



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

FUNDAMENTOS DE SENTENCIA N° 156.-

En la ciudad de San Rafael, Mendoza a los diez días del mes de septiembre del año dos mil dieciocho, se constituye el Tribunal Penal Colegiado de la Segunda Circunscripción Judicial, integrada por los Señores Jueces **RODOLFO JAVIER LUQUE, MARÍA EUGENIA LAIGLE** y **JULIO CÉSAR BITTAR**, bajo la presidencia del primero, a fin de dar a conocer los fundamentos de la sentencia N° 156, recaída en estos autos P- 127.296/17 caratulados “**FC/ SILVA MACAGNO JULIETA P/HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO EN FORMA INDISTINTA Y/O ALTERNATIVA C/HOMICIDIO SIMPLE**”. Intervinieron en el juicio, en representación del Ministerio Público Fiscal la Señora titular de Unidad Fiscal N°1, doctora Andrea Rossi, el señor Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Homicidios, doctor Fernando Guzzo, la acusada Julieta Silva Macagno, sus defensores técnicos doctores Alejandro Cazabán y Marcos Terranova, los querellantes Particulares Graciela Linares y Miguel Fortunato, representados por el doctor Tíndaro Fernández, con la presencia de la Secretaria del Tribunal, doctora Claudia Sraik.

La imputada se llama **JULIETA SILVA MACAGNO**, D.N.I. N° 33.943.292, argentina, con estudios secundarios completos, comerciante, nacida en San Rafael, Mendoza, el día 02 de enero de 1988, hija de Andrés Alberto y Marcela Silvana, con domicilio en calle 3 de Febrero N° 838, de San Rafael, Mendoza.

Los Señores Jueces se plantearon las siguientes cuestiones a resolver:


Primera: ¿Están acreditados los hechos, la autoría y la responsabilidad penal de la imputada?

Segunda: En caso afirmativo, calificación legal y pena aplicable.

Tercera: Costas, medidas de coerción, honorarios, destino de los elementos secuestrados y compulsas ordenada.

Sobre la primera cuestión el Juez Rodolfo Javier Luque dijo:

D) La presente causa arriba a juicio, en virtud del requerimiento


TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
Segunda Circunscripción Judicial
ALEJANDRA SRAIK
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado N° 1
Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ


Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ


Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

fiscal de elevación a juicio obrante a fs. 1264/1286, seguida contra la imputada Julieta Silva Macagno, en donde consta la plataforma fáctica que integra el objeto de este proceso. A fin de dar cumplimiento a las pautas del art. 411 del C.P.P., en relación a la enunciación del hecho que ha sido objeto de la acusación, se transcriben a continuación las dos hipótesis que de manera alternativa planteó la Fiscalía en su requerimiento original:

PRIMERA HIPÓTESIS: HOMICIDIO SIMPLE

“Surge acreditado en autos que el día 09 de septiembre de 2017, estimativamente a las 04:49 horas de la madrugada, la encartada Julieta Silva Macagno se retiró del local de diversión nocturna que funciona bajo la razón social “Mona Bar”, situado en la intersección de Ruta Nacional N° 143 y calle El Chañaral del distrito de Las Paredes, departamento de San Rafael, provincia de Mendoza; dirigiéndose en compañía de la víctima, Genaro Francisco Fortunato Linares, hacia donde tenía estacionado su vehículo, sobre el costado este de calle El Chañaral, ubicado sobre la vereda, entre dos árboles situados hacia el norte de la intersección con Ruta Nacional N° 143, en donde entablaron una discusión junto al automotor marca “Fiat”, modelo “Idea”, dominio KAO-693. Que a posteriori, Silva se ubicó en el asiento del conductor de dicho rodado; en tanto que Fortunato permaneció de pie junto al lateral izquierdo del mismo, golpeándole con sus manos el vidrio de la ventanilla correspondiente a ese costado del vehículo con intenciones de que no se retire del lugar. Que Silva comenzó a hacer marcha atrás con el automóvil, y en instantes en que su rodado ya se encontraba apuntando con su sector frontal hacia calle Las Vírgenes, Silva aceleró la marcha del rodado, retirándose a gran velocidad por calle El Chañaral, hacia el cardinal norte; asumiendo un altísimo síndrome de riesgo al efectuar la conducción del vehículo, dado el horario nocturno en que se realizó la misma, a que no llevaba colocados sus anteojos, los que le habían sido recetados por el Dr. Martín Oliva a tal efecto, en virtud de su patología visual, de la que la encartada tenía pleno conocimiento, considerando que le había sido diagnosticada por el facultativo médico mencionado el día 27 de enero de 2017, siendo dicho uso imprescindible para la conducción de automotores, conforme se encuentra consignado en su licencia de conducir secuestrada en autos; máxime teniendo en cuenta que los vidrios laterales de su vehículo se encuentran polarizados; dadas también las condiciones climáticas –lluvia débil o llovizna- existentes al momento del hecho y el grado de alcoholización medio-alto de su persona; circunstancias de las que la encartada tenía pleno conocimiento, como así también de que dicho accionar tenía capacidad lesiva, es decir, que su conducta era especialmente apta para producir un resultado lesivo concreto. Que Genaro Francisco Fortunato Linares comenzó a correr a la par del



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

vehículo de Silva, a fin de detener su marcha; no obstante, producto de la velocidad que había adquirido el vehículo, la víctima Fortunato Linares cayó de boca sobre la carpeta asfáltica, quedando su cuerpo posicionado en el cono lumínico de una luminaria pública situada en el lugar. Que Silva, quien había continuado su circulación en el rodado, luego de haber recorrido una distancia aproximada de ciento cincuenta metros (150 metros), efectuó con su rodado una maniobra de giro en "U", con las luces de su vehículo encendidas, y retornó arduamente la marcha por la arteria mencionada, con dirección hacia el cardinal sur; arrollando a la víctima de autos con su vehículo, a quien arrastró a lo largo de tres metros y medio (3,5 m), aplastándole el cráneo con una de las ruedas de su automotor, provocándole instantáneamente la muerte". Hecho calificado legalmente como homicidio simple con dolo eventual en calidad de autor, previsto y sancionado por el Art. 79 y 45 del C.P.

