

Muy por el contrario, y tal como lo sugirió la

Querella en el alegato de cierre del debate (a partir del minuto 3:01:37, audiencia del día 21/9) y como expresamente lo solicitó en la audiencia de impugnación, sin afectar en un ápice el principio de congruencia, es dable condenar a la Sra. B. por el delito de Daño, del art. 183 del Cód. Penal.

En efecto, y tal como lo admite el Sr. Defensor en su escrito recursivo (ver fojas 620 y vta., entre otras referencias), el evento resultó un ataque a la propiedad.

Han ilustrado en el debate los distintos peritos bomberos sobre los cuantiosos daños ocasionados tanto al edificio como a lo contenido en él (Cpu de computadoras, muebles, sillas, rollos de cable, anota R. a fojas 12), (mobiliario administrativo, maderas de muebles tipo repisa, restos de aparatos telefónicos, CPu, elementos de mantenimiento, dice O. a fojas 15), todo lo que se encuentra ilustrado mediante las fotografías anexadas a fojas 28/36, 43, 44, 47, 56, 69, entre otras, y las agregadas al informe pericial de fojas 137/171, materializado por el Principal C. y el Principal L. Díaz de la Superintendencia Federal de Bomberos.

11.- Acreditado ello, tal como sentencia el maestro N. en su Tratado (ob. Cit., pág. 46), *"a pesar de que el fuego que lo produce implica ya un daño, el incendio es un delito de peligro...";* esto significa que el delito por el cual se condenó a B. se encuentra en una relación de especialidad con el delito de Daño -art. 183, CP- y lo contiene conceptualmente.

En efecto, *".cuando se relacionan dos o más tipos, uno de ellos excluye al otro en función del principio de especialidad (lex specialis derogat legi generalis) si abarca las mismas características que el otro, agregando, además, alguna nota complementaria que toma en cuenta otro punto de vista en cuanto a lesividad. En este caso, el tipo con mayor número de características es especial respecto del otro, que es general. Esta relación de subordinación se presenta en la forma de encerramiento conceptual, pues no se concibe la realización de una acción que encuadre en el tipo especial sin que al mismo tiempo lo haga en el general. debe considerarse que la relación de especialidad tiene lugar en los casos en que el propio*

legislador caracteriza a una tipicidad como residual, especialmente mediante el empleo de la cláusula residual (si no resulta otro delito más severamente penado o análoga)." (Zaffaroni, Tratado, 2000, pág. 868).

Ello así, verificada la especialidad entre el delito de incendio -que requiere por definición prender un fuego- y la figura de daño -al entenderse que la producción del incendio requiere por definición la destrucción de cosas determinadas, al menos las combustionadas-, en nada se afecta el principio de congruencia por cuanto resulta evidente que, a la vez, se intimaba a los acusados de la destrucción de elementos varios a través del fuego, han tenido la posibilidad de desacreditar las estimaciones de los peritos en tal sentido y, además, lo sugirió el defensor al menos en dos oportunidades en el alegato ante estos estrados, al tratar la calificación jurídica.

Además, la calificación escogida mantiene la misma base fáctica por la cual se intimó, sobre la que se produjo prueba en la audiencia -con posibilidad de contra examen-, base fáctica que pudo ser controlada desde el inicio.

Por lo que en este aspecto voto por la declaración de autoría por el delito de Daño, del art. 183, CP.-

12.- En cuanto a la sanción que correspondería por el injusto reprochado, mal puede este Cuerpo justipreciar la misma, habida cuenta la nueva escala penal, la distinta entidad de la magnitud del daño causado y, eventualmente, el grado de reproche que merecería provocar un peligro común para bienes indeterminados contra el que pueda merecer la destrucción de cosas determinadas, por lo que corresponde dejar sin efecto la pena impuesta, disponiendo en consecuencia el reenvío del caso para que el tribunal competente, determine la pena justa de conformidad con lo dispuesto en la presente.

Por todo ello, voto por hacer lugar a la impugnación de la defensa, en forma parcial, respecto a la calificación jurídica, calificando los hechos tenidos por probados en cabeza de B. como constitutivos del delito de daño (art.183 del CP) y no haciendo lugar a la nulidad de la acusación planteada.

13. - Propongo a mis colegas, imponer las costas a

la acusada (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales del Defensor Particular, Dr. L. H. L. S., en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS y los correspondientes al Dr. Fabián Gabalachis, en su carácter de letrado de la querella, en la cantidad de VEINTE (20) JUS. Todo ello, conforme a las labores llevadas a cabo en esta etapa
(arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15.

Así lo voto.

El Juez O. Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria en base a varios argumentos que iremos analizando en detalle oportunamente, pero que sintéticamente pueden condensarse en la falta de legitimación del actor penal que viciaría todo el procedimiento y la falta de certeza en cuanto a la autoría a la que debería haber llegado el juez en base a los elementos probatorios obrantes en la causa, criticando también la calificación legal impuesta por el delito de incendio.

2. La falta de legitimación debe rechazarse tan pronto observemos que el escrito donde se documenta el acto procesal de la acusación es el último acto procesal que cierra la etapa preparatoria y abre la intermedia o preliminar al debate-conforme letra clara del art. 284 inciso 1- , por lo que, conforme determinación expresa del artículo 27 de la ley de ministerio público fiscal, puede ser suscripto por los funcionarios, ya que no es un acto propio del debate, como sí lo son los alegatos iniciales en la audiencia en el que el fiscal mismo presenta su caso, prometiendo probar los hechos con la producción de la prueba en su presencia y sosteniendo la misma postura inicial en los alegatos finales si entiende que llegó a la certeza de la culpabilidad sobe aquellos hechos iniciales.

En definitiva, la misma ley autoriza a los funcionarios a actuar en la etapa preparatoria hasta su conclusión, esto es, hasta que se presente la acusación, por lo que mal podrían estar desautorizados a suscribirla.

De todas formas, que ello lo diga con claridad la ley y surja claramente de los dos artículos citados, no significa que las leyes aprueben el test de constitucionalidad y convencionalidad que los jueces

debemos hacer, tal como lo deja traslucir lúcidamente la defensa con citas y referencias de corte constitucional, por lo que seguidamente trataremos tal punto.

En esta senda, adviértase que desde antaño nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación viene sosteniendo que los pilares centrales de un proceso penal válido son la acusación, defensa, prueba y sentencia, lo cual es correctísimo desde todo punto de vista. Sin embargo, aquí el término acusación tiene un significado muy preciso que hace referencia a uno de los presupuestos esenciales de legitimidad- junto a la defensa, prueba y sentencia- para que pueda decirse que hubo un proceso penal o juicio previo anterior a la pena, pero de ninguna manera se está refiriendo al escrito de acusación que pone fin a la etapa preparatoria.

