

Análisis del caso Orellano

¿Una autopuesta en peligro?

Ignacio Albornoz¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- ¿Homicidio o una decisión que salió mal?; III.- La sentencia: ¿hecho preterintencional?; IV.- Conclusiones; V.- Bibliografía.

RESUMEN; El presente trabajo se propone analizar el caso “Orellano” de la ciudad de Rosario, bajo la óptica de una de las clasificaciones llevadas a cabo por Claus Roxin sobre la autopuesta en peligro dolosa de la víctima y la consiguiente atipicidad del resultado acaecido.

PALABRAS CLAVE: Imputación objetiva – Autopuesta en peligro – Dominio del resultado – Dolo eventual.

I.- Introducción

El objeto central de este trabajo es analizar la sentencia condenatoria del caso “Orellano” de la ciudad de Rosario a través de la figura de la autopuesta en peligro de la víctima creada por el jurista alemán Claus Roxin. Para dicho análisis es preciso dejar en claro que solo me atenderé a lo estrictamente ventilado en el proceso y en la sentencia, dejando de lado aquellas “acusaciones” o comentarios efectuados por fuera del juicio para los cuales nada puedo comentar. Dicho esto, en un principio se abordará qué es la autopuesta en peligro dolosa expresada por ROXIN, y se irá incluyendo a medida que transcurre el desenvolvimiento del trabajo, las diferentes cuestiones que se discutieron durante el proceso.

¹Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional de Rosario (UNR) ignacioalbornoz@gmail.com. Blog: <https://cuestionesdelderecho.blogspot.com/2023/05/sobre-el-blog.html>

Por su parte, el caso que aquí se comenta ocurrió -como se menciona supra- en la ciudad de Rosario, donde se produjo la muerte por ahogamiento de Carlos Orellano a la salida de un bolicheailable dentro del complejo “La Fluvial”, y se condenó a Emiliano López, Gabriel Nicolissi y Karina Gómez como autores penalmente responsables de los delitos de homicidio preterintencional en concurso ideal con abandono de persona seguido de muerte y los dos últimos por el delito de falsedad ideológica de instrumento público agravada, en concurso real en calidad de coautores en grado consumado.

En un principio, tanto la fiscalía como la querrela, sostuvieron que el hecho se debía encuadrar bajo la figura del homicidio simple con dolo eventual debido a que el accionar de los imputados había llevado a que la víctima tomase como última opción, el arrojarse al río para así librarse de la violencia física que sobre ella se estaba ejerciendo. No obstante, esta postura fue desechada por el Tribunal, quien entendió que el hecho recaía sobre una figura preterintencional. Esto debido a que a partir de los testimonios aportados más la prueba material y documental “no lograron acreditarse los elementos que integran el tipo penal de homicidio simple con dolo eventual. No se probó durante la audiencia de debate que alguno de los imputados se haya representado fehacientemente el resultado muerte exigido por el tipo, y que representándose no les interese su producción”².

a) Autopuesta en peligro dolosa de la víctima

Claus Roxin ideó la figura de la auto y heteropuesta en peligro de la víctima a los fines de analizar, dentro del juicio de responsabilidad penal, la acción propia de ésta y su incidencia en el resultado final. Dicho juicio sabemos “reclama como presupuesto básico, la identificación de una acción atribuible a un individuo”³. En tal sentido, ROXIN sostiene que “concorre la autopuesta en peligro cuando alguien sufre un daño a través de su propia acción arriesgada, aunque también otro haya contribuido a producirlo”, de esta manera, agrega que al ser la autopuesta en peligro de la víctima una acción penalmente irrelevante tampoco puede ser punible tomar parte en tal suceso⁴. Es por ello que ha pasado a considerarse desde un

²Nicolossi Gabriel Julio y otros s/ Homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 2023, p. 79.

³ GOMEZ RIVERO, Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición? 2014, p.106.

⁴ROXIN, Der Streitum die einverständlicheFremdgefährdung, 2013, p. 04.

punto de vista causal, la contribución de la víctima en la producción del resultado mediante su propia conducta⁵.

Inicialmente, la discusión se presentaba ante los casos de suicidio o bien en el ámbito de la venta o entrega de estupefacientes a quien ya era consumidor. Este último caso, era entendido por la jurisprudencia alemana como un homicidio imprudente, pero luego, fue introduciéndose poco a poco la postura que aquí se comenta. En esa línea, partiéndose de la teoría de la imputación objetiva, ésta permite aplicar la figura a otro tipo de hechos en los cuales, fuera de los casos normalmente discutidos por la doctrina, ubican a la víctima en un papel central en el resultado final.

En el caso concreto que aquí se trae a colación, existió desde un principio la razonable duda de si la víctima -Orellano- había tomado la decisión de arrojarse al río por sí mismo ante la presencia de violencia física (golpes) que se estaba ejerciendo sobre ella por los agentes policiales y guardias de seguridad del establecimiento. No obstante, una vez analizados los resultados de la autopsia que le fuera practicada, la violencia física como tal debió ser descartada al no haberse hallado rastro alguno de golpes o heridas graves en su cuerpo que pudieran reforzar la teoría acusadora.

