

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-04647541-5/1((018602-577))

FC/ QUIROGA MORALES LEONEL RODRIGO P/ HOMICIDIO SIMPLE  
(TRES HECHOS), LES. GRAV. DOLOSAS (7 HECHOS) Y LES. LEV.  
DOL. (0577) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN



En Mendoza, a los diez días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 13-04647541-5/1, caratulada «F. c/ QUIROGA MORALES S/ REC. CASACIÓN».

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, **DR. JOSÉ V. VALERIO**; segundo, **DR. OMAR A. PALERMO** y tercero, **DR. MARIO D. ADARO**.

La defensa técnica de Leonel Quiroga interpone recurso de casación (fs. 1081/1082) contra la sentencia N° 282 (fs. 1032) y sus fundamentos, mediante la cual el Tribunal Penal Colegiado N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial condenó al nombrado a la pena de catorce años de prisión con más la de inhabilitación absoluta por igual término como autor culpable y responsable del delito de homicidio simple –tres hechos–, lesiones graves dolosas –siete hechos– y lesiones leves dolosas –veintidós hechos–, todo en concurso ideal (arts. 12, 19, 79, 89, 90, 91 y 54, todos del C.P.).

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA:** ¿Es procedente el recurso interpuesto?

**SEGUNDA:** En su caso, ¿qué solución corresponde?

**TERCERA:** En su caso, ¿qué solución corresponde?

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

### **I.- Sentencia recurrida**

El tribunal de juicio tuvo por acreditado con la certeza absoluta requerida para el dictado de una sentencia condenatoria, que *«el día 02 de febrero, momentos después de las 02.45 horas, el imputado Leonel Rodrigo Quiroga Morales, conducía el ómnibus marca Mercedes Benz dominio HCPR-28 de la empresa MELTUR por la Ruta Nacional 7, localidad de Las Cuevas, provincia de Mendoza, en dirección a la ciudad del mismo nombre. Al llegar a la curva ubicada en el kilómetro 1232 de la mencionada ruta nacional, dolosamente y a una velocidad aproximada de 95 kilómetros por hora, traspasando la doble línea amarilla izquierda, invadió la banda central de la ruta llegando hasta el segundo carril de circulación contraria, comenzando la maniobra de adelantamiento respecto de un vehículo automotor de grandes dimensiones que circulaba por la mencionada ruta y en la misma dirección. En ese momento al advertir que por el carril de circulación contrario circulaba un ómnibus marca Volvo de la empresa Andimar, sin dominio colocado, intentó ingresar bruscamente hacia el carril de circulación, produciéndose un impacto en el sector posterior del ómnibus que conducía con el sector medio del ómnibus que circulaba en el sentido contrario, lo que provocó que el ómnibus hiciera un giro, ingresara a la banquina de la ruta y comenzara a dar vuelcos hasta quedar detenido sobre la banquina de la Ruta Nacional N° 7»* ocasionando la muerte a tres personas, heridas graves a siete personas y heridas leves a veintidós personas (fs. 1033 vta./1034).

Para decidir en tal sentido, el *a quo* valoró el acta de procedimiento de fs. 27/30, el croquis ilustrativo de fs. 31, el informe de Policía Científica de fs. 104/106, el acta de dosaje de alcohol de fs. 116, el informe del Laboratorio de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

Toxicología del Cuerpo Médico Forense de fs. 117, el acta de extracción del tacógrafo de fs. 181, los testimonios de los pasajeros sobrevivientes y la declaración del acusado, así como toda la prueba válidamente incorporada al debate.

**II.- Recurso de casación**

La defensa técnica de Leonel Quiroga entiende que la resolución atacada adolece de vicios *in procedendo* e *in iudicando*. En concreto:

1. Vicios *in procedendo*

En el nivel de la valoración de la prueba expresa que:

a.- El tribunal de juicio no habría valorado correctamente la prueba incorporada a la causa. Específicamente, hace referencia a las declaraciones de los testigos –las cuales considera contradictorias–, al resultado del análisis del GPS y, finalmente, al examen de la información arrojada por el tacógrafo. Todo lo cual verificaría que Quiroga no conducía a exceso de velocidad.

b.- No se habría acreditado el dolo de homicidio, en tanto intención de cometer el delito de homicidio.

2. Vicios *in iudicando*

Por su parte, en el nivel de la aplicación del Derecho, postula que:

a.- Los hechos habrían sido incorrectamente calificados, pues no se trataría de un homicidio simple con dolo eventual, sino de un homicidio culposo.

b.- El marco conceptual utilizado por el tribunal de juicio con base en el precedente «Sanhuesa» sería erróneo, debiéndose tomar como referencia el punto de partida de D'Alessio.

Formula reserva del caso federal.

**III.- Dictamen del señor Procurador General**

El señor Procurador General entiende que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto (fs. 1177/1179).

De manera preliminar, el titular del Ministerio Público Fiscal advierte que el recurso deviene formalmente improcedente. Esto en tanto, el libelo recursivo no sería más que una declaración de enunciaciones agraviantes generalizadas, sin concreción alguna que permita advertir con claridad sobre qué puntos de la sentencia agravia al recurrente; tarea que le corresponde al quejoso establecer de forma clara y precisa.

Sin perjuicio de lo expuesto, para el caso de que se ingrese en el fondo del recurso de casación, entiende que corresponde su rechazo sustancial. En esta línea argumenta que el defensor realiza una mera discrepancia con la valoración efectuada por el a quo en la sentencia, la cual se advierte debidamente fundada tanto en lo que respecta a la prueba, como en lo relativo a la calificación legal.

#### **IV.- La solución del caso**

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

##### **1.- Vicios *in procedendo***

###### **a. La velocidad del rodado al momento del siniestro**

La defensa advierte que el tribunal de juicio pasa por alto que los testigos habrían incurrido en contradicciones al referir la cantidad de paradas y la velocidad del rodado momentos previos al siniestro. En concreto, el recurrente expresa que los testigos habrían cambiado los hechos incurriendo en «faltas a la verdad» respecto de si el colectivo había parado o no, sobre cuántas paradas habría realizado y, finalmente, la velocidad a la que se habría desplazado el rodado desde su salida hasta entrar a la República Argentina, y desde allí hasta el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

lugar del hecho.

En primer lugar, entiendo que la defensa no consigue concretar el agravio mencionado en el párrafo anterior, en relación con las declaraciones de los testigos; déficit del que adolecen, en verdad, todos los agravios con los que el impugnante intenta nulificar la sentencia del Tribunal Penal Colegiado N° 2. Con todo, el tribunal de juicio ha realizado un minucioso trabajo analítico de las declaraciones testimoniales de los pasajeros sobrevivientes del transporte de pasajeros de la empresa Mel Tur.

