

Accidente De Transito Configuracion Del Dolo Eventual

JURISPRUDENCIA

Accidente de tránsito. Configuración del dolo eventual

Se

revoca parcialmente la sentencia apelada, modificando el encuadre de homicidio culposo por el de homicidio simple (art. 79 del Código Penal), ello en virtud que las probanzas y demás cuestiones existentes en la causa acreditan la configuración del dolo eventual por parte del imputado dado que -por su rol de experto conductor y mecánico- se debió representar como probable la producción de un accidente, al conducir a 170 km/h en contramano por una zona residencial. En la ciudad de Rosario, a los 18 días del mes de Diciembre de 2017, el caso registrado en la Oficina de Gestión de esta Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario bajo la carpeta judicial CUIJ N° 21-06426122-0, caratulado: "S., J. C. s/ homicidio culposo" -apelación de sentencia-; integrada por los Dres. Daniel Fernando Acosta (presidente), Carolina Hernández y José Luis Mascali, a fin de dictar sentencia definitiva en la causa seguida a J. C. S., en trámite por ante la Oficina de Gestión Judicial de Primera Instancia de Rosario.-

Estudiados que fueron los autos, se resolvió plantear las siguientes cuestiones: 1°) ¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA? 2°) ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR? Luego de un intercambio de opiniones acerca de los temas propuestos y de conformidad a la distribución efectuada para llevar a cabo el estudio de los autos, resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Dres. Daniel Acosta -presidente-, Carolina Hernandez y Jose Luis Mascali.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. ACOSTA DIJO: 1- Se dictó sentencia Nro. 1541 de fecha 30 de agosto de 2017, ordenada por los Dres. Gustavo G. Perez de Urrechu, Raquel A. M. Cosgaya y Rodolfo E. Zvala, Jueces en lo Penal de Primera Instancia de Rosario, que -entre otras cosas- resolvió: "I.- Condenando a J. C. S., ... a la pena de CINCO (5) años de prisión de cumplimiento efectivo, inhabilitación especial por DIEZ (10) años para conducción de vehículos automotores, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inciso tercero, 26 a contrario sensu, 40 y 41 del C.P. Y 331, s.s. Y c.c. Del C.P.P.), por considerarlo autor penalmente responsable (art. 45 C.P.) de los delitos de Homicidio culposo (art. 84 del C.P.)..."- 2- Se le atribuye al acusado dentro del proceso en cuestión: "... el hecho acaecido el día 31.3.2016 siendo las 20.30 horas al circular al mando de un automóvil marca Audi, modelo TT, dominio ... de color gris por calle Río Negro con dirección al sur-este a 170 km/h de velocidad y al llegar a la intersección de calle Campbell, sin pisar los frenos y tratando de esquivar un badén, impactando a una motocicleta Yamaha Cripton dominio ... de color roja conducida por el llamado Carlos Orgaz causándole la muerte a raíz del impacto, representándose ese resultado como una posibilidad sin que ello haya implicado desistir o renunciar a dicha acción inusitadamente peligrosa para las vidas de las personas, en donde a la víctima se le produce desmembramiento de los miembros superiores y de un miembro inferior, encontrándose éste último en la terraza de un domicilio ubicado a 50 mts., del lugar. Agregando el Fiscal -en el debate- como parte de la acusación oportunamente efectuada, lo siguiente: " Se sostuvo que el Sr. S. actuó con dolo eventual en razón de que el mismo circulaba a las ocho de la tarde a una velocidad despiadadamente rápida por una calle de una zona urbana altamente transitada, por un barrio, donde transitan personas, hombres, mujeres y niños. Abonando a esto, el imputado no frenó en ningún momento al cruzar la intersección con calle Campbell. Todo eso se ve acentuado por el hecho de que el Sr. S. al momento del impacto del automóvil y de la motocicleta y por como se produjo, el mismo se encontraba conduciendo por la mano contraria" (cita textual de imputación de la sentencia de baja instancia).-

3- Contra dicho pronunciamiento interponen recursos de apelación: a) La Defensa del imputado, Dr. Carbone; b) Los Querellantes, Elsa Romero y Juan Orgaz, con el patrocinio letrado del los Dr. Di Rienzo y la Dra. Tomatis, y c) la Fiscalía, Dra. Piazza y Dr. Malaponte. Admitido que fuera el recurso mediante decreto de fecha 14/09/2017 en baja instancia, se elevan a la Cámara de Apelaciones, la que abre el mismo mediante decreto de fecha 26 de septiembre del corriente.-

4- Fijada y celebrada la audiencia oral respectiva y analizado el fallo, como así también los fundamentos expuestos con la interposición del recurso y los argumentos de las partes -registrados por el sistema- (Dr. Ignacio Carbone y Renzo Biga -por la defensa-; Dres. Florentino Malaponte y Valeria Piazza Iglesias -por la fiscalía- y Dres. Gustavo Rienzo y Luisa Tomatis -por la querella, patrocinantes del Sr. J. C. Orgaz y Elsa Beatriz Romero-) y constancias disponibles, ha quedado el presente caso en estado de fallar.-

5- En dicha audiencia comenzó expresando la fiscalía, la Dra. Piazza, efectuó un relato del hecho por el cual resultara condenado el Sr. S., destacando que el mismo efectuaba pruebas de vehículos a alta velocidad de forma habitual, ante lo cual él debió representarse el posible resultado muerte que finalmente ocurrió, motivo por el cual la Fiscalía esgrimió la imputación de homicidio simple con dolo eventual y no la de homicidio culposo, siendo que finalmente el Tribunal de primera instancia se inclinó por la segunda hipótesis. Seguidamente tomó la palabra el Dr. Malaponte, quien solicitó entregar una copia de la sentencia al tribunal, lo que la Defensa objetó, retirando luego tal objeción. Luego el Fiscal procedió a realizar algunos gráficos del lugar del siniestro en la pizarra de la sala, dando explicaciones sobre el lugar donde ocurrieron los hechos y los puntos de impacto, y concluyó que no existió un intento de esquivar, dando cuenta además de la

