



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 "GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo". Procesamiento. Sala IV.

//nos Aires, 8 de agosto de 2022.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. La defensa de Carlos Andrés Fagalde Fernández recurrió la resolución adoptada por la Sala IV de esta Cámara el pasado 17 de noviembre de 2021, mediante la cual se revocó el sobreseimiento del nombrado y se dispuso su procesamiento en orden al delito de homicidio culposo (artículos 84 del Código Penal y 306 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. En atención a lo ordenado en el legajo, el recurrente presentó el memorial sustitutivo de la audiencia oral mediante el cual reiteró y mejoró los agravios expresados en su recurso.

Por su parte, el letrado apoderado de la querellante Liliana del Carmen Basualdo, Dr. Pablo Rovatti, Defensor Público Coadyuvante titular a cargo del Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico a Víctimas de Delitos de la Defensoría General de la Nación, solicitó que se declare inadmisibile el remedio procesal a estudio. De ese modo, el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver.

III. Agravios.

a) La defensa cuestionó la valoración de la prueba efectuada en la resolución impugnada.

En lo sustancial, alegó que no se encuentra acreditado que su asistido hubiese tenido conocimiento fehaciente acerca de que los colchones licitados en el año 2012 presentaran alguna falla en su condición anti inflamable o retardante de fuego (circunstancia que objetivamente -dijo- tampoco ha sido verificada).

Asimismo, hizo hincapié en que los informes realizados por los organismos de control obrantes en autos nada indicaban sobre tales aspectos; ni la duración del tratamiento ignífugo estaba especificado por el INTI ni por el proveedor de los colchones.

Sobre los hechos de incendio previos al que aquí se analiza, señaló que aun cuando Fagalde Fernández hubiese tomado conocimiento de ellos -al menos del ocurrido el 16 de octubre de 2014- no contaba con datos serios que le hicieran prever la tragedia





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 “GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo”. Procesamiento. Sala IV.

que se avecinaba, siquiera algo que lo alertara acerca de que los colchones presentaban algún defecto.

b) Por su parte, el letrado apoderado de la querella sostuvo que corresponde rever el análisis de la admisibilidad del presente recurso por haber variado la doctrina del Fallo “Diez” de la CSJN en la cual se basó la decisión de la Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional el pasado 6 de abril -temperamento que habilitó la presente intervención-.

A ello se suma -según dijo el replicante- que la ley procesal no prevé un “recurso horizontal de apelación”, razones por las cuales solicitó que se declare inadmisibile la presente revisión y se esté al auto de procesamiento dictado por la Sala IV.

IV. De la admisibilidad

La Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, el 6 de abril pasado, al resolver el recurso de queja por casación denegada contra el auto que aquí se revisa, interpuesto por la defensa de Carlos Andrés Fagalde Fernández, invocando el fallo “Diez” de la CSJN (Fallos: 344:3782), habilitó la apelación del procesamiento del nombrado dictado el 17 de noviembre de 2021 por la Sala IV de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.

Estableció que la revisión de dicho temperamento debía garantizarse a través del medio legalmente previsto a efectos de controlar esa clase de auto de mérito, es decir, mediante la apelación contemplada por el artículo 311 del CPPN, respecto de la cual debía conocer esta Cámara de Apelaciones, resultando desinsaculada la Sala V a través del procedimiento indicado por el Tribunal Superior.

En tales condiciones, el planteo del replicante no será admitido en tanto debió dirigir su pretensión revisora -a través del recurso que estimara pertinente- contra la resolución discernida por la Sala de Turno de la Cámara Nacional de Casación, y no por esta vía que implicaría modificar una decisión dictada por otro tribunal superior, consentida por esa parte y, por ende, firme.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 “GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo”. Procesamiento. Sala IV.

V. En primer término, debe recordarse que el 26 de noviembre de 2014, Diego Iván Borjas, de 17 años, se encontraba alojado en la celda n° 1 del sector denominado “ex ingreso” del Centro Socioeducativo de Región Cerrado Dr. Luis Agote (a disposición del Tribunal Oral de Menores n° 1), con motivo de la sanción administrativa disciplinaria que le había impuesto la vicedirectora de la institución Luciana Fernanda Páez, por haber agredido verbalmente a un referente del establecimiento.