Esto último es así, porque lo que la Constitución quiere es que antes de la pena actúe un fiscal con acuerdo del legislativo que sostenga el escrito de acusación desde su inicio y que comande la producción de su prueba y la vuelva a sostener en los alegatos finales, es decir, en el debate oral y público, sin intervención alguna de otros funcionarios no legitimados constitucionalmente para ello como son los funcionarios o auxiliares letrados o como se los llame a tales profesionales del derecho.

Esta es la interpretación constitucional válida de la palabra acusación y es por esto que la misma Corte Suprema debió aclarar después de Tarifeño y su saga que la acusación no estaba solamente en el escrito, sino que es un acto complejo compuesto por dos partes esencialmente, esto es el escrito y los alegatos finales, siendo de liminar importancia éste último, puesto que en él puede el fiscal pedir la absolución y así desincriminar al imputado, al impedir al tribunal condenar porque no hay acusación, no obstante haberlo imputado en el escrito inicial que dio fin a la preparatoria.

Esta postura es la que vengo sosteniendo cuando todavía no existía el nuevo código, pero sí se habían incorporado varios funcionarios al ministerio público fiscal en forma progresiva en aras de ir experimentando hacia el nuevo sistema. En esa oportunidad propuse como test para demostrar la validez o nulidad de un acto firmado

por funcionarios de fiscalía, diferenciar el contenido del acto procesal. Si el mismo obligaba a decidir a los jueces en forma directa con la alternativa de una condena y pena, ello estaba absolutamente vedado, puesto que la responsabilidad constitucional de pedir en forma definitiva condena y pena para un ciudadano solo puede venir de un funcionario estatal legitimado por el pueblo a través del acuerdo legislativo y previo paso por el Consejo de la Magistratura, toda vez que es el acto más importante que puede cumplir junto al pedido de sobreseimiento o absolución.

3. En cuanto a la autoría de que la imputada tuvo el dominio del hecho de prender fuego con distintos focos dentro de las instalaciones de la cooperativa, con inutilización de varias cosas muebles determinadas del lugar, no le queda a este juez ninguna duda, conforme prueba indiciaria que seguidamente analizamos.

Antes de ello precisemos el marco teórico de la prueba indiciaria y de las reglas que deben seguirse para tener por reconstruida la verdad fáctica que se predica.

En cuanto al primer punto, digamos que la prueba pericial consiste en una conclusión a la que se llega enlazando lógica, científica y experimentalmente, hechos ciertos y probados por prueba directa que se llaman hechos bases. Es decir estos últimos deben necesariamente estar probados por prueba directa, ya que difícilmente puedan probarse, a su vez por indicios, ya que estaríamos en una cadena interminable.

En cuanto a las reglas de reconstrucción de la verdad sobre los hechos, seguimos en esto al maestro italiano Ferrajoli quien sistematiza tres reglas básicas que garantizan un conocimiento con certeza idóneo para destruir el estado de inocencia, por lo que ellas funcionanno solo como garantías epistemológicas, sinotambién jurídicas. *(Cfr.FERRAJOLI, Luigi; Derecho y Razón, Ed. Trotta, España, Págs. 147/154).*

La primera de esas reglas pregona la necesidad de que la versión fiscal se encuentre apoyada por varios hechos ciertos, graves y concordantes, aclarando que ello no significa cantidad sino calidad de la información que aportan y que sean coherentes con los datos probatorios,

en tanto la segunda regla nos dice que no basta para que la hipótesis fiscal sea aceptada como verdadera que ella sea compatible con varios datos probatorios, sino que hace falta que ella no sea contradicha por ninguno de los datos probatorios disponibles, es decir, que si existe una contraprueba que contradiga alguna de ellas, la tesis fiscal se cae o queda refutada y para esto ni siquiera hace falta certeza, sino que para la defensa basta con que sea probable. Finalmente, la tercera regla nos dice que en caso de que ninguna de las hipótesis, ni la acusatoria ni la de la defensa puedan ser refutadas y sí sostenidas ambas, el juez debe elegir la tesis de la defensa por el mandato constitucional del in dubio pro reo.

4. Con este marco teórico, comencemos por el análisis de los hechos ciertos y probados en forma directa que constituyen la base de la prueba indiciaria que consiste en la conclusión de autoría.

Comencemos por el testimonio de las policías E. y C., quienes sucesivamente y sin interrupción alguna observaron los siguientes hechos, a lo que hay que agregar que no fueron cuestionadas como sospechosas de parcialidad o animadversión alguna hacia la imputada.

La primera es contundente en cuanto a que, estando de custodia en el hospital escucha que estaciona un vehículo, entre la cinco y cinco y media de la mañana, por lo que dirige su mirada hacia el lugar, observando un estacionado un coche, modelo Corsa, color gris, con alguien adentro que no podría identificar porque no había luz natural, llamándole la atención el movimiento por la hora, y detallando que estaba estacionado sobre la vereda de la cooperativa, luego de lo cual es reemplazada en la custodia por la policía C., aproximadamente a las 5:50 hs.

Por su parte, la reemplazante C. coincide con el horario de relevo, relatando que después de ello observa por la ventana un coche Corsa, color gris, con los vidrios bajos, por lo que decide ir hasta el lugar y al acercarse al móvil y no tener ocupantes, se acerca a la Cooperativa, encontrándose en ella dos personas, una de las cuales era la imputada que le decía " *soy yo..soy yo"*, por lo que regresa a su lugar de consigna. Como le parecía raro que hubiera gente tan temprano en la Cooperativa, continúa

observando por la ventana, hasta que escucha un manojo de llaves y ve a la imputada que intentaba abrir desde adentro la puerta de ingreso, no logrado su cometido, por lo que una persona de sexo masculino, encapuchada, salta el portón hacia afuera e e intenta abrirlo, y al no poder hacerlo, se trasladan ambos a otro portón de ingreso para vehículos, lugar en donde sacan la cadena y el candado, para luego volver a instalarlos y se van del lugar trasladándose en el citado vehículo Corsa. Tiempo después, recibe un llamado de la Comisaría por parte de la agente Lloyd para que verifique señales de fuego en la cooperativa, y al cumplir con la orden, observa humo, relatando que desde que se retirara la imputada hasta que observa el humo habían pasado quince minutos, no más.

Por su parte, el libro diario de la comisaría, confirma tales horarios en cuanto a los relevos, esto es 5:50, y también en cuanto al horario del llamado que se hace desde el cuartel de bomberos a las 6:44 para que verifiquen el fuego ya encendido.