declaración del imputado, destacando que el mismo dijo ante el Tribunal que "no vio nada", es decir, que según el propio imputado no esquivó ninguna moto. Alude a la declaración del acompañante del Audi, quien ratificó los dichos en cuanto a que no vieron a la moto, ante lo cual no existió ningún intento de esquivar la misma. Refirió a las opiniones de los expertos en cuanto a la velocidad del automóvil, relatando además que la frenada se produce mucho después del impacto, citando a un pasaje de la sentencia (fs. 57) en cuanto a la esquivación. Agregó que en cuanto al primer agravio, el Tribunal efectuó una valoración parcial y fragmentada de la declaración del Ing. Milausky, pues de otra manera entiende que no hubiera llegado a la conclusión a la que finalmente llegó. En relación al segundo agravio que dijo que versa sobre la apreciación del Tribunal que sostiene que la vuelta del Audi a su carril de circulación responde a la intención de esquivar la motocicleta que circulaba por el carril contrario, postulando que el Tribunal se inclinó por la sentencia "más sencilla". Se refirió luego a que la declaración de S. fue erróneamente valorada, pues no se entiende finalmente en la sentencia si quiso esquivar la moto o no, lo que da cuenta de la arbitrariedad de la misma. Cuestionó el criterio de evitación que ha tenido en cuenta la sentencia, y que dijo que se vio reflejado en fs. 57 y 58 de la misma, efectuando algunas aclaraciones en cuanto a la teoría de evitación esbozada por Kauffman, entendiendo que la misma no es aplicable en este caso, además por la pericia con la que cuenta el imputado en relación a la conducción de vehículos automotores, aludiendo además al antecedente "Cabello", agregando que si S. tuvo algún reflejo fue luego del impacto, y no antes, como ocurrió en el fallo citado.- Retomó la exposición la Dra. Piazza, quien hizo referencia a sus primeras impresiones al observar el lugar de los hechos de forma presencial. En cuanto a su primer agravio, dijo que se relaciona con el supuesto convencimiento del imputado de que se encontraba capacitado para evitar un accidente, entendiendo que esta interpretación del Tribunal es errónea. Destacó la velocidad a la que circulaba S., haciendo hincapié en que la zona donde ocurrió el accidente permite una velocidad máxima de 30 km/h, siendo que el imputado cuadruplicó ese valor, agregando además que, conforme las circunstancias lumínicas del lugar, era prudente circular por allí a paso de hombre, cosa que obviamente no ocurrió en este caso. Expresó que el Tribunal no valoró correctamente el lugar del impacto, dando cuenta además de las distintas distancias, como la recorrida por el Audi luego del impacto y la efectuada por el pie de la víctima que terminó en una terraza vecina. Se agravió de un argumento subjetivo aludido por la sentencia, que se relaciona con la destrucción del automóvil y la aflicción o no que le produjo esa circunstancia al imputado. Consideró que la sentencia luce en todas sus partes como arbitraria, pues efectuó un análisis erróneo, parcial e ilógico de las pruebas recolectadas en autos. Solicitó se revoque la sentencia apelada, y se haga lugar al pedido de acusación en cuanto al dolo eventual, solicitó la pena de 10 años de prisión efectiva más una inhabilitación de 10 años, efectuó reservas constitucionales.- A continuación le fue concedida por S.S. la palabra al Sr. Representante de la Querrela, Dr. Rienzo, quien adhirió a la postura de la Fiscalía en cuanto a la solicitud de dolo eventual en este caso. Agregó que entiende que la sentencia hace una interpretación parcial y fraccionada de las pruebas, pues no toma las mismas en su conjunto, alejándose de esta manera de lo que la CSJ entiende como sana crítica. Agregó que a su criterio no está acreditado el intento de esquivar, pues circulando a tal velocidad y tan cerca de la bocacalle era imposible cualquier posibilidad de esquivar de la motocicleta, y menciona que según el manual del Audi TT necesita al menos 50 mts para frenar. Criticó el basamento de la sentencia en los dichos del Ing. Milausky, por cuanto ese testimonio no está valorado conglobantemente con otras probanzas como por ej. las declaraciones del propio imputado y de la persona que lo acompañaba, agregando que si bien el ingeniero es un perito, su hipótesis en cuanto al esquivar es una apreciación personal y no técnica. Luego se refirió al testigo directo del hecho, que dijo que "no tuvo reacción, no tuvo posibilidad de frenar el auto cuando aparece algo que impactó en el auto, ni siquiera sabía que era una moto". Y agrega que el propio imputado declaró lo mismo.- Planteó su segundo agravio relacionado con lo expresado por la sentencia en la confianza de S. de que el accidente no ocurriría, postulando su parte que no se puede dejar librada una vida humana a la confianza de una persona sobre sí mismo. Sostuvo que el imputado creó una situación y tomó el dolo como una decisión, pues todas las características del accidente fueron creadas por el propio imputado, quien tomó con absoluta indiferencia las acciones derivadas de su conducta. Agregó entonces que el tribunal a-quo deja en manos del Sr. S. la vida, deposita una confianza en este señor. Confía en una persona que durante 20 años circula a 120 km por hora y deja en sus manos una maniobra imposible, la cual se encuentra probada y acreditada en el expediente. Hace referencia a los actos previos del Sr. S., y que en el momento del hecho iba en contramano y a velocidad excesiva, y cuestiona entonces porqué al tribunal ello le merece confianza. Concluye que el imputado tomó el dolo como una decisión, atento a todas las características del siniestro, creó la situación, y tomó con absoluta indiferencia las acciones derivadas. No estaba dispuesto a aceptar ninguna motivación de continuar acelerando el auto y probándolo. El tribunal se alejó de la sana crítica, no puede decir que confía en esa persona; en esa maniobra imposible.- En tercer lugar se agravió de la sentencia por cuanto toma en favor de S. la experiencia cuasiprofesional del mismo en el manejo de autos, cuando en realidad esa pericia debió haberle permitido representarse que, conforme las circunstancias del caso, iba a resultar imposible evitar alguna colisión. Afirma que el imputado sabía que era imposible frenarlo en las condiciones en que manejaba, justamente esa conducta y ese saber son una cosa mas para que sea dolo eventual. Finalmente refirió que aún no hubo reparación

