

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-04319783-9/1((010508-17197))

F. Y QUER. PART. C/ [REDACTED]

P/ HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL, LESIONES
GRAVISIMAS CON DOLO EVENTUAL, LESIONES GRAVES CON
DOLO EVENTUAL Y LESIONES LEVES CON DOLO EVENTUAL
TODO EN CONCURSO IDEAL (17197) P/ RECURSO EXT.DE
CASACIÓN



En Mendoza, a los nueve días del mes de noviembre del año dos mil dieciocho, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04319783-9/1, caratulada “F. Y QUER. PART. C/ [REDACTED] P/ HOMICIDIO SIMPLE C/ DOLO EVENTUAL”.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**; segundo, **DR. MARIO D. ADARO** y tercero, **DR. JORGE P. LLORENTE**.

La defensa oficial interpone recurso de casación (fs. 1298/1320) contra la sentencia N° 52 (fs. 1230/1231) y sus fundamentos, mediante la cual la Octava Cámara en lo Criminal de la Primera Circunscripción Judicial condenó a [REDACTED] a la pena de veinte años de prisión con más la de inhabilitación absoluta por igual término e inhabilitación especial para conducir automotores por el máximo previsto por el art. 20 bis inc. 3° CP y pago de costas como autor culpable y responsable del delito de homicidio simple –19 hechos–, lesiones gravísimas dolosas, lesiones graves dolosas –3 hechos– y lesiones leves dolosas –18 hechos–, todo en concurso ideal (arts. 12, 19, 20 bis inc. 3°, 79, 91, 90, 89 y 55 CP)

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la

Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

I.- Sentencia recurrida

El tribunal de juicio tuvo por acreditado con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que el día 18 de febrero de 2017, [REDACTED] se encontraba al mando del colectivo de la empresa Tur Bus marca Mercedes Benz interno 2267 dominio CLL-Z38 realizando el transporte de pasajeros desde la Terminal de ómnibus de Mendoza a la ciudad de Santiago de Chile de la República de Chile, cuando aproximadamente entre las 00:30 y las 00:45 horas y no obstante tener conocimiento exhaustivo del recorrido por haberlo realizado gran cantidad de veces, haber sido capacitado por un instructor de la empresa Tur Bus, y haber sido requerido por su compañero [REDACTED] de que redujera la velocidad del vehículo, intentó tomar una curva cerrada del kilómetro 1223 de la Ruta 7 denominada popularmente “del Yeso” a aproximadamente 100 kilómetros por hora, siendo la velocidad máxima permitida de 40 kilómetros por hora en dicho tramo. A consecuencia de dicha maniobra, S[REDACTED] perdió el dominio del vehículo invadiendo desde el carril derecho el izquierdo y derrapando hasta terminar en el costado izquierdo de la banquina izquierda con su frente al oeste. A consecuencia de ello fallecieron 19 pasajeros y le fueron ocasionadas lesiones de diversa gravedad a otros 22 pasajeros (fs. 1232 vta./1233).

Para decidir en tal sentido, el *a quo* valoró el acta de procedimiento de fs. 54/57, la constancia de fs. 99/100, los informes técnicos de Policía Científica de fs. 655/749 y 750/773, la pericia de accidentología vial elaborada

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

por Policía Federal Argentina de fs. 623/627, la pericia de fs. 774/781, los testimonios de los pasajeros sobrevivientes y la declaración del acusado, así como toda la prueba válidamente incorporada al debate.

II.- Recurso de casación

La defensa oficial de [REDACTED] entiende que la resolución atacada adolece de vicios *in procedendo* e *in iudicando*. En concreto:

1. Vicios *in procedendo*

El impugnante considera que las pruebas recibidas durante el debate no han sido valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y pone de relieve diversos aspectos de la sentencia que considera inmotivados o contradictorios:

a. En primer lugar, advierte que la sentencia afirma, por un lado, que no había cartel que indicara la velocidad máxima de 40 km y, sin embargo, por otro lado, considera que S [REDACTED] superó la velocidad permitida en el sector donde ocurrió el vuelco, sin indicar específicamente cuál sería la velocidad de acuerdo con la ley de tránsito. En esta línea, la defensa no cuestiona que el acusado conducía a exceso de velocidad y que esta fue causa determinante del accidente, pero considera “desajustadas” afirmaciones que serían poco objetivas tales como que el acusado transgredió flagrantemente la velocidad precautoria en la zona del siniestro. Ello en tanto, la velocidad específica está dada por la cartelera y esta era inexistente al momento del hecho.

b. El quejoso, en segundo lugar, controvierte la valoración que el *a quo* realizó de la declaración de [REDACTED]. Este testigo expresó que le reclamó a su compañero que redujera la velocidad minutos antes de que se produjera el accidente. Tramo de su declaración que el tribunal utilizó para agravar la situación de [REDACTED]. Sin embargo, frente a otro tramo de su declaración –relativa a que todo el viaje transcurrió normalmente sin excesos en la velocidad ni reclamos de

los pasajeros– el tribunal de juicio descrea de sus aseveraciones. Ello en tanto, [REDACTED] podría pretender desvincularse de un eventual reproche en comisión por omisión con base en su rol de acompañante, al mismo tiempo, que existirían otras pruebas de que demostrarían lo contrario. Así, la defensa entiende que esta declaración no es divisible y deberían descreerse o creerse sus dichos como una unidad. Agrega como favorables a su visión de los hechos fragmentos de las declaraciones de la Sra. [REDACTED]

c. En tercer lugar, el recurrente postula que la presencia de una numerosa fila de autos con las luces encendidas a contramano desde el complejo aduanero de Horcones que encandilaron al conductor fue una circunstancia que, si bien no fue afirmada por la defensa en sus alegatos como causa del accidente, nunca fue investigada por el Ministerio Público Fiscal en tanto elemento introducido por el acusado al momento de prestar declaración.

d. Por último, la defensa entiende que no se ha probado con el grado de certeza exigido por una sentencia condenatoria que el acusado haya actuado con dolo. Argumenta, después de realizar una breve conceptualización del dolo y la culpa, que no existe un acuerdo doctrinario en relación con el dolo eventual. Y que, frente a ello, la sentencia se pronuncia por un concepto de dolo eventual que prescinde en lo absoluto del elemento volitivo. En el marco de esta crítica, rechaza el enfoque teórico asumido por los jueces sentenciantes y concluye que la postura asumida por la Cámara desdibuja los límites entre el dolo eventual y la culpa con representación ensanchándolos a favor del primero.

Tomando como base las consideraciones anteriores, entiende que no se ha probado que se haya justificado fundadamente a través de la valoración racional de la prueba que [REDACTED] con su accionar quiso o previó un daño para sí o para terceros, extremo que ha de ser necesariamente acreditado a los efectos de predicar que su conducta fue dolosa. Agrega la defensa que del hecho de que el acusado sea chofer profesional y haya estado habituado a realizar el trayecto Mendoza-Santiago –aun viajando a exceso de velocidad– no puede inferirse que el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

mismo haya aceptado el eventual resultado que acarreó el siniestro, así como su propia muerte.

