Reg. n° 945/2017

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 2 días del mes de octubre de 2017, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los señores jueces Daniel Morin, Luis F. Niño y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa particular del imputado [redacted] a fs. 713/25, en el marco de la **causa n° 45.991/2009/TO1/CNC1** caratulada ***'[redacted] s/homicidio culposo"***, de la que **RESULTA:**

I. Que el actual Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 19 de esta ciudad resolvió **CONDENAR** a [redacted] a la **pena de DOS AÑOS DE PRISION EN SUSPENSO, INHABILITACIÓN ESPECIAL por cinco años y COSTAS**, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio culposo agravado por haber sido cometido mediante la conducción negligente y antirreglamentaria de un vehículo automotor (arts. 26, 29, inc. 3º, 40, 41, 45 y 84, segundo párrafo, del Código Penal y 396, 398, 400, 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. Para así resolver, el *a quo* tuvo por acreditado que el 5 de noviembre de 2009, aproximadamente a las 3:00 horas, el imputado conducía el rodado marca Volkswagen, modelo Vento, dominio IGO-815, por la Avenida del Libertador de esta ciudad -en dirección a la Av. 9 de julio-, en compañía de Eduardo Fuller Pérez y Miguel Isaac Hidalgo Montero y que, al llegar a la altura de la Calle Schiaffino, arrolló a [redacted] quien falleció producto de las lesiones originadas como consecuencia del golpe.

Estimó probado, asimismo, que [redacted] circulaba superando la velocidad permitida en esa arteria -60 km/h- y que en un

determinado momento desvió su atención del tránsito, circunstancias que consideró dirimentes para reprochar al encausado una omisión al deber de cuidado que elevó el riesgo permitido en la conducción de un vehículo.

III. Contra esa resolución, la defensa particular del imputado interpuso recurso de casación (fs. 713/25), que fue concedido (fs. 726/7) y oportunamente mantenido ante esta instancia (fs. 733).

Los agravios traídos a estudio de esta Cámara se fundan en ambos incisos del art. 456, CPPN, pudiendo identificarse concretamente los siguientes, a saber:

1. Inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1°, CPPN).

1.1. Errónea construcción del deber de cuidado.

Los letrados patrocinantes alegan que **el tribunal construyó una violación al deber de cuidado en base a elementos que no logró acreditar**; así, que la velocidad de impacto fuera más alta que la permitida y que una distracción le haya impedido a [redacted]ver al peatón.

Por el contrario -aducen- durante el debate resultó probado que el encausado circulaba siguiendo la onda verde y que la víctima cruzó por fuera de la senda peatonal, a la carrera y cuando no se encontraba autorizada a hacerlo por las señales lumínicas que regulan el tránsito, conducta que no constituye un deber predecible para un conductor medio.

Así, a su juicio, se reprochó a su asistido una conducta que se acerca más a la responsabilidad objetiva por el hecho que a la responsabilidad por culpa propia del derecho penal.

1.1.1. La falta de constancias probatorias que acrediten el exceso de velocidad.

Ahondando en este punto, la parte explica que comparecieron al juicio tres peritos: los dos que realizaron las pericias oficiales

estimaron la velocidad entre 55 y 60 km/h -a la vez que señalaron la imposibilidad de brindar mayores precisiones- y únicamente el experto contratado por la querella estimó una velocidad mayor a la reglamentaria, utilizando un método fuertemente controvertido por el resto.

Apunta, así también, que el tribunal soslayó la declaración brindada por los testigos que acompañaban a [redacted] en el vehículo, en cuanto refirieron que el rodado circulaba siguiendo la onda verde y a una marcha que consideraron que no superaba la reglamentaria.

En el mismo orden de ideas -agregan los defensores-, el propio órgano fiscal en oportunidad de alegar reconoció la imposibilidad de establecer con certeza la velocidad del vehículo al momento del impacto, de modo tal que a su criterio el *a quo* concluyó que el imputado conducía a una velocidad mayor a los 60 km/h en base a dos premisas inciertas:

a) **El argumento de la desaceleración.** Los jueces de la instancia infirieron que, si el auto conducido por su asistido impactó en promedio a 58,97 km/h y se tiene por cierto lo señalado por los testigos que viajaban en el rodado en cuanto a que previo a impactar con la víctima [redacted] efectuó un brusco frenado, lo que implica desaceleración, la velocidad de circulación debía ser mayor. Argumenta la parte recurrente que se trata de un razonamiento infundado, que no surge de lo declarado por los peritos ni de los dichos de Fuller Pérez.

b) **La supuesta abolladura en el techo**. En el marco del debate, los expertos precisaron la diferencia entre los casos en que un peatón es arrollado y se “monta sobre el capot”, de aquel que “voltea sobre el techo”; puntualmente, el ingeniero Godoy indicó que en el último supuesto el techo del vehículo debe presentar abolladuras sobre la chapa producto del impacto con el cuerpo, siendo en ese caso la velocidad a estimar mucho mayor. Sopesaron entonces los magistrados

que el acta de secuestro del automotor de fs. 34 -incorporada al debate- señala que el vehículo presentaba "*rotura en su paragolpes delantero, abolladura en capot, rotura de parrilla y óptica delantera derecha y rotura de parabrisas y abolladura leve en el techo*" y que del inventario del vehículo de fs. 35 se desprende que tenía: "*capot abollado, paragolpes roto, óptica delantera derecha rota, techo abollado lateral derecho*", de modo tal que de ello derivaron indicios del exceso de velocidad.

Expresa la defensa que afirmar una alta velocidad en función del daño leve en el techo -que de la observación de las fotos se encuentra casi sobre el parabrisas del vehículo del lado derecho-, constituye otra falacia en que incurre el *a quo*, y que esa inteligencia se contradice con las extensas explicaciones brindadas por los testigos y en particular por el perito Godoy. Este último -refiere- fue consistente al afirmar no solo que en el caso se produjo la mecánica de "montado sobre el capot" sino también que, de haber existido una velocidad mayor a la estimada -55 a 60 km/h-, **el cuerpo debía haber traspasado el techo del automóvil**.

En todo caso, apunta la parte, la imposibilidad de determinar fehacientemente la velocidad de ninguna manera puede ser utilizada en contra de su asistido como lo ha hecho el tribunal, sin vulnerar parámetros que surgen de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales -como el principio de *in dubio pro reo,* el principio de inocencia y la carga de la prueba de la acusación- y el estándar de certeza positiva que exige un pronunciamiento condenatorio.

1.1.2. Supuesta imposibilidad de ver al peatón.

La defensa recuerda que, junto con el pretendido exceso de velocidad, la violación al deber de cuidado atribuida a [redacted]se fundó, en segundo término, en una supuesta distracción que le habría impedido a su asistido ver al peatón. En este argumento fueron contestes la fiscalía y el tribunal de juicio y para ello -dice la

recurrente-, utilizaron los dichos de Fuller Pérez -quien afirmó que vio corriendo una persona delante del auto antes de que el rodado impactara con ella-, y de Hidalgo Montero -que estaba ubicado en el asiento trasero y también manifestó haber visto a la víctima-, de modo tal que, de no haber existido una distracción, con más razón tendría que haberla visto el imputado, quien "*por hallarse sentado delante razonablemente debía tener una visión más amplia de lo que acontecía*".

Sin embargo, destacan los letrados, el mismo Fuller Pérez explicó que "*cuando volvió a mirar hacia delante sintió un golpe, que presumía que tiró el timón para el costado y frenó o trató de frenar o de esquivar, él no estaba en el volante, él volteó y vio que venía una persona corriendo, sintió que el auto va para un costado. Vio a la víctima que venía de izquierda a derecha e impactaron*". Luego, preguntado para que describa el impacto, indicó el testigo que se expresaba en base a lo que sintió, que se había dado vuelta para alcanzarle una bebida a Montero y que cuando volteó vio a la persona que corría, inclusive trató de saltar pero no lo podría asegurar, porque "*fue como voltear y ver una foto, que estaba convencido de que tenía que venir de izquierda a derecha, fue como una foto y fue el impacto*".

Es evidente entonces -añade la defensa-, que Fuller Pérez vio a la víctima segundos antes del choque; en ningún momento dijo que la había visto correr desde la vereda hasta llegar delante del auto sino que se refirió al momento del impacto. Incluso, apuntan, durante el debate Fuller Pérez explicó que: "*había cosas que no le cerraban, no entendía de dónde aparecía esta persona corriendo, se lo preguntó cien veces, pasó por el lugar un montón de veces. Recordó que la persona se aparece a mitad de calle, ni siquiera por la senda peatonal, cuando se ha bajado del auto ha mirado por todo lados el auto, no entendía nada",* con lo cual el argumento del *a quo* a criterio de la defensa resulta carente de lógica.