La fiscalía también aportó los testimonios de varios testigos que acreditaron ver un “acorralamiento de la víctima contra la baranda” lindera al río. Es por ello que la acusación se centró, por un lado, en la superioridad numérica de los agentes y por el otro, en ese *acorralamiento* de la víctima que habría propiciado una suerte de temor tan grande que Orellano no vio otra salida más que arrojarse al río.

Ahora bien, si nos detenemos sobre la acusación de la fiscalía, la presencia del dolo eventual se daría ante una representación más bien tácita, o podríamos decir obvia, en el sentido de que los acusados al ejercer ese forcejeo y acorralamiento contra una baranda en la costa de un río debieron saber -y por tanto haber aceptado- que ello provocaría un gran temor en la víctima que lo haría actuar de manera peligrosa. Esto debido a que en el dolo eventual, el agente acepta que existe una gran posibilidad de que un determinado resultado ocurra, pero aún así, esa hipótesis no es tenida en cuenta para desistir de la acción. Sin embargo, en este hecho concreto, no ha podido acreditarse la existencia de una representación en los involucrados de que la víctima se asustaría y decidiría arrojarse al río. Esa especulación podría haber tenido lugar si los acusados dirigían con actos de

⁵ FRISCH, Tipo penal e imputación objetiva, 1995, p. 120.

violencia a la víctima sobre el borde del río hasta que no quedase más opción que arrojarlo, algo que no ocurrió, pues la víctima ya se encontraba en ese lugar, y había llegado allí por sus propios medios. Sumado a ello, uno de los guardias de seguridad imputado relató que la víctima había sido encontrada del otro lado de la baranda de la costa, es decir, en mayor peligro, y que ellos lo habían retirado de allí para ponerlo a salvo. Inclusive, el relato de los testigos es coincidente en que la víctima, al momento de arrojarlo al río se escapa del forcejeo, cruza la baranda y se arroja al agua.

II.- ¿Homicidio o una decisión que salió mal?

Como se viene mencionando, la fiscalía imputó a los involucrados en el hecho bajo la figura de homicidio simple con dolo eventual por creer que dadas las circunstancias, Carlos Orellano había visto como “vía de escape” el arrojarlo al río para así escapar de los imputados y que estos no continuaran ejerciendo violencia física sobre él.

Respecto del dolo eventual, la doctrina es coincidente en que el mismo refiere a una representación del resultado en la parte intelectual o cognoscitiva del agente, de manera que este conoce el peligro concreto de la realización del tipo penal, pero la tiene en cuenta solo como posible. En ese sentido, se entiende que esta figura se presenta cuando según el plan concreto del agente, la realización del tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia del proyecto de acción. Se trata por tanto de una resolución en la que se acepta *seriamente* la posibilidad de producción del resultado, y es esto lo que no permite su aplicación en el caso en cuestión, debido a que no existe desde un punto de vista material ni tampoco testimonial, prueba suficiente que permita concluir que la decisión tomada por Orellano era la que buscaban los agentes, ya que por un lado, el solo hecho de estar al borde del río no permite aceptar como único escenario posible el arrojarlo. Inclusive la propia víctima podría haberse representado como posible este resultado, y por tanto intentar mediar la situación para poder salir de ese lugar que lo posicionaba en una clara inferioridad, y lo exponía a un peligro cierto de caer al río. Además de ello, si tomamos lo dicho por el imputado ‘Maidana’ en su declaración, lo que se buscó era evitar que justamente se diera ese resultado⁶. Demás esta remarcar, que el solo hecho de que los dichos

⁶Fabían Maidana relata que al salir en un momento del establecimiento, ve un “bulto” que luego identifica como una persona dormida a la cual en compañía de uno de los policías imputados, lo “arrastran” para el otro lado de la baranda con el fin de ponerlo fuera de peligro. Nicolossi

provengan de un imputado sea razón suficiente para no acreditar en su versión, ya que como es harto conocido, estos gozan del principio de inocencia hasta tanto se pronuncie una sentencia, y la declaración que decidan aportar en juicio debe ser atendida como posiblemente cierta y no como una simple artimaña a través de la cual se busca desligar del hecho.

Un segundo problema que plantea la acusación de la fiscalía es el hecho de que siempre se parte de la especulación. Pero esta razón es la que tomaré para dar lugar a ciertas hipótesis que permitirían entender el porqué de la postura acusadora. Desde ya, el solo hecho de que la propia víctima se haya arrojado al río cuando no haya existido una violencia grave sobre ella abre paso a numerosas dudas, ya que resulta muy difícil creer que ésta puso en peligro su vida sin ninguna razón.