Una vez allí, alrededor de las 20:30, Borja inició un foco ígneo utilizando fósforos, un encendedor o mechas de papel encendidas sobre algún otro elemento situado en el sector contra frontal medio de la habitación, el que se propagó hasta alcanzar el colchón de la cama (cfr. peritaje de fs. 196/205 del sumario digitalizado). Finalmente, debido a las heridas padecidas como consecuencia de ese evento -congestión, edema pulmonar y quemaduras graves- Borjas falleció el 2 de diciembre de 2014.

El 6 de septiembre de 2021 el juez de primera instancia sobreseyó a Gabriel Lerner, en su carácter de Secretario de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia; a Carlos Andrés Fagalde Fernández, quien para el momento del hecho era Subsecretario a cargo de la Subsecretaría de Derechos para la Niñez, Adolescencia y Familia y a Alejandra Beatriz Aguilar Pedalino, Directora de la Dirección Nacional para Adolescentes Infractores de la Ley Penal, organismos dependientes del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

En relación con Fagalde Fernández -única situación procesal que se analizará-, el magistrado consideró, esencialmente, que el nombrado no conocía de manera fehaciente que los colchones que se usaban en el instituto “Agote” (licitados en el año 2012) presentaran alguna falla en su tratamiento ignífugo.

Concluyó, además, que el imputado no contaba con elementos o datos precisos que le hicieran presagiar aquello que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 “GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo”. Procesamiento. Sala IV.

ocurrió con Borjas ni nada que lo alertara acerca de que los colchones de la institución presentaban algún defecto.

En relación con los focos ígneos con utilización de colchones anteriores al provocado por Borjas, el juez *a quo* entendió que en cuanto Fagalde Fernández supo de ellos procedió conforme debía hacerlo, es decir dando curso a los sumarios administrativos pertinentes.

Ahora bien, tal como se adelantó en el apartado IV, el 17 de noviembre de 2021, los colegas de la Sala IV de esta cámara, revocaron la decisión antedicha y agravaron la situación procesal de Fagalde Fernández al valorar que la prueba reunida en el legajo resulta suficiente para aseverar, con los alcances de esta instancia, que, al producirse el siniestro investigado el imputado conocía que los colchones del instituto “Agote” ya no eran ignífugos.

En virtud de ello, consideraron que el causante no realizó la conducta debida en razón de las obligaciones y responsabilidades derivadas de su cargo, como ser la inmediata o pronta disposición de los trámites necesarios para reemplazar el material (colchones) por otro que contara con el tratamiento adecuado y disminuyera los riesgos que se habían revelado en dos episodios previos al del joven Borjas.

En cuanto al sostén normativo de tales deberes, se tuvo en cuenta que los dispositivos penales juveniles en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estaban a cargo de la Dirección Nacional de Adolescentes Infractores a la Ley Penal (DINAI), dependiente de la Subsecretaría de Derechos para la Niñez, Adolescencia y Familia, a cargo por esa época de Fagalde Fernández, la que a su vez estaba subordinada a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

Reseñaron que entre los objetivos de la Subsecretaría de Derechos para la Niñez, Adolescencia y Familia se encuentra el desarrollo de “*acciones orientadas a la definición y/o redefinición e implementación de programas o dispositivos de intervención en*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 “GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo”. Procesamiento. Sala IV.

relación con adolescentes infractores de la ley penal, respetuosos de los derechos de los jóvenes y con un sentido socio-educativo y de fortalecimiento de la ciudadanía” (artículo 7 de la planilla Anexa del Decreto n° 28/2007), mientras que entre los de la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral y de la Dirección Nacional de Adolescentes Infractores a la Ley Penal los de “*dirigir los Programas que procuren mejorar los niveles técnicos y de gestión de los dispositivos gubernamentales de intervención con adolescentes infractores a la Ley Penal*” (artículo 2 de esa misma planilla).

Asimismo, que la Resolución n° 3892/11 del Ministerio de Desarrollo Social fijó entre las atribuciones de la DINAI “*la de evitar que la pena o medida, que regularmente restringe la libertad ambulatoria, vulnere otros derechos (educación, salud, trato digno, sus vínculos familiares, otros) ...la institución debe ser capaz de garantizar el derecho a recibir un trato digno*”.