económica y que el seguro rechazó el siniestro.- A posteriori, le fue concedida por S.S. la palabra a la Defensa, Dr. Carbone, quien dijo que sentencia es solvente, sólida, racional y lógica. Se refirió a que la crítica de sus contrapartes a la sentencia en cuanto a la fragmentación también podría aplicarse a sus propios dichos, pues no se tomó toda la prueba reunida. Seguidamente aludió a la persona del Ing. Milausky y a la pericia con que cuenta el mismo en cuanto a la tarea que le concierne, destacando que fue este perito, aportado por la propia fiscalía, quien dio algunos de los parámetros en los que se basa la sentencia para concluir que en el caso no hubo dolo eventual. Relató que este testimonio no es el único que apoya a la sentencia, sino que también se contó con los dichos del perito Abraham, quien en cierto modo coincidió con los dichos de su colega en cuanto a esta "curva parabólica controlada". Sostuvo que ninguna de las declaraciones, tanto de su asistido como de Ahumada, descartan la teoría del esquivar perpetrado por S. para evitar la colisión. Señaló que la propia experiencia de su defendido indica que ante la aparición de un obstáculo imprevisto se debe tratar de esquivar el mismo, pero sin tocar el freno, pues ello desembocarla en un vuelco. Agregó que la Fiscalía se agravia de frases de la sentencia, pero que olvidó que la misma constituye un todo, agregando además que la propia conducta de S. previa al accidente da cuenta de que el mismo intentaba minimizar los riesgos de su conducta. Hizo alusión a que la conducta desplegada por su asistido es actualmente contemplada en el CP en su art. 84, como un agravante del tipo culposo del homicidio, lo cual, si bien no se aplica en este caso pues la reforma es posterior al hecho, da cuenta de que el legislador consideró que conductas como estas deben ser juzgadas como delitos culposos y no dolosos como plantea la Fiscalía. Agregó que las quejas de su contraparte no alcanzan para conmover la sentencia, que ha sido autosuficiente y lógica, y cuyos autores han concluido de forma unánime que estamos ante un caso culposo, agregando que los agravios de la Fiscalía constituyen una disconformidad con la sentencia, solicitando se rechacen los mismos tanto de la Fiscalía como de la Querellante.- Seguidamente la Defensa procedió a expresar los agravios propios del recurso que fuera interpuesto por su parte. En cuanto a lo procesal, se agravió de la sentencia por cuanto se afectó el principio de congruencia, siendo que el propio fallo da letra a la Defensa para esbozar este agravio. Señaló que la postura que tomó la Fiscalía desde un principio fue esgrimir una acusación por el delito de homicidio simple con dolo eventual, no siendo traído a colación una imputación alternativa. Relató que la teoría del caso de la Defensa se basó en la imputación efectuada por la Fiscalía, ante lo cual, entre otras cosas, se admitieron algunas negligencias en cuanto a la conducta de su cliente, las cuales respondieron a repeler el delito de homicidio simple, siendo que esta estrategia podría haber sido distinta si se hubiera acusado también por homicidio culposo. Criticó la conclusión del fallo en cuanto expresó que la plataforma fáctica no varió, entendiéndolo que esto no es así, pues durante el juicio los hechos esgrimidos por la Fiscalía variaron radicalmente ya que o bien se probó lo contrario o bien no se pudo probar acabadamente las afirmaciones de la acusación. Entendió que se ha afectado la congruencia, ante lo cual solicitó que el fallo sea revocado en cuanto a la condena atribuida por un hecho culposo, solicitando la absolución por el delito que fuera acusado, es decir, el de homicidio simple. Subsidiariamente se agravió de la pena impuesta a su asistido, por cuanto se le ha aplicado el máximo posible sin fundamentos. Señaló que no se han tenido en cuenta circunstancias específicas del caso, como ser los distintos testigos que dieron cuenta de la personalidad del imputado, o el hecho de que el mismo se quedó en el lugar luego del accidente. Postuló que aplicando el criterio de la fiscalía en cuanto a la solicitud de la pena de 10 años por homicidio simple, cuyo máximo es de 25 años, no se comprende que se haya aplicado el máximo de la pena a su asistido por un delito de menor entidad. Seguidamente tomó la palabra el Dr. Biga, quien refirió a jurisprudencia en cuanto a la pena aplicable en casos similares al presente. Seguidamente el Dr. Carbone solicitó se revoque la pena impuesta bajándose a la pena de 3 años de prisión condicional, sin criticar la inhabilitación impuesta, efectuando reservas constitucionales pertinentes.- Luego se le otorgó la palabra al Fiscal Malaponte, quien replicó los dichos de la Defensa en cuanto a la valoración de los informes de los distintos peritos que intervinieron en la causa, solicitando al Tribunal que observe el registro de audio y video de sus dichos. Seguidamente respondió los agravios de la Defensa en cuanto a la congruencia, aclarando que la doctrina y la jurisprudencia sostienen la postura de la Fiscalía, en cuanto a que la congruencia hace alusión al derecho y no a los hechos, siendo que en este caso concreto no hubo ningún cambio sorpresivo que haya afectado a la postura defensiva. Sostuvo que no ha existido variación de los hechos alguna, habiéndose expedido la Corte Suprema Provincial en distintos fallos que procede a mencionar. Tomó la palabra la Dra. Piazza, quien contestó los agravios en cuanto a la pena, considerando que la Defensa hace una valoración parcial de los parámetros para cuantificar la pena, no teniendo en cuenta por ejemplo el extremo sufrimiento de la víctima posterior al hecho, o el daño ocasionado a la familia de la misma, así como otras circunstancias que menciona.- Seguidamente tomó la palabra el Dr. Di Rienzo, quien adhirió a los dichos de la Fiscalía, efectuando algunas aclaraciones.- A continuación el Dr. Carbone, efectuó aclaraciones en cuanto a los dichos de la Fiscalía sobre la pena, seguidamente se le concede la palabra al imputado, S. J. C., quien responde preguntas sobre su vida personal a los fines de la audiencia de visu.- 6. En primer lugar la cuestión relativa a la afectación de la congruencia invocada por la defensa será necesaria - o no - en la medida de la solución que se adopte en relación a la cuestión de fondo; por lo que por ésta última comenzaremos el tratamiento del objeto del recurso. Habida cuenta de las posturas de las partes

en sus respectivas intervenciones resulta indispensable una referencia cierta al plano dogmático, en relación a los conceptos de culpa con previsión actual y dolo eventual ya que de ello depende la resolución de la cuestión principal sobre las que debaten los poderes de defensa y acusación.- Nadie puede negar la posibilidad de existencia del dolo eventual desde una perspectiva teórica, más correctamente llamado como dolo incierto o condicionado como también se lo denomina en doctrina (Conf. Terán Lomas, Roberto A.M., Derecho Penal Parte General, T.I., pág. 509, Ed. Astrea); y uno de los supuestos en que no resulta difícil imaginarlo es en los delitos de resultado, más allá que su mayor operatividad, pueda alcanzarla en los delitos de peligro. Si pretendemos explicar el fenómeno, no podemos tomar opiniones o conceptos que se vierten en otras latitudes. Se suele referir la opinión del maestro Bustos Ramirez quien al parecer reniega del dolo eventual por haber sido una herramienta del franquismo para perseguir a los opositores, ya que tal afirmación, no puede trasladarse a la realidad argentina. Es que por estas latitudes las dictaduras no han dudado en recurrir a métodos mucho menos sutiles que la operatividad del dolo eventual para perseguir a quienes pensaban distinto.- A la hora de tratar el dolo la moderna doctrina española encuentra dos clases de dolo directo; además del dolo eventual. Así distingue entre varias posibilidades: Dolo directo de primer grado. El mismo requiere que el autor persiga la realización del resultado. En esta clase de dolo predomina el elemento volitivo y el sujeto quiere el resultado producido o que ha intentado realizar. Dolo directo de segundo grado. Aquí, se exige que el autor se represente el resultado como consecuencia necesaria o inevitable de su actividad. En esta clase de dolo, no se exige la voluntad dirigida al resultado y sin embargo nadie discute el carácter doloso de los hechos cometidos. El ejemplo paradigmático de este dolo directo de segundo grado es el famoso caso Thomas, de 1.875, traído en referencia por Mir Puig, donde el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro previsto para caso de hundimiento. Aunque no tenía interés en causar la muerte de ninguna persona, sabía que ello sería inevitable, porque había tripulación a bordo (Cit. por Mir Puig, Santiago., ob. cit., pag. 202). Como tercera clase de dolo no se discute al dolo eventual. A punto tal se lo considera existente al dolo eventual que se lo llega casi a mimetizar con el concepto básico de dolo; pero esa afirmación de la doctrina extranjera sería sumamente discutible en nuestro derecho penal. Si bien aquella que se afirmaba - por un sector de la doctrina - como definición legal del dolo (art. 34 inc. 1º del Código Penal), solo requiere la comprensión de la criminalidad del acto y la dirigibilidad de las acciones; esta posición evidencia un repliegue en nuestro medio, corriéndose más el centro del debate hacia el elemento volitivo del dolo.- El objeto de apelación evidencia la necesidad de distinguir el dolo eventual de la culpa con representación o con previsión actual. Mirentxu Corcoy Bidasolo acertadamente plantea el problema, ya que afirma que el mismo no pasa por encontrar una frontera entre dolo e imprudencia sino, más bien, en lograr un concepto de ambos que sea satisfactorio (Conf. Mirentxu Corcoy Bidasolo, "El límite entre dolo e imprudencia, Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo", Pág. 48, Ed.J. Bosch, Barcelona, 1.992).- Las dificultades para tal finalidad se advierten si tenemos en cuenta que el dolo eventual y la culpa consciente, parten de una estructura común que hace dificultosa su neta diferenciación: a) en ninguno de los dos conceptos se desea el resultado; b) en ambos reconoce el autor la posibilidad de que el mismo se produzca (Conf. Mir Puig, ob. cit., pág. 203).- Se han elaborado dos teorías -que podríamos calificar como principales- más una tercera, que comparte el posicionamiento frente a un subgrupo de "ideas sueltas" que pretenden ser el paliativo de las dificultades dogmáticas e inconvenientes resultantes de la aplicación de las que podrían rotularse como teorías principales.- En primer lugar, debemos referirnos a la teoría del consentimiento o de la aprobación. En ésta concepción lo que distingue el dolo eventual de la culpa consciente es que el autor consienta la posibilidad del resultado, dando así una suerte de aprobación a su verificación. En éstos casos se realiza un juicio hipotético; si el autor hubiera podido anticiparse a los acontecimientos y hubiera sabido que su conducta había de producir el resultado típico, y no obstante ello la habría realizado igual, existirá dolo eventual (Conf. Mir Puig, ob. cit., pág. 203). Si bien la forma en que se grafica es parcialmente correcta, entendemos que no distingue acabadamente el dolo eventual, del dolo directo de segundo grado; pues dispensando la redundancia, para que el dolo sea eventual, algo de eventualidad tiene que haber en el resultado. En tal caso si de antemano el autor considera como inevitable estaremos en presencia de una de las formas del dolo directo, sin perjuicio de su real querer, en el plano volitivo.- Por ello resulta gráfica la fórmula de Welzel, al afirmar que si el autor cuenta con la realización del resultado habrá dolo, y por el contrario habrá imprudencia si el mismo confía en su ausencia. Welzel hace propia la segunda fórmula de Frank, a la que enunciaba diciendo "sea así o de otro modo, llegue a ser así o de otro modo, lo mismo actúo". Welzel tomaba de la teoría de la probabilidad -que es la otra teoría que intenta explicar éste fenómeno- algún argumento que lo utilizaba a modo indiciario, para determinar la existencia de dolo.- Por eso a juicio del suscripto no resulta dirimente en los presentes el distingo acerca de la existencia de una maniobra de evitación ex ante o de un acto reflejo ex post sobre lo que discuten las partes; volveremos infra sobre este tópico.- Es que si el motociclista provenía de la misma calle Río Negro, en sentido contrario, y el conductor lo advirtió aquí estaremos ante un supuesto de dolo directo, pues en dicho contexto hubiera dirigido su rodado en las condiciones de circulación imputadas a la mano de circulación con el resultado lógico del embestimiento.- La hipótesis de dolo eventual, en el contexto probatorio que infra meritaremos al conducir en contramano a una velocidad inusitada, casi llegando a una confluencia de calles que - por su mano de