2. Vicios *in iudicando*

El recurrente entiende que la conducta de su defendido ha sido incorrectamente considerada dolosa (con dolo eventual). Por el contrario, sería lo adecuado, recurrir para calificar el aspecto subjetivo del hecho a las figuras culposas contenidas en los arts. 84 bis y 94 bis CP. Para sostener esta idea, propone –después de realizar citas a doctrina favorable a su postura– una doble argumentación:

Por un lado, cuestiona la interpretación de la Ley 27.347 efectuada por los jueces sentenciantes. En este sentido, después de proponer una “interpretación auténtica” de la misma con base en sus fundamentos legislativos, considera que las modificaciones de los tipos penales contemplada por esta ley –aumentos de las escalas penales en los delitos de homicidio y lesiones culposas cuando hubiesen sido causados por el conductor de un vehículo en particulares circunstancias– deberían ser aplicados al caso.

Por otro lado, rechaza el razonamiento del tribunal de juicio en orden a la calificación de la conducta atribuida a [REDACTED] como de dolo eventual argumentando que no puede llamarse “intencional” a cualquier acción que ocasione consecuencias riesgosas o perjudiciales para terceros, por el solo hecho de que sean pasibles de previsión. Agrega que el dolo eventual como construcción dogmática atenta contra la concepción del Derecho penal como *ultima ratio* y se aparta de la letra de la ley en lo que respecta al sistema de *numerus clausus*. El abogado concluye que el título de dolo debe quedar reservado para aquellos casos en los que el agente opera con la conciencia de la producción segura del resultado típico.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen del señor Procurador General

El señor Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 1340/1344).

En el nivel de la valoración de la prueba argumenta que: a) frente a la presencia de un cartel con una flecha direccional lo prudente era reducir la velocidad, lo cual fue omitido por el conductor; b) la velocidad precautoria para la zona estaría alrededor de los 50 km/h, mientras que el chofer tomó la curva a 99 km/h; c) los reclamos al conductor para que disminuyera la velocidad existieron y el tribunal de juicio ha motivado suficientemente por qué le ha atribuido una credibilidad parcial al testimonio de [REDACTED] la inexistencia de una fila de autos estacionados con luces encendidas en dirección contraria fue dilucidado con base en la declaración de [REDACTED] y en las constancias e imágenes de los informes criminalísticos policiales.

Por su parte, el dictamen del titular del Ministerio Público Fiscal realiza un tratamiento conjunto de los aspectos procedimentales (prueba) y sustanciales (errónea aplicación del derecho) en relación con el dolo. Por un lado, entiende que la conceptualización del dolo eventual utilizada por el tribunal de juicio, si bien no es indiscutida, ha sido correctamente aplicada y no viola principios constitucionales, al mismo tiempo que descarta que el encuadramiento jurídico de los hechos discurra por la figura del art. 84 CP con base en una interpretación auténtica de la ley. Por otro lado, pone de relieve que los factores ponderados por el *a quo* en tanto objeto de la representación del acusado, fueron debidamente acreditados en orden a la determinación del conocimiento requerido por el aspecto subjetivo de la figura imputada.

IV.- La solución

Adelantando las conclusiones que se desprenden de los argumentos que a continuación se formulan, entiendo que debe desestimarse el recurso casatorio impetrado. Doy razones.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

1.- Vicios *in procedendo*

a. La velocidad del rodado al momento del siniestro

La defensa advierte que el tribunal de juicio incurre en una contradicción al afirmar, por un lado, que S [REDACTED] superó la velocidad permitida y, por otro, que no existía cartel que estableciera la velocidad máxima en el lugar del vuelco, rechazando que el cartel de flecha direccional funcionara a modo de advertencia de un cambio brusco de dirección y, por ende, exhortara a disminuir la velocidad. En suma, se sugiere un error en el comportamiento del acusado debido a la ausencia de la señalización correspondiente.

Este planteo que pone de relieve la ausencia de un cartel de velocidad máxima en el lugar del siniestro y la insuficiencia del cartel de flecha direccional en tanto advertencia a disminuir la velocidad peca por exceso de formalismo y por ello debe ser descartado. En efecto, la velocidad máxima establecida por la cartelería vial, no es siempre la más segura y, por ende, tampoco la permitida. La velocidad segura, que la ley denomina “velocidad precautoria”, es aquella que “le permite al conductor tener siempre el dominio total de su vehículo” (art. 50 Ley N° 24.449), y ella puede ser distinta (menor) que la velocidad máxima, conforme las circunstancias en las que se desarrolle la conducción del rodado.

El artículo mencionado establece que “*el conductor debe circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta [...] el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo*”, mientras que el art. 48 inc. J del mismo cuerpo legal prohíbe “*en curvas, encrucijadas y otras zonas peligrosas, cambiar de carril o fila, adelantarse, no respetar la velocidad precautoria*”. Normativa que ha sido debidamente considerada por el *a quo* e incorporada a su razonamiento.

Por ende, no puede compartirse la tesis de la defensa basada

exclusivamente en la ausencia de un cartel de velocidad máxima en el lugar del accidente, pues en determinadas circunstancias es obligatorio disminuir la velocidad, aun cuando no exista cartelería específica. Más aún, si se tiene en cuenta la presencia de un cartel de flecha direccional –que según la ley 24.449 simboliza ciertas características de la ruta– así como numerosa cartelería en otros tramos de la ruta que indicaba las particularidades del camino y aconsejaba conducir con extrema prudencia (véase informe técnico de Policía Científica a fs. 655/749).

En efecto, si bien es cierto que al momento del hecho no existía cartel señalizador que restringiera la velocidad en la curva a un kilometraje determinado (véase fs. 659), la pericia de accidentología vial elaborada por Policía Federal Argentina (fs. 623/627) determinó que *“en cuanto a la demarcación horizontal es muy buena, consistente en línea blanca continua demarcando los bordes externos de la ruta, separación de manos señalizada con doble línea amarilla continua y/o discontinua y de trazos [...] La señalización vertical es abundante, consistente en carteles de velocidad máxima, carteles indicadores de curvas, carteles varios de advertencia o precaución, cartelería informativa”*. Sobre la señalización vertical y horizontal relevante también se pronuncian los informes técnicos de fs. 655/749 y 750/773. Elementos de prueba que son centrales al momento de establecer los contornos del deber de cuidado de [REDACTED] al momento de los hechos.

Un conductor debe ponderar constantemente cuál es la velocidad precautoria y este juicio de peligro excede la señalización de velocidad máxima hasta comprender las características del camino –si su superficie es de ripio, si es estrecho, con curvas, con pendientes pronunciadas, sin banquetas, con mala marcación o si su visualización se encuentra impedida por la existencia de una fila de vehículos con las luces altas estacionados en sentido contrario, tal como alega la defensa–, así como las condiciones horarias y climáticas –si es de noche, llueve, hay niebla, polvo, nieve, etc.–. Condiciones todas que se traducen en factores que

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

el conductor (más aun en el caso de uno que es profesional y que traslada a casi 40 personas) debe conocer e incorporar en su manera de conducir el vehículo para evitar cualquier imprevisto.

