

INSTRUCCION Nº 1/2015

Sres. Integrantes Unidad de litigación UFI Paraná

Jorge Amílcar Luciano García, Procurador General, me dirijo a Uds. a fin de remitirles Instrucción de pase a régimen conclusivo en la presente causa, respecto de la vista conferida a fs.1822, conforme a los fundamentos que paso a exponer.-

a) Como es sabido y surge del fallo de Instancia, (fs.1523/1595), en fecha 15/11/11 la Sala I de la Cámara del Crimen local condenó a Ricardo Alberto Alcain a la pena de Tres Años de pena condicional y Cuatro de Inhabilitacion Especial para ejercer cargos públicos, por los delitos de Omisión de deberes de Funcionario Público en concurso real y Abandono de Persona en concurso ideal, arts. 248, 106 1er parr., 26, 27bis 54 y 55 CP.-

En el mismo fallo, al no haber mantenido la Acusación tanto nuestro MPF como la Querella, se absolvió a Gabriela Coronel Campana por el delito de Lesiones imprudentes que se le había endilgado.-

El factum atribuído sobre el que recayó condena, (confr. Requisitoria Fiscal de fs.1084/1131 reiterada en el fallo), consistió en la omisión de comunicar la calidad de portador de HIV al donante, como a la paciente Silvina Liberatori quien fue transfundida y contagiada con dicha sangre, poniendo en peligro -desamparo-, la salud de su hija Nayeli Ianina Trinidad Rodríguez Liberatori, nacida unos días después de la transfusión, (hechos primero a tercero de la pieza requirente), que el Tribunal dió por demostrado en coincidencia con la postura acusatoria.-

El exhaustivo fallo de Instancia fue impugnado en Casación por la Defensa, y la vía Federal extraordinaria, ambos rechazados, (confr. fs. 1698/1708; fs. 1796/1799), habiendo entonces adquirido

firmeza en ésta última fecha, (15/3/13).-

b) Las interesantes cuestiones dogmáticas que ha planteado este desgraciado y absurdo suceso, -por el increíble descontrol y desidia funcional-, que por casualidad no culminó en consecuencias mas trágicas, ha sido analizado tanto por la Sra. Fiscal Adjunta Dra. Goyeneche en la instancia de mérito como por nosotros en la Casación y en el rechazo del Extraordinario, (confr. 1789/1794 vta.).-

Como dijimos en el dictamen referido, el condenado Alcain pretendió desconocer y desviar su obligación pese a que aún la propia normativa citada en auxilio por la esforzada Defensa, le imponía organizar un sistema eficiente de control de riesgos, -deber positivo-, en vez del caos que surge de la causa, donde se anotaba en simples planillas, cualquiera podía insertar y tampoco se llevaba protocolo.-

Ello nos sitúa en el núcleo de la tipicidad dolosa del Abuso de Autoridad -art. 248 CP-, en su modalidad omisiva, como tipo residual, de peligro abstracto y de Infracción al Deber, en el que los deberes no son determinados por la organización del sujeto libre sino que les son adjudicados a la persona como consecuencia del "status" -rol especial-, que ostenta dentro de la institución -en este caso la función Pública-.-

El autor tiene entonces el deber de garantizar la existencia de la institución, y en dicho cometido se encuentran mandatos y prohibiciones en un mismo haz.-

Al mismo tiempo, -de allí el concurso ideal-, Alcain realizó el tipo doloso de Abandono de persona, art. 106 CP, al dejar en desamparo a quien debía cuidar y al no haber actuado como barrera de contención anterior del riesgo.-

Dijimos al alegar sobre la confirmación del fallo de instancia, que nos hallamos aquí ante lo que Silva Sánchez ha denominado "Omisiones de Gravedad Intermedia", es decir una

tipificación de omisiones que siendo más graves que las simples omisiones, no alcanzan a la equivalencia con la comisión activa, pero que tienen la particularidad de ser llevadas a cabo por Garantes, con fundamento en deberes de solidaridad cualificada, (confr. "El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales" ed. JMBosch, pag. 70 y sig.; idem en el epílogo de la 2a. ed. de su tesis "El delito de Omisión", ed. BdF, pag. 467 y sig.).-

Como es sabido, este tipo doloso contemplaba originariamente solo la exposición de niños fuera de vigilancia, como el caso de la Casación francesa que comentaba Cheveau-Helie, y su redacción actual se debe al proyecto Soler, en consonancia con el paragr. 221 del StGB, -reformado ahora en el año 1998-, en las modalidades de "colocar en desamparo" o abandonar a su suerte.-

