

“O., G s/ HOMICIDIO S/ HOMICIDIO CON DOLO EVENTUAL” ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS A LA SENTENCIA CONDENATORIA.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

El pasado jueves el Tribunal Criminal Oral N° 3 de la ciudad de Bahía Blanca impuso al conductor de un rodado la pena de 12 años de prisión por el homicidio culposo de un joven de 17 años. Según plataforma fáctica que se tuvo por acreditada, el conductor de un vehículo, circulando a más de 120 km/h y con un contenido de alcohol en sangre que superaba el triple de lo permitido, embistió a un joven de 17 años causándole la muerte de manera instantánea.¹

En este escenario, corriendo el plazo procesal para el posible (y casi seguro) recurso de apelación que articulará la defensa del acusado ante el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, sería posible ensayar algunas líneas críticas en orden a la sentencia mencionada.²

En este sentido, he dividido el presente trabajo en dos tramos, con cierta autonomía uno de ellos y que podría ser leídos incluso de manera independientemente y que apuntan a dos cuestiones principalmente. La primera parte del artículo estará enfocada en el llamativo olvido en el cual —creo— que ha incurrido el tribunal en relación a la línea argumental que debió hilar en orden a la mecánica del hecho, concretamente sobre la velocidad del rodado que tuvieron por acreditada los integrantes del tribunal. Para ello, el tribunal tuvo por cierto las consideraciones de un perito desconociendo dos opiniones técnicas de igual peso y sin exponer motivos para ello. La cuestión no es menor porque en base a esa consideración pudo imputar el resultado muerte en términos dolosos. El segundo tramo de éste escrito estará centrado en orden a la imputación de resultados que realizó el tribunal y específicamente a que —creo yo— no ha agotado el análisis del tipo objetivo reduciéndolo solo a una sola cuestión causal.

No hare en esta tarea referencia a la existencia del hecho ni a la participación del acusado en el mismo. Tampoco trataré el encuadre legal en términos subjetivos, ni el monto de la pena, ni sobre las agravantes que tuvo por cierta el tribunal para la mensuración de la pena. Con esto queda definida al menos en términos muy básicos los puntos de interés y lo que me pone en condiciones de comenzar.

II. “O., G s/ HOMICIDIO S/ HOMICIDIO CON DOLO EVENTUAL”

Según tuvieron por probado los integrantes del tribunal de juicio, *“el día 1 de enero del 2018, aproximadamente a las 3.30 horas, en la Avenida Alfonsín, intersección con calle Milún, tratándose de zona urbana, una persona (G.O) que conducía un vehículo marca Subaru modelo Impreza (...) a una velocidad aproximada a los 122 kilómetros por hora y bajo los efectos del alcohol (a las 4:45 horas tenía 1,97 gramos por litro de sangre), impactó con la parte delantera lado izquierdo sector del conductor al joven M.S, quien se encontraba cruzando la arteria desde el barrio Patagonia hacia la calle de ingreso al*

*Trabajo escrito por Walter Zarate.

¹ “O., G s/ Homicidio con dolo eventual”, TOC N° 3, Causa BB-49-2019, 22.08. 2019.

² Critica en el sentido kantiano y referido a estudio y no en orden a su impugnación.

barrio Patagonia Norte, provocándole lesiones de tal gravedad que determinaron su muerte de forma inmediata.”³

III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

A. SOBRE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

1. Consideraciones previas.

Como adelantara, de la lectura de la sentencia, un punto especialmente problemático refiere al argumento por el cual se precisa la velocidad a la cual circulaba el rodado. Obviamente no corresponde en el punto hacer precisiones respecto si el vehículo efectivamente (o no) circulaba por encima de la permitida. A lo que me interesa hacer específica referencia, como adelante, es al *iter* metal que han recorrido los jueces de instancia para tener por cierto ese hecho y que encuentra trabazón con la denominada motivación de la sentencia.⁴

En efecto, yendo al análisis de las consideraciones que vierte el Tribunal en orden a la velocidad del vehículo al momento del impacto, el mismo tuvo por acreditado que el vehículo circulaba aproximadamente a 122 km/h.

Sin embargo, del análisis del texto del fallo se pueden advertir con relación a ese punto tres opiniones técnicas que son bien divergentes:

- 1) La oficial de policía Claudia Díaz, Técnica Superior en Criminalística con Especialización en Accidentología Vial, reconoció su firma en el informe obrante a fs. 115 y siguientes, comentando que a partir de la observación del video de la cámara de filmación ubicada en la intersección de las calles Alfonsín y Tres Sargentos y de las tareas realizadas en el lugar del hecho, pudo establecer que la velocidad de circulación del Subaru Impreza era de 122 kilómetros por hora al momento de pasar por esa intersección de calles. Para ello tuvo en cuenta el ángulo de visión de la cámara, las marcas en el concreto, se utilizó la fórmula matemática que indica que la velocidad es igual a distancia sobre tiempo y se estableció que la velocidad era de 122 kilómetros por hora.⁵
- 2) El perito mecánico Andrés Medina por su parte refirió que la velocidad no la pudieron establecer con métodos numéricos o basados en evidencia física, pero que sí está hecho un análisis de la estimación de la misma por personal policial a partir del video y esa estimación les parecía correcta, pudiendo existir un margen de error del 10 por ciento en más o en menos. Apuntó que si la velocidad en el cruce de Tres Sargenteo y Alfonsín era de aproximadamente 120 kilómetros por hora, si no hubo preocupación en bajar la velocidad en lugar abierto y en el cruce de esas calles y con indicaciones de velocidad máxima a 60 kilómetros por hora, no había fundamento para entender que bajase la velocidad posteriormente, acotó que esto es una presunción personal y subjetiva, ya que objetivamente no se puede establecer la velocidad exacta al momento del impacto, pero cualitativamente sí se puede establecer que fue a mucha velocidad por el daño en el auto y las lesiones en víctima.⁶

³ O., G s/ Homicidio con dolo eventual, pp. 52- 53.

⁴ Sobre cuestiones introductorias relativas a pruebas y hechos ver por ejemplo, FERRER BELTRAN, CARACCILO, DEL VECCHI.