Finalmente, la parte añade que la Avenida del Libertador, a la altura de los acontecimientos, hace una curva en "S", y que es lógico, por el sentido del tránsito, que en la vuelta la cabeza del acusado mantuviera la rectitud. [redacted] por su parte, corría de izquierda a derecha y de repente apareció delante del vehículo -según manifestaron los testigos presenciales Pérez Fuller, Hidalgo Montero y Brian Hemmerde García-, por lo cual se le estaría endilgando a [redacted] una falta de "visión periférica".

Las circunstancias apuntadas demuestran así, a criterio del recurrente, que el tribunal oral construyó la violación al deber de cuidado valorando de manera parcial los elementos probatorios y utilizando razonamientos infundados. En este punto, cabe destacar, el agravio confluye en ambos incisos del art. 456, CPPN, no obstante haberlo ceñido la defensa a una cuestión sustantiva.

2. Inobservancia de las normas que el Código Procesal establece (art. 456, inc. 2, CPPN).

Los letrados califican el decisorio impugnado como arbitrario y falto de motivación suficiente para fundar una condena (arts. 404, inc. 2, y 123, CPPN). Citan en refuerzo de su posición numerosos pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación Penal de los que se desprende el deber de los jueces de formular una exposición lógicamente razonada de los fundamentos en que apoyan sus conclusiones y, de manera más específica, atacan el resolutorio en razón de tres cuestiones principales:

2.1. Omisión de valorar prueba decisiva. Argumenta la defensa que el *a quo* soslayó arbitrariamente la trascendencia del testimonio de Brian Hemmerde García, quien refirió que en circunstancias en que se encontraba aguardando el colectivo vio como el rodado Vento embistió a un individuo que cruzaba corriendo del lado izquierdo de la Av. Del Libertador, factor que demuestra a juicio de la parte la responsabilidad de la víctima por lo ocurrido. Añade que

la sentencia, al dejar de lado elementos de convicción dirimentes, carece además de la motivación requerida constitucionalmente y resulta nula en virtud de lo establecido en el art. 404, inciso 2°, CPPN. Refiere luego que profusa jurisprudencia establece en esa línea que una sentencia no resulta una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, si se omite la valoración de constancias relevantes para la correcta solución del litigio.

2.2. La necesidad de aplicar el principio de *in dubio pro reo*. Manifiesta la parte que la evidencia colectada no permite descartar la posibilidad de que los hechos hayan sucedido de otra manera, y que la falta de certeza apodíctica torna ineludible la absolución del acusado.

En particular -alega-, no se advierte que se haya logrado probar la existencia del nexo de determinación entre la omisión que se le endilga a su asistido (no haber visualizado a la víctima producto de una supuesta distracción y haber omitido la diligencia debida para evitar la colisión), y el desenlace fatal. En tal sentido, agregan que en los tipos penales culposos no basta con que la conducta del autor viole el deber de cuidado y cause un resultado lesivo, sino que debe además mediar una relación de determinación entre ambos, circunstancia que no se verifica en el caso: [redacted] guiaba el vehículo por el cuarto carril (más rápido) de Av. del Libertador en dirección norte-sur y la victima cruzó corriendo una avenida de alto tránsito vehicular, de modo que resultaría inconsistente imputar una pretendida falta de visión periférica cuando -siempre a juicio de la parte- el suceso acaece por la acción de la víctima.

Aducen también los defensores que el tribunal presume, en contra del imputado, que éste se “distrajo” cuando no existe dato alguno que corrobore tal aserto. Así, al existir la posibilidad de que se haya producido el deceso de la víctima por otro factor imprevisible o no controlable por [redacted] por aplicación del principio *in dubio pro*

reo, el tribunal debería a su entender haberse inclinado por un temperamento liberatorio (cfr. art. 3, CPPN), con fundamento constitucional en la presunción de inocencia que debe mantenerse si no ha podido ser desvirtuada (art. 18, CN; art. 8, inc. 2, CADH; art. 6.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

2.3. Violación manifiesta al principio de congruencia y, como derivación de ello, al debido proceso y la defensa en juicio.

La parte plantea que tanto la querella como el fiscal, al formular sus respectivos requerimientos en los términos de los arts. 346 y 347, CPPN, atribuyeron a su asistido responsabilidad por **no haber alcanzado a aplicar a tiempo los frenos al advertir la presencia de** [redacted] **en el asfalto**, ocasionándose con ello el impacto que produjo el inmediato deceso de la víctima. Advierte a continuación que en la sentencia en crisis, sin embargo, el Tribunal desechó esta circunstancia, al expresar que: "a *lo largo del debate y de los dichos de los testigos y los peritos ha quedado debidamente acreditado que* [redacted] *ha accionado los frenos de su vehículo al advertir la presencia de un peatón en la calzada con tanta intensidad que Fuller Perez describió que al día siguiente todavía le dolían las costillas por el golpe producido por el cinturón de seguridad y que recordaba la maniobra para esquivarlo efectuada por* [redacted] *También las pericias refieren a la existencia de una maniobra de desaceleración o frenado que causó que el cuerpo fuera despedido hacia adelante producto de dicha desaceleración"*.

Sin poder acreditar el reproche inicial, aducen los letrados, hacia el final del debate la imputación mutó; se pasó así a endilgar a [redacted] una distracción que no le habría permitido ver a la víctima y haber conducido en exceso de velocidad. La diferencia en los hechos enrostrados a su criterio no resulta menor para una defensa efectiva: "*el reproche de una supuesta violación al deber de cuidado por no*

haber frenado o esquivado es distinto a construir una violación del deber de cuidado por no haber visto a la víctima sobre la calzada. Evidentemente los elementos probatorios para defenderse de uno u otro supuesto resultan diferentes".

Ponen de resalto, de igual modo, que en la sentencia se tiene por cierto que el imputado efectuó maniobras de esquive y frenado pero que no pudo ver a la víctima, siendo evidente que si el conductor intentó esquivar y frenar el vehículo es precisamente porque la vio, aun cuando el impacto resultara inevitable porque [redacted] apareció de forma repentina corriendo por la calzada.

Concluye la parte que en virtud de ello surge de manera palmaria la falta de congruencia, que afecta gravemente el derecho de defensa de [redacted] puesto que el cambio en la base fáctica significa para la defensa una "sorpresa" que no permite enfrentar adecuadamente el reproche; se trata -a su entender- de una modificación que se manifestó entre elementos esenciales del hecho por el que su pupilo fue acusado y aquel por el que resultó condenado. Cita finalmente pronunciamientos que, en la misma línea, exigen correspondencia en el núcleo fáctico sometido a juzgamiento a lo largo de todo el proceso.

IV. La Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal remitió el caso a la Oficina Judicial para su asignación a una sala del Tribunal.

V. Sorteada esta Sala II, los letrados defensores ampliaron los fundamentos de la presentación en los términos del art. 466, CPPN (fs. 738/41).

VI. Se procedió luego a celebrar la audiencia prevista por los arts. 465 y 468, CPPN, a la que compareció el Dr. Horacio Jaime Romero Villanueva, a cargo de la asistencia técnica del imputado; y el querellante [redacted] junto a su letrada patrocinante, Dra.

Drendak -parte no recurrente-. En aquélla, la defensa mantuvo el recurso oportunamente deducido y argumentó su posición.

VII. Sobre los aspectos reseñados se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1. El tribunal de juicio sustentó la condena de [redacted] en los términos del art. 84, segundo párrafo, del Código Penal, en dos extremos que consideró suficientemente acreditados, a saber: a) que el imputado circulaba superando la velocidad reglamentaria de la arteria por la que transitaba -esto es, los 60 km/h permitidos en la Avenida del Libertador-, y b) que una distracción le impidió ver a la víctima y frenar el rodado a tiempo. Sobre esa base, concluyó que el acusado omitió el deber de cuidado en la conducción, que se tradujo en una elevación del riesgo permitido y resultó en la muerte de [redacted]

Valoró de igual modo el *a quo* que, toda vez que en la vida cotidiana de una gran urbe como la Ciudad de Buenos Aires "*la aparición de un peatón que intente cruzar cuando la señal lumínica no lo autoriza a hacerlo no constituye un elemento sorpresivo, ni la consideración de que ello pueda ocurrir es un elemento que deba omitir cualquier conductor prudente y atento a la conducción del vehículo de modo de mantener el dominio efectivo del mismo"*, mal podría el imputado ampararse en un "principio de confianza".

2. Aquí se trata, entonces, de verificar inicialmente si el plexo probatorio reunido permite en efecto corroborar alguna o ambas circunstancias en las que se sustenta la superación del riesgo permitido a partir de la conducción de un vehículo aducida por el tribunal.