Todo ello enmarcado en las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño que en sus artículos 37 y 40 refieren a los derechos y garantías puntuales de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal y reconoce sus derechos a recibir un tratamiento digno en los establecimientos de privación de libertad, la prohibición absoluta de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes y a ser tratados de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, entre tantos otros.

Frente a ese marco legal, los magistrados de la Sala IV sostuvieron que la acción esperable de parte de Fagalde Fernández era la de agotar todas las medidas a su alcance para lograr, sino inmediatamente -como es razonable que debiera obrarse con cualquier elemento de riesgo constatado- o al menos con la mayor celeridad posible, la sustitución de los colchones por otros de la calidad esperada.

VI. Circunscripto así el recurso, hemos de adelantar que no compartimos los fundamentos brindados por los jueces de la Sala IV por lo que se revocará el procesamiento discernido y se dispondrá





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 “GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo”. Procesamiento. Sala IV.

el sobreseimiento de Fagalde Fernández en los términos del artículo 336, inciso 2° del CPPN.

El argumento enunciado para su incriminación fue, como se describió, el no haber agotado todas las medidas a su alcance para lograr la sustitución de los colchones por otros que fueran ignífugos, del por cuanto cabe determinar, a criterio de los suscriptos, cuál era la conducta debida conforme a derecho que habría podido evitar el fallecimiento del menor, luego -lógicamente- decidir si estaba al alcance de Fagalde Fernández y de ser así, si cumplió con ella.

En primer término, y sin perjuicio del conjunto de normas mencionado, no debe perderse de vista que al momento de producirse el fatídico hecho del 26 de noviembre de 2014 no existía a nivel institucional una regla específica que impusiera la obligación de que los Centros de Régimen Cerrados y Residencias Educativas (entre ellos el instituto “Agote”) contaran con colchones ignífugos o alguna pauta que debiera observarse sobre ese aspecto, de manera que el análisis en torno a la conducta exigible deberá verificarse recurriendo a las reglas de la sana crítica.

La decisión impugnada da cuenta de que los dos antecedentes ígneos que ocurrieron en el instituto “Agote” dentro de los cuarenta y cinco días previos al de Borjas, como los dichos de las imputadas Lidia González y Luciana Fernanda Páez -directora y vicedirectora del instituto, respectivamente- alusivos a que la autoridad jerárquica estaba al tanto de las dudas que se generaban sobre la calidad de los colchones, permitieron inferir que Fagalde Fernández conocía el riesgo que entrañaba su uso.

Puntualmente, se concluyó que el imputado estaba al tanto de que aquellos ya no eran ignífugos, omitiendo gestionar su recambio (recuérdese que esa sería la conducta exigible).

El Tribunal discrepa con esa hipótesis. Contrariamente a aquel postulado, se comparte el análisis efectuado por el magistrado de primera instancia relativo a la inexistencia de elementos de prueba sólidos que autoricen a sostener que Fagalde Fernández conocía





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 "GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo". Procesamiento. Sala IV.

fehacientemente que los colchones adquiridos en el año 2012 presentaban alguna falla en su sistema anti flama.

En ese aspecto, se acreditó a través del expediente SENAF n° 8240/2012, iniciado en junio de 2012, que el imputado impulsó un procedimiento licitatorio para comprar colchones para los Centros de Régimen Cerrados y Residencias Educativas debido a una deficitaria situación respecto a la cantidad y estado de los mismos (fs. 1 de dicho legajo).

La licitación estuvo destinada a la adquisición de trescientos colchones de poliuretano, de construcción ignífuga con terminación de tela de algodón con tratamiento ignífugo (materiales aconsejados por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial -INTI-, fs. 16/18 del expediente SENAF n° 8240/12).

Finalmente, cincuenta de aquellos colchones fueron entregados al instituto "Agote" en abril del año 2013 (cfr. pág. 167 del documento digital glosado al sistema Lex100 el 8/6/21).

Los incidentes de incendio de colchones en señal de protesta de parte de los jóvenes alojados en el centro "Agote" los días 16 de octubre y 18 de noviembre de 2014 (casos Javier Sain y Nicolás Coria), no se aprecian cruciales a la hora de dirimir si el causante estaba al tanto del riesgo que supuestamente entrañaban (ver expedientes SENAF n° 18.720/14 y 21.054/14, respectivamente).