⁵ O., G s/ Homicidio con dolo eventual”, p. 27

⁶ O., G...p. 29

- 3) Por último, el testigo Pablo Adrián Cuttini concluyó que la velocidad del rodado no se podía calcular por falta de elementos de relevamiento planimétrico, porque no se peritó el vehículo, ni existió reconstrucción gráfica de la escena, no se estableció deformación del vehículo ni rastros en el pavimento por lo que es imposible calcular la velocidad⁷

Es decir, tres opiniones y decide acogerse sin más a lo establecido por la perito Díaz, descartando de manera inentendible los restantes dictámenes técnicos y sin brindar argumentos para ello. Por otra parte, si ello se realizó en funciones de otras inferencias probatorias debieron los integrantes del tribunal consignar cuales fueron esos elementos

2. Apunte respecto de los conceptos de *verdad* y *hecho*.

Podemos entender al concepto de *verdad* como una relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado. El concepto de *verdad* alude siempre a una relación entre un sujeto cognoscente y el objeto conocido, trascendente a él.⁸

Sabemos que uno de los fines o funciones del procedimiento penal es el hallazgo de esta verdad, tampoco desconocemos que esta finalidad es un ideal, por lo menos desde el punto de vista racional. Por ello, muchas veces se dice que la verdad es inalcanzable. Ello es cierto, pero si entendemos a la verdad como absoluta y sin fisuras. La experiencia enseña como a través del proceso no se consigue, en multitud de ocasiones, alcanzar la verdad pero que a pesar de ello el juez ha dictado sentencia convencido de la exactitud de los hechos afirmados por las partes. Por ello, se ha dicho que no tiene sentido orientar el proceso hacia la búsqueda de la verdad absoluta. Por consiguiente, un sector de la doctrina establece como alternativa que la finalidad de la prueba no sería el logro de la verdad, sino el convencimiento del juez en torno a la exactitud de las afirmaciones realizadas en el proceso. Otra segunda opción, considera que la finalidad del proceso es perseguir un tipo de verdad distinta a la absoluta: *la verdad formal* o *verdad procesal*. Esta verdad sería la que surge en el proceso a partir de las afirmaciones de las partes, obtenidas por los medios y a través del procedimiento previsto en el derecho y certificada autoritativamente por el juez. Así, la verdad formal o procesal ya no sería de correspondencia absoluta y directa con los hechos, sino con enunciados relativos a los hechos. Por esta razón, entenderemos que la verdad o falsedad es predicable respecto de los enunciados descriptivos que hacen referencia al mundo y no a los hechos directamente ya acaecidos. Por eso, cuando nos preguntamos por el concepto de verdad nos estamos preguntando qué características tienen aquellos enunciados de los que decimos que son verdaderos. Así, en el lenguaje ordinario, un enunciado será verdadero si refleja la realidad, y si se corresponde con ella. Si digo “está lloviendo”, *lo que digo* (mi enunciado) será verdadero; y no la lluvia, la cual no hace directamente—por si— ni verdadero ni falso a ningún enunciado. Por eso, cuando nos referimos a los hechos nos estamos refiriendo a enunciados. Así, los jueces no entienden directamente sobre el hecho como tal, sino sobre proposiciones o enunciados relativos a los hechos. Ej. Cayo dice haber visto a Tiberio en casa de Sempronio antes de que este fuera muerto. Brutus, por otra parte dice haber visto como Tiberio y Sempronio discutían, y el perito declara que el arma encontrada en poder de Tiberio resulta similar a la utilizada para matar Sempronio. Dice González Lagier que los hechos son lo que hace falsa o verdaderas nuestras creencias. En

⁷ O., G...p.32

⁸ MAIER, *op. cit.* p. 842.

palabras de Bertrand Russell (*c*)uando hablo de un hecho—no me propongo alcanzar una definición exacta, sino una explicación que les permita saber de qué estoy hablando—me refiero a aquello que hace verdadera o falsa a una proposición. Si digo está lloviendo, lo que digo será verdadero en determinadas condiciones atmosféricas y falsas en otras. Las condiciones atmosféricas que hacen que mi enunciado sea verdadero (o falso, según el caso) constituyen lo que yo llamaría un hecho.⁹ Ahora, ¿qué lugar ocupan los hechos en un razonamiento contenido en una sentencia? Si entendemos a la sentencia como una totalidad formada por los considerandos y la parte dispositiva, es posible distinguir dentro de los considerandos o premisas tres tipos de enunciados: a) *normativos generales*; b) *definiciones en sentido lato*; y c) *enunciados empíricos* usados para la descripción de los hechos.¹⁰

Dijimos, siguiendo Bulygin, que los considerandos de las sentencias deben dar cuentas de las circunstancias de hechos que han sido debidamente probadas. No obstante, la centralidad que importan el tratamiento de los hechos para los jueces, su abordaje judicial, desde lo epistemológico, ha sido tangencial. El brocardo latino *Narra mihi Factum, dabo tibi ius* es la expresión señera respecto de la despreocupación y desatención por los hechos y la afirmación que lo importante para el jurista es conocer únicamente las normas y dictar sentencias; los hechos son los que las partes aportan al proceso.

En función de ello, abordaremos sintéticamente dos líneas críticas en relación al tratamiento de estos. En primer lugar, podemos mencionar que no deja de ser un dato negativo el marcado vacío epistemológico existente a la hora del razonamiento judicial. González Lagier denomina al fenómeno como la *falacia normativista* que consiste en actuar como si los problemas fundamentales de la Teoría del Derecho fueran exclusivamente los planteados por las normas y los sistemas normativos: el concepto, la estructura, los tipos de normas, etc.¹¹

Sin embargo, existe un núcleo de problemas, relativamente independiente del anterior, que gira alrededor de los hechos.¹² Interrogantes que podemos mencionar a modo de ejemplo serían: ¿Cómo se relacionan los hechos y las normas? ¿Cuándo está probado suficientemente un hecho? ¿En qué consiste motivar un hecho? Interrogantes que tienen un gran desarrollo sobre la regulación probatoria pero escasa en el campo epistemológico. Así, lo que habitualmente se conoce como “*lo fáctico*” o “*los hechos*” ha sido una materia descuidada y abandonada a la subjetividad del intérprete. Esta discrecionalidad en cuanto a los hechos o soberanía incontrolable ha sido pasada por alto por la mayoría de los juristas. El tratamiento judicial de los hechos parece más bien reflejar que estos son entidades naturales, previas y definitivamente constituidas desde el momento de su producción. La falacia objetivista se apoya sobre dos presupuestos: *objetividad*

⁹ RUSSELL, Bertrand (1981), p. 144 (citado por GONZALEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio Facti (Ensayo sobre prueba, causalidad y acción)*, México D.F, Ed. Fontamara, 2013, p. 17)

¹⁰ BULYGIN, *op. cit.* p. 357

¹¹ GONZALEZ LAGIER, Daniel. “Hechos y argumentos (Racionalidad Epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)” *Jueces para la Democracia*, N° 46, 2003, p. 17

¹² GONZALEZ LAGIER, *Ibidem*.

ontológica (el mundo es independiente de sus observadores) y *objetividad epistemológica* (por medio de los sentidos tenemos un fiel acceso a esa realidad).¹³

Sin embargo, si aceptamos la definición de hecho dada anteriormente— en el sentido de enunciados— difícilmente se pueda aceptar que los hechos son solo datos fríos y brutos y conocibles objetivamente. La mediación de un lenguaje y un sujeto cognoscente que existe en todo proceso de conocimiento, no solo tira por tierra la teoría del “*hecho puro*” del positivismo filosófico; sino que tiene implicancias prácticas de extraordinaria importancia. El proceso de conocimiento, al estar mediado por un lenguaje, carga con las mismas dificultades (ambigüedades, texturas abiertas, vaguedades).¹⁴ Por otra parte, la presencia de un sujeto cognoscente (testigos, terceros afectados, jueces) implica afirmar la presencia de cuestiones emotivas que se introducen soterradamente al proceso. Por otra parte, en el caso del juez esa descripción de los hechos o esa mediación discursiva no se da de manera inocente, sino como un proceso de construcción o de adecuación del supuesto de hecho al tipo legal, construcción a la que el juez contribuye desde adentro.¹⁵