En este punto el agravio introducido por la parte trasunta un cuestionamiento a la construcción del deber de cuidado en los

términos del art. 456, inc. 1°, CPPN; sin embargo, toda vez que su fundamento se dirige a impugnar la valoración de los elementos de convicción en que aquélla se cimentó, la crítica converge asimismo en el inciso segundo de la citada disposición del Código de forma.

Pues bien, ha establecido la CSJN en el caso "Casal" que a esta Cámara incumbe revisar si en el caso concreto se han aplicado las reglas impuestas por la sana crítica, esto es, si sus principios fueron respetados en la valoración probatoria llevada adelante por el tribunal de juicio: "*la "inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad" abarca la inobservancia de las normas que rigen respecto de las sentencias. El art. 404 establece que es nula la sentencia a la que faltare o fuere contradictoria su fundamentación. El art. 398 establece que las pruebas deben ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica. Una sentencia que no valorase las pruebas conforme a estas reglas o que las aplicase erróneamente carecería de fundamentación. Por ende, no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta*" (Fallos 328:3399).

En esa línea, es preciso reconstruir el camino seguido por el tribunal de juicio para arribar a la determinación que aquí se cuestiona.

Es dable recordar entonces, en primer término, que durante la audiencia depuso el testigo Eduardo Fuller Pérez, quien acompañaba a [redacted] en el asiento delantero del vehículo. El nombrado manifestó que se dirigían hacia el local bailable "Asia de Cuba" por avenida del Libertador a una velocidad que les permitía continuar con la onda verde, que el conductor miraba hacia adelante y no sintió en ningún

momento que manejara de manera irresponsable o a una elevada velocidad. Explicó que, tras cruzar la intersección con la Avenida Pueyrredón, él se volteó para pedirle al otro ocupante del rodado, Hidalgo Montero, una lata de la bebida "Redbull", y que al volver la vista al frente advirtió que el vehículo estaba por impactar con una persona que "venía corriendo" de "izquierda a derecha" por Avenida del Libertador. Subrayó que el imputado intentó eludir el choque, que maniobró hacia la izquierda y frenó bruscamente -circunstancia que advirtió porque antes del impacto sintió un fuerte tirón del cinturón de seguridad que le generó un gran dolor en la zona de las costillas que le duró por varios días-, no obstante lo cual no pudo evitar embestir al individuo.

La declaración de Hidalgo Montero, por su parte, fue incorporada al debate por lectura. El testigo, de manera conteste con Fuller Pérez, refirió que circulaban por la Avenida del Libertador siguiendo la onda verde y que al alcanzar la intersección con la calle Schiaffino, de manera repentina se cruzó corriendo desde el lado izquierdo por el medio de Avenida una persona de sexo masculino, frente a lo cual [redacted] procuró frenar el vehículo y esquivarlo girando hacia la izquierda (fs. 38).

También Brian Hemmerde García, quien circunstancialmente se hallaba parado en la dársena de colectivos ubicada sobre la Avenida Figueroa Alcorta a 30 metros aproximadamente de la intersección en donde ocurrieron los hechos, depuso en la audiencia. El nombrado señaló que el vehículo Volkswagen Vento embistió a un sujeto que cruzaba corriendo la Av. del Libertador de izquierda a derecha, metros antes de la senda peatonal.

Del conjunto de estos testimonios, y de los dichos de los expertos en accidentes viales intervinientes -Ingeniero Juan Carlos Godoy de la PFA, Carlos Alberto Adra de la GNA y el perito de parte, el Licenciado en Criminalística José L. Frigerio-, el tribunal tuvo por

probado que **la víctima** [redacted] **intentó el cruce de Avenida del Libertador de izquierda a derecha, a la carrera y fuera de la senda peatonal.**

De igual modo, estimaron acreditado los magistrados en función de los relatos de Fuller Pérez e Hidalgo Montero que **el automotor circulaba con luz verde** o bien "manteniendo la onda verde", y que **el damnificado inició el cruce de la avenida cuando la señalización del tránsito no lo habilitaba para hacerlo, a pesar de que el semáforo instalado en las inmediaciones para peatones funcionaba normalmente** -cfr. testimonio del Inspector de PFA José Luis Cortes en juicio, declaración del empleado del Hospital "Juan Antonio Fernández" que fue desplazado al lugar de los hechos, Jorge Eduardo Muñoz (fs. 111) y del efectivo policial interviniente, Marcelo Daniel Vijande (fs. 145/146), incorporados al debate-.

De otra parte, de los informes médicos efectuados sobre [redacted] luego del hecho, glosados a fs. 101/102 y 104, surge que **el encausado se hallaba orientado en tiempo y espacio, sin que pudiera verificarse la presencia de alcohol en sangre ni de algún estupefaciente.**

Ahora bien, estimó el tribunal que tales circunstancias y la imprudencia de la víctima en el caso, no pueden conducir sin más a desincriminar al imputado, quien a su juicio "*obró en forma negligente y en violación a una norma reglamentaria del tránsito, elevando así el riesgo que implica la circulación de automotores*". A continuación se abordan los fundamentos de tal conclusión.

2.1. La pretendida distracción. Teniendo en cuenta que de las constancias agregadas al debate se desprende que la avenida a la altura en que ocurrió el evento posee 5 carriles de circulación, que la calzada se hallaba en buen estado de conservación, la iluminación artificial era adecuada y el tránsito fluido, se cuestionaron los

magistrados cómo fue posible que [redacted] -quien según los dichos de Fuller Pérez circulaba en uno de los primeros carriles del lado derecho- no pudiera apreciar el cruce del peatón por el lado izquierdo de la avenida, cuando, aun siendo repentino, no se alegó que ningún elemento o vehículo hubiera obstruido la visual. Máxime -agregó el tribunal- considerando que la persona fue divisada por quien se hallaba sentado en el asiento delantero correspondiente al acompañante del conductor -Fuller Pérez- y por quien se ubicaba en el asiento trasero -Hidalgo Montero-.

Sostuvieron entonces los jueces de la instancia que "*la aplicación del sentido común y las reglas de la sana crítica imponen deducir que alguna distracción operó en* [redacted] *para que éste condujera el vehículo sin advertir quien se hallaba cruzando al frente para efectuar la maniobra adecuada que le permitiera eludir al occiso*", y de allí coligieron que el acusado actuó en forma negligente, sobrepasando el riesgo permitido que significa la circulación de un automotor en la vía pública.

Luego, frente a lo postulado por la defensa al formular su alegato -y que ante esta instancia reitera- en el sentido de que no puede reprocharse a su asistido haber carecido de "visión periférica", el *a quo* resaltó que el testigo Hemmerde García refirió que [redacted] cruzó corriendo la avenida, no que se arrojó al paso del auto.

En ese orden de ideas, argumentó el tribunal que "*aun cuando prescindamos de los dichos de FULLER PÉREZ que dijo que al voltearse vio al occiso cruzar corriendo, porque alguien podría sostener que al estar sentado sobre el sector derecho del automotor su visión podía ser más amplia en atención a que el difunto venía corriendo de izquierda a derecha, cómo podría explicarse que* [redacted] *fue visto cruzando por HIDALGO MONTERO que estaba sentado en el asiento trasero y no por* [redacted] *quien por hallarse sentado delante de aquél razonablemente debía tener una visión más*

amplia de lo que acontecía". Con ello la instancia tuvo por acreditada la distracción del acusado, esto es, uno de los dos extremos en que fundó la omisión al deber de cuidado.

Cabe destacar, de igual modo, que este es el único factor en que se apoya la acusación fiscal, toda vez que -contrariamente a los jueces- la parte acusadora estimó que los elementos de convicción resultaban insuficientes para demostrar el exceso de velocidad.

En resumidas cuentas, lo que el tribunal presupuso es que los restantes ocupantes del vehículo pudieron ver a la víctima con anterioridad a [redacted] y que, de no haber mediado una distracción, el acusado la habría advertido simultáneamente o incluso primero, con posibilidad de frenar y evitar el choque.