SEGUNDA HIPÓTESIS: HOMICIDIO CULPOSO

Surge de lo actuado que el día 09 de septiembre de 2017, estimativamente a las 04:49 horas de la madrugada, SILVA se subió a su vehículo mientras que FORTUNATO permaneció de pie, junto al lateral izquierdo del rodado, golpeando la ventana correspondiente a la puerta de ese costado, acto seguido, la imputada hizo marcha atrás con el automóvil, y luego cuando ya se encontraba apuntando con su sector frontal hacia calle Las Virgenes, SILVA aceleró su marcha, retirándose del lugar, mientras que la víctima corrió a la par del rodado, no obstante, producto de la velocidad que había adquirido el vehículo y de la propia inercia, cayó de boca sobre la carpeta asfáltica, quedando su cuerpo posicionado en el cono lumínico de la luminaria pública. Así fue que SILVA continuó su marcha por un trayecto de 150 metros aproximados, y efectuó una maniobra en "U", y retomó la marcha por la misma arteria, con dirección hacia el cardinal Sur, y teniendo en cuenta el horario nocturno en que se produjo el hecho, y el grado de alcoholización medio-alto de SILVA y que la misma conducía sin los lentes que le habían sido recetados especialmente para la maniobra de manejo, regresó por la arteria donde había quedado tendido el cuerpo de FORTUNATO, y lo arrolló, causando de esta manera su muerte violando la imputada el deber de cuidado legalmente exigible, consistente en que el conductor de un automóvil debe tener en todo momento dominio sobre el vehículo, evitando con su accionar la posibilidad de causar accidentes a terceros. Hecho calificado legalmente como Homicidio Culposos en calidad



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
Segunda Circunscripción Judicial

JUEZA ALEJANDRA SRAIK
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado N° 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

de autor, previsto y sancionado por el Art. 84 bis del C.P.-

A juicio del Ministerio Público, JULIETA SILVA MACAGNO, de datos filiatorios obrantes en autos, resulta ser autor responsable del delito de **HOMICIDIO SIMPLE CON DOLO EVENTUAL EN FORMA INDISTINTA Y/O ALTERNATIVA C/HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO**, debiendo responder la encartada en **CALIDAD DE AUTORA del mismo. (Art. 79y 84 bis, primer acápite y 45, todos del Código Penal)**. Cabe señalar que con posterioridad a la declaración de los testigos el Ministerio Público Fiscal amplió la acusación a los términos del art. 391 del C.P.P.

Luego de recibida la prueba testimonial el Ministerio Público Fiscal realizó una ampliación de la acusación a los términos del art. 391 del C.P.P., habiendo quedado el hecho establecido de la siguiente manera, según registro audiovisual (audiencia del día 23/08/18): "...El día nueve de setiembre del año dos mil diecisiete, en un horario aproximadamente de las cinco horas, la Sra. Julieta Silva, al conducir su vehículo por calle El Chañaral, aproximadamente a la altura municipal del ciento veinte con su auto embistió al Sr. Genaro Fortunato, provocándole, como consecuencia de ello, la muerte; y todo esto sumado a que con el Sr. Genaro Fortunato mantenía una relación de pareja, los cuales nos coloca en la calificación jurídica prevista expresamente en el art. 80 inc. 1° del Código Penal". Calificándolo en consecuencia como **HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO (art. 80 inc. 1° del C.P.)**.

Finalmente en la etapa de alegatos concluyó que la conducta debía ser calificado como **HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO (ART. 80 INC. 1°), ATENUADO POR ENCONTRARSE EN ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA (art. 81 inc. 1°, letra a), del C.P.**

II- Iniciada la audiencia de debate, se procedió a dar a conocer las acusaciones y la prueba en la que se basa a la imputada JULIETA SILVA MACAGNO, así como sus derechos procesales.

La encartada decidió prestar declaración, siendo escuchada en la audiencia de apertura (ver registro del día 14/08/18). Luego en el momento de la ampliación de la acusación efectuada a los términos del art. 391 del C.P.P., decidió no declarar. Asimismo las partes, no hicieron uso del derecho de pedir la suspensión del debate ni ofrecer nuevas pruebas.

Durante el juicio prestaron declaración en carácter de testigos Agustina Fortunato, Ariadna Fortunato, Fausto Fortunato, Ariel Aksenen, Cristian Aksenen, Leandro Gutiérrez, Eber Sosa, Francisco Mesa, Matías Noguero, Carlos Arias, Pamela Rodríguez, Rocío Siri, María Laura Figueroa, Pablo Marker, Carlos Ortíz, Nata-



**TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

lia Rocha, Marcelo Ruarte, Fernando Fuentes, Sebastián Olmedo, Mariano Cuaranta, Francisco Carvajal, Matías García, Héctor Ontivero, Silvia Ballarini, Verónica Bertero, Flavia Domínguez, Sebastián Zúñiga, Andrea Quiroga, María Candela Limeses, Lucas Maure, Martín Maure, Agustina Bergaglio, Andrea Linares y María de los Ángeles Gutiérrez.