Por mi parte, tomaré fragmentos de la declaración del imputado Fabián Maidana, el cual en su relato dijo que había mantenido una conversación con la víctima afuera del establecimiento una vez que ya lo habían expulsado del mismo. En ese relato, Maidana sostiene “(...) *habla conmigo ahí, le digo, estaba ofuscado, estaba algo alcoholizado, estaba ofuscado, y le digo, ¿qué te pasó? Dice, no, me sacó, estaba como que tenía el orgullo herido que lo había sacado una mujer, una mujer de seguridad (...)*”⁷. A su vez, en otra parte de su relato vuelve a sostener “*seguía ofuscado con la chica de seguridad que lo había sacado nosotros tratando de calmarlo*” “*Seguía enojado con la chica, con la chica de seguridad que lo había sacado*”⁸. Repárese en este caso que el imputado destaca en varias oportunidades bajo la expresión “ofuscado” el estado de ánimo de la víctima. Sumado a ello, uno de los testigos (Daniel Cáceres) relata que ve a dos hombres que “*venían trayendo a un chico desde Ming hacia el Muelle n° 3, lo empujaban mientras le gritaban que se vaya. El chico estaba enojado y decía: "¿cómo me pueden sacar así?"*”⁹. La persona de la cual se trataba era la víctima, Orellano. La fiscalía por su parte sostuvo que “una vez fuera del boliche, pero aún dentro del predio del complejo la fluvial, Orellano se encuentra con las cuatro personas imputadas ... Orellano les

Gabriel Julio y otros s/ homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 2023, p. 56.

⁷Nicolossi Gabriel Julio y otros s/ homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 2023, p. 55. Cursiva original.

⁸Nicolossi Gabriel Julio y otros s/ homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 2023, p. 62. Cursiva original.

⁹Nicolossi Gabriel Julio y otros s/ homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 2023, pp. 67 y 68. Cursiva original.

pide volver a ingresar al boliche y la negativa a su reingreso, los coloca, a las 5 personas, Orellano y los cuatro imputados junto a la baranda que da al río Paraná fuera del boliche y en cercanías a las marcaciones que señalan el Muelle 3 del complejo la fluvial."¹⁰

La primera especulación que podemos hacer es que la víctima mantuvo durante la discusión con los imputados ese estado de “enojo” relatado, y que ante la imposibilidad de calmar la situación, el personal policial lo haya “amenazado” - por decirlo de alguna manera- con detenerlo y que la víctima, para evitar eso, decidiera arrojar al río, confiando en que sabía nadar y que como conocía al río¹¹, no le pasaría nada.

Una segunda especulación es que, tal como intentó sostener la fiscalía, los imputados instigaron de alguna forma a que la víctima deba arrojar al río, ya sea con amenazas verbales (por ej.: “te vamos a dar un tiro si no te tiras”) o bien con insinuaciones (por ej.: que el policía insinuase con desenfundar su arma reglamentaria). Sin embargo, estas hipótesis no permiten ser sostenidas bajo ningún aspecto. En primer lugar, porque la fiscalía no ahondo en el cómo podrían los imputados haber infundido un miedo tal en la víctima más allá de la violencia física, motivo por el cual el Tribunal descartó la figura imputada. A su vez, el hecho de que los testimonios aportados fueran de personas que no se encontraban con una proximidad cierta a la víctima y los involucrados, ello impidió que se conociese qué diálogos mantuvieron los mismos hasta el resultado final. De ser así, ello hubiese permitido sostener la acusación en la dirección elegida.

A partir de este punto, debemos volver sobre la figura de la autopuesta en peligro. Y es que, tal como se ha planteado la acusación, las pruebas y los testimonios, la violencia física (golpes y heridas) quedó descartada. Por lo tanto, debemos ya de alguna forma aceptar que otra cosa fue lo que desencadenó la decisión de la víctima para arrojar al río. Pero es ahí donde justamente debemos detenernos.

Orellano, se arrojó al río, no fue arrojado. Eso quedó probado en el juicio. Ahora, por qué no lo sabemos, pero si excluimos eso por la imposibilidad de ir

¹⁰Nicolossi Gabriel Julio y otros s/ homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 2023, p. 54.

¹¹FabianMaidana relata que la propia víctima le comentó que sabía nadar. Además de ello, el padre de Orellano es pescador, por tanto podemos creer que su hijo conocía también el río.

más allá de la especulación, nos queda solo la decisión de la víctima y el resultado final. De tal manera que podemos concluir que Orellano consintió el peligro (arrojarse al río), pero luego no pudo evitar el resultado final y terminó muriendo por ahogamiento.