circulación y en sentido inverso - alimentaba también el tránsito de la diagonal Río Negro y sabiendo que las posibilidades de evitación pasaban al plano de lo azaroso; nos llevan a concluir que S. en esas prácticas contó con el resultado.- El hecho que el justiciable al conducir su rodado pueda haber querido evitar el choque descarta el dolo directo; más no el eventual pues como se vera la sola noción de la voz "dolo eventual" algo de eventualidad presupone, como adelantamos ut supra.- Adviértase que en Welzel -al igual que en Franck- no se exponían como dicotomías absolutas las posibilidades de evitación o la del resultado; pues lo enunciaban diciendo que: "sea así o de otro modo, lo mismo actuó", sea así es -sí o sí- el resultado; o "de otro modo" lo evito y si no puedo mala suerte, lo que presupone dejarlo librado a una instancia donde el resultado sobrevuela.- Entendemos que la fórmula no exige que se cuenta solamente con el resultado, pues en este contexto ya casi hablaríamos de dolo a secas -tal vez de segundo grado- y el dolo eventual exige contar con el resultado más allá de estar abrazado a un deseo y cierta posibilidad de evitación.- Siempre suele criticarse al maestro Zaffaroni en épocas de paranoia represiva y no obstante no haber sido cultor de la totalidad de su escuela -comparto muchos posicionamientos en ámbitos más amplios que el derecho penal con el jurista- creo que es injusto tomar distancia de todo lo que se aproxima a él. Es que en definitiva últimamente el suscripto no lo negó, por la sencilla razón que antes no lo hube afirmado cual verdad revelada.- Nuestra sociedad debe acostumbrarse a no consumir -sin espíritu crítico- todo lo que se nos ofrece, sobre todo cuando se trata de un ideario que habilita al pensamiento y no al consumo a la manera de un enlatado.- Zaffaroni al respecto ejemplifica que si el agente tomó conciencia del posible curso lesivo de su acción porque lo advierte -circunstancia esperable en función de sus conocimientos y aptitudes individuales- "...no habrá dolo si confía en que lo puede evitar. Sin embargo, la mera apelación al azar no lo excluye; es decir, la confianza en la evitación debe ser confirmada por datos objetivos..." (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Slokar. Derecho Penal Parte General, pág. 525. Ediar. Bs. As.2002). En el caso que nos ocupa los conocimientos especiales de S. superan holgadamente la media del rol del conductor habilitado de automóviles -el fallo puesto en crisis lo afirma y no fue ello puesto en crisis por las partes- volveremos infra sobre ello. Repárese el ejemplo que brinda el mismo Zaffaroni donde evidentemente no existe intención de matar y no obstante ello habla de dolo; a saber "...quien dispara peligrosamente sobre la cabeza -entendemos que la referencia es inequívoca no a la cabeza, sino arriba de la misma- de la víctima, no puede alegar que esperaba que el resultado no se produjese, porque el mero deseo de que la afectación no ocurra no es un indicio serio para excluir al dolo eventual..." (id).- Lo propio concluye Kauffman al citar a Welzel cuando sostiene en referencia al agente que: "Si creyó el autor evitar el resultado mediante su poder, entonces obró culposamente; si, en cambio, lo abandonó a su suerte, es decir, al azar, entonces obró dolosamente..." (Kauffman, Armin, Estudios de Derecho Penal, pág. 120. Ed. B de F. Buenos Aires 2013).- Contrariamente a lo concluido por el Tribunal sentenciante el suscripto está convencido que los especiales conocimientos y habilidades especiales de S. en el concreto marco de actuación le indicaban que las posibilidades de evitación, ante la aparición súbita de un rodado, excedían su poder dejando el resto al aleatorio terreno de la suerte.- En democracia los argumentos se rebaten con mejor y es muy elocuente lo afirmado por Zaffaroni cuyas ideas son refutadas -indebidamente- solamente por el hecho de su pertenencia.- Es que el propio Kauffman citado en la audiencia es claro en referir que en el dolo eventual "...se debe partir de que la voluntad de realización no puede extender a todas las consecuencias y modalidades del obrar, si el autor cuenta con la posibilidad de su existencia o de su producción..." y que en términos del jurista citado, sólo existirá una eficaz voluntad de evitación, si el autor, a la puesta de su dirección y a su propia habilidad, atribuye una posibilidad real de evitar el resultado (Conf. Kauffman, Armin, ob. cit., pág.120).- Se ha obviado en la cita de Kauffman el punto de partida de su teoría que no es otro que el de Welzel - a quien menciona expresamente - en el sentido que "...la voluntad de realización puede abarcar no sólo el fin apetecido sino también los medios y las consecuencias accesorias con ellos ligados..." (Kauffman, Armin, ob cit. Pág. 103).- Es que "... la voluntad de realización que se propone como objetivo la evitación del resultado accesorio - en el caso la lesión de bienes de quienes interactuaban en el tránsito - y con ello excluye la producción del resultado accesorio como contenido posible de la voluntad de realización, tiene que ser voluntad dirigente que se manifieste en tal acontecer externo..." (Kauffman, Armin., ob cit. Pág 119); extremo que no se dio en los presentes donde la exterioridad del objetivo de evitación quedó relegado al inapelable campo de lo azaroso.- Dicha voluntad real de evitación - aunque no certera - debe ser merecedora, en el conocimiento del autor, alguna posibilidad cierta de evitación final y no una mera apelación a la suerte.- 7. Se habla de una proyección imaginaria como una suerte de anticipación al acontecimiento, y ciertamente que lo es para el supuesto de considerarse la condición eventual. En el ejemplo casi académico del dolo eventual, de aquel sujeto abstracto que acomete un cruce peatonal y arremete sin más en momentos en que muchas personas pueden arribar a la senda de seguridad; en cuanto a la concreción del resultado típico está condicionada a la verificación del supuesto que justamente los peatones no lleguen a correrse en caso de allí arribar, pues si efectivamente sabía que no llegarían a correrse, estaremos en presencia del dolo directo de segundo grado.- Adviértase en el caso de autos está fuera de discusión que S. circulaba por la Diagonal Río Negro de contra mano, y para ello había abandonado su carril, -lindante a un paredón del cual no era esperable la aparición de vehículo alguno-, y lo hacía a una velocidad no sólo excesiva sino inusitada, aprestándose al