En este sentido, la sentencia valora adecuadamente aquellos factores, poniendo el acento, a su vez, en que se trataba de un chofer profesional que había realizado el trayecto Mendoza-Santiago en numerosas oportunidades, que se trataba de un rodado con las características de un ómnibus, que existía un cartel instalado denominado “flecha direccional” que significa un cambio brusco de dirección hacia adelante y a la que, lógicamente, subyace la necesidad de disminuir la velocidad. Junto con ello, no debe olvidarse que el accidente se produjo pasada la media noche, condición horaria que dificulta objetivamente la visibilidad y en alta montaña, como es sabido, extrema la necesidad de prudencia en la conducción de automotores.

Los jueces sentenciantes fueron categóricos al momento de afirmar que *“el vuelco del ómnibus de la empresa Tur Bus en la curva del Yeso, tuvo una causa determinante en la circunstancia de haber excedido su conductor la velocidad permitida”* (fs. 1267). Tal conclusión está basada principalmente en el resultado arrojado por la pericia practicada por Policía Científica a fs. 750/773, de la cual surge que *“teniendo en cuenta que se superó la velocidad crítica en curva de 90 km/h aproximadamente, la fuerza centrífuga generada en el movimiento circular hace que los neumáticos del lateral derecho comiencen a perder adherencia sobre la banda de rodamiento y se dé inicio a la fase de vuelco en tonel”*.

Esta situación se debe a la excesiva velocidad a la que se desplazaba el ómnibus de pasajeros, la cual se comprueba en la misma pericia que determinó que las planillas de velocidad del tacógrafo arrojaron una velocidad de punto GPS –en relación con las coordenadas 32,82383 lat. Sur / 69,94437 long. Oeste– de 100 km/h y una velocidad de punto mecánica de 70 km/h, registrándose a posterior una velocidad GPS de 99 km/h al momento del vuelco –coordenadas

32,82369 lat. Sur / 69,9446 long. Oeste– y de punto mecánica de 33km/h lo que indica que los neumáticos del lateral derecho del rodado habían perdido contacto con la superficie de rodamiento (fs. 1267 vta.).

En la misma línea se pronunció el perito de Tur Bus, quien afirmó que *“después del minucioso estudio y análisis de todas las constancias obrantes en autos, de la forma de ocurrencia del accidente, de la velocidad con que se dirigía el vehículo, de la no existencia de huellas de frenado por parte del rodado y demás consideraciones, se llega a la conclusión, que el mismo fue producto de un error humano, siendo la desencadenante de la tragedia la velocidad con que se dirigía el rodado”* (fs. 775/781 vta.).

Asimismo, al tribunal de juicio no le fueron indiferentes los testimonios de los pasajeros sobrevivientes en relación con la percepción de la velocidad a la que se desplazaba el rodado. Entre otros, se analizaron las manifestaciones de David Josué Velandia Cuellar, quien indicó que el colectivo iba a una velocidad alta y hacía movimientos bruscos. Igualmente, Eva Victoria Apablaza Gómez expuso que el marcador de velocidad marcaba en forma permanente entre 97-98 km/h y, de manera coincidente, Valeria Alejandra Alarcón Alfaro manifestó que sintió cómo el colectivo se tambaleó como lo venía haciendo anteriormente, pues venía a una velocidad de 100 km/h.

Conforme lo dicho hasta aquí, y en lo que respecta al primer agravio presentado por el recurrente, entiendo que la inexistencia del cartel de velocidad máxima en el lugar del siniestro no obsta a la comprobación de que objetivamente el acusado se trasladaba a una velocidad que no era la precautoria y, por ende, tampoco la permitida. Todo ello, conforme las condiciones objetivas del camino, las cuales aconsejaban a transitar a una velocidad manifiestamente menor a aquella a la que se desplazaba el ómnibus de la empresa Tur Bus el día del siniestro.

En consecuencia, debe descartarse –tal como pone de relieve el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

tribunal de juicio— que el acusado haya conducido el vehículo amparado por lo establecido por la Ley 24.449, así como que, debido a la ausencia de cartelera específica de máxima velocidad en la curva en la cual se produjo el vuelco, fuera verosímil la existencia de un error en su actuar que lo eximiera de responsabilidad, al menos, a título de dolo.

b. El testimonio [REDACTED]

En segundo término, el recurrente pone en tela de juicio el valor del testimonio de [REDACTED] quien manifestó que el viaje y la velocidad fueron normales, sin reclamos, y que al momento del accidente él estaba en la cabina con el conductor y le solicitó que redujera la velocidad. El quejoso se agravia en que el tribunal de juicio incorpora a su razonamiento la parte que grava la situación de [REDACTED] relativa al aviso previo, y descarta la parte que la desgrava, en relación con la correcta conducción del rodado durante la mayor parte del trayecto.

A pesar de la verosimilitud del planteo defensivo, este agravio también ha de ser rechazado. Preliminarmente, cabe decir que existe numerosa prueba de cargo –tal como se introdujo en el apartado anterior y se profundizará a continuación– que habla a favor de la responsabilidad del acusado por los hechos atribuidos tal como ha sido articulada en la sentencia. Elementos de prueba e indicios que permiten mantener la validez del razonamiento del *a quo* aun en el caso hipotético que se suprimiera el testimonio de [REDACTED] –la misma defensa parece reconocerlo a fs. 1306 *in fine*–. Más allá de ello, estimo que este testimonio ha sido correctamente valorado y que los argumentos desplegados por el recurrente no alcanzan el objetivo que se proponen, esto es, restar credibilidad a la declaración en el tramo relativo al aviso de exceso de velocidad y, así, mejorar la situación de su defendido.

No existe contradicción alguna en el distinto valor que el tribunal de juicio le otorga al testimonio de [REDACTED]. Esto se debe a que, por un lado, un tramo de su declaración se articula lógicamente con la valoración de otros

elementos de prueba incorporados a la causa –a la luz de una contextualización coherente con las circunstancias espacio-temporales en las que se produjo el siniestro– y, por otro lado, un tramo de su declaración no se corrobora en otros elementos objetivos de contexto o indicios. Contraste que correctamente hace sospechar al tribunal de que este último ha sido realizada con ánimo ganancial.

El tramo de la declaración de [REDACTED] que la sentencia pondera como creíble se corrobora con el testimonio de dos pasajeros que destacaron su entrada a la cabina del conductor minutos antes del accidente para solicitarle que disminuyera la velocidad del rodado. En primer lugar, [REDACTED] [REDACTED] a indicó que este reclamo se produjo antes de que pasaran la aduana argentina. En segundo lugar, [REDACTED] [REDACTED] relató que vio a [REDACTED] acercarse a la cabina del chofer y advertirle que iba muy rápido.