Lo cierto, como apuntó la defensa, es que esta aserción no se desprende de los dichos de Fuller Pérez y de Hidalgo Montero. El primero de ellos, en efecto, se refirió puntualmente a la sorpresa que significó la aparición repentina de [redacted] a quien únicamente vio al momento del impacto, manifestando que: "[e]*l volteó, en ese momento, estaba Miguel atrás, a quien le pidió un "Redbull", cuando giró sintió que impactaron con una persona que según su parecer venía de izquierda a derecha, corriendo, es lo que sintió que vio en ese momento. Debieron haber pasado unos segundos, todos entraron como en estado de shock"*. Precisó luego que a la altura del choque la avenida presenta una curva en forma de "S", que él se dio vuelta justo al girar o un poquito antes y que fue al terminar esa vuelta cuando impactaron: "*Recordó que justo pidió el "Redbull", volteó y* ***cuando levantó la cabeza ya estaba por impactar***" -la negrita no corresponde al original-. Aclaró asimismo el testigo que "*el conductor miraba hacia delante, no sintió en ningún momento que manejara irresponsablemente*" y que "[v]*io a la víctima que venía de izquierda a derecha e impactaron*". Preguntado luego para que diga cómo describiría el impacto, apuntó que "*su descripción va a ser más en*

base a lo que sintió, cuando volteó vio a la persona que corría para acá, hasta inclusive trató de saltar pero no lo podría asegurar, porque fue como voltear y ver una foto, que estaba convencido de que tenía que venir de izquierda a derecha, fue como una foto y fue el impacto, sintió el golpe del cinturón de seguridad".

Parece evidente entonces que Fuller Pérez vio a la víctima un instante antes del impacto y no a lo largo del trayecto que recorrió desde la vereda y hasta colisionar con el vehículo. Incluso explicó durante el debate que: "*había cosas que no le cerraban, no entendía de dónde aparecía esta persona corriendo, se lo preguntó cien veces, pasó por el lugar un montón de veces. Recordó que la persona se aparece a mitad de calle, ni siquiera por la senda peatonal, cuando se ha bajado del auto ha mirado por todo lados el auto, no entendía nada"*.

En sentido conteste, Hidalgo Montero explicó al deponer que "***de forma repentina*** *se le cruza corriendo* ***por el medio*** *de la Av. Libertador (o sea, no por la senda peatonal, una persona del sexo masculino*" (fs. 38).

El *a quo* desatendió, por otra parte, que si bien no se acreditó la existencia de obstáculos que pudieran perturbar la visual del conductor, es natural -como apunta la defensa- que en la curva [redacted] mantuviera la cabeza recta. En todo caso, no resulta lógico pretender que aquél advirtiera con anticipación la presencia de alguien que corría de manera lateral de izquierda a derecha y súbitamente apareció delante del automotor o demandarle mayor precaución cuando, sin perjuicio de lo expuesto, una vez que el imputado divisó a [redacted] procuró todas las maniobras de esquive y frenado que a esa altura un conductor prudente hubiera efectuado a fin de evitar la colisión, aunque sin éxito.

Por último, no debe pasarse por alto el hecho también advertido por la parte recurrente en el sentido de que, una vez acreditado que

[redacted]realizó maniobras de frenado, se le endilgó no haber visto a la víctima, cuando fácil es colegir que si frenó la marcha fue precisamente porque la vio.

2.2. El otro factor que el *a quo* estimó probado fue que el encausado circulaba en exceso de la velocidad permitida en la Avenida del Libertador, a saber, los 60 km/h establecidos por el art. 51 de la Ley de Tránsito n° 24.449.

Para arribar a esa conclusión consideraron que "*en oportunidad de la reunión de peritos efectuada en la audiencia,* ***si bien los dos oficiales evitaron expedirse en forma concreta****, lo cierto es que el perito Ingeniero Juan Carlos GODOY coincidió con el perito de parte Lic. FRIGERIO en cuanto* ***al momento del impacto el cuerpo de la víctima se montó sobre el capot*** *del Volkswagen Vento y fue transportado para ser despedido luego hacia adelante* ***a una velocidad aproximada a los 58,97 km/h*** (…) *si el auto conducido por* [redacted] *impactó a 58,97 km/h y tenemos por cierto que conforme sostienen FULLER PEREZ e HIDALGO MONTERO aquél, previo a maniobrar hacia la izquierda para intentar eludir el impacto, efectuó un brusco frenado, lo que implica desaceleración, resulta evidente que* ***la velocidad de circulación debía ser mayor***".

Al intentar precisar un valor expresan que: "*Quizá no los cuestionados 92 km/h que sostuvo que llevaba el perito de la querella, ya que resultó de la aplicación de una fórmula matemática respecto a la que los expertos no se han puesto de acuerdo al expedirse sobre la validez de los métodos matemáticos para referenciar cuestiones físicas, pero* ***estamos convencidos que muchos más que los 60 km/p permitidos*** *para la Avda. del Libertador*" -sin negrita en el original-.

Es dable advertir que es el propio tribunal el que denota la fragilidad de su conclusión, basada en meras conjeturas. Los magistrados refieren a una "convicción" en el sentido de que [redacted] conducía en exceso de velocidad, primeramente, en oposición a lo

expresado por el propio MPF que destacó la imposibilidad de aseverar tal extremo y lo excluyó de la acusación.

El argumento de la desaceleración, aunque razonable, se desprende de premisas no acreditadas, ya que los elementos reunidos indican, por el contrario, que el frenado fue casi simultáneo al choque -dado lo repentino de la aparición de la víctima-, y no obra en el expediente informe pericial alguno que determine una distancia de frenado o permita calcular el nivel de desaceleración -si es que la hubo-. En ningún caso resulta procedente una presunción en perjuicio del imputado que refiera a hipotéticos valores "que superan los 60 km/h pero no alcanzan los 92 km/h".

Resulta de otra parte llamativo que se pretenda fundar el (supuesto) exceso de velocidad en la (supuesta) desaceleración producto del frenado, cuando la intimación inicial a [redacted] -en los términos en los que fue plasmada en los respectivos requerimientos de elevación a juicio del fiscal y de la querella- pretendió atribuirle responsabilidad por los hechos en base a "*no haber aplicado a tiempo los frenos del vehículo al advertir la presencia del nombrado en el asfalto*".

Desechado entonces este argumento, es dable señalar que la conclusión relativa al exceso de velocidad se vio reforzada a criterio del tribunal oral por la explicación brindada por los peritos en cuanto a las modalidades que puede presentar un accidente como el que nos ocupa. Explicó el ingeniero Godoy, al respecto, que puede ocurrir que el peatón se "*monte sobre el capot",* o bien que *"voltee sobre el techo",* y que en este último supuesto el techo del vehículo presenta abolladuras producto del impacto con el cuerpo, siendo en ese caso la velocidad a estimar mucho mayor. Los magistrados valoraron entonces que, toda vez que del acta de secuestro y del inventario del vehículo se desprende que luego del accidente el rodado presentaba: "*abolladura leve en el techo*" y "*techo abollado lateral derecho*" –

respectivamente-, y que ese daño "*surge patente de las fotografías individualizadas como DSC 07814.JPG y DSC 07824.JPG que en cd aportara personal de la División Ingeniería Vial Forense de la Policía Federal Argentina*", el vehículo debió circular en exceso de velocidad.

Lo expresado por los expertos en sus dictámenes -incorporados al debate- y declaraciones, sin embargo, es valorado por los jueces de la instancia de modo parcial.

A poco que se atiende a la declaración de Godoy, se advierte que el ingeniero explicó que "*hay diferentes tipos de atropello a peatones,* ***en el caso en estudio, lo que ocurrió es un atropello del tipo "montado sobre capot"****,* y aclaró de manera expresa y categórica que el "*volteo sobre techo*" es "*lo que aquí no ocurrió*". Seguidamente advirtió que "*con una velocidad del orden de 100, 90 inclusive 80 km por hora, lo normal es que se produzca la colisión del tipo "volteo sobre techo" y no "montado sobre capot",* que incluso el "volteo sobre techo" podría ocurrir para velocidades del orden de los 70 km/h, aunque "*todo guarda relación con la geometría del automóvil, la talla del peatón, su peso*".

Preguntado luego el perito para que diga si puede darse la proyección de "montado sobre el capot", también denominada "*proyección hacia adelante*" con una velocidad inferior a los 60 km/h, manifestó que sí, e interrogado puntualmente a instancias del tribunal sobre los daños en el techo mencionados en el acta de secuestro y en el inventario, refirió que él basó su dictamen en el informe de relevamientos de rastros y daños en el vehículo que hizo el experto de la División en el lugar del suceso, pero precisó que "*independientemente si hubiera existido o no el contacto con el techo, en este caso en particular,* ***es evidente*** *y creía coincidir con sus colegas de* ***que el cuerpo fue proyectado hacia adelante***" -la negrita no corresponde al original-.

En virtud de ello, Godoy estimó el rango de velocidad entre los 50 y 60 km/h "*en función de la propagación de daños sobre la estructura delantera del vehículo, si los daños en vez de llegar al parabrisas hubieran llegado a la mitad del capot, obviamente la velocidad de impacto era menor, está hablando de una estimación de la velocidad al momento del impacto"*.