arriba a dos calles cuyo tránsito concluían en la diagonal y los vehículos provenientes de dichas arterias se incorporaban justamente a la mano por donde él se conducía pero en sentido contrario, y estaba oscuro, como refirió su acompañante Esteban Ahumada.- El mismo puso todos los condimentos -tal cual hacía durante muchísimos años al utilizar la diagonal como pista de prueba- para que una tragedia se concretara y finalmente así ocurrió al no ser acompañado por el azar que había estado de su lado durante tanto tiempo.- 8. Se impone referir que, contrariamente a esta línea de razonamiento, habrá culpa consciente si el autor sólo lleva a cabo su actividad abrazándose a la posibilidad de que no se produzca el resultado, y diciéndose "si yo supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo dejaría enseguida de actuar" (Conf. Mir Puig, Santiago, ob. cit., pág. 203).- Pero en la delimitación de dicho aspecto interno a juicio del suscripto juegan un papel dirimente los conocimientos y habilidades especiales de un conductor que no sólo era mecánico, sino que además periódicamente ponía a prueba dichas aptitudes, sea en los picódromos predispuestos para esta actividad riesgosa, como en la Diagonal Río Negro que en el marco de su actuación periódicamente hacía las veces de éstos.- En la dogmática penal se ha operado una suerte de relegamiento de los elementos voluntaristas en relación al juicio de culpabilidad, sobre todo a partir de las dificultades que genera la culpa sin previsión actual. Ahora bien, en esta línea de pensamiento no se han logrado superar todas las dificultades dogmáticas; a punto tal que la moderna doctrina de la imputación objetiva, al decir de Roxin parte de la noción de la voluntad humana motivable, como destino de los mandatos formulados por el derecho penal (Conf. Roxin, citado por Larrauri, Elena, en La imputación objetiva. cit., pág.77).- Esa circunstancia ha determinado la aparición de críticas a la teoría de la probabilidad -infundadas a nuestro juicio- como la de Welzel, que se fundan en que se descuida el elemento volitivo del dolo, a favor del intelectual (Conf. Welzel, Hans, Derecho Penal. Parte General, pág. 76, Ed. Depalma, Bs. As. 1.956), propio del conocimiento de la probabilidad de producción del resultado.- Es siempre recordada esta cita de Welzel: "Ciertamente la magnitud de la probabilidad de la producción del resultado, que el autor calculó, puede ser uno de los indicios de que había tomado de "yapa" el resultado posible", Welzel, Derecho Penal. Parte General, págs. 75 y 76. Ed. Depalma Bs. As. 1.956).- Como bien refiere la acusación en alguna ocasión, hemos afirmado que en el dolo eventual, existe un momento volitivo y ese momento está en el querer continuar con la conducta, no obstante la fuerte probabilidad de producción del resultado (Conf. Acosta, Daniel F. "La culpa penal. Límites de la concepción normativa", págs. 186/7. Ed. Fas, Rosario 2.000. Lo reiteramos en "Tratado de la culpa penal", pág. 427. Ed. Juris Rosario 2006. Posición luego sostenida por Edgardo Donna, que podría quedar comprendida en los resultados concomitantes que quedan abarcados en la voluntad realizadora como posibles (Que es una de las posibilidades que reconoce Zaffaroni, al hablar elemento volitivo en el dolo, junto a la voluntad perseguidora del fin contenido en el tipo penal. Conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl. ob. cit., pág. 499).- 9. En los presentes es de estricta aplicación la teoría de la probabilidad ya que existe acuerdo en afirmar la presencia de dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado, y de culpa consciente cuando la posibilidad de que esté reconocida por el autor era muy lejana, sin importar la actitud interna del agente, de aprobación, desaprobación o indiferencia, aunque se discrepa en relación al grado de la probabilidad requerida para trazar la línea divisoria (Conf. Mir Puig, Santiago, ob.cit., pág. 205). Ahora bien, parte del elemento intelectual del conocimiento, negando la necesidad de querer el resultado como requisito esencial del dolo, siendo lo determinante para diferenciar el hecho doloso del que no lo es, el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor (Conf. Mirentxu Corcoy Bidasolo. "El límite entre dolo e imprudencia. Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo", pág.51 Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1.992).- El fallo puesto en crisis afirma expresamente que numerosos vecinos: "fueron contestes en asegurar que era prácticamente normal que el imputado probara autos a gran velocidad sobre Río Negro...". En suma que el justiciable utilizaba la diagonal Río Negro como pista de prueba, lanzando vehículos a alta velocidad desde hacía muchos años; esto es en el mismo lugar del hecho motivante de autos y en la misma práctica acometida al momento del hecho.- Tal extremo no ha sido puesto en crisis, como agravio concretado en la audiencia, por lo que se impone su consideración como dato probado a los fines de la resolución del recurso.- Por ello resulta relevante reconstruir la conducción verificada al momento del hecho y en tal sentido el testimonio de Aldo Ramello es elocuente al afirmar que el auto frenó en una loma de burro y salió picando de nuevo a alta velocidad, y al salir nuevamente vio para el lado de calle Garzón y advirtió como una explosión y que estaba involucrado el mismo auto que frenó en el lomo de burro y luego salió picando viniendo a alta velocidad; en el mismo sentido Osvaldo Prete dijo haber sentido un estruendo terrible luego de ver pasar la coupe por diagonal Río Negro.- Los testimonios de los peritos corroboran y profundizan los detalles de la conducción previa de S. al desenlace fatal ocasionado por su conducta; a punto tal que el pronunciamiento da por probado -y ello no fue rebatido en la audiencia de apelación- que la circulación previa a una velocidad cuyo piso se ubica en el rango de los ciento siete kilómetros por hora y su techo en no menos de un cincuenta por ciento de dicha estimación, de contramano en una calle de nuestra ciudad y aproximándose a una confluencia de arterias que alimentaban -en sentido contrario- la mano indebida por la que circulaba el justiciable; esto es Diagonal Río Negro.- 10. Las partes transitan una disputa que a juicio del suscripto no adquiere una mayor relevancia.- La defensa refiere que la parabólica del vehículo que lo lleva a colisionar con la columna fue a partir de un fallido