En efecto, [REDACTED] [REDACTED] declaró que [REDACTED] se dirigió a [REDACTED] antes de pasar la aduana argentina, la cual se encuentra a aproximadamente 2 km de la curva del Yeso, unos 5 minutos antes del accidente, donde se produjo el siniestro. Razón por la cual no veo inconsistencia alguna entre el lugar y el tiempo en el que el testigo ubicó su apreciación. En sus palabras *“hay una cabina en el cual va él, y yo iba atrás de él, iba con cinturón de seguridad, empezó a tomar velocidad, hay una cabina, pasó el otro chofer y algo le dijo, y después de atrás alguien le dijo que no llevaba ganado”* (fs. 1236 vta.).

[REDACTED], por su parte, manifestó que en una parte del trayecto se durmió, pero que advirtió que [REDACTED] fue a la cabina a advertirle al chofer para que bajara la velocidad. Hecho que ubica temporalmente una hora antes del accidente, momento en el que terminó la película. Se aprecia que este testigo también fue categórico al afirmar que la advertencia de [REDACTED] al chofer existió cuando se arrimó a la cabina del conductor para solicitarle que bajara la velocidad por la insistencia de los pasajeros. Explicó, a su vez, que escuchó la advertencia porque la cabina estaba abierta.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Ahora bien, en lo que respecta a la diferencia temporal en la que ambos testigos ubican la reclamación al chofer, puesta de relieve por la defensa, entiendo que, en primer lugar, no puede exigírseles a los testigos una coincidencia espacio-temporal perfecta en sus relatos, si se considera lo traumático de lo vivenciado. Sin embargo, más allá de ello, me parece importante poner de relieve que la defensa no ha logrado demostrar que los testigos tuviesen motivo o interés alguno para mentir o desvirtuar sus declaraciones, a la vez que, tampoco puede descartarse que las advertencias –en atención a la duración del viaje– hayan sido más de una.

Por su parte, el hecho de que [REDACTED] haya manifestado que antes del accidente vio dormido a [REDACTED], no conmueve la conclusión del tribunal en orden a que existió la reclamación a [REDACTED]. Respecto a esta cuestión, y una vez compulsado el soporte de audio y video tal como lo ha solicitado la defensa, estimo que también debe rechazarse este planteamiento, pues, la advertencia minutos antes del accidente se encuentra sostenida en otros elementos de prueba, tales como el testimonio de [REDACTED] quien declara en un sentido coincidente. Con todo, más allá de la discordancia en relación con el momento del reclamo, de lo que no existen dudas es que este existió.

Asimismo, no debe perderse de vista que las declaraciones de estos mismos testigos desmienten a [REDACTED] en lo que respecta al tramo de su declaración en el que expresa que el viaje transcurrió con normalidad hasta minutos antes del accidente. [REDACTED] claró que de acuerdo a su experiencia –ella explica que ha realizado numerosas veces el trayecto de Mendoza-Santiago– el tiempo de viaje de Mendoza hasta Horcones implica llegar normalmente a la hora una, pero ese día llegaron a las 12.15 horas. En la misma línea, [REDACTED] explicó que el ómnibus iba rápido. Dato que, junto a las declaraciones de otros testigos y las pericias, comprueban que las manifestaciones de [REDACTED] relativas a que el viaje fue normal se opone frontalmente al resto del plexo probatorio, contexto que valida la sospecha del tribunal relativa a que esta parte de su declaración estaría

orientada por un ánimo ganancial.

En consecuencia, no existen razones para descreer que existió el reclamo de [REDACTED]. Conclusión que, no obstante, no puede extenderse al tramo de su declaración que refiere la normalidad del desarrollo del viaje hasta minutos antes del accidente. La diferencia con la parte creíble de su declaración y que justifica una diversa valoración –tal como ha procedido correctamente a realizar el tribunal de juicio– es su cotejo con otros elementos de prueba.

Por ende, debe descartarse que el tribunal haya realizado una valoración contradictoria del testimonio de [REDACTED] pues, para determinar su credibilidad valoró con precisión si estas se encontraban confirmadas por elementos objetivos externos. Los cuales se aprecian respecto a un tramo de la declaración –relativa a la advertencia para disminuir la velocidad minutos antes del accidente– y faltan respecto a otro –en lo relativo a las condiciones de normalidad en las que se desarrolló el viaje–.

c. El encandilamiento del chofer

Otro punto de la sentencia controvertido por el recurrente es la debida evacuación de un tramo del descargo del acusado. En este sentido, postula que el Ministerio Público Fiscal no investigó la presencia de una fila de autos con las luces encendidas estacionados a contramano desde el complejo aduanero de Horcones que, según [REDACTED] habrían encandilado momentos antes del hecho, al mismo tiempo que le habrían imposibilitado observar un cartel de referencia para prevenirse de la cercanía de la curva del Yeso.

La posibilidad de una distracción producto de la existencia de autos en la aduana que le habría impedido a [REDACTED], a su vez, observar la cartelera mencionada –en contra de la formulación del recurrente– no ha pasado desapercibida para la Fiscalía. En efecto, este punto fue elucidado con base en las declaraciones de [REDACTED], quien expresó que viajaba del lado izquierdo observando por la ventana y que jamás vio autos estacionados en sentido contrario. La

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

sentencia pone de relieve que este testigo fue categórico al manifestar que no había autos con las luces encendidas en dirección contraria a la que se desplazaba el rodado (véase transcripción de su declaración a fs. 1252). En la misma línea se pronunció Aguilera, al manifestar que no había autos apostados en la ruta (fs. 1237).

Por otra parte, no debe perderse de vista la distancia existente entre la aduana argentina y el lugar donde se produjo el vuelco (km. 1223), aproximadamente dos kilómetros de distancia. Extremo que surge de las constancias e imágenes contenidas en los informes técnicos incorporados a la causa y que haría más difícil todavía otorgarle verosimilitud, tanto a la existencia de la fila de autos, como a eventual repercusión en la causación del accidente.

Por otra parte, en la sentencia se aprecia correctamente que el hecho se produjo entre la noche del viernes 17 y la madrugada del sábado 18 de febrero en un mes que no es el fuerte de vacaciones en la República Argentina, lo que resta credibilidad a la hipótesis defensiva. Más aún cuando en términos generales, el regreso de ciudadanos argentinos desde Chile se produce los días domingo o último día de feriado, pero no entre un viernes y un sábado (fs. 1270 vta.).

Por último, para cerrar este extremo del descargo de [REDACTED], el a quo refiere un tramo de la declaración de [REDACTED], quien al salir del ómnibus recordó haber visto a [REDACTED] que golpeaba el ómnibus mientras decía “*agarré mal a la curva*” (fs. 1271). Estas consideraciones, en consecuencia, cancelan el agravio defensivo ahora analizado y hacen decaer la versión brindada por el acusado como explicación alternativa del siniestro.

d. La prueba del dolo

Por último, la defensa entiende que no se ha probado con el grado de certeza exigido por una sentencia condenatoria que el comportamiento del acusado haya sido doloso. Para ganar en claridad expositiva trataré este agravio en

el acápite siguiente después de analizar el marco teórico que precede a la prueba del aspecto subjetivo del hecho.