El Licenciado Frigerio -perito ofrecido por la parte querellante- realizó su estimación "*sobre la base de la proyección del peatón embestido*", consignando una velocidad aproximada de 92 km/h. Tanto Godoy como Adra cuestionaron la "fórmula de Searle" utilizada por aquél. El primero de ellos observó que "*no obstante desconfiar de la fórmula*", cuando Frigerio "*aplica puramente la fórmula le da una velocidad de 58,97km por hora, que es un valor acorde a su estimación, el problema viene después en un párrafo donde aplica una corrección, porque dice corresponde aplicar el coeficiente P consignado precedentemente para obtener la velocidad del vehículo partiendo de la velocidad calculada multiplicando por el coeficiente P, ese coeficiente según el licenciado tiene un valor de 1.5625 que multiplicado por 58,97 le da una velocidad de 92,14 km/h*", de modo tal que concluyó que "*A pesar de estar en desacuerdo con esta fórmula, en la primera parte el resultado coincide con su estimación, en la segunda parte insiste que se está aplicando un modelo matemático y no de algo relacionado con un teorema o principios de la física, lo que puede llevar a incurrir en un error involuntario, que es lo que ocurrió acá, porque* ***si el vehículo hubiera atropellado al peatón a 92,14 km por hora, no hubiera ocurrido lo que en realidad ocurrió -que es que el cuerpo salga proyectado hacia adelante-, sino que está seguro que el cuerpo hubiera salido proyectado hacia atrás del vehículo****"* -la negrita no corresponde al original-.

Frigerio cuestionó a continuación lo expresado por sus pares, indicó que no siempre a velocidades superiores a 90 km por hora ocurre una deformación del techo del vehículo, que la fractura del parabrisas que se observa en la fotografía de fs. 120 es "*un agujero, un hundimiento de adelante hacia atrás, que está indicando que por lo menos una parte del cuerpo ha ingresado respecto de la línea de parabrisas, un poco adentro del habitáculo del vehículo, lo que podría haber impedido el volteo sobre techo*". Una vez más, Godoy estuvo en desacuerdo con la apreciación del perito de parte.

La querella recordó a continuación que en el caso se dio una proyección del cuerpo de 23 metros, frente a lo cual el ingeniero expresó que a su criterio la posición final del cuerpo de la víctima es compatible con una velocidad como la que informó, puntualizando que "*cuando informa una velocidad tiene en cuenta todos los elementos tangibles que posee, lamentablemente en este caso no había huella de neumático o algún elemento que permitiera hacer una determinación certera y categórica de la velocidad de impacto*".

Finalmente, apuntó Godoy que a su entender "*las variables que figuran en la fórmula de Searle pueden inducir a un margen de error, porque por ejemplo el licenciado mencionó que tuvo que estimar una distancia que se llama S en la fórmula, que es la distancia entre la posición final del cuerpo y el punto donde fue proyectado el cuerpo, uno tiene que tener en cuenta que cuando ocurre el accidente el cuerpo voltea sobre el capot del vehículo y se desplaza hacia el parabrisa, todo eso sucede con el auto en movimiento, en algún punto de ese movimiento el cuerpo sale proyectado hacia delante y normalmente no quedan rastros en el piso de esa situación, entonces uno tiene que hacer una estimación de esa distancia que depende de la suerte con la que uno tenga ese día cuando hace la estimación, el licenciado cree que estuvo acertado*

con la estimación porque le dio un valor que considera adecuado, él informó 50 a 60 km por hora y al licenciado le dio 58".

De este cuadro de situación, el tribunal derivó la conclusión de que [redacted] circulaba superando la velocidad de 60 km/h permitida, de manera significativa pero sin llegar a los 92 km/h.

Apunta la defensa que, en función de lo expresado por los peritos y testigos, resulta una falacia colegir el exceso de velocidad de un daño "leve" en el techo del vehículo, cuando los expertos indicaron que de haber existido una velocidad mayor a la estimada de 60 km/h el cuerpo debía haber traspasado el techo del automóvil y no se hubiera producido la mecánica de "montado sobre el capot".

Aunque relativamente menor, otra evidencia de la valoración parcial del plexo probatorio por parte del *a quo* -en cuanto toma los elementos que abonan la teoría del exceso de velocidad pero soslaya aquéllos de los que podría desprenderse una inteligencia contraria-, resulta ser que ninguna consideración efectúa con relación al testimonio de Fuller Pérez en el punto en que señala que la velocidad de circulación que llevaban "*debió haber sido la que le permitía seguir con la onda verde. No sabe si se iba a 55 o 65, que no tenía idea, pero sí que seguían la onda verde. Que normalmente es de bajarse de los autos si es que la velocidad es muy excesiva porque su hermano murió en un accidente cuando el declarante tenía 11 años y fue quien recibió la llamada. De ahí quedó traumado con la velocidad, no maneja, su licencia de conducir se venció y nunca la volvió a sacar, que acostumbraba a bajarse de los taxis cuando pasan una luz roja, que tenía una relación muy particular con la velocidad, con los autos, que le afectaba de verdad la velocidad, entonces no sabe exactamente la velocidad a la que iban, pero no debió haber sido demasiado exagerada porque se hubiese bajado antes*".

Lo cierto, en todo caso, es que **quedan dudas razonables en cuanto la velocidad que no pueden resolverse en perjuicio del**

acusado sin vulnerar las garantías constitucionales que lo amparan al presumir su inocencia (art. 18 CN), y los principios procesales que imponen ante la duda una solución favorable para aquél (art. 3, CPPN) y exigen certeza apodíctica en los pronunciamientos de condena.

Los elementos que el tribunal valora a los efectos de fundar el reproche solo pueden catalogarse como indicios ciertamente insuficientes en su aptitud de proporcionar el grado de certidumbre ineludible que la sentencia debe poseer.

2.3.- Previo a concluir con el análisis de los elementos de juicio en los que el tribunal fundamentó la violación al deber de cuidado, cabe señalar que los magistrados de la anterior instancia desecharon la posibilidad de que [redacted] pudiera ampararse en el "principio de confianza" consistente, en el caso, en que [redacted] como peatón respetaría las normas de tránsito. Ello así, puesto que -sostuvieron- en una gran ciudad como Buenos Aires "*la aparición de un peatón que intente cruzar cuando la señal lumínica no lo autoriza a hacerlo no constituye un elemento sorpresivo",* y un conductor prudente y atento debiera prever la posibilidad de que ello ocurra *"de modo de mantener el dominio efectivo"* del vehículo.

Destacaron los jueces en este punto que la Ley n° 24.449 que regula la actividad vial establece que en la vía pública todo conductor debe circular con cuidado y prevención, "*conservando en todo momento el dominio efectivo del vehículo, teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y las demás circunstancias del tránsito*", a la vez que agrega que "*cualquier maniobra debe ser advertida y realizada con precaución, sin crear riesgo ni afectar la fluidez del tránsito*" (cfr. art. 39, inc. b, Ley n° 24.449).

Frente a las consideraciones esbozadas por el *a quo* es preciso recordar que el denominado "principio de confianza", aplicable a toda actividad compartida y arriesgada, de carácter lícito, como es la conducción de un vehículo, determina precisamente que el sujeto que

la lleva a cabo "*puede confiar en que quienes participan junto a él en la misma se van a comportar correctamente -de acuerdo con las reglas existentes- mientras no existan indicios de que ello no va a ser así*"[1]; en otras palabras, puede confiar en que cada uno de los intervinientes cumplirá su respectivo deber de cuidado.

Puntualmente en cuanto al tránsito vehicular, el principio de confianza se traduce en la posibilidad que tienen los conductores de fiarse del comportamiento adecuado de los demás actores, siempre que las particulares circunstancias del caso no hicieran pensar lo contrario.

En esa línea ha sostenido Jakobs que "*nadie tiene que contar con que algún participante en el tráfico esté fuertemente embriagado (pero en las inmediaciones de festejos populares esto puede ser distinto, al menos por lo que a los peatones se refiere), con que un peatón de un brinco colosal y salte a la calzada…*"[2].

Si la situación permite advertir que el que comparte la actividad no va a ajustarse a su propio deber de cuidado, lo que ocurre en verdad es que lo que cambia es la regla; ejemplo: si el conductor advierte que la viejita indecisa se larga a cruzar la calzada fuera de la senda peatonal, la norma que autoriza a circular a 40 km/h cesa y deja su lugar a la que impone directamente frenar.

Pero, si esas circunstancias excepcionales no concurren y quien desarrolla su conducta dentro de la actividad compartida carece de la posibilidad de advertir que el otro interviniente -en el caso la víctima- incumple su deber de autoprotección, mal se podría sostener que se ha superado el riesgo permitido.