intento de evitación, con lo que cree dejar todo zanjado en la culpa con previsión.- El actor penal afirma por el contrario que la maniobra de evitación fue posterior y pretende probar con ello que ni siquiera intento hacerlo; dato éste que en el supuesto de haber advertido la presencia del vehículo de menor porte no lo colocaba en el dolo eventual, sino en alguna de las manifestaciones del dolo directo.- En lo probatorio la balanza se inclinaría en el desvío posterior al choque y casi a la manera de un acto reflejo.- La opinión personal del Ingeniero Milauski, en el sentido contrario, es perfectamente válida en el plano formal (CSJN 1-12-92 "Pose, Jose de vs. Provincia de Chubut y otra", JA 1994-II-262.); pero a la hora de la valoración deviene sumamente cuestionable.- Es que una de las vertientes por las que se puede cuestionar la opinión del perito es su contradicción con elementos de convicción que podrían indicar otra cosa -normalmente se da en el apartamiento del perito del levantamiento del rastro- y aquí las partes -como en los hechos ha concretado la acusación- pueden cuestionar el razonamiento pericial, con fundamento en la omisión de elementos de juicio cuando su trascendencia fuera de tal envergadura que permitiera arribar a conclusiones diferentes (Acosta, Daniel, "El dictámen pericial y su valoración" en Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Director Jorge W. Peyrano, coordinador general, Marcos L. Peyrano, T. 3 A, pág. 322). Ello así por cuanto el propio imputado al momento de declarar en la audiencia torna posible inferir de su versión el no haber visto previamente a la motocicleta (Expresamente dice: "... Antes de llegar a Campbell vi una figura, vi algo negro, algo gris que impacto con el auto. Se movió el auto, atiné a mover la dirección a la derecha. Fue un reflejo..."); y que así las cosas tomó como primer noticia de su presencia el impacto, versión que encuentra abono en los dichos de su acompañante Ahumada.- En tal sentido el máximo tribunal provincial ha sostenido in re "Mariaux" que los dichos del imputado expresados durante el trámite del proceso y en presencia de su abogado defensor pueden ser valorados como prueba de cargo o descargo, independientemente de su voluntad de reiterarlos o rectificarlos durante el debate oral (Conf. CSJ Santa Fe, "Mariaux, Matias Exequiel s/ recurso de inconstitucionalidad" 7-3-2017).- En dicho marco los dichos de S., en consonancia con la versión de Ahumada, acreditan la inexistencia de maniobra previa de evitación en relación con el momento del impacto y que -así las cosas- la parabólica fue como consecuencia del choque.- Este debate no es dirimente a la hora de la confirmación -o no- de una hipótesis de dolo eventual; pues si no lo evitó habiéndolo advertido previamente rozaría hipótesis de dolo directo.- La ausencia de evitación en razón de no haber advertido previamente al vehículo de menor porte, tampoco cerraría toda posibilidad de dolo eventual.- Más aún en el contexto probatorio de autos en el que existe un dato que desdibuja la relevancia que las partes y el pronunciamiento la adjudican a la existencia previa -o no- de una maniobra de evitación determinante de la vuelta a su mano de correcta circulación.- Tal dato es la aproximación, que el perito Abraham calcula en siete metros respecto del cruce con Campbell y Perez Bulnes, que confluían en la diagonal Río Negro y de la que podían acceder en sentido contrario vehículos al lugar por el que circulaba -a la velocidad que referimos- S.; pues se trataba de la mano a la que se incorporaban vehículos desde dichas arterias.- La velocidad Abraham sin considerar la energía cinética liberada luego del impacto con la columna la estima en un mínimo de ciento siete kilómetros por hora -entre ciento cinco y ciento diez- lo que da una idea que cualquier posibilidad de evitación estaba más librada al azar que a la pericia del conductor.- Más aún cuando el lugar se trata de una zona conocida por el justiciable a punto tal que el mismo la utilizaba como pista de carrera, al menos con una utilización similar a las pruebas de clasificación que en dichos eventos se realizan.- En los hechos lo que hacía el justiciable era algo así como practicar tiro fuera de un polígono y en zona poblada; o una suerte de ruleta rusa donde el revolver no se cargaba con una sola bala, sino cuatro, cinco, etc.- Quedando en dicho marco de actuación las posibilidades de evitación en una instancia azarosa, en la que la falta de suerte no llevaba a otro lugar que a un resultado flagelante.- 11. Es que sus conocimientos personales no podían decirle otra cosa que cualquier aparición sobre la confluencia de calles sobre la diagonal, yendo en contramano -y sobre aquella a la que se desplazaban aquellos provenientes de calles Campbell y Perez Bulnes- era de imposible evitación.- En tal marco de análisis la problemática que aquí se plantea es la relativa a la capacidad y consiguiente poder del destinatario de la norma de cuidado para cumplir con el mandato. La norma siguiendo a Maurach presupone la capacidad de su destinatario de obedecer el mandato de deber contenido en ella. En esa medida el deber presupone efectivamente un poder (Conf. Maurach, Reinhart, "Derecho Penal. Parte General", T.II., pág.134, Tra. de la séptima edición alemana, Ed. Astrea, Bs. As., 1.995), poder que será diverso en función del sujeto concreto de que se trate, de modo que -concluye- la infracción normativa y la capacidad individual de obediencia a la norma en el caso concreto de infracción pasan a constituir presupuestos recíprocamente relacionados (id.), por lo que concluye en la distinción entre la norma y la capacidad de obedecerla (Conf. Maurach, R. Ob. Cit., pág.135).- En este aspecto debe estarse, en primer término, al principio ultra posse nemo obligatur, en virtud del cual el poder siendo individual y concreto se debe referir a las condiciones del sujeto, tanto si en el caso éstas eran superiores a la medida común como si eran inferiores (Conf. Soler, "Derecho Penal Argentino", T.II., pág. 172).- Si el agente conoce sus aptitudes y conocimientos especiales, y deja de utilizarlos conscientemente -consecuente con su rol de experto conductor y mecánico- representándose como probable la producción del resultado, obviamente que la conducta será dolosa.- Aquí ese es el rastro probatorio que permite acreditar el dolo ya que con tales conocimientos - que encontraban una plural vertiente -