Hasta aquí debemos tener por probado en forma cierta y contundente estos hechos: la imputada estuvo presente físicamente en el lugar de los hechos, esto es, dentro del edificio, como mínimo desde las 5:30 hs o, por lo menos, en forma segura desde que fue vista por C. a las 6: 00 de la mañana. Esto es así, si a lo ya narrado por las testigos, se agrega que ésta última efectúa un relato de hechos que insumen, mínimamente, más de 20 minutos, pues primero ve el coche, camina hasta el lugar en que estaba estacionado, observa su interior, se traslada hasta el portón de ingreso, se saluda con la imputada, vuelve otra vez y desanda el camino hasta el hospital, se ubica como guardiana, y luego de mirar varias veces, percibe otra vez a la imputada tratando de abrir el portón, luego a la persona que salta y trata de abrir desde fuera, para terminar observando a ambos que se trasladan hasta el otro portón, abren el candado, salen, cierran y se dirigen hasta el lugar en el que estaba el Corsa y parten en el mismo. No es necesario trabajar mucho la inteligencia como para concluir que desde que Cabeza observa a la Sra. B. y habla con ella, hasta que parten con el coche Corsa, pasaron al menos más de diez minutos, por lo que el horario de partida

del coche puede citarse mínimamente a las 6: 15 o 6: 20 hs.

A estos hechos ciertos y comprobados por prueba directa que unimos por la simple experiencia en la conclusión citada anteriormente, debemos agregar otros hechos, también ciertos y comprobados de la misma forma, que tampoco fueron contradichos y que ubican el horario de inicio del fuego dentro de la franja horaria que coincide con la presencia física de la imputada en el predio. Así, obsérvese que la Sgto. Lloyd deja constancia a las siete menos cuarto de la mañana que había recibido un llamado del cuerpo de bomberos para que la policía verificara si en el predio de la cooperativa existía humo o fuego y para lo cual se comunica con C., quien inmediatamente verifica la existencia del humo. Es decir, entre el momento del primer llamado telefónico hasta el último que realiza Lloyd, cabe señalar un tiempo mínimo de diez minutos, puesto que habla una primera vez con los bomberos, otra segunda vez con C. que observa por ello el humo y una tercera y última vez a los mismos bomberos para ratificar la presencia de humo.

A todos estos tiempos narrados por C. y Lloyd, hay que agregar los tiempos que las cosas encendidas arden y se comience a visibilizar el humo, un tiempo mínimo de 10 minutos, conforme la experiencia, por lo que la comunicación de Muñoz a los bomberos- en cuanto observa humo- puede situarse a las seis treinta y cinco, esto es, quince minutos desde que se retirara la imputada, conforme los dichos de C..

En definitiva, si podemos unir conforme la lógica y la experiencia, los hechos ciertos verificados por prueba directa en la conclusión, podemos declarar que ésta nos dice que el fuego se inició dentro del predio de la cooperativa en forma simultánea a la presencia física de la imputada en tal lugar. Si a esto le unimos el móvil de la imputada, la probanza de autoría está completa, pues no es de recibo rechazar la existencia del móvil porque otras personas también lo tendrían, puesto que éstos últimos no estaban, ni existen hechos ciertos que puedan señalar la presencia de estas otras personas.

Con esto podemos dar por verificada la primera regla

a respetar sobre la reconstrucción fáctica de los hechos, toda vez que la misma está sostenida por la prueba indiciaria que es compatible con el relato de los acusadores, debiendo ahora entrar a analizar la presencia o ausencia de la segunda regla, es decir, si alguna de tales probanzas señaladas no están contradichas o refutadas por la defensa con un grado de probabilidad, puesto que si así fuera deben descartarse las tesis acusatorias, conforme contenido que señalamos para la segunda regla.

En esta senda adviértase que ninguna de las probanzas de cargo señaladas pudo ser contradicha ni siquiera con un grado de probabilidad, sino que las afirmaciones en contrario son simplemente implausibles y simples conjeturas que no tienen sustento en ningún dato probatorios concreto y probado certeramente.

En efecto, resultan absolutamente huérfanas de asidero empírico las afirmaciones de la defensa de que efectivamente estuvo allí a las seis de la mañana , pero tuvo miedo de entrar y se retiró en un coche Bora, lo cual para tener un viso de credibilidad debemos necesariamente concluir en que tanto E. como C. son parte de un complot para destruir a la imputada, inventando haber observado el coche Corsa, color gris, en los horarios citados, amén de lo narrado respecto de la apertura, salto y cierre del portón de la cooperativa, lo cual no puede mínimamente sostenerse en dato probatorio alguno.

Por todo lo anterior, surge con claridad la certeza de la autoría en cabeza de la imputada en orden al hecho de encender intencionalmente el fuego dentro del edificio de la cooperativa de Dolavon con el resultado de inutilización de varias cosas muebles e inmueble.

5. Así como puede sostenerse con certeza la autoría, también debe sostenerse con certeza el error de la sentencia en cuanto a la calificación legal, toda vez que el hecho imputado a P. I. B. no puede subsumirse en el delito de incendio, sino en la figura residual del delito de daño, punto que pasamos a argumentar.

En primer lugar resulta necesario explayarse sobre el marco teórico constitucional dentro del cual decidiremos, pues ello nos brindará las razones del voto en el punto.

El delito de incendio por el cual es condenada la imputada, es un delito que afecta, como dice el título XII del Código Penal, la seguridad pública, por lo que es tarea primordial mostrar qué entendemos por ella, toda vez que existen diferentes posiciones. La mas consensuada doctrinal y jurisprudencialmente nos dice que aquí el bien jurídico seguridad pública queda afectado cuando el fuego tuvo una gran probabilidad de dañar a personas y/ o cosas indeterminadas, es decir, no a cosas o personas determinadas en concreto, como el homicidio, lesiones o daños, sino que se tienen en cuenta los bienes o personas en general. Esto supone una diferencia sustancial con los delitos últimamente nombrados, consistente en que en éstos los titulares del bien jurídico se toman en forma individual, es decir, conforme individualización de su titular, en tanto en los delitos contra la seguridad pública la titularidad del bien jurídico recae en todas las personas y en sus bienes que conforman una comunidad, sin distinguir si el bien era mío o tuyo, por ejemplo.

Esta característica central se traslada a las exigencias de las acciones típicas, pues si daño un bien determinado prendiéndolo fuego que pertenece a una o varia personas determinadas y ésa fue mi intención, sin querer que el daño se extienda a bienes o personas indeterminadas, es decir, a cualquier bien o persona independiente de su identidad, entonces estaré en presencia de un daño del artículo 183 del código penal y no de un delito de incendio del artículo 186.

Por estas simples consideraciones se exige que el fuego que se encienda y destruye cosas para que ingrese en el tipo penal de incendio debe reunir una característica especial que se denomina expandibilidad, esto es, posibilidad cierta y concreta de que el fuego ponga en peligro otros bienes o personas sin importar la titularidad, pues lo que se afecta es esta comunidad, y así la pone en peligro.