2. Vicios *in iudicando*

Corresponde ahora tratar el aspecto subjetivo del hecho atribuido al acusado. En primer término, en lo que respecta a la determinación de los criterios teóricos adoptados para resolver el título de la imputación en el plano subjetivo. Cuestión analíticamente previa al tratamiento de su prueba en el caso concreto.

a. Consideraciones preliminares

Como es sabido, la opinión mayoritaria no busca la diferencia entre dolo y culpa en los factores intelectuales (las representaciones). El dolo, según el marco teórico más difundido, contiene un segundo elemento denominado voluntad. Esto se ve reflejado en la frecuente definición que expresa: “dolo es conocer y querer la realización del tipo penal”.

De este modo, a menudo suele distinguirse las formas del dolo considerando que tanto del lado de la representación como del lado de la voluntad existen dos fenómenos distintos. En el *aspecto intelectual*, el autor se puede representar que una circunstancia determinada se producirá con seguridad, por ejemplo: “A acelera el coche y se dirige contra B, de quien está seguro es una persona y lo atropellará mortalmente”. Asimismo, puede ocurrir que el autor solo esté seguro de que tiene a una persona delante de él, pero no de si conseguirá embestirlo y quitarle la vida (“tener por posible”).

El componente cognitivo del dolo, más precisamente la representación de que con seguridad o posiblemente se habrá de realizar el tipo, abarca únicamente un ámbito parcial del aspecto psíquico de la acción, esto es, la representación de las circunstancias y las consecuencias bajo las cuales ocurre la dirección voluntaria del movimiento corporal. Esto es, en general, aceptado. Lo que sí es objeto de una viva controversia es si estos elementos psíquicos deben

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

ordenarse en el ámbito del tipo (así, el finalismo y el funcionalismo) o de la culpabilidad (así, el causalismo naturalista, el causalismo valorativo y el normativismo).

Por su parte, el *aspecto volitivo* en relación con las circunstancias relevantes para la realización del tipo (“circunstancias de hecho”) se conforma, también, de dos formas. Puede que el autor se dirija a alcanzar determinadas consecuencias: “A desea atropellar a B” o, también es posible que las producciones de determinado resultado sean para el sujeto actuante indiferentes o inclusive no deseadas e independientemente de que las tenga o no por seguras, solo se las represente como posibles: “A conduce de manera extremadamente peligrosa para la vida de B”.

El componente volitivo suele presuponerse como obvio y se deduce de un concepto prejurídico de acción, según el cual, la teoría causal de la acción postula que “acción es un movimiento corporal voluntario”. De ello, se deriva que la voluntad de efectuar un movimiento corporal debe encontrar su sitio en algún lugar de la teoría del delito. Así, la doctrina y jurisprudencia han incluido la voluntad como un elemento del dolo –por lo menos desde principios del S. XIX– resultando indiferente que este último fuera contemplado como un elemento del tipo o de la culpabilidad.

b. Determinación del dolo sobre la base de presupuestos intelectuales

El tribunal de juicio adscribe a un concepto de dolo que se construye a partir del componente intelectual. En una concepción de tal índole, el presupuesto mínimo que ha de estar presente para afirmar el dolo es que el autor haya tenido por posible el resultado. Los criterios que proponen delimitar el dolo de la culpa únicamente en el marco de los elementos intelectuales se basan en la posibilidad de graduar cuantitativamente la producción del resultado típico. Estas comienzan por el mero “tener por posible” la realización del tipo penal y se

incrementan, pasando por la posibilidad seria, concreta o cercana hasta llegar a la probabilidad, probabilidad preponderante o bien la representación de un peligro concreto.

Al momento de resolver el título subjetivo de la imputación de [REDACTED] jueces sentenciantes realizan una adscripción a la teoría del dolo como conocimiento. Este marco teórico suficientemente argumentado en el plano doctrinario, conduce al *a quo* a afirmar, por un lado, que basta con el conocimiento de la peligrosidad de la conducta, junto con un perfecto conocimiento situacional, para concluir que existe dolo en relación con la eventual realización del resultado, más allá de la relación psicológica individual del autor con su hecho en tanto querer.

La premisa teórica de la que parten los jueces sentenciantes, a pesar de la viva controversia que atraviesa el tema, se encuentra debidamente fundada. En efecto, el dolo como conocimiento del riesgo es una formulación aceptada jurisprudencialmente. Por otro lado, el principio de culpabilidad también se encuentra salvaguardado al momento en que al acusado se le imputa subjetivamente un hecho cuyos extremos le han sido asequibles.

El principio de culpabilidad no implica necesariamente identificar una construcción normativa con su correlato positivo en el Código penal. Así, construcciones como la comisión por omisión o la *actio libera in causa*, en los ordenamientos jurídico-penales que no las contemplan, no son inconstitucionales si respeta la idea de reprochabilidad como imputación de reprobación en tanto presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal.

En este orden de ideas, tampoco estimo correcta la objeción del recurrente relativa a que el *a quo* introduce en la práctica judicial una presunción de dolo contraria al acusado. En efecto, la adscripción a un marco teórico determinado es un nivel de valoración previo al relativo a la prueba de los hechos que conforman el objeto del proceso. La discusión sobre la validez de la teoría en

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

el plano argumentativo, dogmático y constitucional, no significa desconocer que el estándar probatorio exigido por una sentencia condenatoria, implica debatir cuestiones en otro nivel, el de la prueba.

Los sentenciantes en ningún momento han confundido tales niveles, lo cual se expresa claramente en este breve fragmento de la sentencia: “*el conocimiento necesario para que se configure el dolo, esto es, el conocimiento de la situación concreta y la peligrosidad de la conducta desarrollada, ha quedado demostrado en el caso de S [REDACTED]*” (fs. 1278 y vta.). Dicho en otras palabras, se ha distinguido adecuadamente el concepto de dolo que se asume, de su prueba.

En suma, no es correcta la objeción de la defensa relativa al desdibujamiento de la culpa con representación a favor del dolo eventual. Inicialmente, se advierte que la defensa no concreta el agravio en el plano teórico, y realiza consideraciones abstractas que no explican cuál es el límite existente entre el dolo eventual y la culpa con representación que el juez ha de respetar y por qué en este caso se ha traspasado. Cuando el recurrente habla de la delimitación entre dolo y culpa formula la problemática de modo impreciso. Y frente a ello no basta con afirmar que se han invadido “zonas reservadas tradicionalmente” a la responsabilidad culposa, si antes no se determina cuáles son ellas.