no puede negarse que contó con el resultado; dicha fuente se base en que: Por un lado su condición de mecánico que le permite conocer en profundidad uno de los tres elementos de la pirámide accidentalológica, cual es el automóvil y es que lo afirma como suyo.- Por otro lado el otro elemento de la pirámide accidentalológica cual es el camino, toda vez que se encuentra probado en autos que era su pista de prueba alternativa.- En último lugar en cuanto a la práctica toda vez que el lanzar vehículos a gran velocidad probando su rendimiento extremo forma parte del menú de opciones que concretaba al momento del hobby y el esparcimiento.- Ante ello los factores combinados; esto es velocidad, conducción en contramano y proximidad con arterias que confluían y alimentaban el tránsito de contramano llevaron inevitablemente a asumir que las posibilidades de evitación eran remotas y azarasas.- La extensión que en nuestro derecho se le otorga a la presunción de inocencia y al principio in dubio pro reo no le brinda ninguna posibilidad dogmática a la operatividad de la presunción de dolo (Conforme ya nos advirtiera desde siempre Soler -Conf. Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino"-, pág. 135, de TEA Bs. As. 1989).- Pero dicha circunstancia no torna exigible el recaudo de prueba directa. Mi Sala de pertenencia, con anterior integración, ha dicho citando a Soler que: "...El querer -dice Windscheid- como estado espiritual interno es indiferente al derecho. Lo es no solamente porque el derecho no tiene de él ningún testimonio, sino porque su cualidad no le basta. Por eso puede armar el primero (Kelsen) "...Cuando en una figura de ilicitud aparecen como presupuesto la voluntad, la intención u otros hechos psíquicos, estos deben entenderse como elementos meramente externos, objetivamente reconocibles por el juez, que permitan aceptar como posible el correspondiente estado psíquico ... Si un sujeto dispara su revólver contra el pecho de otro, todo lo que sabemos es eso: que disparó su revólver en condiciones tales que necesariamente debía prever la muerte que causaba. Pero si a pesar de ello, ese individuo afirma que no tenía la voluntad de matar, no existen medios externos válidos para demostrar lo contrario. El haber o no querido es un hecho psíquico que solamente la introspección puede alcanzar..." (Soler, "Derecho Penal Argentino", 10ª edición, T.II, pág. 127). En el mismo sentido enseñaba Carrara: "...que el estado de ánimo no puede ser justificado por percepción directa, sino que tiene que ser deducido de conjeturas exteriores..." (Carrara, Programa, parágrafo 1104). En síntesis cuando de los hechos objetivamente verificables y corroborados por la realidad existe una probabilidad de inferir una actitud subjetiva que se corresponda con esa realidad, el derecho se da por satisfecho..."- (Transcripción textual de la resolución N° 209, 28-5-08, de ésta Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, Sala IV, in re "Correa Nuñez s/ administración fraudulenta").- Marina Gascón Abellán cuestiona con razón la interpretación mantenida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español que, al concebir los llamados hechos psicológicos como juicios de valor sobre intenciones y conocimientos, entiende que "no son estrictamente verdaderos hechos, pues no se trata de datos fácticos aprehensibles en la inmediación procesal del juicio por los sentidos de los jueces; y al no ser aprehensibles por los sentidos, no son objeto de prueba propiamente dicha y por ello quedan fuera de la garantía constitucional de la presunción de inocencia ("LECr" STS 482/1996, del 8 de junio. En el mismo sentido, SSTS 993/1993, 26 de abril; 823, 26 de junio, y 527/ 1996, del 16 de septiembre). Es que muy bien sostiene la autora -no obstante reconocer las dificultades probatorias- que aun estos hechos subjetivos e internos deben ser siempre constatados como hechos probados; pero dicho conocimiento es muy difícil que se de a partir de un conocimiento directo, sino indirecto por vía de la prueba de otros hechos externos (Conf. Gascón Abellán, Marina, Los hechos en el derecho, págs. 76, 77 y 78. Marcial Pons. Madrid. Barcelona, 1999).- Con ello adquiere relevancia la existencia de circunstancias objetivas y exteriores verificables -tales como las que fueran ut supra referidas- expediente con el cual el dolo puede reputarse probado; no ya a partir de una mera presunción.- Lo que no advierte la defensa es que la voluntad realizadora del tipo -en el caso concreto- no debe mensurarse desde la perspectiva del hombre común o medio, concebido por Finnis como el "...hombre moderno dotado de utilidad práctica ...", conforme lo cita la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido precedente "Simón"; sino con la medida del mecánico y aficionado a las competencias a alta velocidad en sitios adecuados e inadecuados.- Prácticas y habilidades con años de experiencia, razonable destreza para el manejo de vehículos y -lógicamente- conocimiento de las situaciones que le habilitan a conducir de la manera que lo hacía.- Ante ello y contrariamente a lo sostenido en el fallo venido en apelación el justiciable era consciente de la probabilidad de ausencia de posibilidades de evitación del resultado final lo que determina que el reproche se concrete a título de dolo (art. 79 del Código Penal), debiendo modificarse el encuadre típico de la conducta.- Por último, mal puede reputarse zanjada la cuestión con la reforma penal que crea ciertas graduaciones en la culpa (art. 84 bis del Código Penal, último párrafo agregado por el artículo 2º de la ley 27.347, B.O. 6-1-17); pues su ámbito de aplicación es la imprudencia (advuértase que con la caracterización de las distintas exteriorizaciones de la culpa comienza la norma que nos ocupa) y no el dolo como en el supuesto que nos ilustra el objeto procesal. S. circulaba por la Diagonal Río Negro de contra mano, a una velocidad no sólo excesiva sino inusitada, aprestándose al arribo a dos calles cuyo tránsito confluían en la diagonal y los vehículos provenientes de dichas arterias se incorporaban justamente a la mano por donde él se conducía pero en sentido contrario. Como se advierten las causales que el nuevo dispositivo computa alternativamente eran asumidas conjunta y cumulativamente por el justiciable, en un contexto donde se concluyó que en dicho accionar contó con el resultado y dejando a salvo la posibilidad recursiva de manera horizontal