Ahora bien, se ha entendido que “en caso de autopuesta en peligro (en la que la víctima acepta el peligro, pero no la lesión) favorecida por un tercero, por mucho que el tercero colabore o lo facilite no controla en absoluto la situación, el único que tiene en sus manos el control o determinación objetiva (o incluso el dominio si maneja el riesgo consciente y voluntariamente) del curso peligroso, de si se modifica, aumenta, disminuye o cesa, y por tanto el único que es autor de la puesta en peligro de su bien jurídico es el propio sujeto pasivo, de cuya conducta el tercero es mero partícipe”¹². Dicha figura permite – ante la falta de pruebas- creer que la decisión de Carlos Orellano fue tomada consintiendo el peligro que significaba arrojarse al río, pero que decidió hacerlo bajo su propia confianza de que podría por esa vía escapar de la situación. No obstante, no consistió el resultado final, que fue su muerte, con lo cual la misma se colocaría como una decisión ‘que salió mal’. Siguiendo esa línea, ello permitiría descartar la tipicidad de la conducta de los imputados debido a que en última instancia fue la propia víctima la cual mantuvo en ese momento el dominio del hecho.

Dentro de la jurisprudencia alemana, el BGH sostuvo que “en la comprobación de quién tiene el dominio de la puesta en peligro corresponde una especial significación al suceso que lleva inmediatamente a la producción del resultado”¹³, que en este caso sería el arrojarse al río. En tal sentido, entiendo que, aun cuando la situación es compleja, dicha acción no pudo haber sido tomada por la víctima con independencia del riesgo que conlleva arrojarse a un río, y que tal decisión se basó, al parecer, en la entera confianza de la víctima de que podía salir bien. Digo ello porque fue la propia fiscalía la cual sostuvo que Orellano no saltó al río para suicidarse, inclusive el tribunal manifestó: “(...) esta propia postura del fiscal tiene sus implicancias: El propio Orellano no consideraba que lanzarse al río

¹²LUZÓN PEÑA, Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo, 2010, p. 15.

¹³ROXIN, *Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung*, 2013, p. 10.

era rendirse a una muerte segura y de alguna manera tampoco se representó cabalmente el riesgo que representaba esa acción”¹⁴.

Por otro lado, tal como se ha entendido “cabe identificar un sector de supuestos en los que ya desde un principio parece claro que el riesgo creado por el autor carece de relación con el resultado producido”¹⁵. De esta manera, aun cuando se sostenga que el peligro creado para la víctima con su *acorrallamiento* contra la baranda fue por parte del personal policial, no puede obviarse que Orellano ya se encontraba allí, es decir, no fue llevado a ese lugar de manera puntual para generarse ese riesgo cierto. Además, como se viene sosteniendo, ha quedado claro que la víctima es quien decide pasar para el otro lado de la baranda y arrojarle al río, con lo cual, el peligro inicial creado por los agentes, se presenta luego como independiente del resultado final. No obstante, no es que el primero no tenga relevancia a la hora de evaluar el específico resultado producido al final, sino que la imposibilidad, y la falta de prueba, no permiten entenderlo así. En esa línea, puede entenderse que el riesgo creado por los autores esté relacionado con el ámbito en el que se produce el resultado, pero que el mismo no se realice porque la víctima introduce un riesgo distinto¹⁶.

Si nos detenemos sobre la creación del riesgo, puede intentarse una imputación a modo de imprudencia por parte de los agentes, de haber mantenido una discusión y un forcejeo contra la baranda de la costa cerca de un río. Sin embargo, no podemos dejar de advertir que el lugar por sí mismo ya genera un riesgo cierto. El solo hecho de estar situados en un establecimiento nocturno a orillas del río donde las personas que asisten ingieren grandes cantidades de alcohol, genera de por sí un peligro. Con lo cual, se incurre en un error si se imputa la creación del riesgo a los agentes, por el lugar donde se presentó el forcejeo, ya que cualquier discusión o enfrentamiento a las afueras de este establecimiento podrían generar un riesgo de estas características. Aun así, si seguimos tomando esa postura, de que el personal policial y los guardias de seguridad, como garantes, debían llevar la discusión, forcejeo o lo que fuere a otro sector, la imputación del riesgo se daría ante la representación de los mismos de que el resultado podría acontecer (que la víctima cayera al agua) y no lo hayan evitado. Pero en ese caso, si

¹⁴Nicolossi Gabriel Julio y otros s/ homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 2023, p. 81.

¹⁵CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, 1998, p. 544.

¹⁶CANCIO MELIÁ, op.cita, 1998, pp. 544 y 545.

el forcejeo es debido justamente a que se intentaba retirar a Orellano de la baranda, y que este negándose toma una decisión contraria, y se arroja al río – como se supone sucedió- la creación de ese nuevo riesgo y el resultado final recaen en la víctima, porque si ésta seguía del lado de la baranda en la que estaba se hubiera necesitado otro tipo de violencia por parte de los agentes para lograr que este cayera al río (si esa era la intención). De esta manera, aun cuando la decisión de Orellano pueda originarse por el forcejeo, las pruebas aportadas (falta de lesión, no ser arrojado) se inclinan hacia una autoconfianza y autopuesta en peligro de la víctima que terminan por desplazar la posición de garante¹⁷.