Situados en esta perspectiva es evidente que la actividad jurisdiccional presenta un especial grado de dificultad y, un ejercicio responsable, demanda un nivel elevado de autoconciencia respecto de estas cuestiones generalmente desatendidas. Decía un magistrado italiano que así como el burgués gentilhomme se sorprendió al saber que habla en prosa, los jueces se sorprenderían si se dieran cuenta de la densidad de las cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos implícitos que se entrecruzan en cada razonamiento judicial, aun en los más simples.¹⁶

La segunda línea crítica se refiere a que la no expresión de los hechos o premisas fácticas han otorgado a los jueces la más amplia discrecionalidad respecto de ellos, es decir una especie de soberanía incontrolable. Por ello, la expresión de los hechos y, en función de ellos motivar las sentencias, responde prioritariamente a exigencias de orden político: se busca una garantía frente al arbitrio. Sin embargo, esta dimensión política ha sido casi olvidada, orientándose por el contrario que en el deber de expresar los hechos existe solo una pura exigencia “*endoprocesal*”, ajena a los fines políticos que la alimentan y que posibilita luego que las partes ejerciten de manera eficaz una eventual impugnación. Por ello, ante el vacío en relación a la manera por la cual abordamos el conocimiento de los hechos es donde el juez resulta más difícilmente controlable y donde resulta más arbitrario.

3. Con relación al hecho velocidad del rodado.

Dijimos anteriormente que motivar la sentencia significa expresar lingüísticamente el *iter* mental entre los hechos del caso y la decisión judicial que apoyan dicha decisión. Ahora, establecer los hechos requiere —desde el punto de vista procesal— probarlos. Probar un

¹³ La falacia objetivista deja de lado los problemas derivados de la distinción entre hecho externo, hecho percibido y hecho interpretado.

¹⁴ Adorno refiere que el origen del concepto es lo no conceptual. ADORNO, Theodor; *La Dialéctica Negativa*, 1ra. Edición, 2ª reimpresión, Madrid, Ed. Taurus, 1984, p. 20.

¹⁵ Algunos autores hablan de la teoría del “*circulo virtuoso*” y del “*circulo vicioso*” para hacer referencia entre hechos y adecuación normativa y viceversa.

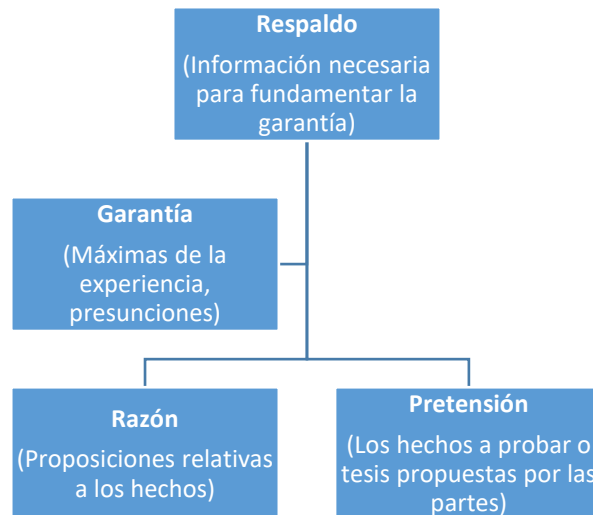
¹⁶ Cfr. E Fassone, “Quache altra rifuessione in tema di prova” en *Questiones guitizia*, 3/198, p. 721 (citado por citado por IBAÑEZ, Perfecto Andrés; “Acerca de la Motivación de los Hechos en la Sentencia Penal” *Doxa*, N° 12, p. 262)

hecho, dejando de lado las ambigüedades del vocablo, consiste en mostrar que a la luz de la información que poseemos y que se ha incorporado al debate por medio de enunciados, está justificado aceptar que el evento ha ocurrido. Sin embargo, para mostrar que el hecho ha ocurrido es preciso expresar los motivos que, de manera razonada, den cuenta de su existencia. De manera razonada significa una inferencia o argumento, en el sentido de un conjunto de enunciados que expresan razones que apoyan una conclusión y que en este caso son inexistentes. Este razonamiento podemos llamarlo inferencia probatoria. De esta manera, en el proceso pueden distinguirse dos fases: una primera consistirá en la práctica de las pruebas, obtención de la información mediante el aporte de los testigos, peritos y una segunda fase consiste en la extracción de la conclusión a partir de la información obtenida (razonamiento probatorio). El Código de rito provincial, en este sentido exige que en oportunidad del Tribunal compuesto por jueces profesionales de dictar el veredicto absolutorio o condenatorio, “(l)a resolución contendrá contener una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados y de los medios de prueba que fundamentan dicha conclusión (...)”

Ahora ¿Cómo damos cuenta argumentativamente de los hechos? ¿Cómo se produce este enlace entre lo afirmado por las partes dentro del proceso y la conclusión judicial que tal evento ha ocurrido?

Una propuesta —de las tantas— interesante y que de manera sencilla se podrían utilizar para argumentar razonadamente sobre la existencia de los hechos sería a través de la estructura de la inferencia probatoria que fuera realizada por Stephen Tuolmin. Según este autor, toda argumentación parte de una *pretensión* (aquello que se sostiene) que es apoyada por medio de *razones* (hechos que den cuenta de la corrección de la pretensión). Sin embargo, como ello es insuficiente hay que explicitar porque las razones apoyan la pretensión a través de *garantías* y ésta por medio de *respaldos* que muestren la vigencia de la garantía. Según el autor, estos elementos deben estar presentes en todo tipo de argumentación sea esta jurídica, científica o de la vida cotidiana...etc. En el razonamiento judicial, en materia de hechos, la estructura de la inferencia probatoria y de acuerdo a la sencilla pero valiosa propuesta de Tuolmin resultaría el siguiente esquema: ¹⁷

¹⁷ TUOLMIN, Stephen; RIEKE, Richard y JANICK, Allan; *An Introduction to Reasoning*, Nueva York, 1984 (citado por GONZALEZ LAGIER, Daniel, *Quaestio Facti (Ensayo sobre prueba, causalidad y acción)*, México D.F, Ed. Fontamara, 2013, p. 40).