Esto último es lo que justamente ocurrió aquí con el fuego encendido por la imputada, pues dañó bienes perfectamente determinados y concretos de una persona determinada y concreta llamada Cooperativa Eléctrica de la localidad de Dolavon, sin que el fuego haya puesto en

peligro otros bienes o personas en forma indeterminada. Ello surge sin hesitación alguna de la documental extraída de las personas que conocen el tema, puesto que se trata de una cuestión científica y no vulgar la determinación de la citada característica de la expandibilidad, aspecto del cual los testimonios y conocimientos de los legos -entre ellos los de los fiscales, querellantes y jueces- pueden resultar complementarios, pero jamás decisivos. Así puede comprobarse sin dificultad alguna de la documental elaborada y explicada al tribunal del juicio por el Jefe del Cuerpo Activo de Bomberos de la ciudad de Dolavon, quien en forma pormenorizada y argumentada nos informa no solo que el fuego fue intencional por la existencia de varios focos ígneos separados, sino que los mismos estaban dentro del edificio de la cooperativa y que por ello solo destruyeron bienes pertenecientes o en tenencia de tal persona jurídica, sin siquiera dejar traslucir en algún momento que el fuego podría alcanzar bienes situados fuera de la esfera de custodia de la Cooperativa, todo ello ilustrado con las pertinentes fotografías que siguen al citado informe y al similar, correspondiente al Jefe de Bomberos de Trelew, C. O., todo obrante a fs. 8 a 21 del legajo de prueba fiscal.

Si se quiere abundar para apreciar la falta de expandibiliad o propagabilidad del fuego a bienes indeterminados, es decir, ubicados fuera del predio de la cooperativa, véase el informe de los peritos C. y Díaz de la División Siniestros de la Superintendencia Federal de Bomberos, de los que se desprende también la existencia de focos ígneos bien determinados y circunscriptos y su propagación local, sin hacer mención alguna a un supuesto peligro concreto y real sobre bienes indeterminados ubicados fuera del lugar, todo lo cual obra a fs. 136/171.

Con ello estimo verificado claramente la falta de expandibilidad, sin que sean de recibo las simples conjeturas de los acusadores, sin sustento técnico-científico alguno, en tanto afirmaron que si el fuego alcanzaba los árboles, por las características botánicas de éstos y su gran cantidad- se llego a decir por la querella que era un bosque-, el fuego resultó incontrolable y prácticamente no podría predecirse hasta qué lugar

llegaría, dejando entrever el peligro de incendio de parte de la ciudad, lo cual es un exceso sin asidero alguno.

En suma, la calificación legal clara y correcta del hecho del que se considera autora a la imputada es el correspondiente al tipo penal de Daños, ubicado entre los delitos contra la propiedad en el título VI y de la que resultara perjudicada la Cooperativa de Dolavon, por lo que en el punto deberá revocarse la sentencia y reenviar las actuaciones para que se lleve a cabo un nuevo juicio sobre la pena a imponer, atento a las diferencias en el monto punitivo que tienen los tipos escogidos por el juez de juicio y éste juez revisor, puesto que afectaría gravemente la defensa en juicio que este tribunal dispusiera una pena sin que se haya discutido su monto teniendo en cuenta la distinta gravedad del ilícito como objeto del reproche.

6. Ahora bien, corresponde analizar si el cambio de calificación legal no significa otra afectación constitucional al derecho de defensa, pues podría argumentarse que la nueva calificación legal de daños no fue tenida en cuenta en la discusión de la autoría y de la pena, por lo que correspondería pensar más bien en una absolución por el delito de incendio, y no en la modificación por un delito más leve que, en verdad, vendría a encubrir la necesidad jurídica de absolver. Veamos.

En primer lugar, digamos con el maestro M. que, en principio, el tribunal puede condenar por una calificación legal distinta de la propuesta por los acusadores, en tanto se mueva dentro de la misma plataforma fáctica probada por la fiscalía con certeza y previa posibilidad efectiva y real de contradicción por parte de la defensa, es decir, hechos que hayan sido descriptos en forma clara, sencilla y precisa por el fiscal y en base a pruebas ofrecidas y producidas frente a la defensa con la posibilidad efectiva de haberlas podido contradecir en el debate. Si se cumple con todo ello, no puede haber afectación de la congruencia entre acusación y sentencia, por lo que el maestro delinea una regla o principio hermenéutico para juzgar los casos concretos, cuya formulación transcribimos por su enorme claridad: “todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato

con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado.”.

Aplicados tales conceptos básicos a este caso, observamos que para nada se afecta la congruencia, puesto que claramente los hechos sobre los que se debatió, probó y se alegó, descriptos en la acusación y repetidos en los alegatos iniciales y finales de los acusadores, se corresponden con los mismos hechos en los que ahora subsumimos en el delito de daño, salvo la expandibilidad, esto es haber encendido intencionalmente fuego para destruir bienes determinados de una persona determinada, lo cual es suficiente como para afirmar que no puede haber sorpresa alguna a la defensa.

Esto es lo que recoge nuestro artículo 332 del código procesal penal, al permitir que el tribunal le de al hecho una calificación jurídica más leve, pero siempre que la defensa haya podido resistir en el debate tal imputación, como sucedió claramente aquí respecto de la acción de prender fuego y de los resultados dañosos.

En este tren de argumentos, el mismo M. trae como ejemplo de concurso aparente que no lesiona la defensa, el grupo de casos que conforman la relación subsidiaria, expresa o tácita, que se caracterizan porque unas infracciones son residuales respecto de otras, de forma tal que si fracasa la imputación principal puede condenarse por la subsidiaria . *(Cfr, para todo lo dicho respecto de la congruencia y ejemplos a M., J.B.J., Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Ed. del Puerto, Bs As, 1996, pags. 568/567).*

Por último, tal como lo afirmó el querellante ante este tribunal, se trata de un concurso aparente, en que una figura interfiere la aplicación de otra porque la engloba en su integridad, más otra circunstancia, de forma tal que si no juega esta última circunstancia, recobra vigencia la figura anterior.

Efectivamente, estamos ante un caso de especialidad por disposición expresa de la ley, lo que ocurre cuando ésta emplea una cláusula residual- como el art. 183 de daños- con las expresiones *“siempre que el hecho no*

constituya otro delito más severamente penado”, que algunos llaman subsidiariedad, pero que no es un caso puro de ésta última relación. *(Cfr. ZAFFARONI- ALAGIA – SOLKAR; Derecho Penal, Parte General, Ediar, BsAs, 2000, pags. 830/834)*

14.- En punto a la imposición de costas y regulación de los honorarios, comparto y adhiero a la propuesta del Dr. Roberto Adrián Barrios.