El principio de confianza constituye una precisión del deber de cuidado, que ha sido licuado en su significación por el tratamiento que

[1] Cancio Meliá, Manuel: *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los Ámbitos de Responsabilidad de Víctima y Autor en Actividades Arriesgadas",* J. M. Bosch, Barcelona, 1998, p. 322.

[2] Jakobs, Günther: *Estudios de Derecho Penal,* Civitas, Madrid, 1997, p. 220.

le ha dado el tribunal *a quo*; lo que conllevaría, de mantenerse esa interpretación, a la directa paralización del tránsito vehicular.

La ley de Tránsito n° 24.449 que trae a colación el tribunal de juicio regula no sólo la actuación de los conductores sino también la de los peatones y, de manera aún más específica, la de aquellos que transitan en zona urbana, disponiendo en su artículo 38 que deben hacerlo "2. *En las intersecciones, por la senda peatonal*" y que "*c) En zonas urbanas y rurales si existen cruces a distinto nivel con senda para peatones, su uso es obligatorio para atravesar la calzada*".

En el caso bajo examen, el conductor circulaba siguiendo la "onda verde", sin estar afectado por alcohol en sangre ni algún estupefaciente y sin que se acreditara un exceso de velocidad, y en ese momento [redacted] intentó el cruce de Avenida del Libertador un día jueves, a las 3:00 de la madrugada, de izquierda a derecha, a la carrera, fuera de la senda peatonal y cuando las señales que regulan el tránsito -que se encontraban en debido funcionamiento-, no lo autorizaban.

En tales condiciones, mal se puede sostener que el imputado no actuó amparado por el principio de confianza.

En definitiva, no se encuentra acreditado que [redacted] haya incurrido en una infracción objetiva al deber de cuidado. Sobre esa base, resulta atípica su conducta y corresponde, en consecuencia, casar el decisorio impugnado y dictar su absolución.

3. Así las cosas, el tratamiento de los restantes agravios introducidos por la defensa deviene abstracto.

4. En virtud de lo expuesto, propongo al acuerdo **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa particular del imputado a fs. 713/25, **CASAR** la sentencia de fs. 667/711 y **ABSOLVER a** [redacted] en orden al delito de homicidio culposo agravado por el cual fue juzgado, sin costas (arts. 456, inc. 1 y 2, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

Así voto.

El juez Luis F. Niño dijo:

I. La cuestión traída a análisis se trata, como señaló el colega preopinante, en verificar si la construcción realizada por el *a quo* respecto de la violación al deber de cuidado encuentra sustento en el plexo probatorio reunido (art. 456, inc. 1, CPPN); y, por otro lado, la inobservancia del principio receptado en el art. 3, CPPN –esto es el *in dubio pro reo*– (art. 456, inc. 2, CPPN).

No es ocioso recordar que, conforme al enfoque abrumadoramente mayoritario de la doctrina penal contemporánea, el aspecto objetivo del tipo culposo reclama cuatro elementos, a saber: infracción al deber de cuidado, resultado típico, relación de causalidad entre la acción y el resultado, y relación de determinación entre la infracción del deber de cuidado y tal resultado.

En el caso, contrariamente a lo expuesto por el *a quo*, a partir de los elementos de prueba incorporados a la sentencia no se advierte siquiera la presencia del primero de los elementos señalados, esto es, la infracción al deber de cuidado. En este sentido coincido con el juez Morin en que tanto la hipotética distracción del imputado como el supuesto exceso de velocidad con el que habría circulado no encuentran sustento en el plexo probatorio reunido.

La primera de estas razones colide con la misma decisión del *a quo* de reconocer que [redacted] realizó maniobras de frenado. Cabe preguntarnos por qué el imputado frenó si, como sostiene el tribunal, producto de una distracción no habría visto a la víctima. Por otro lado, esta hipótesis tampoco encuentra fundamento en las declaraciones de Fuller Pérez y de Hidalgo Monteo, quienes coinciden en sostener que la víctima apareció en forma repentina, que [redacted] la divisó y realizó maniobras de esquive y frenado.

Respecto de la segunda de las razones mencionadas –el supuesto exceso de velocidad–, tampoco puede inferirse de lo

expuesto por los peritos intervinientes. Tanto el ingeniero Juan Carlos Godoy como el experto de parte Lic. Frigerio coincidieron en que el impacto se produjo a una velocidad aproximada de 58,97 km/h, más no pudieron determinar, con el grado de certeza que una decisión condenatoria requiere, la velocidad en la que circulaba el automóvil antes de producirse el impacto.

Lo expuesto indica que responsabilizar al imputado por el hecho investigado en autos, ante la falta de suficientes elementos de convicción, sólo constituiría un mero ejercicio de poder, sin la correspondiente base de razonabilidad que debe nutrir los actos jurídicos propios de nuestro sistema republicano, conforme lo dispuesto por los artículos 1 y 28 de la Constitución Nacional.

En este sentido y a mayor abundamiento, corresponde mencionar que las cuestiones sobre la duda, la probabilidad y la certeza han preocupado a los estudiosos del derecho procesal penal durante siglos. Así, Pietro Ellero señala: "*El asunto de esta investigación es sólo la certeza; pero la doctrina de la probabilidad hállase tan conexa con ella, que fácilmente puede deducirse. De hecho, un caso es probable en cuanto el ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocerle tal carácter. A medida que las dudas se aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge...*"[3], sentando las bases para una correcta comprensión de estos conceptos en sus célebres "Cánones del Juicio": "1*) Para que una persona se repute reo, es preciso la certeza de su delincuencia. 2) La certeza (que es subjetiva) es aquel estado del ánimo en virtud del cual se estima una cosa como indudable. 3) La verdad (que es objetiva) es la conformidad de la idea con la cosa. 4) El ánimo alcanza la certeza siempre que logra obtener los caracteres de veracidad, esto es conformidad con lo verdadero. ...6) La existencia de un hecho se considera indudable cuando es necesaria. 7) La*

[3] Ellero, Pietro, *De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratados de la Prueba en Materia Penal*, Editorial Librería 'El Foro', Buenos Aires, 1994, pág. 51.

necesidad de un hecho resulta cuando no puede ser de otra manera. 8) La necesidad es de tres especies: metafísica, física e histórica; la primera es apodíctica; las dos últimas, hipotéticas; es decir aquélla lo es en un sentido propio; éstas, en un sentido impropio. 9) La necesidad metafísica se justifica en virtud de este axioma: un razonamiento, basado en principios incontrovertibles y llevado según las reglas de la lógica, debe ofrecer como resultados inferencias conformes a la verdad. 10) La necesidad física se justifica según este otro axioma: las manifestaciones del sentido interior y exterior deben corresponderse precisamente con los objetos de que se derivan. 11) La necesidad histórica se justifica según este tercer axioma: el hombre dice la verdad siempre que no tenga interés en mentir...".

A poco que se examine la opinión de los procesalistas modernos, se advertirá la notable actualidad de las enseñanzas de Ellero. En efecto, para Raúl Washington Abalos *"...la verdad para el Juez Penal, es la conformidad de la idea con el suceso histórico criminoso, cuando el suceso histórico criminoso ha sido comprobado por el Juez y se corrobora la correspondencia de la idea con la realidad...*" [4], agregando que "*la certeza es un estado espiritual respecto de la verdad, en donde el sujeto entiende que posee dicha verdad porque presta adhesión al juicio que considera verdadero, en razón de no tener dudas que se opongan a su afirmación"*. Para este autor, por otra parte, la duda *"es aquel estado de conocimiento del juzgador, que respecto de una hipótesis a verificar, le permite inferir de igual manera la existencia o inexistencia de aquélla, o que por insuficiencia de material probatorio no puede rechazarla...*", destacando que el modo más claro de percibir la verdad es a través de la evidencia, que pertenece al objeto y consiste en la claridad con que se revela al conocimiento, "*que se adhiere a la afirmación de lo que*

[4] Abalos, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993, pág. 245 y ss.

percibe como revelación y siente inmediatamente la adecuación del objeto al sujeto...".

En igual sentido, Jorge Clariá Olmedo refiere que: "*La firme creencia de estar en posesión de la verdad es el estado de certeza, de contenido simple e ingraduable, que implica desechar toda noción opuesta. Puede ser afirmativa o negativa en cuanto consista en la ocurrencia o en la no ocurrencia del hecho. En esos dos extremos, sin embargo, puede oscilar el espíritu mientras se mantiene el grado de incertidumbre. Esta ha de mostrar infinitos grados que se aproximan o alejan de la afirmación o negación, y cuyo término medio representará el estado típico de duda: igualdad de motivos para afirmar y para negar, todos dignos de ser tenidos en cuenta. Cuando predominan los motivos que nos conducen a afirmar pero sin poder desechar los opuestos, el estado será de probabilidad: algo más que duda y menos que certeza. Lo contrario es el estado de improbabilidad. El principio in dubio por reo sólo excluye la certeza sobre la culpabilidad; capta la duda y la probabilidad...*"[5].