Si reparamos en los relatos de los testigos aportados, que el tribunal tuvo en cuenta para descartar el dolo eventual, estos dejan en claro que la intención de los imputados fue retirar a la víctima de la baranda. En tal sentido, uno de ellos (Joaquín Aguirre) sostuvo: “(...) entre cuatro o cinco personas tenían a este chico (precisó que había dos o tres que estaban con camisa blanca y corbata y que el resto no tenía ropa de "patovica"), que lo manotearon, que se lo querían llevar, lo tenían del "cogote" y de los brazos. En un momento, el joven se les soltó, cruzó la baranda y saltó al río”¹⁸. Aquí podemos ver que la creación del peligro que desencadena el resultado final es propia de Orellano. Este relato es coincidente en todos los testimonios aportados por el grupo de “pescadores”. Todos ellos sostienen que existe un forcejeo, que los imputados toman de los brazos y del cuello a Orellano y lo quieren llevar sacándolo de la baranda pero este logra zafarse, salta la baranda y se arroja.

En este punto, si bien la forma en la que los imputados se llevaban a Carlos Orellano y lo alejaban de la baranda estaba siendo en una forma “brusca” o violenta – agarrándolo del cuello y los brazos- ello claramente permite desechar el dolo eventual en los agentes, de que Orellano iba a lograr soltarse de ellos, volver hacia la baranda y arrojarse al río para morir. No puede plantearse una hipótesis tal, dado que si esa fuese la intención no tendría sentido que lo estuvieran alejando de la baranda, que era lo que posibilitaba el mayor peligro, y lo que mantendría constante el alto grado de probabilidad de que la situación terminase con el resultado final. Es así como siempre debemos retornar a la decisión de la víctima,

¹⁷ROXIN, IngerenzundobjektiveZurechnung , 2002, p. 158. “No hay posición de garante si el peligro provocado por la acción precedente radica únicamente en el ambito de responsabilidad de quien provocó el peligro”.

¹⁸Nicolossi Gabriel Julio y otros s/ homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 2023, p. 24.

que si bien pudo realmente haber tenido un gran temor, ella misma tomó una acción sumamente peligrosa. No obstante, es claro que no consentía el resultado final. Orellano buscaba huir de los imputados y eligió esa salida.

Ahora, esa decisión de autopuesta en peligro de la víctima producto de un posible temor infundido ¿puede ser cargado sobre los imputados?. Por su parte, LUZÓN PEÑA, al equiparar la heteropuesta en peligro consentida a la participación en una autopuesta en peligro, sostiene que “todo depende de si la víctima, la persona lesionada en sus bienes jurídicos, tenía, aunque sea compartido con el otro agente, el control del riesgo, del hecho peligroso” y que si lo tiene “la víctima ya se está poniendo activamente a sí misma en peligro, ya es autor de su puesta en peligro, que ahora sí se puede afirmar que es “cosa suya”, “obra suya” y no exclusivamente de otro”¹⁹.

Si hablamos del control del riesgo que desencadena el resultado final, claramente Orellano lo tenía porque es quien lo provoca, pero si nos situamos en el riesgo provocado por el forcejeo entre los imputados, allí la superioridad numérica claramente no permite que Orellano pudiese controlar el resultado que podría haberse presentado. Sin embargo, en este caso vuelven a presentarse las especulaciones, dado que no existe prueba revelada en el juicio que nos aclare que buscaban los imputados luego de retirar a la víctima de la baranda, es decir, si solo quería sacarlo del complejo, o bien ejercer violencia física sobre él en otro lugar. Pero para responder a la pregunta efectuada más arriba, entiendo que no puede imputarse el riesgo desencadenante del resultado final, porque la acción de los imputados iba dirigida a sacarlo de un posible peligro de muerte en el río. Por tanto, siendo de la víctima los bienes jurídicos afectados “y siendo esa persona la esencial y primariamente interesada en su protección, al renunciar en parte a la misma por consentir en el riesgo no lo hace de modo simplemente pasivo dejando en manos de otro el control del hecho y la puesta en peligro, sino que interviene activamente controlando su propia puesta en peligro; por tanto, asume el papel primario y decisivo en su puesta en peligro, en su autopuesta en peligro, por mucho que comparta el control del riesgo con un tercero”²⁰.

En conclusión, podemos entender que la decisión de Orellano pudo haber sido efectivamente tomada por temor de otro peligro futuro (por ej., amenaza de

¹⁹ LUZÓN PEÑA, Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo, 2010, pp 75 y 76.

²⁰LUZÓN PEÑA, op.cita, 2010, p. 76.

golpiza por parte de los agentes o ser detenido) pero no por qué eligió arrojarse al río, y no al menos huir para otro sector, tal vez para el mismo boliche donde había estado. Por tanto, el hecho de que haya decidido arrojarse al río nos hace prever que confió en sus habilidades y que así podría sortear cualquier otro peligro.

III.- La sentencia: ¿hecho preterintencional?