Así lo voto.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

. Tras sustanciar en audiencia la pretensión impugnativa, corresponde ahora revisar la resolución Nro.2518/18 OJTw dictada el 1ero de octubre del año 2018 por el juez penal Dr. Fabio A. Monti, que condenó a P. I. B., a la pena de cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento, al hallarla autora responsable del delito de incendio (arts.186 inc.1° y 45 del C.P).

No he de volver sobre los antecedentes del caso que ya han sido prolijamente reseñados por el vocal que lidera el acuerdo, por lo que tras analizar en detalle la pieza jurisdiccional recurrida en aquellos extremos que ataca la defensa, y deliberado cada punto con los colegas que integran este Tribunal Revisor, pasaré a re-ordenar los agravios, y con ello a dar los fundamentos del voto.

1. De la nulidad de la pieza acusatoria.

La Defensa se ha agraviado por la falta de uno de los resguardos necesarios e insoslayables para la terminación del proceso como lo es una acusación válida. Dijo que al no haberse efectuado la acusación por quienes tienen la obligación de hacerlo, esto son los fiscales, ante la ausencia de una acusación fiscal válida, requirió la nulidad de ese acto procesal, el que a modo de incidencia, determinó una resolución por la negativa.

Analizada la resolución jurisdiccional tomada por el magistrado el pasado 10 de septiembre, se adelanta que corresponde rechazar el planteo de la defensa.

En primer término, ha dicho el juez que el Ministerio Público Fiscal posee una estructura jerárquica y que existe unidad de actuación, cosa que de la simple lectura de la normativa básica que regula la Institución, es plenamente cierto.

Siguió diciendo que de la interpretación del articulo 27 de la ley orgánica, en conjunción con el articulo 112 del Código Procesal Penal, los funcionarios de fiscalía están facultados para actuar en todos los actos procesales hasta el inicio del debate, siempre bajo supervisión de los fiscales, que tienen la responsabilidad funcional por esa supervisión.

En este marco normativo, concluyó que los funcionarios sin acuerdo legislativo, están facultados a confeccionar y presentar con su sola firma, un escrito de acusación, con la condición que ese trabajo haya sido supervisado por un fiscal.

Tengo para mí que la condición que impone la ley en toda actuación de los funcionarios de fiscalía, esto es la supervisión del fiscal, es la que permite superar cualquier duda sobre la falta de legitimidad en ciertas acciones, de aquellos funcionarios sobre cuestiones concretas y sensibles del procedimiento, como lo es, por ejemplo, el acto estatal de acusar a una persona.

En el presente, como bien ha interpretado el Doctor Monti, la defensa puso en duda la capacidad de un funcionario para firmar una acusación, no a la supervisión del fiscal en la acusación redactada y firmada por una funcionaria contra su cliente. No obstante, fue el juez quien examinó que esa supervisión haya existido, controlando con ello que la condición de legitimidad del actuar de un funcionario se haya cumplido.

Si la ley faculta a los funcionarios de fiscalía a actuar en la etapa preparatoria, y en todos los procesos, hasta el inicio del debate bajo supervisión fiscal, la acusación ingresa entre los actos que están facultados a hacer. Lo que no pueden hacer, es sostener esa acusación y producirla en un juicio oral y público.

A más abundar, nuestro Superior Tribunal de Justicia, ante un planteo similar formulado en jurisdicción de Comodoro Rivadavia, ha tenido la posibilidad de expedirse sobre el punto. En fallo del 9 de agosto del corriente año, la Sala Penal del STJ local, en autos “Cria. Cuarta s/inv abuso de armas y lesiones graves r/v S., A. y otros” (Expte.

1000376/18), dijo que *"...los Fiscales Generales están facultados para ejercer las funciones que le son propias -en particular la dirección de la investigación- por sí o por intermedio de los funcionarios que de ellos dependan, a los que tienen el deber de supervisar."*

"..., por lo tanto, el funcionario de fiscalía estaba legalmente facultado para introducir la acusación e intervenir en la audiencia preliminar, máxime cuando el funcionario en cuestión actuó dentro de los limites que establece la ley, siguiendo instrucciones y supervisado por su superior".

Por todo lo dicho, coincido que la acusación contra la señora B. no posee vicio alguno que amerite presumir de su nulidad, por lo que el planteo a ese respecto debe rechazarse.

2. **De la sentencia.**

2.1 De la descripción del hecho punible atribuido por la fiscalía.

El impugnante dijo que el hecho de la acusación no concuerda con la descripción efectuada por el sentenciante, por cuanto en aquella, reza la frase "saltó el portón hacia la vereda", mientras que en la sentencia se omite dicha afirmación; lo que implica, a su criterio, "un dato de suma importancia".

Al control del agravio, se advierte que dicho presupuesto fáctico omitido en la transcripción del hecho en la sentencia, se refiere a una acción presuntamente realizada por M. Huichillan, coimputado por la acusadora, y que fuera absuelto. No obstante ello, no se advierte conculcación de raigambre constitucional alguna contra B..

Si es que dicha omisión se debió a un error involuntario, de tipeo por ejemplo, no se evidencia (ni fue explicado por el pretenso), cual fue el perjuicio concreto provocado a su derecho de defensa.

2.2 De la autoría penalmente responsable.

La pretensa atacó firmemente este peldaño de análisis tenida por probada en la sentencia.

Sin embargo, tengo para mí que los fundamentos del juez resultan razonables y suficientes para tener por acreditada la autoría de B. en el hecho.

Dentro del plexo probatorio producido, ha existido

prueba directa de la presencia de la acusada en el lugar, momentos antes que el evento acaeciera. Si bien es cierto lo que refiere el defensor, en cuanto a que ningún testigo ha visto a su cliente encender fuego dentro de la Cooperativa, el magistrado se encargó de testear la fortaleza de cada prueba, dándole el peso especifico que a cada una correspondía, con los cuales, dentro un razonamiento conglobado en clave de prueba indiciaria, acreditan mas allá de toda duda razonable, la autoría de la encartada que merece confirmarse.

A partir de la página refoliada numero 582 de la carpeta judicial, en el punto c) titulado "Autoria", el juez evocó la versión de M. N. C., de V. V. E. y de R. O. R.. Tuvo en cuenta también las constancias del libro de parte diario de la comisaría de Dolavon, y la versión de descargo de la imputada.

Sabido es que con la prueba, se exige que el litigante acredite parte de las proposiciones fácticas de su caso, en el tramo que, en el caso de testigos, una persona conozca. Algo así como la parte de la historia que pretende contar. Y para ello, el testigo debe aparecer como confiable para que su relato sea creíble.