Por un lado, de las constancias del legajo surge que luego del evento del 16 de octubre, la directora de la DINAI Aguilar Pedalino, notificó lo sucedido a Fagalde Fernández el 12 de noviembre de 2014, quien el 18 de ese mes y año ordenó la intervención de la Dirección de Asuntos Legales (ver sumario n° 18.720/14). Respecto del segundo episodio, la comunicación dirigida a la subsecretaría de la SENAF fue el 1° de diciembre de 2014, pero Fagalde Fernández ya no estaba a cargo de dicha dependencia (cfr. sumario n° 21.054/14).

Sin perjuicio de ello, tampoco puede soslayarse que ambos eventos ocurrieron casi 45 días antes que el de Borjas, que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 "GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo". Procesamiento. Sala IV.

fueron de leve entidad y extinguidos rápidamente, sin que los jóvenes alojados en la institución ni el personal a cargo sufrieran quemaduras ni evidenciaran sintomatología asociada a la ingesta de humo (cfr. fs. 28, 31 y 37 del sumario n° 18.720/14 y sumario n° 21.054/14, fs. 5, 8, 11 y 14).

Debido a todo ello, sería excesivo afirmar que el imputado, aunque hubiese tomado conocimiento de su ocurrencia de aquellos en las mismas fechas de producidos, debió concluir que los incendios intencionales se relacionaban con una deficiencia de la totalidad de los colchones.

No desvirtúa tal conjetura el testimonio del perito de la División Siniestros de la Superintendencia de Bomberos que confeccionó el dictamen de fs. 196/205, quien hizo saber que excedía sus posibilidades determinar si el colchón de Borjas pudo haber tenido un tratamiento retardante de llama vencido o directamente no haber contado con él (fs. 821/822).

Tampoco el informe técnico sobre el material del colchón incautado, incorporado a la causa n° 72.934/2014, iniciada a partir del hecho del 16 de octubre de 2014 protagonizado por el menor Javier Sain, pues si bien aquel peritaje de bomberos determinó que el colchón incendiado no poseía las condiciones de ignífugo, la comunicación enviada por el juzgado interviniente a la Dirección de Asuntos Jurídicos de la SENAF, entre otros organismos, tuvo lugar en abril de 2015, es decir después del fallecimiento de Borjas y cuando Fagalde Fernández ya no estaba en funciones (ver testimonios digitalizados de la causa n° 72.934/14).

En resumen, ponderando las fechas de todos los incidentes ígneos, el lapso para exigirle a Fagalde Fernández el recambio de todos los colchones era por demás exiguo, de manera que todas las medidas que se pudieron haber tomado no habrían evitado el deceso de Borjas.

Por otro lado, si bien Lidia González explicó en su descargo escrito haberle transmitido telefónicamente a la directora de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 “GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo”. Procesamiento. Sala IV.

la DINAI Aguilar Pedalino la necesidad de contar con nuevos colchones ignífugos como sus dudas sobre la calidad de los existentes, pues, según refirió, era su obligación avisar toda situación irregular que sucediera en el centro a la Dirección Nacional (DINAI) o, en su defecto, al subsecretario Fagalde Fernández (fs. 692/716), no surge una evidencia concreta de que esas inquietudes hubiesen sido elevadas al imputado.

En efecto, Natalia Querejeta, coordinadora jurídica de la DINAI, declaró que el tema referente a los colchones se dialogaba en las reuniones de directores con la Dirección Nacional. Si bien expresó no recordar que la dirección del centro “Agote” hubiera hecho ese tipo de planteos, creía que sí, porque era una materia que se conversaba mucho en los encuentros de dirección (ver acta digitalizada el 28/8/20).

Lo expuesto sugiere que los requerimientos, necesidades o problemáticas de los establecimientos eran remitidos, en primera instancia, a la DINAI. Además, el propio organigrama de la administración pública dificulta establecer con exactitud el momento en el cual el imputado, dada su función jerárquica, pudo conocer sobre las cuestiones inherentes a otras áreas específicas subordinadas.