Habiéndose apartado de la acusación llevada a cabo por la fiscalía, el Tribunal consideró que el hecho en cuestión recaía sobre un homicidio preterintencional. Para ello se basó en que los agentes habían provocado lesiones, y aunque éstas fueran leves son abarcadas por la figura penal. A su vez, que tenían intención de causar el daño en el cuerpo, pero no así el resultado final que fue la muerte. De esta manera, se utilizó la figura como un delito mixto de dolo y culpa, en la cual se combina el dolo en las lesiones, y la culpa en el resultado no querido del homicidio.

En mi opinión, la figura imputada por el Tribunal es incluso más difícil de abordar que el dolo eventual de la fiscalía. Esto debido a que si bien la doctrina sostiene que el daño en el cuerpo que se haya provocado, por más insignificante que sea, es lesión, el problema surge respecto de la culpa en el resultado muerte.

Por su parte, el Tribunal sostuvo que “en este contexto, aunque los amarres y sujeciones que se ejercieron no tenían la potencialidad razonable de causar la muerte, cabe incluir en el análisis que todo esto se desarrollaba junto a una baranda que separaba el pleito del río y esto configuraba un peligro que debió haber estado en la representación de los agentes”. Este último punto, parecería estar más cerca del dolo eventual de la fiscalía que de la culpa de un homicidio preterintencional. Agrega además el Tribunal que “aquí la voluntad de los imputados estuvo dirigida a un suceso determinado (provocar un daño en el cuerpo de Carlos Orellano, perseguirlo y probablemente expulsarlo de las inmediaciones del local bailable en cercanías a la baranda del Río Paraná desplegando para ello violencia física), pero el resultado fue más grave (muerte)”²¹. Dicha interpretación es la misma que se ha traído aquí, no obstante, el Tribunal entiende que aun cuando los imputados hayan tenido *probablemente* la intención de retirar a Orellano de la baranda para expulsarlo del complejo, ello no permitiría romper la cadena del curso causal y se seguiría imputando el resultado a los agentes, lo cual resulta harto contradictorio dado que se utiliza una postura muy similar a la sostenida por la fiscalía, a razón de que el

²¹Nicolossi Gabriel Julio y otros s/ homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 2023, pp. 82 y 83.

peligro debió estar representado en los imputados, y que el curso causal no se cortó en ningún momento desde que lo iniciaron los agentes con el forcejeo. Por tanto, no se entiende por qué el Tribunal descarta la postura acusadora, pero para fundamentar la imposición de una figura diferente utiliza posturas casi idénticas.

Por otro lado, el Tribunal sostiene que “en este caso podemos dar cuenta de un procedimiento o plan trazado por Emiliano Lopez, Gabriel Nicolossi y Karina Gomez utilizado, no para dar muerte a la víctima, pero con el claro propósito de causar un daño en su cuerpo o su salud”²². La expresión “procedimiento o plan trazado” se presta a la confusión, dado que no se ha probado la existencia de ningún plan previo al desenlace final por parte de los imputados.

Finalmente, sostiene el Tribunal que “poner sólo en cabeza de Carlos Orellano la decisión de arrojar al río con la plena libertad nos llevaría a quitar todo tipo de responsabilidad en los acusados quienes claramente formaron parte de la cadena causal que propiciaron el resultado lesivo y desenlace fatal, aun cuando no buscaran ni aceptaran tal resultado”. En este punto, no queda totalmente claro por qué el Tribunal continúa – coincidiendo con la fiscalía- sosteniendo que la decisión última de Orellano continuó en todo momento en el mismo carril de causación generada por los imputados. Es decir, si se descarta la representación en cabeza de los imputados sobre el temor infundido en Orellano en el sentido de que provocaría que éste se arrojase al río, porqué luego vuelve a sostenerse que tal representación debería haber existido. Además, si se descartó que la acción de los imputados estuviese dirigida a causar la muerte (“No se probó en audiencia el dolo homicida de los mencionados, ni las conductas objetivamente achacadas conducen a esa interpretar de estas esa finalidad”, foja nro. 85) y se dio paso a pensar que estos tal vez querían expulsarlo del lugar, no puede entenderse que el curso causal de una acción en la que se busca retirar a la víctima de la baranda pueda producir el efecto contrario, es decir, que la víctima vuelva a la baranda y se arroje al agua. Claramente no hay posibilidad objetiva de perseguir un resultado de muerte en el río si se emprende una acción que impide que ese resultado tenga posibilidad de existir. Tal como lo plantea el Tribunal y la fiscalía, los imputados iniciaron una acción a modo de psicología a la inversa en donde querían A (muerte en el río) pero hicieron B (alejar a la víctima del río) porque seguro así tendría lugar A. Se

²²Nicolossi Gabriel Julio y otros s/ homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 2023, p. 84.

desprende de ello que el curso causal inicial fue reemplazado por el emprendido por Orellano.

Por otra parte, tal como sostiene SANCINETTI, cuando no está claro si cierto hecho fue causa de un resultado la causalidad quedará indeterminada, y aplicándose el principio *in dubio pro reo* “hay que atenerse a que la acción en análisis no fue causa del resultado”²³. En la misma línea, se ha entendido que no resulta posible imputar al agente el resultado causado en el caso de que aun cuando no se pueda hablar de disminución del riesgo, desde la perspectiva *ex ante* no exista ningún punto de apoyo para afirmar la posibilidad de la posterior producción del resultado²⁴.