Con las reglas de producción de la prueba testimonial se garantiza el control de las partes, y se obtiene la mejor calidad de la información que surge de esa prueba, lo que a su vez posibilita atacarla, ya sea cuestionando directamente lo que se dijo (credibilidad del testimonio), o bien a la persona que lo dijo (credibilidad del testigo).

Específicamente en el caso de la testigo C., que fue quien dijo haber visto a B. dentro del predio de la Cooperativa, la defensa técnica atacó el testimonio. Afirmó que miente.

El juez llevó a cabo un completo testeo del testimonio de C., que lo determinó a concluir que es prueba es creíble.

Como testigo, se preguntó el magistrado el motivo por el cual C. habría de mentir, en lo que se refiere a su observación sobre las conductas desplegadas por P. B. y la persona que lo acompañaba; para lo cual, ante la inexistencia de algún interés (enemistad, soborno,

conveniencia, presión de terceras personas, etc) que pudiera haber influido sobre su voluntad, le otorgó credibilidad. Comparto su conclusión.

De lo testimoniado, analizó la coherencia interna de la declaración, afirmando que no se ha tratado de un discurso dubitativo, contradictorio ni premeditado,mostrándose segura de sus dichos. Y analizó también la coherencia externa, de lo cual dijo que la testigo *"...ha detallado todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se desarrollaron los acontecimientos que presenció en forma directa"* y que esa declaración encuentran respaldo en otros elementos independientes de esa prueba, tales como los testimonios de V. E., de Shirley Lloyd y las constancias del libro de parte diario de la Comisaría Dolavon.

Cuando existen dos versiones de un mismo hecho, que podrían poseer idéntico peso, el juez debe desarrollar las razones que lo han determinado a dar por cierto una versión por sobre la otra.

En comparación con la versión de descargo de la imputada, el magistrado tuvo por reforzada la credibilidad del testimonio de C., con la declaración de la testigo E., que aquel día estuvo en el hospital de Dolavon custodiando un preso. Dijo la funcionaria que esa madrugada, antes que llegara C. (su relevo), observó un Corsa gris estacionado sobre la vereda de la Cooperativa, concluyendo que entonces fueron dos las personas que vieron a ese vehiculo en el lugar del hecho, lo que quita verosimilitud al descargo de P. B..

Respecto al esquema de defensa apuntado, la jurisdicción ponderó también la manifestación que tiene que ver con la supuesta imposibilidad física de una persona para escalar el portón principal de acceso al predio de la Cooperativa Eléctrica de Dolavon, y con fundamentos plausibles (que no ameritan pericia específica alguna, y para la cual basta una inspección personal el lugar), la descartó fundadamente.

Por ello, estimo que la versión de los hechos descargada por B., ha sido correctamente desechada por el juez.

De otra parte, como enseña Carlos Rubianes en Derecho

Procesa Penal, tomo 11, ed. DePalma, pags.395 y sgtes *"...se da el nombre de indicio a ese hecho, conocido y probado, a ese hecho que está presente ante el juez; mientras que la presunción es una operación deductiva, por la cual se concluye que existe o no otro hecho..."* Para que una sentencia basada en ellos y pueda ser confirmada, a fin de evitar arbitrariedades y apreciaciones subjetivas, la prueba indiciaria en que se basa debe referirse a hechos ciertos y probados, puesto que su pluralidad torna mas seguro el juicio de probabilidad a que se arriba; la deducción a que se llega debe lógicamente aceptable, y finalmente cada uno de ellos, aisladamente o en conjunto, deben conducir a una sola solución.

Así entonces, dentro de un continente de indicios que detalladamente analizó, el magistrado listó en el segundo párrafo de la página 584 de la carpeta de la oficina judicial, las evidencias que le permitieron reconstruir el hecho, en el cual sin dudas, fue protagonista la encartada.

La conclusión arribada se resume en los siguientes párrafos de la pieza jurisdiccional: *"Como se explicó anteriormente, existen indicios de presencia física de la acusada en el lugar del hecho desde las 5.30 hs de la madrugada del 26 de febrero del 2016 (hora en que E. observa el Corsa estacionado frente a la Cooperativa) hasta aproximadamente las 6.30 hs de ese mismo día. Este horario de 6.30 hs en que la imputada se aleja del lugar en su vehículo Corsa gris, se puede estimar porque el llamado de L1oyd a C. para que verifique si veía humo saliendo de la Coop. fue alrededor de las 6.45 hs (según relatara L1oyd) y C. afirma que ella inmediatamente hace esa constatación cuando ya habían transcurrido 15 minutos desde que había partido B.."*

"¿Qué estuvo haciendo entonces P. B. dentro del predio de la Coop. Eléctrica en esa franja horaria de una hora? La única explicación lógica y razonable, fundada en el cúmulo de hechos indiciarios reseñados y en la ausencia de cualquier otra hipótesis alternativa de autoría en cabeza de otras personas, es que se encontraba en el interior del edificio preparando los focos ígneos que comenzarían a arder pocos minutos después de su alejamiento del lugar."

El único agravio al que corresponde hacer lugar al pretenso, se refiere al indicio individualizado en la lista con la letra j), puesto que el bidón secuestrado del rodado de la encartada, tras ser peritado no corroboró la existencia en su interior de algún elemento hidrocarburo.

Es por ello, que dicho elemento encontrado en el auto de la imputada, acaso común en el baúl de cualquier persona que posea un automóvil, no determina a pensar, siquiera en forma indiciaria, que tiene directa vinculación con el delito juzgado.

Sin perjuicio de esta circunstancia, la sumatoria de indicios que le preceden, alcanzan para descartar la versión de la defensa, y acreditan que la imputada estuvo en la Cooperativa, inició el fuego en la institución, y se retiró de allí.

2.3 De la materialidad del hecho tenida por probada y la calificación jurídica.

La defensa dijo que nunca negó la existencia de un siniestro en la Cooperativa Eléctrica de Dolavon, el día 26 de febrero de 2016, y que del análisis de la prueba producida, el trabajo de los bomberos, llamados para la emergencia, se vio alterado por factores externos: una orden del fiscal y del jefe de policía que no les permitieron trabajar.

Dijo también que los daños provocados a raíz del incendio y su extensión, quedaron en el Jefe de Policía y del Fiscal que actuaron. Ello lo ha fundado en los dichos del jefe de bomberos de Dolavon, G. R., quien en el debate habría dicho justamente esto, e incluso habría advertido que "se hacen responsables ellos porque nos hacen salir del edificio".

Recordemos que en su vista, el fiscal negó rotundamente que esto haya acaecido tal cual fue presentado por la defensa, ya que omitió lo dicho por el testigo P..