Con la conformidad de las partes, se incorporaron por lectura las declaraciones de Matías Martín Hidalgo (fs. 1.188/1.189 vta.), Virginia María Bertochi (fs. 363/364), Pablo Sebastián Noguera (fs. 397), María Florencia Montilla (fs. 180/181), Franco Matías Banu (fs. 156/157), Mario Giambastiani (fs. 393, 837/838), Martín Claudio Oliva (fs. 407/409), Agustina Quiroga (fs. 108/110 y 1207), Pablo Tabanera (fs. 41/42 y 429/431), Elsa Urbano (fs. 154/157), Diego Russo (fs. 35) y Guido García (fs. 36).

En cuanto al contenido de la declaración de la imputada y los testigos que depusieron, nos remitimos a la grabación realizada durante el debate, que se encuentra en soporte informático (DVD), a disposición de las partes.

Respecto a la prueba instrumental se incorporó por lectura la totalidad de la ofrecida por el Ministerio Público Fiscal en la audiencia preliminar (fs. 1325 y 1329 y vta.), la producida en el debate y los secuestros obrantes en autos, adhiriendo la parte querellante al pedido fiscal y a la ofrecida en la audiencia preliminar (fs. 1330/1334 y vta.). La defensa adhirió a la incorporación de la ofrecida por la Fiscalía y la Querella, haciendo posteriormente un detalle de la prueba instrumental y documental ofrecida a fs. 1335/1345 y vta. (ver audiencia del día 27/08/18).

Finalizado el período probatorio, y escuchados los alegatos del Sr. Fiscal, de la parte querellante y del defensor de la imputada, corresponde proceder a la ponderación y análisis de la prueba, siguiendo para ello las enseñanzas de la lógica, la psicología y la experiencia común, disciplinas con las que se analiza el método de la sana crítica racional adoptado por nuestra ley procesal como medio de control (arts 409 y 206 del C.P.P.). En cuanto a los alegatos de las partes, el mismo también se encuentra en soporte informático al que nos remitimos (audiencia de los días 30 y 31 de agosto de 2018).



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
Segunda Circunscripción Judicial

III. Motivación:

1. No obstante que la existencia material del hecho en cuanto a las

5

[Firma]
Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

[Firma]
Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

[Firma]
Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

[Firma]
Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ
TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
Segunda Circunscripción Judicial

circunstancias de tiempo y lugar no se encuentra controvertida por las partes, habiendo sido estas circunstancias reconocidas por la propia imputada en su declaración, corresponde igualmente precisar algunos aspectos vinculados con la misma.

Este extremo de la imputación se acredita con el acta de procedimiento de fs. 3/6 vta., croquis ilustrativo de fs. 7, acta de retención vehicular de fs. 11/11 vta. y 12/12 vta., acta de dosaje de alcohol en aire espirado de fs. 30/30 vta., y 175/175 vta., soporte de CD-R remitido por el C.E.O. zona Sur de fs. 140, informe del C.E.O. Zona Sur de fs. 141/146, necropsia de Genaro Francisco Fortunato Linares de fs. 178/179, informe técnico serie "R.C." N° 793/17 y "Q.L." N° 113/17 de Policía Científica, Delegación Sur, de fs. 271/307, informe de Unidad Investigativa de San Rafael, Oficina de Delitos Tecnológicos Sur de fs. 344/351, informe de laboratorio de toxicología – proyección alcoholemia- de fs. 399/400, informe de la Dirección de Agricultura y Contingencias climáticas de fs. 461/462, informe técnico serie "R.C." N° 901/17 de Policía Científica, Delegación Sur de fs. 473/475, informe del Cuerpo Médico Forense –pericia oftalmológica- de fs. 731/744, actuaciones de la Municipalidad de San Rafael de fs. 751/771, informe del centro de Información Meteorológica de fs. 798/799, 833/834, 882/883 y 961/962, informe de fs. 7810, pericia lumínico y mecánica de fs. 1105/1106, 1108/1123 y 1133/1140 vta., 1142/1151 y copia del acta de defunción de fs. 1169.

De estos elementos de prueba se encuentra acreditado que el día 9 de septiembre de 2017, siendo las 05.50 horas aproximadamente, a la altura Municipal N° 120 de calle El Chañaral, del Distrito Las Paredes del departamento de San Rafael, Genaro Fortunato fue arrollado por el vehículo Fiat Idea, dominio KAO-693 que conducía la ciudadana Julieta Silva quien circulaba de Norte a Sur, lo que le ocasionó la muerte en forma instantánea, por aplastamiento de cráneo y cara.

Así, aparecen como **circunstancias no controvertidas** las siguientes:

a.- El día y hora de ocurrencia. Lo que se acredita con acta de procedimiento de fs. 3/6 vta., informe de la oficina de Delitos Tecnológicos de fs. 141 y vta., transcripción de audio de fs. 145 y vta, y en especial de la necropsia de fs. 178 y vta., que establece como fecha y hora probable de fallecimiento el día 09/09/17, a las 05.05 horas.

Asimismo, se tiene en cuenta el informe de fs. 141 del que surge la primer noticia del hecho recibido por el C.E.O., ubicándolo a las 05.11.50 horas del día 09/09/17 desde el abonado 2604601399 perteneciente a Matías García, donde se informa en la transcripción de fs. 145 que *"que habían atropellado un chico en la calle El*



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

Chañaral”, siendo esto reconocido por el propio García, cuando afirma “*si, es cuando avisamos al 911*”, aclarando “*Ontiveros mi compañero llama al 911*”. Menos de un minuto después, a la hora 05.12.19 del día 09/09/17, se registró otra llamada al C.E.O., desde el abonado 26044623327, correspondiente a Julieta Silva, quien reconoció haber realizado una llamada al 911, inmediatamente de ocurrido el hecho.