En efecto, los matices que se leen entre una y otra declaración –contradicciones para el defensor que, de cualquier manera, no ha precisado correctamente– se deben a lo traumático de la experiencia, y a que muchos de los sobrevivientes viajaban durmiendo debido a la hora en la que se produjo el siniestro. En este sentido, el *a quo* considera que el estándar de recepción de los recuerdos que propone la defensa es «*incompatible con la sana crítica racional*», en tanto los testigos «*se han visto afectados traumáticamente por el accidente [por ello] es razonable que existan matices en la versión aportada por los testigos*» (fs. 1042 vta.).

Por ende, no cabe duda de que el objetivo del recurrente –poner en tela de juicio la velocidad a la que se desplazaba el rodado al momento del hecho y en tramos anteriores del viaje– no es alcanzado. Sin embargo, la defensa no solo opone contradicciones entre los testigos, las cuales como hemos visto no son tales, sino que, además, cuestiona el resultado arrojado por el peritaje del GPS y el tacómetro del transporte de pasajeros.

Nuevamente la ausencia de razones consistentes en relación con este extremo de su argumentación impide apreciar acabadamente cómo el razonamiento del tribunal de juicio se encontraría viciado en lo que hace a la valoración de estos elementos. Así, no verificada ninguna irregularidad en el levantamiento de la información contenida en estos instrumentos, entiendo que no

existe razón alguna para sospechar de los datos objetivos brindados por el GPS y el tacómetro del transporte de pasajeros, los cuales avalan las impresiones y sensaciones que tuvieron los testigos.

El análisis del GPS y el tacógrafo determinaron la distancia recorrida por el transporte de pasajeros, la velocidad a la que se desplazó, las paradas efectuadas, así como los diversos sucesos experimentados durante el trayecto. De esta información, se extrajo que el impacto se produjo a una velocidad de 95 km/h, mientras que, al iniciar la fase de vuelco y apoyarse sobre las ruedas laterales izquierdas, alcanzó una velocidad de 125 km/h.

En la sentencia se explica correctamente que *«el informe de Policía Científica da cuenta que desde el momento que empezó el recorrido (22.20 horas del 01.02.18) hasta que se produjo la colisión (03.00 horas del 02.02.18, transcurrieron cuatro horas con cuarenta minutos, contando las cuatro detenciones (fs. 750/751). Y que después de una hora de iniciado el viaje se advirtió en territorio chileno el primer tramo de velocidad superior a los 90 km/h, con predominio entre los 95 y 102 km/h (23.41 a 23.50 hs.). En otra parte se observó una variación entre los 91 y 102 km/h, 'con una mayor predominación entre los 100 km/h y 102 km/h' durante casi media hora (00.46 a 01.15 hs.). Se detectó también una velocidad entre los 91 y 102 km/h, 'con una mayor predominación entre los 100km/h y 102 km/h', por espacio de cuatro minutos (01.26 a 01.30 hs.). Luego, en territorio argentino, tras una breve detención a las 02.57 horas, se observa 'un ascenso continuo de la velocidad de circulación del ómnibus [...] hasta su pico máximo de circulación [...] de 125 km/h en un tramo menor aproximado a 01 km' (fs. 755). Entonces, si una buena parte del recorrido (fueron 189,3 km desde la salida hasta el accidente) se hizo por camino de montaña, dejando de lado los límites de velocidad que establecen las leyes de Chile y Argentina, es totalmente lógico que los pasajeros percibieran que el conductor del ómnibus avanzaba a exceso de velocidad»* (fs. 1043 vta.).

Dicho lo anterior, entiendo que el tribunal de juicio ha valorado

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

correctamente los diversos elementos de prueba –testimonios de los pasajeros y datos objetivos arrojados por el GPS y el tacómetro del vehículo– que permiten afirmar que Quiroga no respetó la velocidad segura al conducir el transporte de pasajeros de la empresa Mel Tur. La velocidad de circulación segura es aquella que la ley denomina «precautoria» y que «*le permite al conductor tener siempre el dominio total de su vehículo*» (art. 50 Ley N° 24.449), y ella puede ser distinta (menor) que la velocidad máxima, conforme las circunstancias en las que se desarrolle la conducción del rodado. No obstante, en este caso se verifica que el conductor no solo infringió la velocidad precautoria, sino también la velocidad máxima al intentar una maniobra de traspasamiento en doble línea amarilla en la curva de un camino de montaña.

Por ende, no puede compartirse la postura de la defensa en orden a criticar la prueba que sustenta la conclusión del tribunal en relación con el exceso de velocidad. Conforme lo dicho hasta aquí, y en lo que respecta al primer agravio presentado por el recurrente, entiendo se ha comprobado objetivamente que el acusado se trasladaba a una velocidad que no era la precautoria y, por ende, tampoco la permitida.

b. La prueba del comportamiento doloso

En segundo lugar, la defensa entiende que no se ha probado con el grado de certeza exigido por una sentencia condenatoria que el comportamiento del acusado haya sido doloso. Para ganar en claridad expositiva trataré este agravio en el acápite siguiente después de analizar el marco teórico que precede a la prueba del aspecto subjetivo del hecho.

2. Vicios *in iudicando*

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

concreto. El desarrollo sucesivo continúa en la línea de mi postura en relación con las cuestiones planteadas en el precedente «Sanhuesa».

a. Consideraciones preliminares

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

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

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

Por su parte, el *aspecto volitivo* en relación con las circunstancias relevantes para la realización del tipo («circunstancias de hecho») se conforma, también, de dos formas. Puede que el autor se dirija a alcanzar determinadas

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

consecuencias: «A desea atropellar a B» o, también es posible que las producciones de determinado resultado sean para el sujeto actuante indiferentes o inclusive no deseadas e independientemente de que las tenga o no por seguras, solo se las represente como posibles: «A conduce de manera extremadamente peligrosa para la vida de B».

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

b. Determinación del dolo sobre la base de presupuestos intelectuales

El tribunal de juicio adscribe a un concepto de dolo que se construye a partir del componente intelectual. En una concepción de tal índole, el presupuesto mínimo que ha de estar presente para afirmar el dolo es que el autor haya tenido por posible el resultado. Los criterios que proponen delimitar el dolo de la culpa únicamente en el marco de los elementos intelectuales se basan en la posibilidad de graduar cuantitativamente la producción del resultado típico. Estas comienzan por el mero «tener por posible» la realización del tipo penal y se incrementan, pasando por la posibilidad seria, concreta o cercana, hasta llegar a la probabilidad, probabilidad preponderante o bien la representación de un peligro concreto.

Al momento de resolver el título subjetivo de la imputación de Quiroga los jueces sentenciantes realizaron una adscripción a la teoría del dolo como conocimiento. Este marco teórico suficientemente argumentado en el plano

doctrinario, conduce al *a quo* a afirmar, por un lado, que basta con el conocimiento de la peligrosidad de la conducta, junto con un perfecto conocimiento situacional, para concluir que existe dolo en relación con la eventual realización del resultado, más allá de la relación psicológica individual del autor con su hecho en tanto querer.