En suma, en relación con la crítica del recurrente al marco teórico utilizado por el tribunal de juicio para resolver las cuestiones de imputación que plantea el caso sometido a decisión, no existe incompatibilidad alguna con los principios constitucionales que rigen la materia penal.

c. Determinación del dolo sobre la base de presupuestos intelectuales-volitivos

Tras una referencia específica a la teoría del dolo exclusivamente fundamentada en factores intelectuales, la defensa rechaza este punto de vista. En cambio, propone una determinación del dolo sobre una base mixta de

presupuestos intelectuales-volitivos y ofrece argumentos que, según ella, permiten encuadrar el hecho atribuido a [REDACTED] en el marco teórico de la culpa. En términos generales, el recurrente asocia el aspecto subjetivo del hecho imputado con la culpa con representación, pues, según él, se está en presencia de un autor que conocía la violación del deber de cuidado en la conducción del rodado, pero no tenía voluntad de producir el siniestro. En otras palabras, la defensa sugiere que, si bien es cierto que [REDACTED] sabía que iba a exceso de velocidad, conocía la complejidad del camino e hizo caso omiso a la reclamación para disminuir la velocidad del coche, no es menos cierto que nunca quiso el resultado.

Ahora bien, contestadas suficientemente las objeciones teóricas opuestas por la defensa al criterio utilizado por el tribunal de juicio, entiendo que, aun cuando se decidiera realizar una aproximación al caso a partir de la perspectiva de una teoría cognitiva-volitiva del dolo a la que adscribo, el resultado no sería distinto en orden a la calificación del caso como de dolo eventual. Por lo que, tampoco puede ser compartido el criterio del recurrente en este tramo de su impugnación.

Conviene destacar aquí que comparto la posición normativa sostenida por la doctrina vigente, que conceptualiza jurídico-penalmente al dolo como la *“determinación de la voluntad hacia el delito. Implica una resolución delictuosa, la cual, como tal exige que el autor comprenda la criminalidad del acto y que dirija su acción”* (Nuñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, t. II, 1960, p. 48); interpretación que resulta de conformidad con lo previsto en el art. 34 del Código Penal y que, a su vez, exige el art. 149 de la Constitución de Mendoza, al prever que *“Las sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados **se fundarán en el texto expreso de la ley**, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”* (el destacado me pertenece).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

La defensa postula que la diferencia entre el dolo y la culpa ha de buscarse únicamente en el plano de la voluntad. Esto implica que, frente a un componente cognitivo idéntico (representación), el dolo puede existir o faltar dependiendo de la estructura del aspecto volitivo. Sin embargo, esta tesis no puede asumirse, dado que, el elemento volitivo es un componente necesario de todo comportamiento causal en tanto “movimiento corporal voluntario”.

En efecto, la voluntad de acción debe obviamente existir también en los casos de acción no dolosa, pues, de otro modo, el concepto general de acción no podría aplicarse a la acción culposa. La razón de ser de la culpa reside en la voluntad contraria a la precaución que el autor está obligado a observar. En esta idea, se encuentra una refutación profunda de la tesis de la defensa y la idea de que el elemento volitivo de la acción es capaz de aportar un criterio diferenciador para distinguir el dolo de la culpa. En otras palabras, lo que es un atributo de toda acción –la voluntad– no puede servir para distinguir unas –las dolosas– de otras –las culposas–.

Este error metódico, el creer que el elemento volitivo se encuentra ausente en las acciones culposas, tal como plantea la defensa, no permite resolver el caso correctamente, pues impide apreciar el verdadero criterio que ha de utilizarse para respetar el concepto de acción causal voluntaria como sustrato tanto de los delitos dolosos como de los culposos. El elemento volitivo no debe ser identificado con un querer el resultado del hecho en tanto deseo o intención directa –en este caso se trataría de dolo de primer grado– sino en tanto aceptación, aprobación o conformidad del (eventual) resultado de lesión para el bien jurídico protegido; dicho de otro modo, asiente la realización del hecho que prevé como probable, con menosprecio de la consecuencia probable.

Quien conduce un ómnibus de pasajeros a exceso de velocidad por una ruta de montaña haciendo caso omiso a las reclamaciones de [REDACTED] conoce y *acepta* tanto el peligro que está creando como el resultado en el que eventualmente puede concretarse ese riesgo. Nuevamente, el aspecto volitivo del

dolo eventual presenta determinadas peculiaridades que lo distinguen de aquel que es exigido en los casos de dolo de primero o segundo grado.

Pero la relación subjetiva del autor, en tanto aceptación, es idéntica. En este punto, resta contestar un tramo del agravio defensivo en el que se expresa que, si se estima que el autor actuó con el elemento volitivo –quería el hecho–, entonces debió tratarse de un suicida, lo cual, como es sabido, no surge de los informes psicológicos practicados al acusado (véase el informe practicado por el Cuerpo Médico Forense a fs. 388, 809/810, 827). En efecto, el planteo de la defensa omite considerar que la relación subjetiva del autor con su hecho no ha de ser identificada con la intención de los delitos dolosos de primer grado, tal como se explicó en los párrafos anteriores.

En suma, con base en las consideraciones precedentes, entiendo que aun en el caso de que el juzgador se hubiese inclinado por adoptar una teoría cognitiva-volitiva para resolver el caso, este criterio no hubiese arrojado una solución distinta a la alcanzada por el juzgador en relación con el aspecto subjetivo del hecho. En efecto, en el comportamiento de [REDACTED] al momento del siniestro permite apreciar un elemento volitivo en tanto aceptación, aprobación o consentimiento del eventual menoscabo de la vida e integridad física de las personas que se trasladaban junto con él.

d. La prueba del dolo

El aspecto subjetivo del hecho debe ser acreditado con el mismo estándar que cualquier otro extremo del delito en tanto objeto del proceso. Con todo, no debe perderse de vista que el marco teórico previamente asumido determina los extremos del aspecto subjetivo del hecho en tanto objeto de prueba. Así, corresponde ahora analizar si se ha alcanzado en relación con el dolo eventual el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria.

A tal fin, me parece apropiado hacer uso de una distinción tradicional que hace tiempo se utiliza para precisar a qué circunstancias de hecho

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

debe extenderse el dolo. Existen circunstancias de hecho que recién aparecen en el mundo como producto de la acción del autor, factores cuya realización o presencia depende de su comportamiento. A ellos pertenece, en primer lugar, el resultado típico –la muerte y lesiones de los pasajeros–, pero también el modo y la forma de su causación: conduciendo un transporte de pasajeros a exceso de velocidad durante la noche en una ruta de montaña haciendo caso omiso a la advertencia de

■

Los criterios utilizados para determinar el dolo se refieren casi exclusivamente a esta última categoría. Frente a ella, me parece sensata la diferenciación entre dolo y culpa sobre la base de la escala de peligros. Así, el dolo se distingue de la culpa consciente sobre la base de que tiene como contenido más condiciones del resultado, esto es, más circunstancias fácticas que sustentan el pronóstico de resultado. La culpa consciente, a pesar de que en ella se tiene por posible la producción del resultado, se demuestra como un caso de error que excluye el dolo, dado que el autor no es consciente de los factores de riesgo.