En realidad, la aparente distinción se diluye toda vez que al ser un tipo de peligro concreto, en ambos casos -mas allá de lo fenotípico-, se debe dejar a su suerte sin mecanismos de neutralización de todo riesgo que sea relativamente seguro y razonable, es decir que los conceptos "a su suerte" o "en desamparo", son como dice Sancinetti, co-extensivos, y encuentran su significación social de riesgo jurídicopenal en el deber de evitación cualificado derivado de la posición de garante, (confr. "La relación entre el delito de Abandono de Persona y el Homicidio por omisión", en Jurisprudencia de Casación Penal, ed. Hammurabi, T. 1, 247 y sig.).-

Incluso el discutido problema dogmático de si es requisito en el "desamparo" el alejamiento o separación espacial de la víctima, que motivó la reforma alemana que zanjó la cuestión sustituyendo el verbo *abandonar* (*Verlassen*), por la expresión casi coloquial "*im Stich lassen*", que Sancinetti traduce como "dejar en la estacada", nada tiene de importancia aquí, mas allá que coincidimos con esta

tesis, (confr. Donna, en el ejemplo de la inacción de una enfermera al lado de la cama del enfermo, Parte Especial, I, pag. 269; idem. el caso "Travi Basualdo" que comenta Sancinetti ya cit.; idem Creus, I, pag. 118 etc.; en sentido contrario, pero con el viejo texto germano, Struensee, E. en "*Problemas capitales del Derecho penal moderno*", ed. Hammurabi, pags. 86 y sig.).-

En el "sub examine" se da una infracción de deber o competencia institucional que genera la obligación de avisar y evitar el riesgo de vida. Y a este deber positivo infringido se agrega en la antijuridicidad material, que Alcain no solo no operó como "barrera de contención del riesgo", sino que al tomar conocimiento no avisó incumpliendo sus deberes de salvamento por injerencia, y además se comportó ante sus subordinados como un garante por Asunción, al priorizar en el aviso al donante.-

Lejos de la cuestión moral del "buen samaritano" que remitiría a los deberes positivos generales de solidaridad ciudadana, -art. 108CP -, se trató de deberes positivos institucionales tanto en el descontrol del "foco de peligro", como nómina Gimbernat, -una madre sana que es transfundida en el parto e infectada y un revivificado incremento de ese riesgo ya antijurídico al no darle aviso, dejándola "en la estacada", a su suerte frente a la posibilidad de contagio a su niñita recién nacida y su hermanito, al que debido a sus celos comenzó a amamantar de nuevo, -sin contar a su cónyuge-, en cada ocasión de contacto.-

c) Nos hemos detenido en el análisis de la causa, toda vez que efectivamente tanto el MPF como la Querrela instaron en su momento la continuación de la causa respecto de la participación del entonces jefe técnico del servicio Langhi que si bien era un "extraneus" en el rol especial funcional, en los hechos tuvo una intervención material trascendente en el descontrol generalizado que

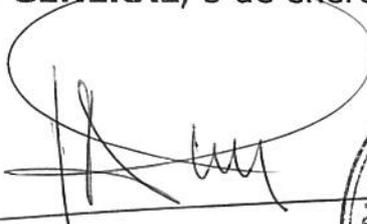
determinó el contagio de HIV.-

Es obvio como vimos, que la participación de terceros también responsables como eventuales partícipes no excluía la responsabilidad del funcionario garante, el titular del rol especial, el condenado Alcain, pero también debemos resaltar aquí que de éste era la incumbencia principal y el deber positivo de organizar un servicio mínimamente seguro.-

Pero lo que estimamos dirimente a esta altura, es que los hechos investigados datan de fines del año 2006, es decir mas de ocho años, en un litigio que ya ni siquiera cuenta con el interés de los damnificados quienes como se sabe llegaron a un acuerdo indemnizatorio con el Estado Provincial y nos han manifestado que no desean continuar con su acusación.-

Es menester entonces, teniendo presente la implementación del nuevo sistema adversarial ejercer la potestad fiscal de prioridad, -razones de política criminal-, previstas en los arts. 207 y sig. de la Constitución Provincial; 5 y 5 bis del CPP, en analogía con el denominado "sistema conclusivo" de causas residuales del anterior código procesal, instando el Archivo de la presente causa.-

PROCURACION GENERAL, 5 de enero de 2015.-


JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA
PROCURADOR GENERAL
PROVINCIA DE ENTRE RIOS