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

El principio de culpabilidad no implica necesariamente identificar una construcción normativa con su correlato positivo en el Código penal. Así, construcciones como la comisión por omisión o la *actio libera in causa*, en los ordenamientos jurídico-penales que no las contemplan, no son inconstitucionales si respeta la idea de reprochabilidad como imputación de reprobación en tanto presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal. La discusión sobre la validez de la teoría en el plano argumentativo, dogmático y constitucional, no significa desconocer que el estándar probatorio exigido por una sentencia condenatoria, implica debatir cuestiones en otro nivel, el de la prueba.

En suma, no es correcta la objeción de la defensa relativa a que el comportamiento de Quiroga debería ser considerado culposo. Inicialmente, se advierte que la defensa no concreta el agravio en el plano teórico, y realiza consideraciones abstractas que no explican cuál es el límite existente entre el dolo eventual y la culpa con representación que el juez ha de respetar y por qué en este caso se ha traspasado.

En suma, en relación con la crítica del recurrente al marco teórico utilizado por el tribunal de juicio para resolver las cuestiones de imputación que

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

plantea el caso sometido a decisión, no existe incompatibilidad alguna con los principios constitucionales que rigen la materia penal.

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

No obstante la validez de la sentencia en lo que hace a la determinación del dolo exclusivamente a partir de su aspecto cognitivo, soy de la opinión de que el dolo debe construirse sobre una base mixta de presupuestos intelectuales-volitivos. Como ya he sostenido en «Sanhueza», una teoría cognitiva-volitiva del dolo permite resolver el caso de una manera más satisfactoria que una teoría cognitiva.

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

El criterio volitivo-cognitivo es el que ha de utilizarse para respetar el concepto de acción causal voluntaria como sustrato tanto de los delitos dolosos como de los culposos. Pero el elemento volitivo no debe ser identificado con un querer el resultado del hecho en tanto deseo o intención directa –en este caso se trataría de dolo de primer grado– sino en tanto aceptación, aprobación o

conformidad del (eventual) resultado de lesión para el bien jurídico protegido. En otras palabras, asiente la realización del hecho que prevé como probable, con menosprecio de la consecuencia probable.

Quien conduce un ómnibus de pasajeros a exceso de velocidad por una ruta de montaña haciendo caso omiso a las reclamaciones de los pasajeros y realiza una maniobra de adelantamiento prohibido por doble línea amarilla en una curva, conoce y *acepta* tanto el peligro que está creando como el resultado en el que eventualmente puede concretarse ese riesgo. Nuevamente, el aspecto volitivo del dolo eventual presenta determinadas peculiaridades que lo distinguen de aquel que es exigido en los casos de dolo de primero o segundo grado.

En suma, con base en las consideraciones precedentes, entiendo que tanto una teoría cognitiva-volitiva como una teoría cognitiva arrojarían una solución idéntica a la alcanzada por el juzgador en relación con el aspecto subjetivo del hecho. En efecto, en el comportamiento de Quiroga al momento del siniestro permite apreciar un elemento volitivo en tanto aceptación, aprobación o consentimiento del eventual menoscabo de la vida e integridad física de las personas que se trasladaban junto con él.

Estas consideraciones han sido correctamente ponderadas por el tribunal de juicio, quien citando el precedente «Sanhueza» y aplicando los criterios allí desarrollados, considera que el recurso a una teoría cognitiva-volitiva también arrojaría como resultado una calificación jurídica de carácter dolosa (f. 1048).

#### d. La prueba del comportamiento doloso

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

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

eventual el grado de convicción exigido por una sentencia condenatoria.

A tal fin, me parece apropiado hacer uso de una distinción tradicional que hace tiempo se utiliza para precisar a qué circunstancias de hecho debe extenderse el dolo. Existen circunstancias de hecho que recién aparecen en el mundo como producto de la acción del autor, factores cuya realización o presencia depende de su comportamiento. A ellos pertenece, en primer lugar, el resultado típico –en nuestro caso, la muerte y lesiones de los pasajeros–, pero también el modo y la forma de su causación: una maniobra de adelantamiento prohibida, en doble línea amarilla en una curva, a exceso de velocidad, durante la noche en una ruta de montaña, haciendo caso omiso a la advertencia de disminución de velocidad y bajo los efectos de estupefacientes.

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

Conforme lo anterior, corresponde preguntarnos si se ha probado que Quiroga era consciente de los factores de riesgo que acarrearón la producción del resultado, o sí, por el contrario, padeció un error sobre ellos que habría de canalizarse por la vía de la culpa. La respuesta a esta pregunta no depende de la probabilidad con la que el autor considera posible, en la situación dada, que el curso causal desafortunado puede tener lugar –acaso el acusado haya confiado en poseer la suficiente destreza para realizar exitosamente la maniobra de traspasamiento prohibida–. Lo decisivo es tan solo la estimación normativa acerca de la cantidad de factores causales que Quiroga se representó válidamente y frente a los que adoptó una actitud de aceptación, aprobación o conformidad para con el

eventual resultado que, con base en la experiencia común, se deriva de ellos.

Estos factores han sido suficientemente acreditados: Quiroga era un chofer profesional, que había realizado numerosas veces el trayecto por la Ruta Nacional 7, capacitado para la conducción en ruta de montaña, que conocía la velocidad máxima a la que debía desplazarse, así como la prohibición derivada de la doble línea amarilla y que voluntariamente omitió hacer caso a las reclamaciones de los pasajeros. Ello es lo suficientemente intenso para fundar un dolo de causación en relación con el resultado del siniestro y se encuentra debidamente probada en las constancias de la causa.

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

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

En este orden de ideas, entiendo que, aun cuando se estimara que junto con la representación de la producción del hecho ha de probarse que

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

concurrió un determinado elemento volitivo, tal como expresa la defensa, el «consentimiento», «aprobación» o «estar de acuerdo» de Quiroga en relación con la (eventual) producción del resultado también ha sido debidamente acreditado. En efecto, esta toma de postura psíquica del autor en relación con el hecho imputado, se sustenta a mi entender en el continuar conduciendo a exceso de velocidad en tramos del camino particularmente complejos a pesar de la reclamación de su acompañante.

Si Quiroga no hubiese consentido o desaprobado el eventual resultado de su hecho, debió disminuir la velocidad por voluntad propia o, al menos, en el momento de solicitarlo un pasajero; así como no debió realizar la maniobra prohibida de traspasamiento. Actitud que no tomó y que implica una toma de postura del acusado respecto de la producción del resultado que no se condice, en el aspecto subjetivo del hecho, con la culpa. La voluntad de evitación excluye la aceptación inherente a la voluntad de causación, la cual no fue demostrada en ningún momento por el acusado, salvo, cuando ya había perdido completamente el dominio del rodado. Momento en que ya era demasiado tarde para desistir.