Además en el informe de fs. 344 de la oficina de Delitos Tecnológicos se dejó constancia del contenido de las filmaciones de las Cámaras de Seguridad del local bailable Mona, en donde consta que “*...a la hora 04.49.53 egresa la ciudadana Silva seguida desde atrás por Fortunato...*”, conforme se desprende además de la captura de pantalla de fs. 349, habiéndose además reproducido dicha grabación en la audiencia de debate al momento de la declaración de Martín Maure cuando se le exhibió el video desde la hora 04.49.40 a las 04.50.40, afirmando que “*...reconoce a Genaro y que se reconoce él, que primero está Genaro...*”. De estas pruebas se puede señalar que el hecho ocurrió después de las 04.49.53 horas (que es el momento en que Genaro y Julieta salen del local bailable) y antes de las 05.11.50 horas (que es cuando se produce la primera llamada al C.E.O), pudiéndose válidamente afirmar que ***el hecho ocurrió el día 09/09/17 a las 05.05 horas aproximadamente***, conforme se desprende de la necropsia.

b. En cuanto al ***lugar*** preciso en que Genaro Fortunato fue arrollado, quedó acreditado con el croquis ilustrativo de fs. 7 y el informe técnico de Policía Científica de fs. 271/275 y vta. En este último informe se concluye “*...que la colisión se produjo sobre la calzada de calle El Chañaral, correspondiente al carril oeste, frente el numeral municipal 120, encontrándose el cuerpo con su cabeza orientada al cardinal oeste, momento en que es impactado y arrollado por el rodado automotor Fiat Idea, dominio KAO-693, el cual era guiado por la arteria ya mencionada en dirección Norte a Sur, sobre el carril oeste...*”. (fs. 275 vta.).

c. En cuanto a las ***condiciones climáticas***, se determinó la presencia de “*precipitación pluvial*” con acumulación de líquido en calzada y banquetas (fs. 275). Estas condiciones fueron mencionadas por los primeros funcionarios policiales que arribaron al lugar del hecho como Matías Noguero, Francisco Mesa y Natalia Rocha, expresando Mesa que esa noche “*...llovía...*” y que la calzada se encontraba “*mojada*”, agregando Noguero en cuanto al clima que “*...llovía, lluvia fina pero constante...*”,



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL

Dr. MARÍA EUGENIA LAIOLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

Jesús
MARIA EUGENIA LAIOLE
JUEZ
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1

destacando además que "*hacía mucho frío...*". Para Rocha el clima estaba "...*bastante lluvioso...*".

También personal de Policía científica como Marcelo Ruarte, Carlos Ortíz y Pamela Rodríguez hacen referencia a esta situación, señalando Ruarte que "*las condiciones climáticas eran malas, lluvia, mucho frío*". Incluso el Sub-Comisario Carlos Arias indicó que "*se dedicó a la preservación del lugar porque la noche era fría, lluviosa*".

En este mismo sentido declararon Figueroa y Siri, que son las personas que tomaron contacto con la imputada a minutos de ocurrido el hecho, expresando la primera que el clima estaba "*horrible, mucha llovizna, muy frío, estábamos empapadas*", mientras que la segunda afirma que "*era esa llovizna finita que se había quedado en los vidrios*".

Muchos de estos datos se desprenden de los testimonios de los funcionarios de policía científica Carlos Ortíz y Pamela Rodríguez, explicando el primero que esa noche había precipitación pluvial, y que en cuanto a la inspección del rodado que por las "*inclemencias climáticas y la baja visibilidad*", recibieron órdenes de la Fiscalía de continuar la inspección del rodado con luz natural. En este mismo sentido Rodríguez afirma que "*había mucha lluvia, vio el cuerpo ubicado boca abajo, creyendo que con la cabeza orientada hacia el Norte*".

Se cuenta además con el informe del Centro de Información Meteorológica del Ministerio de Defensa de la Nación donde se informe que el día del hecho "*entre las 03.00 y las 09.00 horas se registró una caída de agua de 7,0 mm.*" (fs. 798), señalando además que "*...a la hora 05.00 el estado del tiempo era cubierto, lluvia, la visibilidad 3.0 km, la temperatura 5.6 grados, la sensación térmica 2.5 grados, la humedad del 97 %, el viento de 15 km y la presión 931,4...*" (fs. 799).

Se puede afirmar que además de precipitación pluvial había "niebla" en la superficie, conforme se desprende del informe de la Dirección de Agricultura y Contingencias Climáticas (fs. 462), donde consta que "*Para el período de tiempo desde las 04:45 hs a las 05:15 hs local...Sobre la Intersección de la Ruta Nacional N° 143 y Calle El Chañaral, el radar meteorológico registró la presencia de nubosidad de poca reflectividad y baja altura, relacionada a una precipitación de lluvia débil o llovizna...*", situación que fue percibida por la cajera del bar (María de los Ángeles Gutiérrez) al expresar que cuando se retiró entre las 05.00 y las 05.30 horas, "*...llovía mucho, había niebla y hacía mucho frío...*", señalando que esa niebla la afectó para conducir.

d. El estado de la *calzada*. Se verificó que está compuesta por su-



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

perficie de asfalto de 6,4 mts., "en regular-mal estado de mantenimiento...", siendo este dato corroborado por la pericia mecánica (fs. 1.135), donde se informa que se observan diversos "surcos longitudinales". Esta situación pudo comprobarse también al momento de la inspección judicial según acta de fs. 1468 y registro audiovisual respectivo. También la ausencia de demarcación.

e. La *cantidad de luminarias* existentes tanto en el lugar de arrollamiento como en las inmediaciones. En este sentido, se extrae de la planimetría correspondiente al informe de policía científica que la luminaria Nº 7 está ubicada a 45,4 metros al norte de la anterior Nº 6 (fs. 279), lo cual se verifica en la fotografía obrante a fs. 293.