A la necesaria escucha del testimonio del G. R., se certifica lo afirmado en el recurso por la defensa. Efectivamente R. dijo que por orden del jefe de policía, salieron del lugar porque había mucha temperatura, que de haber actuado podrían haber sofocado el incendio.

Sin embargo, a la escucha de testimonio de P., se confirma también los dichos del titular de la acción: que

los bomberos intervinieron, y tras proceder ante el fuego y bajar la temperatura del lugar, ya no había focos ígneos por apagar.

Estas circunstancias que como vemos, no da razón a quien impugnó, hace virar la mirada de estos revisores, y pre-ordenar los numerosos agravios que en forma reiterativa y algo confusa, se sobre-desarrollaron en el recurso.

Es que para seguir con el análisis de la sentencia, en la certeza que la señora B. estuvo e inició un siniestro, debemos tener presente la teoría del caso acusadora. Es aquí en donde se impone traer el cuestionamiento a la tipificación legal de la sentencia, que como se dijo, hizo lugar a la de la acusación: la del incendio (art. 186 inc. 1 del CP).

"Que hubiera pasado si los bomberos no hubieran acudido inmediatamente al lugar del hecho. La lógica y el sentido común indican que el fuego podría haberse extendido hacia esos sectores, inclusive hacia los galpones donde se encontraban estacionados vehículos de la Cooperativa", razonó el juez.

Tras la valoración conjunta de elementos probatorios producidos, en el ultimo párrafo de la materialidad dijo el sentenciante que le fue posible concluir, en grado de certeza, que la producción de los distintos focos ígneos detectados en el interior del edificio de la Cooperativa Eléctrica de Dolavon *"...fue llevada a cabo en forma intencional, mediante el rociado de una sustancia líquida utilizada en función de acelerante de la combustión, sobre las diversas superficies en cada uno de los focos de fuego, y posterior utilización como elemento ígneo de fósforos, encendedor o mecha de papel previamente encendidas."*

Teniendo entonces por acreditado que B. estuvo en la Cooperativa momentos antes que comience el siniestro, la pregunta clave que debemos formularnos para arribar en su respuesta, a la correcta solución del caso, es ¿qué fue lo que hizo, y con qué fin?.

Con encender fuego, y quemar el 60 % de las instalaciones de la Cooperativa, ¿se debe imputar a B. el delito de incendio?.

El juez Monti transcribió parte del pensamiento de

distintos autores calificados, que hablan de los requisitos que el tipo penal *incendio* exige. No son muchos, pero son claros e imprescindibles para válidamente poder imponer una condena en base al artículo 186 inciso 1 del código penal.

El primero de ellos tiene que ver con la expandibilidad del fuego provocado. El segundo, que cause un peligro común concreto hacia bienes indeterminados.

Teniendo en cuenta estos conceptos que hacen a los requisitos en la interpretación jurídica del hecho, se advierte que la teoría del caso de los acusadores, tomadas por el juez en su sentencia, considera que quien impugnó, en aquel entonces apremiada por una inminente intervención de la institución que a esa fecha presidía, habría querido quemar elementos que podrían comprometerla.

Es aquí en donde asiste razón al pretenso: la sentencia se fundó en la figura de incendio, cuando ni la expandibilidad, ni el peligro común fueron debidamente acreditados en el debate, ni fundados en el fallo.

Los bomberos que intervinieron, hablaron de una acción rápida en el sofocamiento del fuego (alrededor de 20 minutos) lo que delata que no tuvo una dimensión irrefrenable, como el tipo penal requiere. Tampoco se fundó debidamente que ese fuego generara un peligro concreto y común para bienes indeterminados.

Lo que en realidad hubo, fueron daños a los bienes de la institución.

Fue acreditado en el juicio que B. hizo fuego en la Cooperativa, con la que pretendió su expansión, pero no para generar un peligro común para bienes indeterminados (aun con dolo eventual), sino para destruir bienes determinados, acaso comprometidos tras una intervención en la institución que presidía.

Aun cuando B. iniciara el fuego con la intención de crear un peligro común, su acción flamígera no llegó a ser de la entidad que la figura del articulo 186 inciso 1 del código penal exige. Lo que sin dudas su acción causó, fueron serios daños en la Cooperativa.

La fiscalía y transitivamente el juez, pusieron el ojo en el peligro que el evento reprochado a la encartada, pudo haber producido en bienes

indeterminados. Sin embargo, lo que se probó que hizo fue quemar, destruir cosas, intencionalmente.

"Cuando el fuego no puede afectar mas que a bienes circunscriptos, sin posibilidad de extenderse a otros, no corresponde esta figura sino la de daño" (Código Penal Comentado, tomo II, pagina 582, A. D'Alessio, Editorial La Ley).

Salvo la circunstancia, lógica y repetida, que si los bomberos no hubieran apagado el ígneo, las consecuencias podrían ser mayores, la sentencia no fundamentó razonablemente, la presencia de aquellos requisitos indispensables para la configuración del tipo penal por la cual fuera condenada la recurrente.

Los árboles ubicados en las adyacencias del predio, cuyas características especificas y su relación con el fuego fueron explicadas muy versadamente ante este Cuerpo por el señor fiscal, no fueron explicadas de igual manera al juez de condena, ni fueron fundamentos en el alegato de cierre, por lo tanto es un argumento que no puede ser considerado por esta Cámara en la resolución que nos incumbe.

Por otra parte, el juez en el punto de la calificación jurídica, incluyó elementos fácticos, que no tienen que ver con la figura por la que se condenó.

Así ha dicho que tampoco puede desconocerse que el fuego producido intencionalmente en el edificio de la Cooperativa, *"...puso en peligro al personal de bomberos que acudieron al lugar para su extinción, sobre todo en la oficina que más llamas poseía."*

Este presupuesto fáctico, fuerte y verdadero, no integra el catálogo de presupuestos que exige el inciso 1 del artículo 186 del código penal.

La norma por la que se condenó a B. dice que quien causare incendio, explosión o inundación, será reprimido *".con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes".*

Como vemos, solo los bienes están previstos como objeto del peligro común del fuego. El presupuesto de peligro de muerte a las personas, está previsto el inciso cuarto, no en el primero.

En este punto concreto, en donde se re-analiza la

evidencia producida en el debate y que intenta recrear la verdad de lo acontecido, podríamos decir que la teoría del caso de la acusación, incluyó una conducta que tiene que ver con el peligro común a que estuvieron sometidas por el fuego, ciertas cosas, y no en los daños concretos de las cosas que ese fuego provocó.

En definitiva, se acusó y se condenó por el peligro de lo dañado y no dañado, y no por lo que efectivamente se dañó.

Es que mediante el fuego, se eliminaron e inutilizaron ciertas cosas, y se destruyeron otras, ocasionando un perjuicio perdurable.