El razonamiento respecto de los hechos, si bien lo presentamos de manera sencilla, es muy complejo y consta de un encadenamiento de argumentos. Al igual que la sentencia existen factores de justificación externos e internos. En un extremo de la cadena tendremos las razones o enunciados relativos a los hechos y el otro extremo la tesis que resultara finalmente confirmada o rechazada respecto de la existencia de tal evento. En el extremo inicial contamos con los enunciados relativos a los hechos (ejemplo: el relato del testigo respecto del exceso de velocidad del conductor y el dictamen médico que denotaba alcohol en sangre más allá de los límites permitidos). Estas premisas intermedias deben ser afirmadas en razonamientos lógicos respecto de la credibilidad, si esta declaración a su vez se encuentra apoyada por otros testimonios, si existen otras versiones, etc. Por otra parte, debemos requerir el auxilio de garantías sobre la existencia de tal evento las cuales pueden estar fundadas en experiencias de la vida cotidiana, en presunciones legales o definiciones (por ejem: podríamos fundar en la experiencia cotidiana que en la arteria en la cual se produjo el evento lesivo los automovilistas se reúnan a disputar carreras). Por último, el respaldo estaría constituido por todo aquello que permita apoyar aquellas máximas de la experiencias presunciones o definiciones (el alcohol en sangre provoca una disminución de reflejos). Sumado a ello debemos verificar que la relación entre lo que denominamos tesis-razones-garantías-respaldo-hecho sea el resultado de una relación lógica entre premisas y conclusiones (justificación interna). Este esquema argumentativo permitirá que la resolución judicial contenga una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados y de los medios de prueba que fundamentan dicha conclusión.

Dicho ello, la conclusión del tribunal, según entiendo, se encuentra en este punto inmotivada. Ello, porque en ninguna parte de la sentencia es posible encontrar al menos una línea respecto de la cadena argumental que ha montado el tribunal y que por supuesto ha influido luego en la valoración jurídica. Personalmente entiendo que entre la disyuntiva de *no dar razones* y *dar razones* — esto es por qué motivos o cuales son las circunstancias por las cuales se ha privilegiado un testimonio sobre otro sin dar cuenta de ello como efectivamente ha hecho— el tribunal ha elegido la primera vía. De la lectura de la los testimonio de testigos ocasionales y de los peritos que fueron convocados al efecto, al parecer únicos elementos que pueden dar cuenta de aquella circunstancia, no resulta

posible recoger datos relevantes que permitan poner en números la velocidad de desplazamiento y que el tribunal, tomando solo una de las pericias, refiere que la misma era de aproximadamente 122 km por hora.

Un dato no menor es que las cámaras de seguridad desde las cuales se realiza la medición que sirven de fundamento a la sentencia están ubicadas aproximadamente 450 metros antes del lugar en el cual se produjo finalmente el impacto. Uno de los peritos afirmó que la velocidad resulta de una presunción personal y subjetiva, ya que objetivamente no se puede establecer la velocidad exacta al momento del impacto, aunque cualitativamente sí se puede establecer que fue a mucha velocidad por el daño en el auto y las lesiones en víctima. El tercer perito advierte deficiencias probatorias ya que no se peritó el vehículo, ni existió reconstrucción gráfica de la escena, no se estableció deformación del vehículo ni rastros en el pavimento por lo que es imposible calcular la velocidad

Aunque se deba admitir que en términos materiales o causales si se quiere el golpe del vehículo fue el que causó la muerte a MS, hubiera resulta de gran utilidad que el tribunal expresara las razones por las cuales consideró que el auto se desplazaba por arriba de los 120 km/h. Como consecuencia de ello, lo único que con certeza se puede afirmar es que el golpe del vehículo ha sido causa en términos físicos de la muerte del joven, ignorando

4. La motivación de la sentencia.

Con relación a ello, Calamandrei ha dicho que la motivación de las sentencias constituye el signo máximo de la racionalización de la función judicial.¹⁸ Aunque no siempre el deber de motivar estuvo puesto en otorgar mayor racionalidad a las sentencias; lo cierto es que el resultado que finalmente operaba era ese.¹⁹

Ahora, cuando nos referimos al deber de motivar una sentencia podemos preguntar: ¿qué se debe motivar? En principio, podemos dar dos respuestas: a) el fallo en sí, en el sentido de entidad lingüística o b) el acto de decidir del juez. Por ello, cuando se hace referencia a que se debe motivar se puede hacer referencia a la relación lógica entre premisas y conclusiones (justificación interna) o al *iter* mental entre los hechos del caso y la decisión judicial (justificación externa). Así, en palabras de Jordi Beltrán, que una sentencia esta motivada significa que *“la norma individual que constituye su conclusión se deriva lógicamente de las premisas y exprese analíticamente las razones que justifican la selección de esas premisas fácticas y normativas.”*²⁰ Por supuesto, nada impide que estas condiciones se den acumulativamente —dice Ferrer— pero debemos tener en cuenta que — a pesar de ser inadvertida en la mayoría de los casos la diferencia—se trata de dos actividades distintas con patrones de corrección diversos y no intercambiables.²¹

Por otra parte, corresponde preguntarnos ¿qué es motivar? A esta pregunta se le han dado dos grandes grupos de respuestas. Sin entrar en mayor análisis, podemos decir que para

¹⁸ CALAMADREI, P; *Proceso y Democracia*, Traducción de H. Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 115 (citado por IBAÑEZ, Perfecto Andrés; “Acerca de la Motivación de los Hechos en la Sentencia Penal” *Doxa*, Nº 12, p 257)

¹⁹ IBAÑEZ, Perfecto; *Ibidem*.

²⁰ FERRER BELTRAN, Jordi; “Apuntes sobre el Concepto de Motivación de las Decisiones Judiciales” *Isonimia*, Nº 34/ abril 2011, p. 107.

²¹ FERRER BELTRAN, J., *Ibidem*

la concepción “*psicologista*”, motivar es expresar lingüísticamente los motivos que han llevado a una decisión. En otro sentido, la concepción “*racional*” entiende a la motivación como la decisión que cuenta con apoyo de razones. El psicologismo señala que entre los motivos de una decisión judicial las normas no ocupan el único lugar y ni siquiera preponderante. Allí se incluyen la ideología del juez, su contexto social, estados de ánimos, prejuicios, traumas, presión mediática, etc...²². Como critica que se le podría formular a la posición psicologista es que si motivar consiste solo en exponer nuestros prejuicios, aunque bajo una forma más sofisticada, no se entiende la utilidad de esta. Debemos tener en cuenta que muchos de estos factores, causales de nuestras creencias, resultan inaccesibles, y además no son postulados respecto de los cuales se pueda predicar verdad o falsedad. Es decir, la única utilidad que presenta es que nos permitirá entender porque resolvió el juez como lo hizo pero no aportara nada a la justificación de su decisión.