Esto también se desprende de la pericia mecánica (fs. 1.110), de la que surge que en el lugar donde se produce el evento existen dos luminarias, "...una ubicada al Norte del punto de impacto a una distancia del orden de los 33,5 metros sin funcionar, y la otra a una distancia aproximada de 11,5 metros al Sur del punto de impacto o arrollamiento".

No obstante, cabe señalar que con posterioridad a la inspección realizada por policía científica el mismo día del hecho a las 05.50 horas, esta situación se ha modificado, por cuanto dicha luminaria actualmente se encuentra en funcionamiento, conforme surge de la inspección judicial realizada por el tribunal (fs. 1468 y vta.). En dicho informe consta además que con respecto a la "visibilidad" del lugar se observó "...luminarias artificiales de alumbramiento público sobre margen Oeste de calle El Chañaral, al momento de la inspección en funcionamiento, reducida por la precipitación pluvial";

f. *Condiciones del vehículo* utilizado por Julieta Silva. Se trata de un automóvil Fiat Idea, dominio KAO-693, color gris oscuro. Esta circunstancia se acredita con el acta de procedimiento de fs. 3/6 vta. y el informe de policía científica de fs. 271/275 y vta.- En la inspección realizada sobre el rodado se verificó que se encontraba **en buen funcionamiento** en cuanto a sistema de frenos, lumínico, sonoro, neumáticos, espejos retrovisores y limpia-parabrisas. Posee vidrios laterales y traseros polarizados. También se constató que el sistema de calefacción y desempañador funciona correctamente.



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
J U E Z

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
J U E Z

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
J U E Z

g. Que *con éste vehículo se produjo el arrollamiento* del cuerpo de Genaro Fortunato. Ello surge de la presencia en el rodado de "...*adherencia de restos pilosos en chasis parte inferior costado derecho sector posterior, adherencia de restos orgánicos (tejidos blandos), en espiral de sistema de suspensión trasera derecha posterior...*", lo que se puede observar en las fotografías correspondientes a este informe técnico y que obran en soporte de CD. Además, fue admitido por la imputada.

h. El *sentido de circulación* al momento del arrollamiento. El vehículo circulaba en dirección **de Norte a Sur**, por el carril oeste, conforme se desprende no sólo del informe de policía científica (fs. 275 y vta.), ubicándose el lugar de impacto a la altura municipal 120, precisándose este dato no sólo a través de la planimetría donde consta la zona hipotética de colisión, sino que también se observa en las fotografías obrantes a fs. 283, donde se ve la posición final del rodado, con su frente hacia el cardinal sur;

i. La *velocidad* de marcha al momento del impacto. Surge del informe presentado por el Perito Oficial Mario Roberto Giambastiani (1133/1140 y vta), que la velocidad de marcha era del orden de los **27,5 a 30 km por hora**. Esta afirmación no fue puesta en tela de juicio por ninguna de las partes.-

j. Que circulaba con las *luces bajas encendidas* al momento del arrollamiento. Este se trata de un extremo incontrovertido, aunque no así el alcance de esas luminarias, pues obra en autos información divergente en ese sentido.

Así, del Informe de Policía Científica de fs. 473/475 surge que el rodado secuestrado, en condiciones climáticas similares a las del momento del hecho, presenta unas luces bajas con una eficacia en cuanto a alcance de visión de 20 a 22 metros y una altura de 15 a 20 cm.- A su vez, el Ingeniero Mecánico designado como perito oficial informó a fs. 1139 que "Las liuces bajas de un automóvil Fiat Idea poseen un alcance del orden de los 30/35 metros (...)".

Ahora bien, no ha quedado aclarado si para llegar a esta conclusión el Ing. Giambastiani examinó el rodado que intervino en el hecho o consultó algún tipo de manual o ficha técnica específica pero general del modelo automotor -lo que sería perfectamente válido y posible-. Por ello, debemos inclinarnos por la información brindada por Policía Científica como la más fiable en este aspecto, por cuanto su respuesta ha sido dada con seguridad luego de examinar el Fiat Idea dominio KAO-693 que



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

protagonizó el hecho, y además en condiciones climáticas similares, lo que hace que la información se ajuste más a lo que verdaderamente ocurrió aquella madrugada. Adelantamos que volveremos sobre este aspecto más adelante.-

k. La ubicación del cuerpo de Genaro Fortunato antes del arrojamiento y la zona de contacto. De prueba testimonial –en especial Aksenen, García y Ontiveros-, surge que el joven estaba en posición decúbito ventral, con la cabeza orientada hacia el norte, en la calzada oeste de calle El Chañaral. La presencia en el lugar de la hebilla metálica de un reloj pulsera y una hebilla plástica correspondiente a un reloj pulsera permitieron a Policía Científica posicionar el lugar de impacto.

l. Las vestimentas de la víctima. Llevaba puestos una campera de hilo color bordó, camisa manga larga de color celeste y pantalón de jean azul oscuro – puede observarse en las fotografías remitidas en DVD, Policía Científica. Además el informe y prueba testimonial –de los testigos presenciales- dan cuenta de ello.-

II. La posición final del cuerpo. Fue localizado sobre el carril oeste de calle El Chañaral, coincidente con la proyección imaginaria del borde sur del puente de ingreso vehicular de la altura municipal N° 120, el que se encontraba en posición “decúbito ventral, con cabeza orientada al cardinal norte y rostro hacia abajo en contacto con carpeta asfáltica, con su miembro superior derecho flexionado hacia el cardinal Este”, según informó Policía Científica. El funcionario policial Carlos Ortíz hizo mención a ello también al referir que se encontraba en el carril oeste de calle El Chañaral, con la cabeza orientada hacia el cardinal Norte.