Julio B. Maier, tras recordar que una sentencia condenatoria sólo puede estar fundada en la certeza del Tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado, sostiene: "*Los conceptos de certeza, probabilidad y duda se utilizan en este contexto aludiendo a una relación de conocimiento y al conocimiento histórico. En efecto, todo se reduce a una relación de conocimiento, esto es, a la relación que existe entre el sujeto cognoscente y el objeto que pretende conocer, trascendente a él. Y este objeto es real, existe en el tiempo (un comportamiento humano), por lo que aquí aludimos al conocimiento reproductor, copiador de objetos reales, y no al conocimiento motor, creador de objetos (caso del conocimiento matemático). Tanto los jueces como las demás personas que intervienen en el procedimiento argumentan sobre la base del intento*

[5] Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1984, pág. 234.

de conocer la verdad acerca de un hecho que, se afirma, ha ocurrido realmente: una de las funciones que cumplen es, por ello, la del historiador, pues, apelando al mérito de los elementos de prueba válidamente incorporados al procedimiento (los 'rastros' que del comportamiento humano quedan en el tiempo), reconstruyen en el presente un acontecimiento humano que se ubica en el pasado...En este contexto, se llama verdad a la correspondencia correcta entre la representación ideológica del objeto, que practica el sujeto que conoce, y la realidad: es la representación ideológica correcta de una realidad ontológica o, con palabras más sencillas, la concordancia del pensamiento con el objeto pensado".

"*Quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar posiciones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la certeza de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor al anterior, pues los elementos que lo afirman en esa posición superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma sólo la probabilidad de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la duda es absoluta. Conviene advertir que de estas tres posiciones, las dos primeras han sido afirmadas como bipolares, pues, se puede exteriorizar la certeza o la probabilidad de que algo existió o no existió,...la duda, en cambio, es siempre un estado de incertidumbre y, por lo tanto, neutro. Si convencional-mente, llamamos certeza positiva o probabilidad positiva a aquélla que afirma el hecho imputado y, al contrario, certeza negativa o probabilidad negativa a aquella que se dirige a explicar como inexistente el hecho imputado...es correcto afirmar que sólo la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador*

respecto de la verdad remiten a la absolución como consecuencia del "in dubio pro reo"..."[6].

Desde otra óptica, pero fundado en idénticos principios, el Dr. Fernando de la Rúa indica que "*Para fundar su certeza el juzgador debe aplicar las leyes del pensamiento. Estas son leyes "a priori" que, independientemente de la experiencia, se presentan a nuestro raciocinio como necesarias, evidentes e indiscutibles. Están constituidas por las leyes fundamentales de la coherencia y la derivación, y por los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente*"[7].

Agrega este autor que, para ser motivada en la lógica, la decisión del juez debe ser coherente "*o sea estar constituida por un conjunto de razonamientos armónicos entre sí*" que deben ser congruentes, no contradictorios, en el sentido de que no se empleen en el razonamiento juicios contrastantes entre sí, que al oponerse se anulan recíprocamente e inequívocos; además, la motivación debe ser derivada "*para lo cual debe respetar el principio de razón suficiente: el razonamiento debe estar constituido por inferencias razonables deducidas de las pruebas y de la sucesión de conclusiones que en base a ellas se van determinando...*". Este requisito, se cumple con un fundamento concordante, en el que a cada conclusión afirmada o negada corresponda convenientemente un elemento de convicción del cual pueda inferirse aquélla; verdadera, o sea auténtica, no falsa, destacando este autor que "*es falsa la motivación que presupone un juicio lógico que no es necesariamente verdadero*" y, por último suficiente, para lo cual debe estar conformada por elementos aptos para "*producir razonablemente el convencimiento sobre el hecho, por su entidad y calidad*".

[6] Maier, Julio B., *Derecho Procesal Penal Argentino*, Tomo 1b, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pág. 257 y ss.

[7] De La Rua, Fernando, *Proceso y Justicia*, Editorial Lerner, Bs. As., 1980, pág. 89 y ss.

Las dubitaciones puestas en evidencia por la defensa de [redacted] no han podido ser disipadas por las probanzas arrimadas al debate en punto a la acreditación de la violación al deber de cuidado, elemento esencial de la figura culposa.

II. En el mismo orden de ideas, no es posible descartar el llamado principio de confianza en acciones que forman parte de una actividad compartida como es el tránsito. En este sentido, Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan que "*toda vez que se trata de actividades en las que rige una división del trabajo o de la tarea, el criterio que se aplica para determinar la medida de la creación de un peligro prohibido es, en estos casos el principio de confianza, según el cual no viola el deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario*".[8]

De lo expuesto se desprende que el límite a este principio se encuentra en el propio deber de observación, es decir, que la acción no está protegida por el ámbito de actuación del principio de confianza si el agente ignoró indicios que condujeran a prever que el otro no se comportaba conforme a la conducta esperada.

Lo expuesto requiere analizar si el obrar del imputado fue el adecuado conforme a las pautas del principio señalado. En este sentido, debo destacar que no se encuentra controvertido que la víctima cruzó corriendo la Av. Del Libertador, fuera de la senda peatonal, a las 3.00hs, cuando el semáforo no lo autorizaba, y a esto debe agregarse que, como surge del relato de Fuller Pérez –quien recién habría tomado contacto con el acusado unas horas antes y, lógicamente, no lo unía vínculo alguno–, ello ocurrió en forma repentina.

Considero necesario traer a colación otro concepto de la moderna dogmática penal que permitirá esclarecer la cuestión

[8] Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro y Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, Parte General,* Buenos Aires, Ediar, 2da edición, 2002, pág. 532.

analizada. Las *obliegenheiten* pueden ser un criterio útil para analizar las consecuencias del obrar de la víctima en este caso. Las mismas consisten en obligaciones de comportarse de una determina manera -mandato o prohibición- menos intensa que un deber. También podrían definirse como 'obligaciones frente a uno mismo', es decir que, conforme a la nomenclatura empleada por un sector doctrinal, delimitan el ámbito de organización propio. En particular, me interesa destacar que "*la infracción de Obliegenheiten aparece frecuentemente como un criterio relevante para determinar la imputación de un resultado lesivo, en contextos en los que la víctima dio ocasión al hecho (…) las Obliegenheiten representarían reglas de conducta impuestas a la víctima que correrían paralelamente a los deberes (positivos o negativos) primarios de los potenciales autores. Por tanto, ellas prescribirían a las víctimas adoptar medidas de autoprotección; es decir que prescribirían en general la evitación o reducción de riesgos y en concreto (…) su infracción coloca a la víctima en una situación en la que debe tolerar un perjuicio. En estos casos quien sufre la lesión perdería la pretensión de que se le imponga una pena al autor del daño o de la puesta en peligro de su bien jurídico…*"[9] –el resaltado me pertenece–. En el caso de tales 'obligenheiten', traducidas como 'incumbencia' por parte de la doctrina penal contemporánea, "*el autor no lesiona los deberes de respetar la esfera jurídica de otro sino deberes contra sí mismo, cuya lesión acarrea desventajas exclusivamente para consigo mismo"*[10].

El panorama probatorio logrado permite erigir la hipótesis según la cual la víctima emprendió una rauda carrera imprevisible, incluso para un observador diligente, frente a cuya ocurrencia el conductor del vehículo automotor intentó maniobras de frenado y esquive; por tal razón, la conducta del imputado aparece amparada por

[9] Montiel, Juan Pablo, "¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal?" en *Indret, revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2014, pág. 7.

[10] Cordini, Nicolás Santiago, *El concepto de 'imputación' en el Derecho Penal*, Doctorado en Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral, 2014, pág. 175.

el principio de confianza, ya que no era esperable que un peatón cruzara raudamente la calzada de la avenida a mitad de cuadra, en lugar de servirse del semáforo ubicado en la esquina del encuentro fatal.

Por todo lo expuesto considero que, cuando menos impera la duda acerca de la virtual reunión de los elementos del tipo culposo y, por ello, voy a adherir a la solución propuesta por el colega preopinante. Tal el sentido de mi voto.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. Los jueces de la instancia anterior imputaron a [redacted] [redacted] el homicidio imprudente de [redacted] sobre la base de dos extremos: la negligencia de aquél por distracción en el manejo y el exceso de velocidad con que se desplazaba.

En primer lugar, afirmaron que *"…la víctima cruzó por fuera de la senda peatonal, a la carrera y cuando el cruce de peatones no se encontraba autorizado por las señales lumínicas que regulan el tránsito…"* (fs. 703).