Este marco conceptual ha sido estrictamente respetado por el tribunal de juicio, el cual advierte expresamente en uno de los tramos de la sentencia que *«el quid de la cuestión reside en que, primero, el chofer de Meltur decide mantener su actitud de velocidad ascendente y, segundo, redobla su apuesta, al sobrepasar al camión en zona de curva, sabiendo la alta probabilidad de causar daños incalculables para bienes jurídicos ajenos»* (f. 1053 vta.). Con base en estas consideraciones, entiendo que el aspecto subjetivo del hecho en tanto imputación dolosa ha sido correctamente acreditado con base en las constancias de la causa.

e. Conclusión

Con base en las consideraciones anteriores, entiendo que los

agravios esgrimidos por el recurrente, tanto en el plano de la interpretación de los hechos como en el de la aplicación del derecho, no pueden prosperar.

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

**ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, el Dr. MARIO D. ADARO adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DR. OMAR A. PALERMO, EN DISIDENCIA PARCIAL, DIJO:**

Si bien comparto la solución a la que llegan mis colegas de Sala en relación con la calificación dolosa dada a los hechos imputados, por las razones que desarrollaré a continuación, difiero en la fundamentación que precede a tal conclusión. En función de la diversa argumentación que expondré, considero que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso formulado, debiendo anularse la sentencia cuestionada en cuanto a la determinación de la pena impuestas.

Inicialmente, explico las razones que me persuaden de que el marco teórico utilizado en el voto preopinante no consigue aquello que se propone, esto es, explicar la imputación dolosa en contra del acusado. En verdad, una derivación razonada de los postulados de una teoría débil de la voluntad debería conducir, conforme los hechos dados por probados, a un reproche por imprudencia.

Acto seguido, argumentaré por qué casos de esta índole solo pueden resolverse adecuadamente si se objetiviza la distinción entre dolo e imprudencia. Esta aproximación al caso toma como premisa a una teoría débil de la representación que coloque en un lugar central al conocimiento de la probabilidad de acaecimiento del resultado lesivo, en tanto valoración normativa.

Por último, la toma de postura precedente deja despejado el camino

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

para establecer cuáles deben ser los parámetros que han de observarse en el caso concreto para determinar el carácter de la imputación en el nivel del tipo subjetivo.

La finalidad de las siguientes consideraciones no es otra que delinear los presupuestos que deben ser tenidos en cuenta por los tribunales inferiores para determinar cuándo un comportamiento prohibido en el ámbito del tráfico vial debe ser considerado típico de una figura dolosa.

*a.- Consideraciones preliminares*

La cuestión de cómo ha de conceptualizarse y delimitarse el dolo frente a la imprudencia es una de los temas más difíciles y discutidos del Derecho penal. Naturalmente, no me es posible extenderme acabadamente sobre tal problemática, aunque es necesario establecer algunos lineamientos hermenéuticos, considerando la enorme importancia práctica que posee esta cuestión para los casos como el sometido a decisión.

El siguiente *iter* argumentativo realiza, en primer término, un desarrollo crítico de la teoría de la voluntad en sentido débil, el cual justifica mi apartamiento de la fundamentación de mis colegas de Sala (punto b.). Acto seguido, propongo una conceptualización objetiva del dolo y la imprudencia para, a partir de allí, derivar consecuencias razonadas en orden a contestar los agravios formulados por el recurrente (punto c.). Finalmente, advierto un déficit de motivación en el nivel de la individualización de la pena, lo que me conduce a pronunciarme por la anulación parcial de la sentencia en relación con este aspecto del fallo (punto d.). Las conclusiones se explicitan en el punto e.

*b.- La teoría débil de la voluntad en el voto mayoritario*

Mis colegas de Sala verifican la corrección del razonamiento del *a quo* con base en la teoría de la voluntad en sentido débil. Previo a desarrollar sus postulados, es necesario introducir que las teorías del dolo toleran una

clasificación inicial que las separa entre teorías de la voluntad y teorías de la representación. A su vez, cada una de estas propuestas presenta tanto una versión fuerte como una versión débil.

Una teoría de la voluntad fuerte equipara el dolo con la intención. Es decir, únicamente eran dolosas aquellas hipótesis en las que el agente pretendía intencionalmente el resultado. Los autores que sostienen esta opinión, hoy dejada de lado, coincidían en que el ámbito del dolo debía quedar identificado con el concepto de voluntad, de lo querido. La ventaja de un planteamiento de esta índole es que logra, en principio, una muy sencilla distinción entre dolo como intención e imprudencia como ausencia de intención. Por su parte, su problema es que el dolo quedaría reducido a los casos de intención, no pudiendo explicar casos como el presente, en los que no existe intención y, sin embargo, sus suscriptores no estarían dispuestos a tratar como imprudentes.

Por ello, este bajo rendimiento teórico y el estrecho margen dejado al dolo hizo surgir rápidamente un planteamiento superador –pero, como veremos, no exento de importantes contrariedades– que se conformaba con menos, es decir, con la aprobación o consentimiento del autor para con el resultado lesivo. Así, ya no era necesario verificar la intención y se ampliaba el margen del dolo eventual, bastando una actitud de aprobación o consentimiento frente a la realización típica. Esta es la opción teórica de mis colegas.

En este marco, la realización típica no solo se quiere cuando intencionalmente se la persigue, sino también cuando no se la quiere, pero se la representa como necesaria e internamente se la aprueba o consiente. Si en cambio, el autor confía en que el resultado que se representó como posible no se producirá, o manifiesta una voluntad de evitar ese resultado, o lo rechaza internamente, entonces no habrá querido el resultado y actuará, por lo tanto, sin dolo.

Sin embargo, como es posible advertir rápidamente, una correcta aplicación de las premisas anteriores no se muestra como especialmente idónea

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

para resolver casos críticos como el ahora analizado. En efecto, una derivación lógica de las premisas sobre las que se construye este edificio teórico debería conducir a la calificación de los hechos imputados al acusado bajo figuras imprudentes.

Advierto entonces cuatro objeciones en este sentido: en primer término (i.), al someterse la actuación del acusado a la Fórmula de Frank arrojaría un resultado de imprudencia, contradictorio con el alcanzado en el voto mayoritario; en segundo término (ii.), actualmente el defensor más moderno de una teoría de la voluntad débil, Roxin, considera que casos de esta índole deberían ser considerados como de imprudencia; en tercer lugar (iii.), este planteamiento no puede explicar qué lugar ocupa en el caso la voluntad de evitación manifestada por el acusado en el momento del hecho; y, por último (iv.), se deja sin respuesta un interrogante central para resolver correctamente el caso: qué sucede cuando el autor desconoce –y por ende no aprueba o consiente– el hecho porque confía en que este no se producirá. Veamos.

i.- El test que debe superar una imputación por dolo para quien asume una teoría débil de la voluntad es la primera fórmula de Frank, la cual –replanteada en su hora por v. Hippel– busca responder a la pregunta de cómo se comprueba en el caso concreto si el autor aprobó internamente la consecuencia que se representó como posible, mediante la formulación de otra pregunta: ¿qué hubiera hecho el autor si, en lugar de representarse a la consecuencia típica como *posible* se la representaba como *segura*? Si la respuesta reza: «hubiera actuado de todos modos», entonces se concluye que hay dolo eventual, pues se comprueba entonces que el autor aprobaba el resultado. Si, por el contrario, la respuesta es que el autor en ese caso no hubiese actuado, entonces se concluye que no tuvo dolo.