Este extremo fue documentado mediante muestras fotográficas obrantes en autos.

m. La distancia de arrastre. Según Policía Científica (ver planimetría de fs. 277), el cuerpo fue arrastrado 3,3 metros. Eso no fue cuestionado por ninguna de las partes, más allá de que el defensor señaló en etapa de alegatos que, dado que esa distancia es la que se midió entre el primer indicio recogido en el lugar (hebilla de reloj pulsera) y la posición final del cuerpo, puede haber sido quizás un poco mayor, si es que no quedaron indicios –pero de todas maneras no mayor en grado significativo-.



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
MENDOZA

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

n. *Que el vehículo era conducido por Julieta Silva.* Ello surge en primer término del testimonio de Aksenen y también la misma imputada lo admite. **La autoría no ha sido puesta en duda.**

ñ. Que la conductora *no realizó maniobras de frenado ni de carácter evasivas* antes ni durante el arrollamiento. Ello se desprende del informe de Pericia Mecánica presentada por el perito Oficial Ing. Giambastiani, cuando concluye que “(...) al momento del embestimiento el rodado no se encontraba frenando” y que “(...) su conductor previo al embestimiento no ha realizado ningún tipo de maniobra evasiva previa (...)”. El profesional explica con razonamientos lógicos sus conclusiones, de manera clara y argumentada, por lo que sugerimos la lectura de fs. 1137 vta., dedicada a estos aspectos.

Por otra parte, la imputada ha admitido estas dos circunstancias – que no frenó de manera expresa, y que no realizó maniobra evasiva surge de los términos de su declaración–.

o. La *causa de muerte.* Se desprende de la necropsia de fs. 178 y vta., de la que surge que Genaro Fortunato murió a las 05.05 horas aproximadamente del día 09/09/17, por “*aplastamiento de cabeza (cráneo y cara) que lo lleva a la muerte inmediata*”. En este mismo sentido se expide la partida de defunción (fs. 1169).

A su vez, vale señalar que Genaro se encontraba con vida al momento del arrollamiento, de lo que da cuenta Aksenen cuando afirma haberlo visto mover su brazo inmediatamente antes de que el vehículo lo alcanzara (“...*el muchacho hizo como el brazo para levantarlo para arriba...*”, dijo ante el Tribunal y las partes en audiencia).

2. En cuanto a las circunstancias de **modo** en que ocurrió el hecho, en base a la propia declaración de la imputada y los testimonios de Aksenen, García, Ontiveros e Hidalgo, se encuentra acreditado que Silva y Fortunato luego de salir del local bailable que gira bajo la razón social “Mona Bar” (fs. 344 y 349), se dirigieron hacia el lugar en que se encontraba estacionado el vehículo marca Fiat Idea, dominio KAO-693, ubicado sobre el costado Este de calle El Chañaral, sobre la vereda, entre dos árboles al Norte de la Ruta Nacional N° 143. Al arribar a dicho lugar se produjo una discusión entre ambos junto al vehículo. En un momento dado, Silva se encontraba ubicada en el asiento del conductor, con Fortunato afuera del rodado, parado en el lado izquierdo,



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

comenzó a golpear con sus manos el vidrio de la ventanilla correspondiente a ese costado del vehículo para que no ésta se fuera. Luego Silva comenzó a hacer marcha atrás saliendo hacia el Norte en dirección a calle Las Vírgenes. Ante ello, Genaro Fortunato comenzó a correr a la par del vehículo alrededor de cinco metros, golpeando con sus manos la ventanilla izquierda, para seguidamente caer sobre la carpeta asfáltica, quedando boca arriba. Silva continuó la marcha unos ciento cincuenta metros aproximadamente, donde hizo un giro en "U, para luego retornar por calle El Chañaral en dirección Norte Sur con las luces bajas encendidas, arrollando a Fortunato que estaba tendido sobre la carpeta asfáltica, sin realizar ningún tipo de maniobra de frenado ni evasiva (según fs. 275 del informe de Policía científica), aplastándole el cráneo con la rueda delantera derecha del automotor, arrastrándolo una distancia de tres metros con treinta centímetros (3,3 metros), lo que le provocó la muerte en forma instantánea.

Cabe señalar que Silva al momento de emprender la conducción del rodado, no llevaba colocados los lentes recetados por el Dr. Oliva para la corrección de su patología visual (astigmatismo, ver nota de pedido Nº 8531 de Lutz Ferrando de fs. 438). En cuanto a las condiciones climáticas, ya hemos referido, que esa noche estaba lloviendo y se había producido niebla. Por otra parte, tanto Silva como Fortunato se encontraban con una alta dosis de intoxicación alcohólica, presentando Silva al menos 0,98 gr./lt., de alcohol en sangre (fs. 389), mientras que Fortunato presentaba 1,80 gr/lt. (fs. 177).

Se puede afirmar que de la propia declaración de Silva y de los testimonios antes aludidos que se encuentra acreditada la relación de causalidad entre la acción realizada por la imputada (conducir el vehículo antes referido por calle El Chañaral de Norte a Sur) y el resultado (la muerte de Genaro Fortunato), no verificándose ninguna interrupción del nexa causal.