Conforme lo anterior, corresponde preguntarnos si se ha probado que S ■ era consciente de los factores de riesgo que acarrearán la producción del resultado, o sí, por el contrario, padeció un error sobre ellos que habría de canalizarse por la vía de la culpa. La respuesta a esta pregunta no depende de la probabilidad con la que el autor considera posible en la situación dada que el curso causal desafortunado puede tener lugar –acaso el acusado haya confiado en poseer la suficiente destreza para tomar la curva del Yeso a casi 100 km/h–. Lo decisivo es tan solo la estimación normativa acerca de la cantidad de factores causales que S ■ se representó válidamente y frente a los que adoptó una actitud de aceptación, aprobación o conformidad para con el eventual resultado que, con base en la experiencia común, se deriva de ellos.

Estos factores han sido suficientemente acreditados: ■ era un chofer profesional, que había realizado numerosas veces el trayecto Mendoza-

Santiago de Chile, capacitado para la conducción en ruta de montaña, que conocía la velocidad máxima a la que debía tomar la curva y que voluntariamente omitió hacer caso a las reclamaciones de [REDACTED] Ello es lo suficientemente intenso para fundar un dolo de causación en relación con el resultado del siniestro y se encuentra debidamente probada en las constancias de la causa.

La representación de la producción del resultado no constituye un criterio que pueda ser elegido arbitrariamente por el tribunal de juicio, sino que hace referencia a una estimación que es libremente realizada por el sujeto actuante, y por ello, tal como se anticipó más arriba, en la presente sentencia no vulnera de ningún modo el principio de culpabilidad por el hecho. Este juicio objetivo de peligro orientado a leyes causales y reglas de la experiencia ha sido suficientemente acreditado en el transcurso de la causa. En este orden de ideas, cabe agregar que tampoco se encuentran el principio de *ultima ratio* y el sistema del *numerus clausus*, crítica que la defensa no concreta ni motiva suficientemente, y que por ello ha de ser descartada sin más.

En consecuencia, estimo que el tribunal tuvo por probado que el chofer de Tur Bus el día de los hechos condujo a exceso de velocidad en diversos tramos del recorrido conociendo y aceptando la peligrosidad del camino de montaña por el que desplazaba a casi 40 personas y que, de ocurrir un siniestro podría cobrarse la vida de varios o todos ellos. Representación que es lo suficientemente intensa para considerar probado el dolo en relación con la eventual producción del resultado.

En este orden de ideas, entiendo que, aun cuando se estimara que junto con la representación de la producción del hecho ha de probarse que concurrió un determinado elemento volitivo, tal como expresa la defensa, el “consentimiento”, “aprobación” o “estar de acuerdo” de [REDACTED] en relación con la (eventual) producción del resultado también ha sido debidamente acreditado. En efecto, esta toma de postura psíquica del autor en relación con el hecho imputado, se sustenta a mi entender en el continuar conduciendo a exceso de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

velocidad en tramos del camino particularmente complejos a pesar de la reclamación de su acompañante.

Si [REDACTED] hubiese no-consentido o desaprobado el eventual resultado de su hecho debió disminuir la velocidad por voluntad propia o, al menos, en el momento de solicitarlo su compañero. Actitud que no tomó y que implica una toma de postura del acusado respecto de la producción del resultado que no se condice, en el aspecto subjetivo del hecho, con la culpa. La voluntad de evitación excluye la aceptación inherente a la voluntad de causación, la cual no fue demostrada en ningún momento por el acusado, salvo, cuando ya había perdido completamente el dominio del rodado. Momento en que ya era demasiado tarde para desistir. Esto fue correctamente advertido por el tribunal de juicio cuando expresó que *“la pretensión de la defensa, en orden a destacar que [REDACTED] intentó evitar el desenlace fatal, luce infructuosa, toda vez que ya no podía dominar el curso causal emprendido”* (fs. 1280 vta.).

Este marco conceptual ha sido estrictamente respetado por el tribunal de juicio, el cual advierte expresamente en uno de los tramos de la sentencia que *“el quid de la cuestión reside en no haber cambiado su actitud ante la probabilidad de causar daños incalculables para bienes jurídicos ajenos, debido a la forma en que condujo el ómnibus en la alta montaña”* (fs. 1281 vta.). Con base en estas consideraciones, entiendo que el aspecto subjetivo del hecho en tanto imputación dolosa ha sido correctamente acreditado con base en las constancias de la causa.

e. ¿Aplicación de los arts. 84 bis y 94 bis CP reforma Ley 27.347?

Con base en lo dicho hasta aquí, entiendo que, tanto a partir de una teoría exclusivamente cognitiva como a partir de un criterio volitivo-cognitivo, la solución del caso ha de discurrir por el dolo eventual, la cual, ha sido debidamente fundada en las constancias de la causa. Ahora bien, más allá de ello me interesa realizar una breve consideración en relación con la crítica defensiva a la

interpretación de la Ley 27.347 realizada por el tribunal de juicio.

La idea de que esta ley –que aumenta las escalas penales en los delitos de homicidio y lesiones culposas cuando hubiesen sido causadas por el conductor de un vehículo en determinadas circunstancias– contempla a partir de su reciente modificación casos como el presente, no ha sido debidamente argumentada en el plano hermenéutico. Así, no basta con postular que una interpretación auténtica de la norma implicaría que las figuras penales del homicidio y las lesiones culposas mediando la conducción de un automotor abarcaría casos de ejecución con dolo eventual, por el hecho de que se ha elevado la escala penal. Aquí vale aclarar que la interpretación auténtica –como, por ejemplo, lo son los arts. 77 y 78 del C.P.– no incluye las expresiones de los legisladores en los debates, las cuales simplemente son antecedentes de la ley.

Ya en una primera lectura de los fundamentos legislativos de la ley 27.347 se advierte que el legislador no tuvo la intención de sustraer de la figura dolosa supuestos como el presente. La defensa se limita a transcribir *in extenso* la exposición de motivos que precede a la sanción de la norma en el discurso de la entonces senadora Michetti, el cual, como pone de relieve el *a quo* a f. 1273 vta., se inserta en una compleja discusión parlamentaria que, en el marco de numerosas iniciativas legislativas, precedió a la forma final de la ley 27.347

En efecto, el acentuar con un subrayado que “*hasta el momento el único recurso de los magistrados para intentar penar con mayor severidad a quienes incurrieron en conductas como la anteriormente señalada [graves accidentes viales] fue echar mano de la construcción del llamado “dolo eventual”, incompatible en la dogmática penal argentina con los tipos culposos*”, no implica necesariamente –o, en todo caso solo en un nivel literal y estrictamente formal pasible de diversas críticas sustanciales– que estas normas absorban todas las conductas ejecutadas con dolo eventual con ocasión del tráfico vial. La senadora, en todo caso, realiza una aclaración obvia: el dolo eventual es incompatible con la dogmática de la culpa. Y ello es así, pues se trata de una

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

imputación que requiere una explicación y marco teórico diverso conforme el específico modo de aparición del hecho punible en uno y otro caso.