conforme "Scalcione" CSJSF (4/10/2016).- 12. Obiter dictum: Este magistrado no puede dejar de apreciar que muchas veces se conspira en este tipo de pragmas a la configuración del dolo eventual so pretexto de una hipócrita protección a los deudos de la víctima.- Es que según el tenor literal de la previsión legal el seguro es rechazado en caso de culpa grave del asegurado y la jurisprudencia sesgada -por especialidad- lo circunscribe normalmente a los casos de dolo.- Olvidan, por un lado, que en virtud del mandato preambular de afianzar la justicia no puede interpretarse al seguro como un contrato egoísta -con clima de época- en la medida que se genera un monopolio en favor de la parte profesional a partir de la obligatoriedad del seguro que establece la ley nacional de tránsito. Ante ello quien puede negar que esta figura no cumple una función social.- En dicho marco es indispensable la cita de Lorenzetti al concluir que la aplicación de la normativa técnica del contrato de seguro encuentra un límite al no permitir violentar los derechos garantizados por la constitución nacional (Conf. Lorenzetti, Ricardo L, "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en LL,23-04-2012, pág. 1), sin dejar de lado aquellos contenidos en el preámbulo de nuestra Carta Magna.- Se olvidan que un jurista de la talla de Ramón Teodoro Ríos no aplicara dicho dispositivo en la relación con el tercero damnificado (precedente "Blua"), que el suscripto no aplicara el supuesto de no seguro del asegurado -consumidor- en casos de cláusulas predisuestas por el profesional. Fallo éste último confirmado con el recordado voto preopinante del Dr. Ríos (Precedente: "Rodríguez").- Más aún teniendo en cuenta que dichos precedentes son anteriores a la vigencia de la ley de defensa al consumidor - a la que se la cita en función del cambio de paradigma, pues no se puede afirmar que la víctima Orgaz hubiera sido consumidor del contrato de seguro, pero tampoco puede obviarse de la función social del seguro referida - que establece como principio la interpretación de las cláusulas predisuestas por la parte profesional, con criterio restrictivo.- El Poder Judicial no puede convalidar una injusticia extrema -la injusticia absoluta no es derecho conforme decía Gustav Radbruch- y así sumir al abandono a la familia Orgaz.- El suscripto es consciente que asistimos a tiempos difíciles en que se suele creer que la justicia es impiadosa con los débiles y genuflexa con los poderosos; que incluso se ha llegado a sostener -no puedo precisar con que grado de rigor- que hoy no solo asistimos a la postverdad, sino aún más a la postjusticia.- La crónica diaria parecería indicar que hay criterios jurisprudenciales que cambian cada cuatro años o en consonancia con los cambios del poder político, donde no es moneda corriente el juzgamiento a funcionarios en funciones, sino a aquellos que paulatinamente pierden el poder casi a la manera del viejo juicio de residencia de nuestra época colonial.- El suscripto no pregona -en absoluto- un gobierno de los jueces, pero el Poder judicial no debe abdicar, en ocasiones y efectivizando su cuota de control y contrapeso, de incomodar -y también de incomodarse, pues en ello hay una buena dosis de la peor de las censuras; a saber la autocensura- concretando el rol de "piedra en el zapato" para los excesos de los poderes políticos y económicos; y aún más de transformarse en aquello que la sabiduría popular de la murga uruguaya describiera como "...el plan perfecto que ha salido mal".- De esa manera dará respuesta positiva a ese interrogante angustiante que atormentara a Radbruch "...es que no hay jueces en Baviera..."- Corremos el riesgo que nuestra voz -y el consiguiente respeto y acatamiento en la sociedad- se vaya paulatinamente apagando, a la manera que describía Ernesto Sabato en "Sobre héroes y tumbas" -referencia al anochecer- "...como se apagan las conversaciones demasiado fuertes en la habitación de un moribundo..."- Se olvida también que a partir de la falta de sanción adecuada de estos hechos de extrema gravedad -no solo desde la perspectiva del resultado, sino fundamental de la conducta-; se genera una situación de impunidad incompatible con una sociedad democrática.- En tal sentido es dable recordar el Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -del año 2.009- que obliga a los estados miembros a no convalidar la impunidad en la sanción de hechos graves sin incumplir las obligaciones convencionales.- 13. En cuanto a la pena, corresponde acometer la competencia positiva autorizada por nuestra Corte Provincial en el precedente "Scalcione" fijando la misma en esta instancia, quedando expedita la posibilidad revisora por la vía que en dicho precedente se establece como se aludiera en el punto 11) in fine de esto Considerandos (apelación horizontal).- Sentado ello, en primer lugar deviene oportuno referir al célebre trabajo de quien podría decirse es la opinión más prestigiosa en la materia -me refiero a Corcoy Bidasolo- aquí citada, que intenta trazar un límite entre la culpa con representación y el dolo eventual, y nos persuade que estamos ante una zona normalmente limítrofe y en la que cuesta mucho salir de la lógica binaria que brinda opciones no más allá del techo de la culpa y el piso del dolo.- En esa tarea se advierte que las razones que llevaron al Tribunal de grado a individualizar la pena máxima del delito culposo, pone de resalto que la mayoría de las circunstancias agravantes valoradas en el pronunciamiento puesto en crisis, son aquí utilizadas para individualizar el injusto como doloso y no culposo -con una excepción que se precisará-, y tener dichas pautas en cuenta para agravar la pena implicaría una doble mensuración de la agravante prohibida constitucionalmente.- Sin embargo, el componente que hace a la extensión del daño al que se alude en el art. 41 del CP para mensurar el reproche adquiere una particular consideración en el presente caso y tiene directa incidencia para autorizar apartarse del mínimo legal de la figura en tratamiento. En tal sentido no puede soslayarse la manera en que Damián Orgaz encuentra la muerte la que no fue de forma inmediata, tuvo una sobrevida de aproximadamente media hora, sin sus miembros superiores y sin su pie, estando consciente de ello, dado que miraba a para los

costados de su cuerpo; y el sufrimiento inconmensurable que implicó aquéllo hasta alcanzar la muerte, todo ello, como quedó acreditado; lo que evidencia un plus de consecuencias en la víctima -más allá de las típicas- que merecen ser ponderadas.- Por tanto, quedando subsistentes y jugando en su favor del acusado la ausencia de antecedentes que valorara el fallo, como así también la favorable impresión que causara el justiciable en al audiencia de conocimiento personal, lo expresado, nos lleva a individualizar la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo la pena de inhabilitación sumando como fundamento de ella el artículo 20 bis inciso 3° del Código Penal. Así voto.- A LA MISMA CUESTIÓN LA DRA. HERNANDEZ DIJO: Que adhiere al voto precedente por los mismos motivos y fundamentos a excepción del obiter dictum (punto 12 de los Considerandos) en tanto expresiones personales del Sr. Vocal preopinante.- A LA MISMA CUESTIÓN EL DR. MASCALI DIJO: Comparto la conclusión a la que arriba el colega preopinante Dr. Daniel Acosta, por iguales fundamentos, voto en el mismo sentido; con excepción de su afirmación personal en el obiter dictum.- Sin perjuicio de ello y como agregado de mi parte considero que: "En materia de lo que comúnmente se llama accidentes de tránsito existe una resistencia en aplicar la figura del dolo eventual, sin embargo ha llegado la hora de considerar y calificar algunos sucesos (como el presente) de manera distinta a las figuras culposas como tradicionalmente bien aconteciendo. Cuando se configuran determinadas conductas de tránsito en zonas residenciales como ser: a) cuando se circula a mas de 100 km/hora; b) alta velocidad y de contramano; c) efectuando pruebas de velocidad; o d) emprendiendo carreras o "picadas" desenfundadas sin otro objetivo que la competencia por la competencia misma; se configuran acciones que superan los límites de la culpa y cualquier concesión que se efectúe en este escenario importa una improcedente atenuación de responsabilidad e inocultable franquicia al conductor de un vehículo automotor".- A LA SEGUNDA CUESTIÓN LOS DRES. ACOSTA, HERNANDEZ Y MASCALI DIJERON: que conforme al resultado de las votaciones precedentes corresponde revocar parcialmente la sentencia apelada, modificar el encuadre típico la que se subsume en la figura del homicidio simple art. 79 del Código Penal y fijando la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas. Manteniendo la pena de inhabilitación sumando como fundamento de ella el artículo 20 bis inciso 3° del Código Penal. Confirmando en lo restante el pronunciamiento en cuanto fuere materia de agravio.- Por tanto, el Tribunal Pluripersonal Oral de esta Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario; FALLA: Revocando parcialmente la sentencia apelada, modificando el encuadre típico la que se subsume en la figura del homicidio simple art. 79 del Código Penal y fijando la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas. Manteniendo la pena de inhabilitación sumando como fundamento de ella el artículo 20 bis inciso 3° del Código Penal. Confirmando en lo restante el pronunciamiento en cuanto fuere materia de agravio.- Insértese, agréguese copia, hágase saber y baje.- (CUIJ NRO. 21-06426122-0).- 024465E