Estas circunstancias han sido reconocidas por la propia imputada en su declaración, aunque alegando que "*no vio al imputado, ya que estaba buscándolo del lado izquierdo, donde estaba estacionado el auto*". Ya veremos al analizar la calificación legal del hecho que se encuentra completo el tipo objetivo del delito de Homicidio Imprudente (art. 84 bis primer párrafo del Código Penal), en virtud de que resulta pertinente el juicio de imputación objetiva, por cuanto la acción realizada "*...ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado producido es la realización de ese mismo riesgo creado por la acción*" (conf. BACIGALUPO, Enrique, "Derecho Penal.



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
Segunda Circunscripción Judicial

ALEJANDRA SRAIK
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado Nº 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

Parte General, Ed. Hammurabi, pág. 271, 1999).

3. Seguidamente, haremos referencia a los **hechos que se encuentran controvertidos por las partes**, quienes parten de una distinta valoración de la prueba incorporada a la causa.

Por una parte, tenemos la posición de la parte acusadora (pública y privada) quien considera que Julieta Silva sabía -tanto al momento en que Genaro corría a la par del auto como cuando retornó luego de hacer un giro en "U"-, que Genaro Fortunato se había caído sobre la carpeta asfáltica y con este conocimiento lo arrolló. Coinciden en líneas generales en señalar que, si el vidrio de la ventanilla estaba bajo y en el lugar había iluminación artificial, Julieta Silva no pudo dejar de percibir con el sentido de la vista el momento de la caída, apoyando su hipótesis en los testigos presenciales y la prueba pericial (psicológica y mecánica). Ambos encuadran la conducta de Silva en la figura de Homicidio Agravado por tratarse de una relación de pareja (art. 80 inc. 1 del Código Penal), considerando el Sr. Fiscal que el mismo se encuentra atenuado por haberse encontrado en un estado de emoción violenta, que las circunstancias lo hacen excusable (art. 81 inc. 1 letra a), afirmando que, si bien no se pudo determinar el motivo, éste existió. La parte querellante entendió que no encuadra la conducta en la atenuante de Emoción Violenta, pidiendo en subsidio que al menos se trata de un Homicidio Simple (art. 79 del C.P.).

La imputada en ejercicio de su defensa material afirma que no vio cuando Genaro se cayó sobre el asfalto y tampoco lo vio sobre la carpeta asfáltica cuando regresó por calle El Chañaral, destacando en su declaración que *"tuvo la sensación de haber pisado un pozo"*, habiendo tomado recién conocimiento de que había atropellado a Genaro cuando el cuida-coche le dijo *"...lo atropellaste..."*.

Por su parte, su defensor técnico descartó que la conducta de Silva haya sido dolosa. No obstante, sostuvo que si bien el accionar de la imputada de conducir el vehículo con vidrios polarizados, sin los lentes recetados por padecer una patología visual (astigmatismo), en estado de alcoholización, con vidrios empañados por la lluvia y el frío, sumado al conocimiento de que Genaro se encontraba corriendo a la par, solo alcanza para considerar que estamos en presencia de conductas imprudentes, por tratarse de un "riesgo jurídicamente desaprobado", aplicando la llamada teoría del incremento del riesgo, pero al mismo tiempo afirma que ese riesgo no se ha realizado en el resultado muerte, es decir que la muerte producida por el arrollamiento de su vehículo no tiene vinculación con la conducta previa, considerando que la conducta de Julieta Silva resulta atípica, solicitando la absolución.



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

En este sentido, considera que el resultado producido (muerte) se debe en forma exclusiva al propio accionar de Genaro Fortunato quien se dispuso a correr a la par del rodado en grave estado de alcoholización, considerando que la caída sobre el asfalto constituye una "autopuesta en peligro" del propio Fortunato que no hace otra cosa, según el esmerado defensor, de descartar el tipo de Homicidio Culposo Agravado (art. 84 bis, primer párrafo del Código Penal).

4. Estimamos necesario adelantar que la conducta de Julieta Silva resulta encuadrable en la figura de Homicidio Culposo Agravado (art. 84 bis primer párrafo del Código Penal). **No advertimos de la prueba incorporada el conocimiento requerido para considerar la presencia de una conducta dolosa por parte de la imputada.**

Sabido es que **el dolo no se presume, sino que hay que probarlo**. Y también que la cuestión de cómo se ha de determinar el dolo y la imprudencia es "*una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho Penal*" (Derecho Penal Parte General, Tomo I, Ed. Civitas, 2° Ed. Pág. 424)."-

Respecto de esta temática de la prueba del dolo resulta esclarecedor el trabajo realizado por el profesor español Ramon Ragués, quien sostiene que existen dos concepciones, la psicológica, para la que "*...el conocimiento se configura como un fenómeno psicológico cuya concurrencia en el momento de la realización delictiva debe ser efectivamente constatada en el proceso penal...*" y la normativa. Las dificultades prácticas de la primera posición, por las obvias complejidades e inconvenientes que plantea penetrar "*en la cabeza del autor*", ha llevado a Ragués a inclinarse por la posición normativa, a nuestro criterio, acertadamente. Para esta posición en la "*determinación del dolo se atribuye o imputa un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose para tal atribución criterios distintos de verificación empírica de fenómenos de naturaleza psicológica...*", destacando que "*...las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo*". (Conf. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, "El dolo y su prueba en el proceso penal" Ed. Bosch, Barcelona, 1.999).

Ya hemos afirmado, que no se encuentra discutida la presencia de una relación de causalidad entre la conducta de Silva (conducir un rodado) y el resultado (muerte), encontrándose en ese aspecto completo el tipo objetivo, pudiéndose realizar

15

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
Segunda Circunscripción Judicial

SECRETARÍA
TRIBUNAL PENAL Colegiado No 1

también el juicio de imputación objetiva del delito imprudente.