Por lo tanto, cabe colegir, de acuerdo con los argumentos del juez de grado, que no existen elementos sólidos que permitan establecer el momento preciso en el que Fagalde Fernández pudo haber tomado conocimiento de la problemática de los colchones, pues de las constancias aludidas no surge que la responsable directa del centro -Lidia González- hubiese efectuado reclamos en ese sentido, al menos formalmente.

Por otro lado, la hipótesis analizada también se robustece a partir de los informes elaborados por la Comisión de Tratamiento Institucional de Niños, Niñas y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación sobre el instituto “Agote”, en su mayoría dirigidos a la Dirección Nacional de Adolescentes Infractores a la Ley Penal, en los que no se hizo mención al asunto de la quema de colchones ni a la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 “GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo”. Procesamiento. Sala IV.

posibilidad de evaluar su reemplazo (ver reportes del 21/8/14, 24/10/14 y 23/12/14 digitalizados en el expediente SENAF n° 21.390/14, cuerpo II).

En el informe elaborado luego de la inspección realizada en el instituto el 30 de septiembre de 2014, únicamente se dejó constancia de un principio de incendio que había tenido lugar en el mes de marzo de ese año. No obstante, cabe destacar que desde la dirección del lugar no se hizo referencia a la necesidad de contar con otros colchones sino a temas vinculados con la higiene, ropa de los menores y medidas de protección en las rejas para evitar ahorcamientos (fs. 796/vta.).

Tampoco es un dato menor que la inspección llevada a cabo por la Comisión de Ejecución Penal de la Cámara Federal de Casación Penal, el 1° de diciembre de 2014 -pocos días después de ocurrido el siniestro- no hubiese detectado anomalías relacionadas con aquello que aquí se juzga. No constan observaciones referidas a la condición o pérdida del sistema ignífugo de los colchones del centro “Agote” ni recomendaciones para su recambio. Solamente, en el punto n° 4 se aconseja remover una pila de colchones que se habían desechado y que estaban en un espacio contiguo a la celda donde ocurrió el fatídico evento (ver fs. 144/145).

Además, tal como sostuvo el juez de grado, no luce impensable que el imputado desconociera la entidad de la problemática de los colchones, cuando de las plantillas de reclamos que hacían las autoridades del establecimiento “Agote” (fs. 823/844) no surge una demanda puntual por el incendio de esos bienes. Asimismo, no puede descartarse que ese (eventual) desconocimiento fuera consecuencia del propio organigrama administrativo y que esas peticiones llegaran a un área específica de la SENAF.

Frente al panorama detallado, al que cabe añadir otras circunstancias que ya fueron verificadas durante la sustanciación del este legajo, tales como la ausencia temporaria de un agente del cuerpo del seguridad en el lugar donde estaba alojado Borjas, que el agente





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 "GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo". Procesamiento. Sala IV.

de relevo no hallara la llave respectiva y la posible falencia de revisión del menor, quien habría ingresado a la celda algún elemento para prender fuego, impiden sostener que la conducta que se le exige a Fagalde Fernández en la resolución impugnada hubiese podido evitar el resultado.

Desde ya se comparten los argumentos en que se sostuvo la posición de garante del Estado frente a las personas privadas de su libertad, pero esto no puede necesariamente conducir a la asignación de una responsabilidad meramente objetiva.

Por otra parte, más allá de los razonamientos de corte probatorio antes expuestos, debe a su vez destacarse que la construcción del razonamiento a través del cual se afirma la imputación de un delito como el homicidio o lesiones culposas (arts. 84 y 94 del C.P.), no puede prescindir del resultado atribuible al autor. Se trata de un delito de resultado y en tal sentido resulta necesario para afirmar su tipicidad objetiva.

En el caso a estudio, no hay duda de que dicho resultado se ha verificado, con lo cual no basta la afirmación de la existencia de una posición de garante de evitación del resultado para sostener la imputación ante la sola verificación de la omisión del obligado, debe existir una conexión directa, inmediata, verificable, entre la supuesta omisión imprudente y la producción del resultado típico, sin dicho extremo el juicio de tipicidad objetiva no puede avanzar hacia una etapa ulterior (causa n° 43.843/2015, "Arce, Pablo César y otros", del 6/10/20 de esta Sala).