También se ha entendido que a la hora de delimitar el ámbito de responsabilidad de la propia víctima se conceda un papel relevante a la dimensión *ex post* de los criterios de imputación objetiva. En tal sentido, “desde esta perspectiva se trata de trazar la posible responsabilidad de la víctima, no ya con base en el incremento relevante del riesgo o en su implicación en él, sino en tanto que su actuación determine una desviación esencial del inicialmente creado por el autor, en términos tales que el resultado final sólo a ella resulte imputable”²⁵.

IV.- Conclusiones

Tal como sostiene CANCIO MELIÁ, la víctima ha sido neutralizada por el Derecho penal moderno a tal punto que podría incluso describirse el conflicto que está en la base del hecho penal con total prescindencia de la figura del sujeto concretamente lesionado²⁶. No obstante ello, la doctrina jurídico penal – principalmente alemana- nos ha abierto la puerta para el tratamiento de aquellos casos en los cuales la contribución de la víctima a la lesión de sus propios bienes, no es ya irrelevante.

Ahora bien, a modo de cierre es necesario hacer las últimas conclusiones de este trabajo.

23 SANCINETTI, *Casos de Derecho penal, parte general*, 2016, p. 213.

24 FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, 2000, p. 27.

25 GOMEZ RIVERO, *Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?* 2014, p.137.

26 CANCIO MELIÁ, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*, 1998, p. 77.

En definitiva, habiendo aceptado que la decisión de Orellano pudo ser producto del temor por la forma en como el personal policial y de seguridad lo habían sujetado (brazos y cuello) es ahora necesario preguntarnos si la medida del temor que la víctima tuvo en su conciencia es imputable en los agentes, es decir, si ese temor es solo “regulable” por la propia víctima o también por los agentes. Esto debido a que si bien el principio de la acción puede imputarse en cabeza de los imputados, el cómo la víctima toma esa situación y se genera en ella más o menos temor, dependerá en última instancia de ella. A modo de ejemplo, salgamos del caso concreto y situémonos en una situación un tanto diferente, en la cual un policía detiene a un automóvil bajo la sospecha de que el conductor acababa de asaltar un minimarket. Cuando el policía lo aborda, le pide su licencia de conducir. El conductor se muestra hostil desde un principio y comienza a insultarlo diciéndole que “todos los policías son unos corruptos y que deberían morirse”. Acto seguido se inclina hacia la guantera del auto a lo cual el policía interpreta que va a sacar un arma, desenfunda la suya y al ver esto el conductor intenta escapar, siendo herido por el policía. Si bien este caso difiere del que se comenta en este trabajo, si permite abordar el cómo un sujeto interpreta una determinada situación. En el caso hipotético, el conductor se muestra desde un principio hostil hacia el policía, lo insulta e incluso le refiere que desearía que esté muerto, y es eso lo que coloca al agente en una situación tensa que genera un temor de que el conductor cumpla con sus dichos. Ahora, ¿es culpa del conductor, aun cuando se mostró hostil, el cómo el policía manejó su temor? Claramente no.

Si volvemos sobre nuestros pasos al caso Orellano, aun cuando los agentes hubieran ejercido un temor sobre la víctima, el cómo ella manejó o “reguló” ese temor es algo propio de su conciencia. Porque si en otro caso similar en el cual se ejerciera el mismo grado de brusquedad o violencia la víctima no reacciona, o si lo hace no decide tirarse al río, estaríamos ante la generación del mismo peligro inicial, salvo que diferiría en este caso el resultado. Lo que quiero dejar en claro es que si existe un peligro y el sujeto opta por otro mayor, las consecuencias que con ello surjan deberán ser parte de su decisión.

Tomemos en este punto un fallo de la justicia alemana comentado por JAKOBS, en el cual el BGHSt debió resolver sobre el siguiente caso: “el conductor de un camión adelanta a un ciclista sin mantener la suficiente distancia de seguridad; el ciclista va muy ebrio, titubea y es arrollado por el camión”. En esa medida, sostiene JAKOBS, hay algunos datos que inducen a pensar que el ciclista, dada su ebriedad, se asustó por el ruido producido por el camión y sobresaltado, hizo un movimiento reflejo lateral incontrolado del tal magnitud que la distancia