Frente a esta concepción, la posición racionalista entiende a la sentencia motivada como aquella que está debidamente justificada. Dice Bulygin que *(j)ustificar una decisión consiste en inferir un razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figure una norma general y cuya conclusión es la decisión. Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de la norma general (en conjunción con otras proposiciones fácticas y a su vez analíticas). La decisión judicial no solo debe ser fundada, sino, además, fundada en normas jurídicas y en las circunstancias del caso. Esto significa que las normas generales que constituyen el fundamento normativo deben ser al menos en principio normas jurídicas, y las proposiciones empíricas que integran los considerandos de las sentencias deben corresponder a las circunstancias del caso debidamente probados en autos.*²³ Por lo tanto, motivar es tener razones para X, y en un sistema republicano de gobierno se exige exponer dichas razones. Motivar equivale a tener y dar razones para X como condiciones inescindibles. Así, motivar la sentencia significa no solo tener razones, sino expresarlas lingüísticamente, poner en palabras el *iter* o recorrido mental entre los hechos del caso y la decisión judicial que apoyan dicha decisión.²⁴ La exigencia de motivar implica ampliar el campo de lo observable de la decisión, no solo para los destinatarios de la misma, sino para los terceros, y comporta además para el autor de la sentencia un *plus* de justificación del acto y una mayor exposición a la mirada escrutadora. Motivar sería lo que Luigi Ferrajoli, decía respecto de la razón en el derecho penal, es decir que *la investigación jurisdiccional se produzca a través de aserciones sujetas a la verificación de la acusación y expuestas a la confutación de la defensa y no a través de opciones y valoraciones como tales no verificables ni refutables. En esta perspectiva el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones*²⁵. El presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho delictivo que resulte susceptible de prueba o confutación judicial. De ahí se deriva un modelo teórico y normativo del proceso penal,

²² El Realismo Jurídico destacó la necesidad de estudiar estos factores sociológicos como método adecuado para predecir decisiones judiciales.

²³ BULYGIN, Eugenio; “Sentencia Judicial y Creación de Derecho” *La Ley*, Nº 124, 1966, p. 356.

²⁴ Excluimos de nuestro análisis la expresión de los motivos de los jueces para resolver y también la justificación interna de ellas, es decir la relación lógica entre las premisas y conclusiones de una sentencia.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p.22.

donde la determinación del hecho señalado por la ley como delito tiene carácter probatorio, que excluye valoraciones.²⁶ De las premisas fácticas (y normativas) se obtendrá el resultado de la sentencia. Sin embargo, construir la estructura de una sentencia y justificarla tiene como presupuesto una determinada actividad valorativa que lleva adelante el juzgador. Bien se sabe, y sin entrar en mayores detalles, que se han dado históricamente tres tipos de valoraciones. El sistema de *prueba tasada*, de acuerdo con el cual era el propio legislador quien de antemano y con carácter abstracto fijaba en las normas legales la eficacia y el valor que debía atribuirse a cada medio probatorio, así como los requisitos y condiciones necesarios para que tales medios alcanzasen el valor que legalmente se les concedía. Es plenamente conocido que el sistema de prueba tasada encuentra una íntima trabazón con la figura de un juez vinculado al poder central y a una concepción autoritaria del proceso.²⁷ Por otra parte, el sistema de *íntima convicción*, el cual importa una ausencia total de un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a un determinado medio probatorio. Y por otro lado, el órgano decisor no tiene el deber de dar fundamentos y razones que motivaron para dictar sentencia. De esta manera el juzgador recibe la prueba, se forma su particular criterio sobre el resultado y decide por su convicción íntima, por lo que dicta la intimidad de su conciencia.²⁸ Sin embargo, podemos mencionar que la circunstancia de un juez libre para apreciar la prueba puede ser entendido de manera más o menos amplia: desde la libertad absoluta sin sujeción a criterios de racionalidad; hasta la libertad de apreciación pero ya limitada por parámetros derivados de un procedimiento racional. El principio de íntima convicción, surgido como reacción al sistema de prueba tasada, no fue entendido únicamente como una liberación a los reglas establecidas por ley sino que, lamentablemente, como un quite de todo tipos de amarras, incluida las reglas derivadas de la lógica o de leyes científicas.²⁹ Finalmente, entre los criterios extremistas que imponen los sistemas de pruebas tasadas y de íntima convicción, se alza una tercera vía denominada de *libre convicción o sana crítica*. Las características fundamentales de este sistema son la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma y sobre el valor acreditante de los medios probatorios. De este modo el juez es libre para admitir cualquier medio de prueba y el valor que le asignara a cada uno de ellos. Ello, sin embargo no implica un arbitrio ya que se le impone una valoración conforme a los principios de la sana crítica racional, es decir que debe fundar su decisión basándose en los más genuinos lineamientos de la razón, las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano.

Nuestro Código de rito en la provincia de Buenos Aires, adhiere plenamente —por lo menos hasta la entrada en vigencia de la ley 14543— al sistema de la sana crítica racional (art. 210 CPP) limitado, claramente, por las exigencias de racionalidad. En palabras de Granillo Fernández “*con sus fundamentos, el juez debe construir una norma razonable y objetiva que vincule los medios probatorios incorporados al debate con las afirmaciones*

²⁶ FERRAJOLI; *op. cit.* p. 37.

²⁷ Reveladoras al respecto son las palabras de Voltaire, en su comentario al libro de Beccaria, al denunciar la admisión de “medias pruebas que no son más que dudas, pues es sabido que no existen medias verdades; pero en Toulouse se admiten las cuartas y octavas partes de prueba...”

²⁸ JAUCHEN, Eduardo; *Tratado de la Prueba en Materia Penal*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 46.

²⁹ La degradación del principio no pasó desapercibida. Carrara advirtió al respecto que en “el juicio acerca del hecho, el juez no tiene verdadero arbitrio, ni siquiera cuando se acepta su íntima convicción, pues siempre debe convencerse según la razón y el proceso”

fácticas de su fallo”³⁰. Es decir, debe ser una decisión razonable (en el sentido expresado por Ferrajoli de “razón en el derecho”, y que el decisorio no contravenga las exigencias lógicas, adquisiciones de la ciencia y máximas de la experiencia.³¹

No motivar la sentencia y privarlas de aserciones verificables, refutables, de controles intersubjetivos, racionales y objetivos, degradan al juicio penal que degenera en un juicio estético o ético, es decir en un juicio “*sin verdad*”.³²

Algo de ello ha ocurrido con relación al establecimiento de la premisa fáctica referida a la velocidad que ha tenido por cierta el tribunal.