No se trata de una cuestión menor, pues cuando las imputaciones penales en casos de este tipo prescinden del resultado, se inclinan por modelos dogmáticos de responsabilidad objetiva incompatibles con el derecho penal liberal. La idea de que la atribución de resultados típicos se basa en la sola infracción de deberes positivos o institucionales, sin corroboración fáctica en cuanto a su conexión o relación con el resultado típico, lleva a un sistema de imputación a través de meras infracciones de deber, incompatible con





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 “GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo”. Procesamiento. Sala IV.

el esquema de responsabilidad subjetiva del derecho penal (cfr. causa *ob. cit.*, y sus referencias doctrinarias).

Al respecto, la doctrina ha dicho que “...*La razón esencial de mi disenso con esta última posición (la que propugna la imputación de delitos sobre la infracción de deberes) es que considera que todos los injustos penales son de omisión, incumplimiento de deberes, donde la ilicitud penal se monta sobre deberes de garantía para con los derechos de terceros que surgen de la mera asunción de un rol. Al disolverse el concepto de dominio del hecho y adoptarse la noción normativa de competencia, ello conduce a un concepto extensivo y único de autor, que fue superado porque puede resultar extensivo de punibilidad. Como autor es simplemente quien omite o incumple deberes que derivan de su rol, se torna sumamente dificultosa la delimitación segura de aquellos que deben ser excluidos de la autoría de un acontecimiento. Todo aquel que no cumpla los deberes que surgen del rol, de su posición institucional, es un candidato a ser autor de haber violado los deberes de garante. Tampoco puede distinguirse con facilidad los autores de los instigadores y cómplices, etcétera. Como toda teoría normativista extrema, no termina de explicar cómo selecciona de la realidad determinados acontecimientos o datos y descarta otros, es decir, por qué selecciona a tal o cual persona como autora y no a otras. Todo se explica normativa y tautológicamente y así, el derecho penal ve diluidas sus capacidades de contralor del poder punitivo...*” (cfr. Javier A. De Luca, “Autoría en aparatos organizados de poder. Caso Argentino”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011).

Por otro lado, también se ha dicho que “...*toda imputación relativa a una posible infracción de deber en la que podría haber incurrido un funcionario público debe venir acompañada, como es obvio, de un marco normativo que establezca cuáles son tales deberes a los efectos de su comparación entre la regla y la conducta del sujeto especial propio...*” (voto en minoría del juez Daniel Morin en causa “Arce, Pablo César”), lo cual no ha sido





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 “GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo”. Procesamiento. Sala IV.

satisfactoriamente fundado en el caso como para considerar una supuesta infracción a un deber de cuidado por parte de Fagalde Fernández, pues no existía al tiempo del hecho normas concretas en torno a la gestión o recambio de colchones con calidad ignífuga.

En tal sentido también se ha dicho como aspecto criticable a las figuras de infracción de deber que muchas veces los deberes extrapenales son demasiado abstractos para poder encontrar aplicación en el derecho penal. Las instituciones positivas no están legisladas, especialmente no está regulado qué es una institución positiva, ni que las instituciones positivas deban o no desempeñar papel alguno en la teoría del delito.

Se les critica que las instituciones positivas o “institucionales” se vuelcan de manera muy formal y delimitan solamente un ámbito de competencia social, pero no hacen referencia a lo que hacen u omiten en cada situación concreta los sujetos especiales (Rueda Martín, María Ángeles con expresa referencia a Gracia Martín en “Delito de infracción de deber y participación delictiva”, Revista de Derecho Penal y Criminología UNED, Número 13, 2004, pág. 508 y ss.).

En estos casos, “...la teoría de los delitos de infracción de deber parte de una premisa altamente cuestionable: la de que existen ámbitos (institucionales) sociales donde el sujeto debe responder de todo lo que suceda solamente por ostentar un determinado status...” (Robles Planas, Ricardo “La participación en el delito: fundamento y límites”. Marcial Pons. Barcelona - Madrid 2003, pág. 232 citada en causa “Arce”).

En el caso a estudio, siquiera la infracción al supuesto deber de cuidado imputada a Fagalde Fernández puede ser afirmada en términos estrictamente normativos. Lo cierto es que en los tipos penales culposos dicha infracción por sí sola no basta, debe corroborarse a su vez la directa conexión con el resultado típico; no son delitos de mera infracción de deber, implican y reconocen en su esencia una infracción o dominio del hecho (obviamente defectuoso





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 “GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo”. Procesamiento. Sala IV.

por parte del garante) que tiene relación directa con el resultado producido y no querido.