El jefe de bomberos de Dolavon, referido por el juez, dio cuenta que la Cooperativa fue dañada en un 60 por ciento. El comisario R. O., dijo que constataron daños severos en la estructura, a raíz de los gases, en el tendido eléctrico, en el mobiliario. Se exhibieron fotografías en el transcurso de la declaración de la cabo S. J.. C., por video conferencia, se explayó sobre la extensión de los daños provocados por el siniestro. Por el mismo medio declaró Salmaso, que habló en el juicio sobre las
muestras que le fueran remitidas: papel quemado, restos de mampostería, material amorfo carbonizado.

En este punto, es en donde debe darse razón a la querella y también a la defensa, que dijo que en última instancia, “nos encontramos frente al delito de daño, cuyo bien jurídico protegido es la propiedad.”

Siendo que la acción de dañar, es subsidiaria al de incendio, que a su vez, es mas severamente penada, se impone desde esta Cámara Penal, hacer lugar parcialmente al recurso de la condenada.

Valga aclarar que con esta consideración, no se afectará en modo alguno al principio de congruencia, puesto que no solo la misma defensa cuestionó la calificación jurídica, sino que sugirió el cambio de la subsunción típica que se realizó de los hechos reprochados; lo que implica sin dudas, que conocía los presupuestos facticos de esta teoría normativa, y que pudo defenderse de la figura legal que sugiere y estimo corresponde.

Tanto la base fáctica como la evidencia que integra

la teoría del caso, no fue modificada y se mantuvo desde el comienzo, y sobre todo, la defensa siempre tuvo la oportunidad de controlarla.

En tal dirección entiendo oportuno citar a la Dra. Mónica Rodríguez, ex Juez de este Cuerpo, quien en los autos: "**F. M. D. s/ Denuncia Corrupción de menores- Trelew" (Carpeta N° 83, Legajo N° 12513). Sent nro. 05/09 del 16/12/09**, en forma clara lo explica del siguiente modo:"El alcance del principio, sumamente estricto cuando se trata de la eventual aplicación desfavorable de la ley penal, no es idéntico cuando se refiere a la posible subsunción jurídica en una norma *más favorable* a la situación del imputado. Dicha situación, prevista en el art. 332 C.P.P., impone al tribunal interviniente la advertencia de la situación, sólo en los casos en que vislumbre la posibilidad de aplicación de un precepto sobre el cual el acusado *no haya podido resistir adecuadamente,*situación ajena al caso de autos.".

Es por ello que la readecuación en la sentencia del encuadre típico, no será sorpresivo ni ha impedido a la defensa ejercer eficazmente su tarea.

En este punto, corresponde traer el planteo por el cual la defensa se quejó de la existencia de un legajo de prueba "remanente", no aportado al juicio por la acusadora.

En un sistema adversarial de corte acusatorio como el de nuestro procedimiento penal, corresponde a la fiscalía, realizar todos los actos necesarios para preparar la acusación y participar en el procedimiento. Tiene la carga de probar en el juicio oral y público, los hechos que funden su acusación, actuar con criterio objetivo y velar por la correcta aplicación de la ley. Para ser admitidos los medios de prueba, se deben referir, directa o indirectamente, al hecho punible.

Los fiscales deben ofrecer la prueba que tenga que ver con su teoria, incluirla en la acusación para conocimiento del acusado y su defensa. No está obligada la fiscalía a ofrecer la restante prueba que no tiene que ver con su caso, la que la defensa cataloga de *remanente*. Ello así, puesto que como claramente reza el articulo 299 del rito, "*Un medio de prueba, para ser admitido, se debe referir, directa o indirectamente, al hecho punible*

sometido a averiguación o a las circunstancias relevantes para la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección y ser útil para conocer la verdad acerca de esos extremos”.

Sin embargo, aquella evidencia obtenida que no le sirva al acusador para acreditar presupuestos fácticos de su teoría, puede servir a la defensa del acusado. Es por ello que debe estar a su disposición, puesto que el acusado o su defensa puede pretender producirla en el debate, como prueba propia.

En este caso, es la defensa quien la debe ofrecer, y el fiscal no puede negarse a ello.

Con todo esto, la Defensa puede ofrecer la producción de prueba obtenida por la fiscalía y no aportada por esta en su acusación.

Con ello, no es ilegal que el fiscal posea un cuaderno de prueba *remanente*. Si lo sería si la fiscalía no pusiera a disposición de la defensa ese *remante*.

Ese no es el caso del que se agravia la defensa.

Las estrategias que empleen las partes en la consecución de un juicio, impone pro-actividad, tanto de los acusadores, como de los defensores. Con ello, si la fiscalía no ofreció una prueba que esperaba la defensa se produzca, es a ella a quien incumbía solicitarla y ofrecerla para el juicio.

4. Por todo lo dicho, voto por hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida, no hacer lugar a la nulidad de la acusación presentada, modificar la calificación legal impuesta en la sentencia recurrida, quedando subsumidos los hechos atribuidos a P. B. en el delito de daño (art.183 del CP).

Así también, atento el cambio de calificación jurídica, voto por dejar sin efecto la pena impuesta, disponiendo en consecuencia el reenvío del caso para que el tribunal que corresponda, decida la sanción a aplicar de conformidad con lo dispuesto en la presente (art. 387 CPP).

5. En punto a la imposición de costas y honorarios que corresponder regular al Sr. Defensor Particular, Dr. L. H. S. y del abogado representante de la querella, Dr. Fabián Gabalachis, adhiero a la postulación efectuada por

el vocal que lidera el acuerdo.

Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1.**Hacer lugar parcialmente** a la impugnación deducida por la Defensa técnica de la imputada P. I. B., cuyas demás circunstancias personales obran en autos, modificando la calificación legal impuesta en la sentencia recurrida, quedando subsumido el hecho en el delito de daño, previsto en el art. 183 del Código Penal.

1) **Declarar la nulidad** del debate sobre la pena, disponiendo el reenvío del caso para que, de manera inmediata, el tribunal que corresponda decida la pena a aplicar, de conformidad con lo dispuesto en la presente. (art. 387 CPP);

3) Imponer las costas a la acusada (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP) y regular los honorarios profesionales del Defensor Particular, Dr. L. H. L. S., en la cantidad de VEINTICINCO (25) JUS y los correspondientes al Dr. Fabián Gabalachis, en su carácter de letrado de la querella, en la cantidad de VEINTE (20) JUS. Todo ello, conforme a las labores llevadas a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15;

4) Téngase presente la reserva del Caso Federal;

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

O. Florencio Minatta

Roberto Adrián Barrios Alejandro Gustavo Defranco

Registrada con el Nro.: 133/2018 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos Enrique Pedelaborde

Secretario de Cámara