B. SOBRE LA FALTA DE ANÁLISIS RESPECTO DEL ASPECTO OBJETIVO.

1. Consideraciones previas.

Como bien se sabe, la dogmática antigua suponía que el tipo objetivo estaba completo con la causalidad de la conducta del autor para la producción del resultado. Que es justamente el yerro en el cual incurre el tribunal. Agotado el análisis de la relación causal, esto es el impacto del rodado como causa de muerte de MS, se aboca directamente al análisis del tipo en su aspecto subjetivo. No obstante ello, esa especie de mantra derivado de las ciencias naturales, resulta hoy insuficiente. No voy a decir nada novedosos citando el caso, pero vale como ejemplo el supuesto de aquel sujeto A que, ante la proximidad de una tormenta, envía a B al bosque con la esperanza que le alcance un rayo. Si, en contra de toda probabilidad, el rayo alcanzara al sujeto N que en encuentra en el bosque, no cabría negar la relación de causalidad entre el consejo de A y el resultado mortal y por ende imputarle el homicidio doloso del segundo. Agotar el contenido del tipo objetivo en la mera relación causal traía como consecuencia que la única manera de evitar la injusta punición del primer sujeto se pudiera hacer por la vía de negar el dolo. Es esa la propuesta de Welzel, y el recurso al que echa también mano E. Mezger, al afirmar que en el sujeto de atrás (*Hintermann*) existiría únicamente una esperanza o un deseo más no una voluntad poderosa de matar. No puede tampoco desconocerse la insuficiencia del dogma también en aquellos cursos causales que no resultan verificables³³ o que registran supuestos de causalidad cumulativa³⁴ o alternativa y/o casos de adelantamiento de resultados, causas intermedias, interrupción de cursos salvadores, cuestiones a los cuales corresponde remitir a lecturas adicionales y clásicas en materia de imputación.

³⁰ GRANILLO FERNANDEZ, Héctor y HERBEL, Gustavo; *Código de Procedimiento Penal de la provincia de Buenos Aires, Comentado y Anotado*, 1º edición, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2005, p. 470.

³¹ GRANILLO FERNANDEZ, H., *Ibidem*.

³² FERRAJOLI, *op. cit.* p. 38.

³³ Los casos más conocidos son el denominado *Caso Contergan* o el de *la Talidomina*

³⁴ Algún autor menciona que la relación de causalidad ha logrado prolongado su miserable existencia bajo la pigmea deformación de la *conditio sine quan nom*. HILGENDORF, E.; *La crisis de la Concepción Jurídica de la Causalidad*, ADPCP VOL. LV. 2002, p. 91-108. Propone que en los casos como el de la talidomina o el aceite de colza la aceptación del parámetro de causalidad se haga no solo bajo el criterio determinista (causa-efecto), sino también acudiendo a criterios del tipo probabilísticos. Entre quienes se enrolan bajo esta posición se encuentran Stella, Puppe, Rolinsky y Perez Barbera.

En cuanto a las primeras aproximaciones al problema descrito de lo que la doctrina moderna ha venido englobando bajo la denominación *teoría de la imputación objetiva*³⁵ se encuentra la obra de Larenz, que ve la luz en un momento en que desde el punto de vista jurídico —y especialmente jurídico penal— la valoración del comportamiento humano se halla fuertemente impregnada por la vigencia del dogma causal.³⁶ Larenz, influenciado por las ideas de Hegel³⁷, y como el mismo afirma, se propone establecer un criterio que permita deslindar el hecho propio del acontecer fortuito. En este orden de ideas resulta determinante el aporte de Honig (*Kausalität und objektive Zurechnung*, Tübingen, 1930) quien apuntaba que el cometido de la imputación objetiva es desentrañar si un determinado curso causal al final del cual aparece un resultado puede imputarse a una persona como su obra. No obstante ello, R. Honig se mantiene dentro del ámbito de lo causal mediante el criterio de la dominabilidad (*Beherrschbarkeit*). Más allá de lo dicho, la aportación determinante se produce en el año 1970 mediante el artículo de Claus Roxin en el libro homenaje a Richar Honig³⁸ quien llega a afirmar que lo determinante no resulta el criterio de la dominabilidad, el cual ya había sido objeto de algunos embates, sino si el autor ha creado un riesgo jurídicamente relevante. En función de ese aporte, no serán jurídicamente relevante aquellos comportamientos que disminuyen riesgos, o aquellos comportamientos que caen por fuera del ámbito de protección de la norma o las denominadas auto y heteropuestas en peligro de la víctima³⁹.

Conforme a ésta tesis, para que se pueda afirmar la existencia del tipo objetivo además de la exigencia de relación causal, se exige que la lesión del bien jurídico le sea imputable objetivamente al causante. La doctrina de la imputación objetiva, tal como fue entendida, supone un filtro de carácter normativo que tiene que atravesar cualquier comportamiento para que pueda afirmarse en él la parte objetiva de la tipicidad. Ello supone un aporte superador y que permite apreciar el enorme aporte de la labor científica en el campo práctico. Labor científica que no obstante las diferentes aportaciones siguen siendo desdeñadas desde sus propias entrañas por los propios teóricos e incluso prácticos del derecho⁴⁰. Como refiriera Bernd Schunemann, hace unos años ya, las construcciones sistemáticas de la ciencia penal le resultan al profano, aunque culto, a menuda extrañas; al estudiante, ininteligibles, y al práctico superfluas⁴¹. No tengo más que coincidir con ello. Efectivamente, si se ingresa al examen de esta aseveración, podemos observar que los ciudadanos legos no tienen, ni deben tener, claro, más que una breve noción de lo que podría ser un delito. Así, podrían afirmar que tal o cual circunstancias o no un delito

³⁵ Bajo la denominación a la que hace referencia en el apartado se engloban una serie de dispersas teorías de distintos orígenes sistemáticos y ni siquiera coinciden siempre en sus resultados.

³⁶ JAKOBS, G.; *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Ed. Civitas, p. 22.

³⁷ Señalaba HEGEL que solo puede llamarse imputación aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío. Cfr. HEGEL, G.; *Grundlinien der Philosophie des Recht*, § 115, Leipzig 1930.

³⁸ ROXIN, C.; *Festschrift für Honig*, 1970, ps. 133 y sig. Citado en FRISCH, W. *Desvalorar e Imputar. Sobre la Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Ed. BdeF, 2014, p. 3.

³⁹ Para mayor profundidad de este criterios véase: ROXIN; *Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. Auflage Beck, München, 1994, de la traducción al español LUZON PEÑA, DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL, 1997, pp. 362-402. GIMBERNAT ORDEIG, E; *Fin de protección de la Norma e Imputación Objetiva*, ADPCP, 2008. También del mismo autor. *A las vueltas de la imputación Objetiva*, *Nuevo Foro Penal*, N° 82, pp.83-104.

⁴⁰ SCHMID, Richard, *Vorwort*, in: NEDELMANN; *Kritik der Strafrechtreform*, 1968. Citado por HIRSCH, J; *Obras Completas*, Tomo I, p. 17.

⁴¹ SCHUNEMANN, B.; *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*, Tecnos, 1984, p. 32.

y allí se detiene ésta primerísima la reflexión. En el caso de los estudiantes, los programas universitarios para el aprendizaje del derecho penal, dedican algunos esfuerzos en al análisis reflexivo, pero, salvo contadas excepciones, ni los profesores saben o conocen bien la temática, ni los alumnos tienen más objetivos que sacar adelante los exámenes y eventualmente un examen final de la materia. Con ello, las buenas intenciones programáticas contenidas en los programas de estudios quedan reducidas a tratamientos superficiales. No obstante, todos aquellos buenos alumnos, alentados por diversas circunstancias propias de cualquier experiencia vital, llegan a ocupar carteras alguna relevancia dentro de las estructuras de los aparatos judiciales y allí aparecen análisis deslucidos debido a que todo este instrumental teórico les resulta ajenos.