Sin embargo, aclararon que estas circunstancias no conducían a la absolución del imputado, pues en materia penal no existe la compensación de culpas: afirmaron que el acusado también había obrado de modo negligente y en violación a una norma reglamentaria del tránsito, elevando así el riesgo que implica la circulación de automotores (fs. 703 vta.).

Descartaron la existencia de cualquier obstáculo visual en el lugar del hecho y luego aseveraron que *"…la aplicación del sentido común y las reglas de la sana crítica imponen deducir que alguna distracción operó en* [redacted] *para que éste condujera el vehículo sin advertir quien se hallaba cruzando al frente para efectuar la manobra adecuada que le permitiera eludir al occiso. Esto es, actuó en forma negligente…"* (fs. 704).

Consideraron que ese primer factor –es decir, la negligencia por "alguna distracción"– no era el único y dirimente, sino que también se había probado que [redacted] circulaba excediendo la velocidad permitida de 60 km/h según el art. 51, ley 24.449 (fs. 704 vta.).

En conclusión, afirmaron que *"…la mayor velocidad que necesariamente debió llevar el vehículo en cuestión, debió confluir en la negligencia ya apuntada, factores que en conjunto llevaron a* [redacted] *a carecer de un efectivo dominio del vehículo frente a la aparición del peatón, con el resultado fatal del fallecimiento del joven* [redacted] *cuya causación hoy se le reprocha…"* (fs. 705).

2. El defensor, en esencia, alegó que se había efectuado una errónea construcción del deber de cuidado y que no existían elementos probatorios que permitieran tener por acreditada una conducta negligente por parte de su asistido (fs. 715).

Aclaró que la supuesta distracción de [redacted] no surgía de ninguna de las pruebas de la causa, ni había sido reprochado en el requerimiento de elevación a juicio ni en el debate oral (fs. 716).

Adujo que había mediado una clara responsabilidad del damnificado y que se hallaba demostrada la prudencia de su pupilo. La conducta desplegada por la víctima, al cruzar corriendo una avenida de alta circulación con el semáforo habilitado al tránsito vehicular, no constituía una conducta predecible para un conductor medio. Por ende, el aumento de riesgo al que se había referido el tribunal no era tal (fs. 716 citada).

Aludió a la falta de constancias probatorias que acreditaran el supuesto exceso de velocidad y sostuvo que, si bien la sentencia reprochaba a [redacted] no haber visto al peatón, los testigos habían dicho que éste apareció repentinamente delante del vehículo y, más allá del intento de la maniobra de esquive o frenado, no pudo evitarse el impacto (fs. 716 vta./720).

Agregó que existió un error *in procedendo* como un defecto imputable a la resolución en sí misma, en cuanto a la motivación insuficiente y valoración parcial de la prueba (fs. 720 vta./721 vta.).

También invocó el principio *in dubio pro reo* que entendía aplicable: resultaba incoherente imputar la supuesta falta de visión periférica cuando la víctima había cruzado corriendo una avenida de alto tránsito vehicular y el suceso se había producido por su acción. Existía la posibilidad de que el resultado se hubiera producido por otro factor imprevisible o no controlable por [redacted] pero el tribunal había presumido en contra del imputado que éste "se distrajo", sin que existiera dato alguno que lo corroborara (fs. 721 vta./722).

Finalmente, sostuvo que existió una violación al principio de congruencia (fs. 723/725), de acuerdo con el resumen efectuado en el voto que lidera el acuerdo.

3. Así planteado el caso, se adhiere al voto del juez Daniel Morin en cuanto a la existencia de una *duda razonable* sobre la efectiva violación del deber de cuidado reprochada a [redacted] en la conducción del automóvil, en los términos expuestos en los precedentes "*Taborda*"[11], "*Marchetti*"[12] y "*Castañeda Chávez*"[13] (entre muchos otros), que no ha sido correctamente despejada en la sentencia de la instancia anterior.

Lo cierto es que, como afirman tanto el colega como la defensa en su escrito, ni el exceso de velocidad ni la presunta distracción en que habría incurrido [redacted] (extremos sobre los cuales, como ya se vio, los magistrados basaron su decisión) han quedado acreditados como para afirmar que el nombrado creó de algún modo un riesgo no permitido que se concretó en la muerte de [redacted] a la luz de los criterios desarrollados por la teoría de la imputación objetiva[14].

[11] Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.
[12] Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.
[13] Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.
[14] Cfr. al respecto las sentencias de las causas **"Garrido Torres"** del 25.2.04, registro n° 1, t. I, folios 1/9, protocolo 2004; **"Avendaño Avendaño"** del 24.6.05, registro n° 22, t. II, folios 259/281,

4. Si bien lo dicho basta para considerar la presencia de una *duda razonable* y dictar la consecuente absolución del condenado, también debe considerarse la palmaria e indiscutida auto-puesta en peligro de la víctima al cruzar la avenida en las circunstancias y modo en que lo hizo, reconocida por los propios magistrados en la sentencia (ver punto 1) y remarcada por los defensores en su recurso. En este aspecto, en el caso "*Avendaño*" ya citado, se sostuvo que es posible hablar en el Derecho penal de "concurrencia de culpas", tal como lo hacen, si bien con otra concepción y denominación, los más recientes desarrollos que incluyen el análisis de la conducta de la víctima en la tipicidad culposa o en la determinación de la culpabilidad. Por supuesto, y éste quizás es el punto que ha querido destacar el tribunal *a quo* en su sentencia (ver punto 1), las pautas penales no son las mismas que las del Derecho civil. En estos ámbitos son diferentes los deberes exigibles, más estrictos en el privado pues allí juegan ponderaciones de raíz económica vinculadas con el sistema de responsabilidad elegido. Sin embargo, si se atienden estas diferencias, bien pueden tratarse en el Derecho penal supuestos que las reglas civiles consideran como de "culpas concurrentes". En estos casos "*…habrá que analizar la culpa subsistente en el autor en dos niveles: primero en el ilícito, pues puede que su culpa sea insignificante y en tal caso corresponderá igualmente su impunidad…; y luego en la culpabilidad y en la determinación de la pena, pues es posible que su intervención en razón del co-protagonismo de la víctima, merezca un reproche de culpabilidad menor y la correspondiente disminución de la pena…*"[15].

protocolo 2005; **"Farina Villar"** del 8.7.11, registro n° 24, t. I, folios 197/213, protocolo 2011; todas del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte de la Provincia de Tierra del Fuego.

[15] Gabriel Pérez Barberá, *El tipo culposo. La preterintencionalidad,* en Carlos J. Lascano (h) (director), *Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio,* Advocatus, Córdoba, 2002, pp. 361-362. Sobre la conducta de la víctima pueden consultarse dos obras de 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,* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, en particular p. 329 y sigs.; también, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. "Imputación a la víctima",* Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

Sin embargo, en el caso particular, se advierte que ni siquiera se probó la existencia de un obrar imprudente de [redacted] con lo cual, mal puede hablarse de una concurrencia de culpas.

Por último, y a mayor abundamiento, se comparten el análisis y las conclusiones a las que arriba el juez Morin con respecto al principio de confianza, planteado por la defensa en cuanto señaló que la conducta de la víctima no era predecible para un conductor medio.

5. Con estas precisiones, se adhiere a la solución propuesta en el voto del juez Morin; lo cual torna inoficioso el tratamiento de los restantes agravios planteados.

6. En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa de [redacted] casar la sentencia impugnada y absolver al nombrado en orden al hecho imputado. Sin costas (arts. 456, inc. 1° y 2° 470, 471, 530 y 531, CPPN).

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal **RESUELVE: HACER LUGAR** al recurso interpuesto por los Dres. Luciana Patricia Soto y Horacio J. Romero Villanueva, defensores de [redacted] a fs. 713/25, **CASAR** la sentencia impugnada y **ABSOLVER** al nombrado en orden al hecho que fue materia de acusación, sin costas (arts. 456, inc. 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 CSJN y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

DANIEL MORIN LUIS F. NIÑO EUGENIO SARRABAYROUSE

Ante mí:

Fecha de firma: 02/10/2017
Firmado por: LUIS F. NIÑO,
Firmado por: EUGENIO SARRABAYROUSE,
Firmado por: DANIEL MORIN,
Firmado(ante mi) por: PAULA GORSD, Secretaria de Cámara

#2543808#161328413#20171002150524045

PAULA GORSD
SECRETARIA DE CÁMARA

Fecha de firma: 02/10/2017
Firmado por: LUIS F. NIÑO,
Firmado por: EUGENIO SARRABAYROUSE,
Firmado por: DANIEL MORIN,
Firmado(ante mi) por: PAULA GORSD, Secretaria de Cámara

#2543808#161328413#20171002150524045