Es fácil ver, volviendo ahora al caso concreto, que el experimento mental anterior no hubiese arrojado una respuesta afirmativa. Es decir, de representarse el acusado que al realizar la maniobra de adelantamiento

colisionaría con un ómnibus de pasajeros, es posible derivar que no hubiese actuado. En consecuencia, debería negarse el dolo, en tanto de las constancias obrantes en la causa no surge que Quiroga Morales hubiese actuado pensando «pase lo que pase, yo no obstante actúo» (segunda Fórmula de Frank) pues, en efecto, cuando se representó como seguro el resultado, intentó evitarlo.

ii.- A la inconsecuencia anterior, debe agregarse que Roxin, mediante su fórmula del «tomarse en serio», requiere verificar una decisión a favor del injusto, en tanto saber y querer la realización del tipo. Y vale decir que este autor al aproximarse a un caso estructuralmente análogo al objeto del proceso explica que: *«Cuando p. ej. alguien, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla absolutamente general dolosamente, sino sólo por imprudencia consciente, aunque el sujeto –hasta aquí, como en el caso de la correa de cuero– conocía las posibles consecuencias e incluso se le había advertido de ellas»* (Roxin, *Derecho penal Parte general*, Madrid, 1997, t. I, § 12/23).

Continúa Roxin y explica que la diferencia radica, sin embargo, en que el conductor en tal situación, y pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. En suma, el aparato conceptual precedente frente a un caso de adelantamiento prohibido en el tráfico rodado, hasta donde alcanzo, es correctamente aplicado por Roxin, quien aboga por la solución de la imprudencia.

iii.- Un planteamiento que requiere voluntad de realización del tipo para afirmar un actuar doloso en el agente se encuentra en dificultades cuando, en supuestos altamente peligrosos para la vida y la integridad física de las personas, no se comprueba que se trate de un conductor suicida. Ello en tanto, de ninguna manera puede sostenerse que en el proceso se haya verificado que el autor aprobó o consintió su muerte y la de los demás pasajeros.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

Que no estamos ante un conductor con voluntad de autolesionarse surge de la dinámica del accidente, según la cual, *a posteriori* de adelantarse de manera prohibida y, luego de divisar al transporte de pasajero de la empresa Andimar que se aproximaba en sentido contrario, Quiroga Morales intentó desesperadamente evitar la colisión frontal. Una brusca maniobra que, si bien no consiguió evitar la colisión, convence –en términos de Armin Kaufmann– de la existencia de una voluntad de evitación.

Así, la comprobación precedente, de ser tomada en serio a la luz de las premisas que guían una teoría débil de la voluntad, debería conducir a rechazar la existencia de una aprobación o consentimiento y, por ende, de dolo eventual. Es que en la solución del caso, de acuerdo con este marco teórico, debería constatarse no solo que el autor tuvo en cuenta que uno de los posibles desenlaces de su actuación podía ser su muerte y las del resto de los pasajeros, sino que, además mantuvo su decisión de circular sin apartarse ni disminuir la velocidad.

Sucintamente, el problema que late en el fondo de esta teoría es la incorporación de un elemento voluntativo bajo la forma de aprobación o consentimiento que, en rigor, no debe ocupar ningún lugar en el análisis del aspecto subjetivo del hecho. En suma, a lo que debe apuntarse sistemáticamente es a la completa supresión de la actitud interna del agente en tanto extremo del segmento en el cual se define el dolo.

iv.- Finalmente, el trazado teórico de una teoría de la voluntad en sentido débil no deja espacio para la formulación de una pregunta central en casos críticos. Esta hace referencia a cómo deben resolverse las hipótesis en las que el autor desconoce irracionalmente alguno de los elementos del tipo objetivo. Sobre ella me ocuparé inmediatamente.

*c.- Aproximación al caso desde una teoría de la probabilidad objetiva*

En orden a contestar los agravios defensivos en relación con la

calificación jurídica dada a los hechos imputados me parece necesario aclarar dos cuestiones que son para mí fundamentales. En primer lugar (i.), en el caso del dolo los únicos datos mentales relevantes son los relativos al conocimiento; formulado con otras palabras, dolo es conocimiento de la realización típica. Esta toma de postura me sitúa entre los partidarios de la teoría débil de la representación. En segundo lugar (ii.), regreso a un criterio cualitativo de distinción entre dolo e imprudencia en el nivel del tipo objetivo, sobre el que ya he tenido oportunidad de pronunciarme en otras ocasiones. Por último, enfrente la cuestión del (des)conocimiento del autor en relación con los extremos del peligro previamente creado. A partir de estas premisas derivo una serie de parámetros que son verificados en el caso concreto y habilitan a considerar una imputación dolosa.

i.- Más arriba expliqué que históricamente la diferencia entre dolo e imprudencia se vio atravesada por una clasificación binaria entre teorías de la voluntad y teorías de la representación; categorías que, a su vez, presentan variaciones en relación con sus matrices conceptuales. Descartada las teorías de la voluntad en su versión original o fuerte, así como en su versión débil, resta determinar el rendimiento de las teorías de la representación y, en lo particular, de la teoría débil de la representación; la cual asumo como marco teórico.

Desde luego, el punto de partida de la teoría clásica de la representación rechaza el postulado básico de la teoría de la voluntad, según el cual el autor debe querer el resultado para actuar con dolo. De aquí que se derive una conclusión «fuerte»: la voluntad es inútil o en todo caso superflua para la caracterización del dolo, pues para ello basta la representación del resultado como posible.

Una aproximación que tome como punto de partida la teoría de la representación cuenta en su haber con que no está obligada a forzar el concepto de voluntad para captar todos los casos de dolos. A la inversa, cuenta en su débito con el problema inverso al de las teorías de la voluntad, en tanto aquí la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

consecuencia indeseada es precisamente la reducción del ámbito de la imprudencia a favor del dolo. De hecho, una tesis fuerte de la representación, esto es, una tesis que sostenga que el dolo se agota en la representación conduce a afirmar que los casos de imprudencia consciente son en realidad de dolo -algo que, a excepción de Zielinski, nadie se ha animado a sostener-.

En suma, es fácil advertir las razones por las que ninguna de las tesis fuertes -dolo (solo) como voluntad o dolo (solo) como representación- tuvo éxito en la doctrina y en la jurisprudencia. Por ello, en el marco de la teoría de la representación también surgieron versiones «débiles» que con mejor o peor suerte consiguieron su lugar en la panorámica teórica. Entre ellas destacan, en términos generales, la teoría de la posibilidad y la teoría de la probabilidad.