2. Imputación objetiva.

Como mencionara, para que exista una conducta típica desde el punto de vista subjetivo resultaría necesario que de manera previa se haya agotado el aspecto objetivo, y el tipo objetivo ya no se compone solo de aspectos causales. Sino que esa causalidad concurre con otra cuestión que refiere a si esa lesión del bien jurídico le resulta imputable objetivamente al sujeto. Como se ha escrito en otro lugar “la teoría de la imputación objetiva supone una clarificación y con ello un avance en la comprensión del tipo objetivo dando a cada uno lo suyo: lo que en el tipo objetivo es ontológico — la causalidad— debe decidirse con teorías avalorativas, a saber la teoría de la condición y lo que es valorativo debe decidirse con criterios de carácter normativo, a saber la teoría de la imputación objetiva”⁴²

No voy a entrar en consideraciones que hacen a la notable complejidad de abordaje que conlleva la teoría de la imputación objetiva como objeto de análisis, ya que a la expresión, más allá de los acuerdos básicos que mencionara, existen maneras diversas de entenderla, cargada de diversos criterios, sumamente difusos y con fronteras que tienden a desdibujar la figura todo el tiempo⁴³

Creo que sin temor a equivocarme que, a nivel hermenéutica, la teoría de la imputación objetiva y con ella la introducción de diversos criterios normativos dentro del ámbito de la tipicidad han significado una verdadera revolución y permiten actualmente sin sobresaltos fundamentar adecuadamente la ausencia de tipicidad de ciertos hechos por ausencia de conexión de antijurídica o conexión de la infracción del deber como indistintamente se los menciona (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*).⁴⁴

Teniendo como base ello, seguidamente me voy a referir a dos criterios normativos que podrían ser relevantes en orden al hecho que le correspondió enjuiciar al tribunal y que este a pesar de las circunstancias expuestas en la sentencia no han sido siquiera abordados por los integrantes del tribunal. Me refiero puntualmente a la posible relevancia de a) *la comportamientos alternativos conformes a derecho* y b) *autopuestas en peligro de la víctima*

a) *Comportamiento alternativo conforme a derecho.*

⁴² GIMBERNAT ORDEIG “Los orígenes de la imputación objetiva”, en Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, 2013, p. 97.

⁴³ CFR. Nota introductoria de SILVA SANCHEZ a la obra de FRISCH y PLANAS, Desvalorar e Imputar BdeF

⁴⁴ Sobre imputación objetiva véase: JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Civitas, 2016. También ROXIN; *Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. Auflage Beck, München, 1994, de la traducción al español LUZON PEÑA, DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL, 1997, pp. 362-402; también ROXIN, C.: *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Ed. Grijley, 2da. Edición, 2014. GIMBERNAT ORDEIG, E; Fin de protección de la Norma e Imputación Objetiva, *ADPCP*, 2008. También del mismo autor. *A las vueltas de la imputación Objetiva*, Nuevo Foro Penal, N° 82, pp.83-104. CANCIO MELIÁ, M., *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, Ediciones Jurídicas de Cuyo.

La tesis básica, en su versión de la *evitabilidad*, refiere que al autor imprudente no se le puede imputar objetivamente el resultado si el comportamiento alternativo a derecho igualmente hubiera producido el mismo desenlace. De acuerdo a ello, la muerte de MS no le sería imputable a GO debido a que, (aun) actuando de manera correcta, el desenlace mortal igualmente se hubiera producido. En otras palabras, si se afirma que actuando prudentemente el resultado igualmente se hubiera producido, quiere decir que el riesgo derivado de esa acción no ha empeorado el mundo.⁴⁵

Dos casos de la jurisprudencia alemana que servirán para ilustrar sobre dicha tesis.

- *El caso de los pelos de cabra* (1929).⁴⁶

El dueño de una fábrica de pinceles adquirió a una empresa china pelos de cabras para la producción de cepillos y, a pesar de estar obligados a desinfectarlos, omitió ese proceso y se los entregó directamente a sus empleados. Cinco operarios de la fábrica fallecieron a consecuencia del bacilo de carbunco que contrajeron. Imputado por el delito de homicidio imprudente. El informe pericial demostró que aun en el caso de haberse llevado adelante la desinfección que se le prescribía al empresario ello no hubiera evitado tal vez el resultado mortal ya que no resultó acreditado que los desinfectantes con los que contaba el empresario hubieran destruido efectivamente esos gérmenes.

- *El caso del ciclista* (1957).⁴⁷

El conductor de un camión que al adelantar a un ciclista lo hace sin guardar la distancia mínima reglamentaria y lo hace a 0,75 cm. El ciclista cae debajo de las ruedas del camión y muere. Las pericias sobre la víctima demostraron que en el momento de los hechos se hallaba ebrio y que, aun en el caso que el camionero hubiera guardado la distancia prescrita para el sobrepaso, es decir conforme a derecho, el ciclista posiblemente hubiera caído bajo el camión y perecido.

Es decir, el caso GO y los que de manera precedente se detallaran, vienen caracterizado por una acción que ha causado un resultado típico, presentando la peculiaridad de que el comportamiento alternativo a derecho, esto es que el autor hubiera ejecutado la acción de manera ajustada a derecho — esto es circular a la velocidad permitida, desinfectando los pelos de cabra o rebasado al ciclista respetando la distancia reglamentaria— el resultado lesivo igualmente se hubiera producido. Obviamente como se trabaja en el ámbito de lo contrafáctico o hipotético, existen en el punto dos tesis en orden al grado de probabilidad que se exige para tener por atípico el hecho. Una tesis afirma que el resultado, en este caso muerte, debería ser inevitable en una *probabilidad rayana a la certeza* y es la que ha seguido el Tribunal Supremo Español⁴⁸, por ejemplo. La otra posición afirma que basta solo *una alta probabilidad* de producción del mismo resultado, que por ejemplo ha seguido el *Bundesgerichtshof* alemán desde el caso del ciclista. En las circunstancias de autos, la tesis, como venía refiriendo, aplicaría en el sentido que un impacto dentro de la velocidad permitida, esto es GO circulando en su auto a 60 km, tampoco hubiera evitado el resultado mortal de MS. Aquí, el incremento del riesgo en términos marginales que

⁴⁵ En sentido similar RUSCONI, Maximiliano; BACIGALUPPO, MARTINEZ ESCAMILLA

⁴⁶ RG 63, 211, citado por GIMBERNAT ORDEIG, E., *Teoría de la Evitabilidad vs. Teoría del Aumento del Riesgo, Derecho Penal para un Estado Social y democrático de Derecho. LH Octavio de Toledo y Ubieta*, Universidad Complutense de Madrid, 2016. pp. 111-136

⁴⁷ BGHSt 11, 1 ss., citado por GIMBERNAT ORDEIG, *Teoría de la Evitabilidad vs. Teoría del Aumento del Riesgo, Op.Cit.* También PUPPE. *La Imputación del resultado en Derecho Penal*. Trad. De Percy García Caveró (2003), p. 143 y ss.