En otro tramo del discurso de la senadora, la defensa destaca una cita doctrinaria que expresaría que la presente ley evita que los jueces tengan que optar entre la culpa y “*una construcción ficticia como el llamado dolo eventual, opción inexistente en el Derecho penal argentino*”. En lo que respecta a la consideración del dolo eventual como una construcción ficticia, creo que en el desarrollo del escrito he brindado suficientes argumentos que permiten apreciar que no se trata de una estructura de imputación subjetiva que atente contra los principios de legalidad o culpabilidad. Pero aún cuando así lo estimara la senadora nacional citada, ello no implica que la ley haya de quedar atada a sus consideraciones o que, el resto de los legisladores al votar la sanción de la ley ahora analizada hayan asumido *in totum* los argumentos personales por ella vertidas. Así lo entiende la Cámara cuando expresa que “*la ley es la cristalización de la decisión de un cuerpo colegiado donde existe una pluralidad de legisladores, cada uno con sus propias intenciones*” (fs. 1272 vta.).

Como nos instruye Carlos Santiago Nino en *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 87, reconstruir una intención en un cuerpo colegiado es especialmente difícil, ya que los que votaron por una iniciativa pueden haber tenido intenciones muy diferentes, algunas no expresas; es más, entre las intenciones expresadas a favor de la misma norma puede haber contenidos contradictorios.

Pero, aún en el caso de que uno de los miembros del cuerpo colegiado hubiese tenido la *intención* de suprimir el dolo eventual, no sería esta una interpretación que pudiera irritar la *intención* de la construcción dogmática que subyace a la imputación subjetiva en una teoría del delito. En efecto, a la atribución de responsabilidad a título de dolo o culpa subyace el principio de culpabilidad en tanto reprochabilidad que legitima la pena estatal.

Por ello, me parece que la propuesta de la defensa puede refutarse en dos niveles. El primero, el utilizado por ella misma para fundamentar la aplicación de la ley 27.347 al caso concreto: no se trata de una interpretación auténtica de la ley el ensanchar el ámbito de la imputación culposa a supuestos que serían de dolo eventual, pues lo que se propone el legislador con la reforma del año 2017 es reprochar con mayor intensidad conductas que entiende especialmente grave para la vida y la integridad física de los ciudadanos en el ámbito de la culpa.

En segundo lugar, en el nivel de la interpretación sistemática, no debe aislarse el sentido de la norma, sino que vinculársela con los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad, así como los lineamientos básicos de la teoría del delito. Tarea ausente en los esfuerzos de la defensa para sostener su postura. Un actuar doloso requiere una respuesta estatal más drástica que un actuar culposos, pues este último implica una menor afrenta al derecho como orden regulador de conductas.

El tribunal de juicio no realiza un tratamiento en profundidad del sentido de esta ley, pero la descarta con base en una sencilla razón que estimo contundente. En el presente caso no nos encontramos frente a un proceder culposos, sino a uno doloso –el que como advertí ha sido suficientemente motivado en los hechos y el derecho–, por lo que no corresponde aplicar las figuras establecidas en los arts. 84 bis y 94 bis del CP reforma ley 27.247, las cuales entran en consideración cuando se trata de un comportamiento previamente encuadrado en el ámbito de la culpa.

f. Sobre el concurso de delitos

Finalmente, aunque no resulta posible jurídicamente modificar la calificación en perjuicio del imputado en virtud de la vigencia irrestricta de la *reformatio in pejus*, me interesa dejar a salvo mi criterio en relación con el concurso de delitos que entiendo se ha verificado en el presente caso. Si bien el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

tribunal de juicio condenó a [REDACTED] por concurso ideal de delitos, estimo que, en rigor, se trata de un supuesto de concurso real de delitos.

Como es sabido, bajo el epígrafe *concurso de delitos*, el C.P. hace referencia a las modalidades que se presentan cuando se imputa a una persona más de una infracción penal. En lo que ahora interesa, y siguiendo las enseñanzas de Nuñez (ob. cit., pp. 203 ss.), el concurso ideal de delitos significa que, en la imputación, en contra de las apariencias, no existe una pluralidad de delitos, sino una unidad delictiva que amerita una imputación simple y no plural. Por el contrario, el concurso real de delitos supone que la pluralidad delictiva no se restringe por la unidad de la delincuencia, sino que implica una delincuencia plural real (en los hechos) y normativa (en la existencia de violaciones a las leyes penales).

Según el art. 55 C.P. el concurso real de delitos tiene lugar cuando hay una pluralidad de hechos independientes, susceptibles de ser encuadrados en uno (concurso real homogéneo) o varios (concurso real heterogéneo) tipos penales, realizados por el mismo sujeto activo, que concurren para ser juzgados en el mismo proceso judicial. Ahora bien, la cuestión central consiste en determinar cuándo existe una pluralidad de hechos independientes. Sin ánimo de entrar en la viva controversia que atraviesa esta discusión, estimo que el criterio correcto radica en la separabilidad o inseparabilidad de las lesiones jurídicas, que se deriva de la comprobación de la causación de múltiples lesiones en el orden de la realidad. En palabras de Masucci, citado por Nuñez (ob. cit., p. 214) “*si múltiple es el daño producido y querido; si el daño mediato es naturalmente mayor, porque más profunda es la perturbación, más viva la preocupación social, ¿cuál razón podría justificar la conclusión que el delito es único?*”.

Efectivamente, este es el supuesto en el que estimo debieran ser encuadrados los hechos por los que ha sido juzgado [REDACTED] –los cuales son perfectamente separables en tanto lesiones– y según el cual habrían de fijarse los extremos de la escala penal aplicable. A favor de esta toma de posición también

habla la letra del art. 55 C.P., la cual hace referencia a “hechos” y no “acciones”. Por ende, no ha de estarse a la acción reprobada, sino al resultado perjudicial que esta produce en el mundo exterior. Conforme mi punto de vista, si el autor con una única acción produce varias afectaciones a bienes jurídicos (“hechos”), entonces éstas habrán de ser consideradas una pluralidad delictiva realizada en concurso real. Este es precisamente el caso de [REDACTED] en el que se encuentra probado que causó la muerte de 19 personas, lesiones graves en 3 personas y lesiones leves en 18 personas.

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los agravios esgrimidos por el recurrente, tanto en el plano de la interpretación de los hechos como en el de la aplicación del derecho, no pueden prosperar.

Por todo ello, entiendo corresponde contestar negativamente la primera cuestión planteada y, en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO DIJO:

Conforme lo anterior, corresponde omitir pronunciamiento en este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse como afirmativa la cuestión anterior.

ASI VOTO.

Sobre la misma cuestión el DR. PEDRO J. LLORENTE adhiere al voto que antecede.

S E N T E N C I A:

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

definitiva se

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1298/1320 por la defensa oficial de [REDACTED]

2.- Téngase presente la reserva de caso federal.

3.- Remitir las presentes actuaciones al Tribunal de origen, a sus efectos.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. PEDRO J. LLORENTE
Ministro

*Se deja constancia de que el Dr. Mario D. Adaro no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (arts. 484 en función del art. 411 inc. 5° del CPP).
Secretaría, nueve de noviembre de 2018.*