Aquella propone como criterio de delimitación entre dolo e imprudencia identificar siempre al dolo con el conocimiento de la posibilidad concreta de la realización típica y a la imprudencia con el desconocimiento de esa realización en tanto caso de error. Con todo, esta versión sigue siendo «débil» en el sentido de que no llega a afirmar que toda imprudencia consciente es en realidad dolo. Conceptualmente, ello implica rechazar una diferenciación cuantitativa entre dolo e imprudencia: si para la teoría de la posibilidad dolo es siempre un caso de conocimiento de la posibilidad de lesión e imprudencia un caso de desconocimiento (o error), entonces, la diferencia entre ambas categorías es cualitativa y no gradual. Naturalmente, existen dentro de este marco teórico propuestas diversas -entre ellas, las de Schröder, Schmidhäuser o Frisch- sobre las que no cabe entrar ahora.

Corresponde entonces detenernos de momento en la otra alternativa derivada de la matriz de las teorías de la representación, las teorías de la probabilidad. Su núcleo conceptual hace referencia a que lo importante en verdad es el juicio de probabilidad sobre la realización típica en el caso concreto. Y aquí se plantea nuevamente una bifurcación en la doctrina pues, en el marco de este enfoque, la disputa hace referencia al punto de vista en función del cual se realiza

el juicio de peligro, el del autor o el del orden jurídico.

Así, una teoría subjetiva de la probabilidad postula que la distinción entre dolo e imprudencia depende del alto grado con el que el autor se represente la producción del resultado. Es decir, la valoración sobre la probabilidad de realización del tipo tiene su génesis en el autor en relación con el caso concreto. Las objeciones con la que debe lidiar este planteamiento son evidentes: pueden existir casos en los que sea objetivamente probable que se produzca el resultado y, por no habérselo representado el autor, deban ser calificados como imprudencia, mientras que, a la inversa, puede haber representaciones individuales que no se correspondan con el bajo riesgo objetivamente verificable para la posición jurídica protegida.

Por ello, entiendo que una de las coordenadas para resolver el problema de la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia se encuentra ya no en la teoría de la voluntad, ni tampoco en la versión débil de la teoría de la representación en tanto posibilidad subjetivizada de realización típica, sino en las teorías de la representación como probabilidad objetiva de ocasionamiento del hecho lesivo. Aquí ya no se trata de lo que el autor cree o piensa que es el grado de realización típica, sino de un juicio de valoración del hecho a la luz de parámetros normativos.

Tampoco son escasos los autores que, por las ventajas inherentes a este planteamiento, se pronuncian a favor de una teoría de la probabilidad de corte objetivo. Me interesa ahora mencionar a dos: Herzberg y Puppe. El primero de ellos, busca delimitar el dolo de la imprudencia como un problema de tipo objetivo. Según esta idea, no es la forma de conocimiento sino las características del objeto a conocer la base de la distinción.

Así, cuando es improbable la realización del tipo, la conducta nunca puede ser dolosa, cualquiera haya sido la intención del autor. Herzberg propone una triple clasificación de los peligros, según se trate de: un peligro

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

cubierto o asegurado a través de la atención humana que solo puede dar lugar a una imputación por imprudencia; un peligro descubierto o no asegurado en tanto riesgo muy elevado que hace altamente probable el acaecimiento del resultado, frente a la cual la atención humana no puede ofrecer ninguna reserva y, por ende, solo pueden dar lugar a una imputación por dolo y, por último, un peligro descubierto o no asegurado, pero remoto, el cual también da lugar a un reproche por imprudencia.

La primera de las categorías es aquella en la que, por regla general, han de encuadrarse los accidentes producidos en el tránsito vial. Los conductores saben que estadísticamente el riesgo que tienen de sufrir un accidente, realizando maniobras prohibidas e incluso temerarias, es mínimo, pues cuentan con la atención adicional propia y la de quienes son puestos en peligro para conjurar el riesgo creado. Por ende, estos peligros se consideran fácticamente cubiertos o asegurados. Este es, por ejemplo, el caso del conductor que avanza por una autopista a gran velocidad detrás de otro automóvil sin guardar la distancia reglamentaria quien, si bien ha creado un peligro ciertamente concreto, este racionalmente se encuentra cubierto por su atención y, por ello, de producirse la colisión, solo podría realizársele un reproche a título de imprudencia.

En esta línea de pensamiento Puppe agrega que lo determinante ha de ser la cualidad prototípicamente lesiva del peligro creado que ha sido reconocido por el autor. Así, el juicio sobre el peligro es objetivo, lo debe emitir el Derecho y no el autor. Pero el autor que obra con dolo no debe dejar de reconocer las circunstancias fácticas que fundamentan el peligro. En consecuencia, la autora alemana postula que existen *peligros de dolo* y *peligros de imprudencia*.

Los *peligros de dolo*, por su calidad son prototípicamente lesivos, de modo que la probabilidad de realización del tipo es muy alta. De este modo, si el autor reconoce esta clase de peligros obra con dolo, aunque le falte la voluntad realizadora del tipo. Los *peligros de imprudencia*, por su parte, son aquellos que no sólo el autor concreto, sino toda persona racional, en caso de conocer tales

peligros, puede confiar válidamente en su no realización. En consecuencia, si el autor reconoce la aptitud escasamente peligrosa de su conducta, actúa con imprudencia aunque tenga una voluntad realizadora del tipo.

ii.- Una derivación lógica de la asunción de las premisas precedentes es que la delimitación entre dolo e imprudencia se ubica en la cualidad prototípicamente lesiva del peligro generado por la acción del autor, más allá de la intención que tenga de alcanzar el resultado lesivo, aun cuando ella repercuta en el diseño de su plan.

En consecuencia, al analizar el tipo subjetivo de un delito, debe prestarse especial atención, en primer lugar, a la entidad del peligro típico creado por el sujeto. Así, un peligro será de dolo cuando, considerado en sí mismo, constituya un método idóneo para producir el resultado; esto es, independientemente de la voluntad que el autor tenga de causarlo. Por el contrario, si al peligro le falta esa cualidad prototípicamente lesiva, es decir, si no es muy probable que la creación de este cause el resultado, estaremos frente a un *peligro de imprudencia*, aun cuando el autor haya actuado con la intención de ocasionar el resultado mediante ese comportamiento menos peligroso.

De este modo, la imputación objetiva de la peligrosidad *ex ante* del comportamiento es dogmáticamente independiente del juicio *ex post* sobre la realización del riesgo de ese resultado. La magnitud del peligro en tanto razón relevante para la acción se efectúa siempre con arreglo a criterios normativos y no a criterios individuales. En definitiva, lo decisivo es la estimación jurídica y no la estimación subjetiva del autor: si un peligro percibido no es para el autor relevante para la decisión, porque por indiferencia valora escasamente el bien o lo subestima por ignorancia jurídica, ello no impide imputarle un comportamiento doloso, si de una valoración jurídica se derivaría una razón relevante para la acción.

La magnitud del peligro al que expuso a los pasajeros de Mel Tur

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

Quiroga Morales la noche del siniestro fue extremadamente alta. Este es captable con toda evidencia de tres elementos que considero fundamentales.