⁴⁸ SSTS 2445/2001; 1251//2006; 716/2009; 257/2009, denominada causa del GRAPO y sobre la cual recomiendo enfática lectura. Para mayor información de los presos del GRAPO ver ATIENZA, MANUEL; *El Sentido del Derecho*, 2001. Ver también SSTS 1061/2009; 358/2010, 325/2013

supone la circulación de un rodado circulando a 60 km/h o 130 — sin perjuicio de las infracciones administrativas a lo que puede dar lugar— es casi idéntico.

Lo que si tal vez también habría que preguntarse si el nivel de alcohol en sangre no efectivamente impidió una capacidad de maniobra o de respuesta que un conductor sobrio habría tenido capacidad de desplegar. Por el lugar del impacto en el centro de la vía, las condiciones de nocturnidad, vegetación en el lugar y habría que repasar las pericias de los expertos con mayor profundidad y la marcha del rodado (independientemente si lo hacía a velocidad por dentro de la permitida o excediendo dichos límites) es razonable aceptar que la capacidad de maniobra por las distancias entre ambos resultaba para un conductor acotada como para evitar un impacto. En esas condiciones, un comportamiento conforme a derecho tampoco habría evitado el resultado muerte, circunstancias que, como se advierte de la lectura del fallo, no han sido abordadas ni siquiera tangencialmente por el tribunal.

b) *Auto puesta en peligro por parte de la víctima*

Otro de los puntos especialmente problemáticos y que el tribunal no ha considerado refiere a la denominada autopuesta en peligro en que —según parece razonable aceptar— se colocó la víctima. Así de lo probado en debate se pueden establecer una serie de circunstancias que podrían indicar al menos indiciariamente ésta hipótesis. En ese sentido se encuentra probado que:

- 1) Momentos antes del suceso M se había apartado del grupo de amigos, mencionado los testigos Di Santo y Juárez esa circunstancia aunque no saben por qué.
- 2) Que el joven era hipoacusico
- 3) Que la víctima MS al momento del hecho cruzaba la avenida y que el impacto es en el centro de la arteria
- 4) Que en ese lugar la prioridad de paso era exclusiva del rodado ya que no existía al momento del hecho senda peatonal alguna.

De los cinco puntos reseñados, antes de continuar me interesaría hacer una breve reflexión en torno a la hipoacusia del joven MS. De la lectura de la sentencia, al parecer, la madre fue la única testigo que realizo alguna alusión a la cuestión, pero ilustrando a los miembros del tribunal sobre las dificultades que ese trastorno le había provocado al joven y como había logrado sobreponerse a ello. Es interesante destacar — si bien al parecer no fue una cuestión planteada en el debate— la relevancia que pudo haber tenido esta circunstancia en los hechos, teniendo en cuenta que la madre del joven durante una entrevista a un medio de comunicación de la localidad declaró que M se había qué dado sin baterías en el/los auriculares y que por esa razón estaba volviendo a su casa. Es decir, si atendemos esta hipótesis, el joven cruzó la calzada con uno de sus sentidos totalmente anulado o al menos reducido. A pesar de ser un dato central, parece haberse no planteado durante el debate y por esa razón, tampoco aquí, sin perjuicio de ésta indicación, será un punto que no incluiré entre mis consideraciones.

Más allá de ello, como ya mencionara, para que exista una conducta típica desde el punto de vista subjetivo resultaría necesario que de manera previa se haya agotado el aspecto objetivo, y el tipo objetivo ya no se compone solo de aspectos causales. Sino que esa causalidad concurre con otra cuestión y es que si esa lesión del bien jurídico le resulta imputable objetivamente al sujeto, esto es si el resultado lesivo se puede adscribir al autor del mismo.

Manuel Cancio Melía — hoy quizás sea la voz más autorizada en el ámbito hispanoparlante sobre autopuestas en peligros por parte de las víctimas y no por mera simpatía su tesis doctoral, dirigida por el gran Jorge Barreiro, sobre el tema le valió la

calificación de sobresaliente— refiere que ésta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico ("víctima") emprende con juntamente con otro ("autor") una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que—en primer lugar— la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima —en segundo lugar— la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer esta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y —finalmente, en tercer lugar— el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima. En otros términos sería que en aquellos casos en los cuales la víctima opta por crear con su acción un peligro, los resultados que sean producto de esta acción no serán imputables al autor. Esta es la tesis que viene aplicando la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y alemán.

En este ámbito resulta interesante también destacar los aportes derivados del principio de confianza que rigen en el ámbito viario y que la moderna teoría de la imputación objetiva incluye entre el catálogo de criterios normativos que la integran⁴⁹. No voy a profundizar en relación a ello, solo destacar que en este ámbito de actuaciones conjuntas, como lo es el ámbito de la circulación automotor, quien no tenga punto de referencia contrarios para suponer un comportamiento antirreglamentario podrá confiar en que así será.⁵⁰ Roxin refiere que el conductor que teniendo prioridad de paso en base a este principio de confianza no necesitara disminuir la velocidad atendiendo la infracción de otras posibles infracciones sino solo suponer que su derecho será respetado.⁵¹ De ello, podría posible extraer o ingresar al menos al análisis de esta variable. Es decir, conforme al principio de confianza, GO podría tener fundamentos razonables para creer que nadie se interpondría en su camino ya que la prioridad de su paso era exclusiva

III. CONCLUSIONES.

A grandes trazos señalo y reitero las dos críticas apuntadas sobre el texto de la sentencia en el sentido que la velocidad del rodado que tuvieron por cierto los integrantes del TOC ha sido fijada de manera arbitraria y que además de ello no agotaron el análisis del tipo objetivo reduciéndolo al superado criterio de la relación fiscalista. Más allá de eso, como dije, el plazo del proceso para el posible (y casi seguro) recurso de apelación que articulará la defensa del acusado ante el Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, se encuentra corriendo y si bien desconozco los carriles que transitará en definitiva ese acto de defensa, pero me parece importante al menos destacar éstas dos cuestiones que deberían haberse analizado con algo de detenimiento y que lamentablemente el tribunal ni siquiera a tangencialmente ha tratado.

⁴⁹ Cfr: ROXIN, AT3, 24/11; RUDOLPHI, SK6, previo al § 1, nn. mm. 73 y ss.; STRATENWERTH, AT4, 8/33; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 327 y ss.; IDEM, CDJ, 1994, p. 49; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 137-139; BACIGALUPO ZAPATER, PG5, pp. 189-192.

⁵⁰ Para mayor profundidad recurrir a la tesis doctoral de MARIO MARAVÉ GÓMEZ, *El Principio de Confianza en el Derecho Penal. Un Estudio sobre la Aplicación del Principio de Autorresponsabilidad en la Imputación Objetiva*, publicada en Repositorio de la Universidad Autónoma de Madrid.

⁵¹ ROXIN, Claus; *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Grijley, 2014. Lima, p.197