del camión ya no jugó papel alguno en la catástrofe²⁷. En este punto, aun cuando los casos no son similares, permiten la comparación en cuanto a la generación de un peligro inicial y otro hecho producto de la víctima que desencadena el resultado final. De esta manera, JAKOBS sostiene que “si se aplica el principio “in dubio pro reo”, la decisión es palmaria: el conductor que lleva a cabo el adelantamiento, al no mantener la suficiente distancia lateral, genera con su comportamiento un riesgo no permitido, sin embargo, tal riesgo no está en una relación panificable con el sobresalto que a causa del ruido sufren los ciclistas ebrios, y tampoco lo está con el hecho de que éstos resulten arrollados si realizan un movimiento excesivo hacia uno de los lados”. Se entiende por tanto, que el peligro inicial no puede ser negado, pero lo que se evalúa es si ese peligro y no otro, es el que genera el resultado final de la muerte. En nuestro caso, cuando los imputados del caso tomaron a Orellano y forcejearon con él para sacarlo de la valla, generaron con su comportamiento un riesgo no permitido que repercutió en la víctima. No obstante, el cómo o el cuánto repercutió no es algo que dependería en un principio de ellos, sino más bien de la víctima. Diferente sería el caso en el cual los agentes supiesen que la persona con la cual estaban forcejeando se asusta fácilmente y toma decisiones peligrosas, lo cual no sucede aquí ya que ese conocimiento es imposible en los imputados.

En la vereda contraria a la interpretación del tribunal alemán en el caso del ciclista, se encuentra una parte de la doctrina que afirma “que mientras no se demuestre que el comportamiento no permitido nada aporta a la explicación, sino que sólo ha variado el riesgo para la vida del ciclista, al menos sí estará claro que el camionero incrementó el riesgo de muerte del ciclista; según estos autores, este incremento del riesgo no está permitido, y en esa situación el autor debe responder por las consecuencias; en especial sostienen que resulta inadmisibles fraccionar un riesgo en un segmento base permitido y en un segmento adicional no permitido”. JAKOBS concluye sosteniendo que cuando se trate de un riesgo moderado, y no concurra una alta probabilidad de explicar lo sucedido a través de otro riesgo, la situación diferirá²⁸.

Por último, cabe abordar la imputación de la figura de abandono de persona. En este caso, el Tribunal entendió que existió una clara omisión de auxilio debido a que los imputados, habiendo visto que Orellano se había arrojado al río, se alejaron del lugar y no se puso en conocimiento de las autoridades hasta pasados 30 minutos del hecho. En este caso, es claro que la actitud de los imputados es del

27 JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 1996, p. 121.

28 JAKOBS, *op.cita*, 1996, p. 122.

todo reprochable, debido a que sobre ellos pesaba el deber jurídico de propiciar de alguna forma el auxilio de la víctima por su condición de efectivos policiales, aunque a mi entender, no por haber generado la incapacidad del sujeto pasivo. No debe pasarse por alto que aun cuando la situación no garantizaba un salvamento de la vida de Orellano, y que no se les exigía – tal como entendió el Tribunal – poner en peligro sus vidas arrojándose al río detrás de la víctima, claramente se podría haber hecho mucho más. El solo poner en conocimiento de las autoridades sobre la situación bastaba. Más aun tratándose de efectivos policiales, su deber es aún mayor. Como sujetos encargados de la protección de los ciudadanos, no pueden omitir prestar un mínimo de auxilio a una víctima que claramente se encontraba ante una situación de peligro inminente. Y debe decirse lo mismo sobre los distintos testigos que presenciaron el hecho. Aun cuando ellos no participaron en la situación que nos trae aquí, el solo hecho de convivir en una sociedad nos obliga a actuar conforme a ello. Presenciar un hecho como el ocurrido, en el cual una persona desaparece en un río, y que los sujetos imputados se retiran de allí, podría haber despertado al menos la idea de llamar a las autoridades.

V.- Bibliografía

- Nicolossi Gabriel Julio y otros s/ Homicidio simple con dolo eventual, incumplimiento de los deberes de funcionario público y falsedad ideológica de instrumento público agravada, 04/07/2023.
- MARIA DEL CARMEN GOMEZ RIVERO, *Víctimas culpables: ¿victimodogmática, dogmática penal o intuición?* 2014, Cuadernos de política criminal, número 113, II, Época II.
- CLAUS ROXIN, *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida*, 2013, InDRET. Texto original: *Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung*.
- WOLFGANG FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, 1995, Editorial COLEX.
- DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo*, 2010, Revista Nuevo Foro Penal Vol. 6, No. 74.
- MANUEL CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 1998, Universidad Autónoma de Madrid.

- CLAUS ROXIN, *Ingerencia e imputación objetiva*, 2002. Texto original: Ingerenz und objektive Zurechnung.
- MARCELO A. SANCINETTI, *Casos de Derecho penal, parte general*, 2016, Editorial Hammurabi.
- CLAUS ROXIN, GUNTHER JAKOBS, BERND SCHUNEMANN, WOLFGANG FRISCH, MICHAEL KOHLER, *Sobre la teoría del estado del delito*. FRISCH, *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, 2000, Editorial Civitas.
- MANUEL CANCIO MELIÁ, MARCELO FERRANTE, MARCELO A. SANCINETTI, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. CANCIO MELIÁ, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*. 1998, Editorial AD-HOC.
- GUNTHER JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 1996, Editorial AD-HOC.