En primer término, relativos a la valoración del comportamiento prohibido que provocara el siniestro. En efecto, la ley de tránsito categoriza el adelantamiento en doble línea amarilla como una infracción gravísima. La razón de ser de este comportamiento y la máxima consideración que el conductor debe tener para con ella se fundamenta precisamente en que una vez realizada la maniobra prohibida, el peligro de colisión con otro vehículo no es despejable por la atención o la destreza.

Por ello, el peligro creado por quien circula en infracción a normas que se consideran centrales en el tráfico vial por exponer al conductor y a los terceros a graves accidentes es, de por sí, muy alto. No obstante, ello no basta para afirmar que existe un comportamiento doloso, nuevamente, debe estarse a todas las circunstancias que hacen que la posibilidad de despejar el peligro se reduzca al mínimo o, dado el caso, a cero.

En el caso de Quiroga Morales, son dos más los elementos que me llevan a la conclusión de que estamos ante un *peligro de dolo*. Al adelantamiento en doble línea amarilla debe adicionarse, por un lado, la alta velocidad a la que se desplazaba el rodado en zona de montaña (aproximadamente a 95 km/h). Una circunstancia que sin dudas influyó en la anulación de posibles cursos causales salvadores.

En relación con esto último, piénsese que circular a la velocidad precautoria, considerando el camino de montaña y el horario nocturno, bien podría haberle permitido a Quiroga Morales regresar a su carril de circulación, o al chofer del camión disminuir la velocidad o, eventualmente, al chofer del ómnibus de Andimar practicar una maniobra evasiva más efectiva.

Esta argumentación contrafáctica únicamente pretende demostrar la fundamentación material de la (dis)valoración gradual que la ley de tránsito

realiza de los diversos comportamientos efectuados por los conductores en el marco del riesgo prohibido es completamente razonable, en relación con los peligros creados para las personas y la reducción de la existencia de cursos causales salvadores o posibilidades de despejar el peligro.

En consecuencia, el riesgo creado fue producto de un comportamiento que infringió dos reglas con una importancia central para la conducción en el tráfico rodado, lo que explica el resultado, el cual también es objetivamente imputable al acusado.

Por último, no me parece menos trascendente la constatación de que el autor consumió estupefacientes momentos previos al siniestro. De hecho, el efecto estimulante de la cocaína es una circunstancia distorsiva de las percepciones del agente que implica la pérdida de contacto con la realidad y, por ende, disminuyen más aún, la posibilidad de conjurar el peligro una vez conocido. Sin embargo, sobre este último dato volveré más adelante.

En suma, la calidad del peligro para la vida y la integridad física de las personas creado por el imputado la noche del 2 de febrero de 2018 no es sino de dolo. Ahora bien, si bien el *peligro de dolo* es una cuestión que se ubica inicialmente en el plano del tipo objetivo, ello no implica que aquí se defina todo, pues también es necesario para la imputación del dolo que el agente conozca el peligro creado, es decir, que conozca el tipo objetivo.

iii.a.- Sabido es que quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente. Este desconocimiento, como regla general, excluye el dolo y, dado el caso, deja subsistente la posibilidad de realizar un reproche por imprudencia. Por ello, el autor no sólo debe haber creado un peligro prototípicamente doloso por su alta probabilidad de provocar un daño en el nivel del tipo objetivo, sino que, además, debe conocerlo en el plano del tipo subjetivo.

En nuestro caso, el acusado conocía tanto que estaba realizando

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

una maniobra de adelantamiento prohibido, como que lo hacía a una velocidad que por mucho excedía a los límites establecidos en la ley de tránsito. Asimismo, también sabía en la etapa pre-ejecutiva que consumía estupefacientes y que estos podían relajar sus frenos inhibitorios.

Asimismo, el cuadro anterior se agudiza si se piensa, por un lado, en las advertencias realizadas por los pasajeros para que disminuyera la velocidad, alertas que cancelan cualquier error en relación con este extremo del hecho. Por otro lado, tampoco debe perderse de vista que el autor es un chofer profesional que se encontraba en una posición de garantía de especiales características en relación con la protección y salvaguarda de las personas que transportaba. Para ello, el conductor había sido instruido y contaba con la experiencia derivada de la práctica habitual de la actividad y la realización reiterada del trayecto: un indicio más de que conocía la entidad del peligro creado.

Quiroga Morales reconoció la situación de riesgo objetivamente como tal, un peligro que puede calificarse como descubierto o no asegurado por su experiencia o su atención y, sin embargo, decidió realizar la maniobra prohibida. Puesto en términos gráficos, decidió jugar a la ruleta rusa. En este juego, tras infringirse la barrera del riesgo jurídicamente protegido –esto es, por ejemplo, tras gatillarse el revólver– no existe ninguna posibilidad que el cuidado o la atención humana puedan ofrecer reserva de protección fáctica alguna. Del mismo modo, quien adelanta a un camión en doble línea amarilla a aproximadamente 95 km/h en una ruta de montaña, después de haber consumido cocaína, también realiza una apuesta.

iii.b.- Con todo, es indudable que el imputado no conocía todo el peligro. Coloquialmente: no sabía que después adelantar al camión se encontraría con otro ómnibus circulando en sentido contrario. Desconocía así, que la maniobra tendría un trágico desenlace.

Ahora bien, ¿desplaza esta circunstancia -verificada con base en la

inmediata maniobra de evitación- el reproche hacia las figuras imprudentes? Sabido es que, como regla general, el desconocimiento cancela la posibilidad de una imputación dolosa. Sin embargo, existen hipótesis que ameritan un tratamiento particular. Casos en los que el desconocimiento de las circunstancias de hecho es irracional, pues el agente no realiza un juicio de probabilidad objetiva de acuerdo con parámetros de orientación válidos para la generalidad.

Este es el caso del chofer de Mel Tur pues, en cuanto creó un alto peligro de lesión para la vida de los pasajeros que transportaba y no se representó que objetivamente era muy probable que, al no contar con la visibilidad suficiente, la maniobra de adelantamiento prohibida lo enfrentara a un vehículo que se desplazaba en dirección contraria, desconoció irracionalmente un extremo central del supuesto de hecho.

En el caso de autos nos encontramos frente a un comportamiento altamente peligroso que es producto de una tríada de infracciones a la ley de tránsito consideradas especialmente graves en relación con la probabilidad de producir menoscabos para la vida de las personas. Por ello, el desconocimiento del epílogo del hecho, conforme la información con la que contaba el chofer, era completamente irracional.

Así, el juicio de probabilidad objetiva no puede tomar en cuenta el estado mental del que partió el autor para formular su propia hipótesis, en tanto ese estado mental fue objetivamente irracional conforme las circunstancias de hecho acreditadas durante el proceso, lo que implica considerarlo comunicativamente irrelevante.