En términos clásicos, para verificar la imputación de un resultado no querido en un delito culposo debía comprobarse la relación de la causalidad, en este caso, entre la conducta del omitente y el resultado, sin la misma, la imputación por el resultado no querido no puede subsistir. Dicho extremo no se ha verificado en esta causa, la existencia de incendios anteriores que podrían implicar un conocimiento preexistente en términos de previsibilidad del imputado es un juicio que, si bien determina el límite de la culpa, no puede sostenerse individualmente sin la verificación de la relación causal entre la acción reputada como negligente y el resultado culposo producido. Sólo a partir de la verificación de dicho extremo se podrá continuar el análisis hacia la previsibilidad, la mera previsibilidad no implica el poder de hecho de evitación del resultado.

En tal sentido vale mencionar que se ha dicho “...*con la comprobación de la causalidad y de la violación del deber de cuidado aún no se verifica la tipicidad culposa, para lo cual resulta necesario verificar si el resultado está determinado por la violación del deber de cuidado, a través del llamado nexo de determinación...*” (Código Penal de la Nación Comentado, Año 2011, Tomo II, Andrés José D’Alessio, Director, Mauro A. Divito Coordinador, página 51 con cita de Zaffaroni, Alagia y Slokar).

A su vez, en términos más modernos, tampoco podría sostenerse un juicio de imputación conforme los postulados de la teoría de la imputación objetiva, que, si bien no prescinde de los juicios causales de manera terminante, se asienta sobre construcciones normativas mucho más marcadas. Así podríamos decir, reiteramos, con las salvedades del caso en cuanto a la determinación de cuál es la infracción al deber concretamente reprochable a Fagalde Fernández que, para el caso de que pudiéramos precisarla, ello configura el primer nivel de imputación, es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 "GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo". Procesamiento. Sala IV.

Ahora bien, conforme los propios postulados de la teoría de la imputación objetiva, dicho riesgo exige en un segundo nivel de imputación, concretamente que dicha conducta supuestamente riesgosa se realice en el resultado. Respecto de este juicio se ha discutido si debe ser efectuado en términos verificables o meramente hipotéticos, en términos de lo primero es claro que en este caso tal aserto no ha podido ser comprobado en la causa de ninguna forma. En términos hipotéticos, haciendo un juicio "ex ante" del comportamiento omisivo imputado, se debe apelar a la fórmula del comportamiento alternativo conforme a derecho (otros hablan de nexo de determinación), suponiendo, reiteramos, en términos hipotéticos, la realización de la conducta debida.

Como ya se dijo en otro tramo de esta resolución, la suposición del cumplimiento del deber que se le exige a Fagalde Fernández en el temperamento en crisis tampoco permitiría afirmar que el resultado no hubiera ocurrido exactamente de la misma manera, máxime si se recuerda que en los eventos anteriores -por fortuna- no hubo víctimas fatales ni lesionados.

Con esto se quiere decir, a manera de conclusión, que el rol institucional que le cupo al imputado al momento del luctuoso suceso no basta para imputarle la responsabilidad penal por el mismo y, por todo lo expuesto, el tribunal **RESUELVE**:

REVOCAR parcialmente la decisión adoptada el 17 de noviembre de 2021 y **SOBRESEER** a Carlos Andrés Fagalde Fernández respecto de los hechos que se le imputaran (artículo 336, inciso 2 del CPPN), con expresa mención de que la sustanciación del presente no afecta el buen nombre y honor del que hubiere gozado.

Se deja constancia de que el juez Ricardo Matías Pinto no interviene en razón de haberse excusado.

Notifíquese, comuníquese al juzgado de origen vía DEO y devuélvase mediante pase electrónico por Sistema de Gestión Judicial Lex 100.

Sirva la presente de atenta nota.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 72547/2014/TO1/1/CA7 "GONZALEZ, Lidia y otros s/homicidio culposo". Procesamiento. Sala IV.

Rodolfo Pociello Argerich

Hernán Martín López

Ante mí:

Ana Poleri

Secretaria de Cámara



#36075945#334031685#20220808085757969