Una vez creado el riesgo que hemos calificado como prototípicamente de dolo, el imputado no se orientó de acuerdo con parámetros válidos para la generalidad, pues nadie puede esperar que un adelantamiento con un ómnibus de pasajeros en doble línea amarilla a exceso de velocidad bajo los efectos de estupefacientes no sea interpretado como una estrategia idónea para la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

realización (eventual) del resultado típico. En pocas palabras, el desconocimiento irracional equivale a conocimiento.

Es que la racionalidad del desconocimiento se enjuicia normativamente conforme las circunstancias pertenecientes al supuesto del hecho (las tres infracciones llevadas a cabo por el acusado) y, caso por caso, según las características del autor (un chofer profesionalmente capacitado y previamente advertido en relación con la conducción peligrosa). Pero no según su representación en tanto dato ontológico de naturaleza psíquica, sino con base en el haz de deberes que constituye la posición de garantía del agente.

En suma, el desconocimiento que Quiroga Morales tenía frente al peligro derivado de su comportamiento antinormativo no tiene una génesis irracional y, por ende, debe desecharse. La hipótesis objetiva de probabilidad, en el caso sometido a decisión, se conforma solamente en función del dato objetivo de la conducción a elevada velocidad en un camino de montaña, un adelantamiento en doble línea amarilla, el consumo de estupefacientes y el no tomar en cuenta las advertencias de los pasajeros. Ello conduce a una imputación dolosa.

En definitiva, es la calidad del peligro la que decide la distinción entre dolo e imprudencia en el nivel del tipo objetivo. Pero ello no implica que esta calidad no deba ser conocida en el plano del tipo subjetivo para dar lugar a un reproche a título de dolo. Aún así, cuando ella no sea conocida, porque el agente se enfrenta a un peligro próximo y de gran entidad frente al cual no cuenta con ninguna reserva de protección que pueda poner en práctica, ese desconocimiento de la (eventual) realización típica habrá de considerarse irrelevante y, por ende, habilitará igualmente la posibilidad de realizar un reproche a título de dolo.

*d.- Sobre la determinación de la pena*

La actividad de determinación de la pena llevada a cabo por los magistrados intervinientes, a pesar de descansar sobre una correcta calificación de

los hechos y hacer mención a la normativa internacional relevante en el tema, presenta una argumentación por momentos demasiado abstracta. En efecto, si bien considera la extensión del daño causado, las motivaciones personales que llevaron al autor a delinquir, sus antecedentes penales y el perdón solicitado a las víctimas, deja sin respuesta dos cuestiones centrales en orden a motivar correctamente la magnitud de la pena a imponer.

Por un lado, si se tiene en cuenta que estamos ante un caso crítico, es decir, un supuesto de hecho que se encuentra en el límite entre el dolo y la imprudencia, la carga argumentativa que grava a los jueces sentenciantes al imponer la pena se agudiza. Ello en tanto, es necesario dar precisas explicaciones de por qué se alejan del mínimo de ocho años de prisión, hasta alcanzar los catorce años de condena. Una actividad argumentativa que ha sido omitida en la sentencia, pues no basta la consideración a la extensión del daño causado para determinar el alejamiento del mínimo, así como tampoco son suficientes las citas a doctrina y jurisprudencia para compensar este déficit.

Por otro lado, el tribunal de juicio también deja sin respuesta en el nivel de la individualización de la pena una cuestión que estimo podría repercutir en la culpabilidad y, por ende, en la necesidad preventiva de punición. Me refiero a la ausente ponderación de la maniobra de evitación segundos antes del siniestro, en relación con las imputaciones por homicidio y lesiones. Desde luego, en este caso la disposición del autor a evitar el resultado en el momento en que se dio cuenta de la inminente colisión no cancela su injusto, pero sí podría repercutir en el nivel de culpabilidad.

La especial actitud del acusado en el final del *iter criminis*, en una estricta aplicación del principio de proporcionalidad de las penas, podría ser tomada en cuenta al momento de la determinación de la pena por aquellas lesiones que no consiguió impedir, pero que se esforzó por evitar. Una actividad jurisdiccional que no se advierte en la sentencia sometida a decisión y, por ello, amerita su anulación parcial.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

En efecto, la infructuosa tentativa de evitación del resultado en relación con las víctimas fatales y heridas, consistente en la brusca maniobra de regreso del rodado a su carril de circulación, ciertamente podría influir en la culpabilidad –aunque no la elimina– por existir una menor necesidad preventivo-general de pena.

De este modo, considero que la sanción impuesta al acusado se encuentra inmotivada en relación con los extremos mencionados, los cuales, de ser incorporados a la actividad de individualización de la pena, podrían repercutir en el *quantum* de la misma, en tanto fundamento de la medida del castigo merecido.

*e.- Conclusión*

Desde ya, quien en una ruta de montaña conduce, bajo los efectos de estupefacientes, un transporte de pasajeros a exceso de velocidad y realiza una maniobra de adelantamiento prohibida que provoca un siniestro vial, acomete una acción peligrosa que debe ser refutada jurídico-penalmente.

Sin embargo, el reproche a título de dolo únicamente será válido cuando se haya creado un peligro de gran magnitud y proximidad que sea conocido. No obstante, en estos casos, cuando el autor no conozca una o varias circunstancias del supuesto de hecho en contra de parámetros de validez, su representación no será considerada a los fines de la determinación de la probabilidad objetiva de acaecimiento del resultado lesivo y, por ende, también dará lugar a un reproche por dolo, en tanto desconocimiento irracional.

La magnitud y proximidad del peligro creado, como calidad prototípica de la acción, se determina conforme datos empíricos que hacen a las circunstancias del supuesto de hecho y a la persona del autor. En el caso sometido a decisión, la magnitud y proximidad del peligro creado por el acusado y la irracionalidad de su desconocimiento en relación con la producción del resultado se derivan de la comprobación de la conducción bajo los efectos de los

estupefacientes, el exceso de velocidad en una ruta de montaña y el adelantamiento en doble línea amarilla. Todas infracciones gravísimas, a las que deben sumarse las advertencias para que disminuyera la velocidad del rodado.

En consecuencia, considero que corresponde confirmar el resolutivo de la sentencia en cuanto a la calificación legal de los hechos atribuidos en la presente causa a Quiroga Morales. No obstante, la sentencia presenta un déficit de motivación en la determinación de la pena, lo cual amerita su parcial anulación sólo en el aspecto referido a la sanción impuesta.

**ASÍ VOTO.**

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

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

**ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

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

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales del Dr. Alejandro Hidalgo para su oportunidad.

**ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los Dres. OMAR A. PALERMO y MARIO D. ADARO adhieren al voto que antecede.

**SENTENCIA:**

Atento al mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA  
PODER JUDICIAL MENDOZA

Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de Mendoza, fallando en forma definitiva se

**RESUELVE:**

1.- Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 1081/1082 por la defensa técnica de Leonel Quiroga.

2.- Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de honorarios profesionales del Dr. Alejandro Hidalgo para su oportunidad.

3.- Tener presente la reserva del caso federal.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JOSÉ V. VALERIO  
Ministro

DR. MARIO D. ADARO  
Ministro

DR. OMAR A. PALERMO  
Ministro