Pero, en cuanto al tipo subjetivo, consideramos que no es posible atribuir a su comportamiento el dolo propio del delito de Homicidio Simple, ni aún el llamado dolo eventual. El dolo ha sido definido por la doctrina clásica como “conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo”, aunque actualmente sólo se exige el conocimiento efectivo del tipo objetivo. Es decir, para ambas posiciones **debe estar presente el conocimiento de que se está dando muerte a otro. En nuestro caso, se exige la prueba de que Silva sabría que Fortunato se encontraba tendido sobre el carril oeste de la calzada de calle El Chañaral y que con este conocimiento arrolló su cuerpo con el vehículo.**

Este conocimiento es fundamentado por la parte acusadora (pública y privada), a partir de los acontecimientos previos al hecho (abarcando el tiempo en que ambos se trasladaron al local bailable hasta que se produce la discusión en la puerta del rodado, incluyendo la salida del local), durante el desarrollo del mismo (desde la discusión hasta el arrollamiento). Por último también se hará referencia a la conducta de Silva posterior a la muerte de Fortunato. Sobre esta base concluyen básicamente en que “no pudo no haberlo visto”, pero no como la ley penal exige “que lo haya visto efectivamente”. Pues **el conocimiento exigido para la determinación del dolo debe ser real y efectivo, más nunca potencial.**

5. No se puede negar que con anterioridad a las circunstancias que culminaron en la muerte de Genaro Fortunato, éste protagonizó una discusión con Silva, que derivó en que ella decidiera irse del lugar sin él. No obstante, tampoco de esta situación es posible extraer algún tipo de motivación que derivara en una conducta homicida dolosa por parte de la imputada. Sobre este aspecto Silva señala que dicha discusión se debió a que Genaro quería volver a pelear con uno de los mellizos Maure con quien ya había tenido algún tipo de enfrentamiento verbal dentro del local. Esta versión se encuentra apoyada por la prueba incorporada, no sólo del grupo de amigos que había concurrido con ellos al local, como Sebastián Zúñiga, Flavia Dominguez y Candela Limeses, sino también de los dichos del propio Martín Maure, de su hermano Lucas Maure y de Agustina Bergaglio. En efecto, Zúñiga da cuenta de que tuvo que intervenir en un enfrentamiento verbal entre Genaro y Martín Maure, advirtiendo que Genaro estaba como “enojado y celoso” porque Maure estaba mirando a Julieta Silva, por lo que tuvieron que calmarlo con Julieta y señala que Maure le dijo que “iba pasando y Genaro lo empezó a insultar”. Esta situación ha sido confirmada por Domínguez y Limeses, señalando la primera que tomó conocimiento que esa noche Genaro tuvo un entredicho, observando



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

en un momento "...que estaban Sebastián, Candela, Julieta, Genaro y uno de los mellizos Maure", mientras que la segunda percibió el momento en que Genaro le dijo a una persona (que luego identifica como uno de los mellizos Maure), "que miras a mi novia, una cosa así" y que luego Julieta "se lleva a Genaro para evitar una discusión". Incluso el propio Martín Maure admitió que hubo un intercambio de palabras con Genaro Fortunato, destacando que Genaro en forma verbal le manifestó que iba a golpearlo, aunque "...sabía que no iba a pasar a mayores porque tenían buena relación".

Estas testimoniales dotan de verosimilitud a los dichos de Julieta Silva en el sentido de que a esa altura de la noche, cuando decide irse, estaba cansada de esta situación y se quería ir. Los testigos presenciales Aksenen e Hidalgo advirtieron la discusión, pero desconocen el motivo, aunque Aksenen dijo haber escuchado algo vinculado a celos (lo que coincide con lo que Silva declara).-

Otro dato que también dota de credibilidad a los dichos de Silva, es lo que puede observarse de la Cámara de Seguridad del local Mona Bar, que ha sido incorporada como prueba y exhibida en audiencia de debate. Silva dijo que decidió irse porque "estaba cansada de toda esa situación", haciendo referencia a la intención de Genaro de querer volver para pelear con Maure, destacando que Maure salió atrás de ellos y que Genaro "...lo miró y se fue enojado, siguió diciendo cosas, como queriendo volver".

En lo captado por la Cámara de seguridad del local (fs. 344), se verifica que Silva se retira seguida por Genaro (hora 4:49:52) registrándose luego la salida de Martín Maure, quien reconoció incluso esta situación en la audiencia de debate al ver la filmación. Por ello estimamos que no ajusta a la realidad lo afirmado por la parte querellante cuando señala que no había tiempo para pelear porque Genaro se fue mucho tiempo antes que Maure, ya que del video surge que han transcurrido sólo unos segundos entre el momento en que Genaro y Silva desaparecen de escena (hora 4:50:30) y la salida de Maure (4:50:37), verificándose además que Genaro miró hacia atrás en una oportunidad siete segundos antes de que saliera Maure (hora 4:50:30).

Los testimonios de Quiroga, Bertero y Bertochi poco aportan para esclarecer esta situación, ya que si bien afirman haber visto a Julieta enojada con Genaro, sólo se trató de una escena aislada del contexto general antes referido y por otra parte, tampoco tuvieron conocimiento del conflicto con Martín Maure. Tampoco los testigos Noguera (fs. 397) y Montilla (fs. 180/181) brindan información relevante habiendo sólo concurrido al local bailable esa noche.


TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
Segunda Circunscripción Judicial
MENDOZA
ALEJANDRA SHAIN
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado No 1


Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

17

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ


Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

Cabe reiterar que la prueba analizada coincide con la versión de la imputada, pudiendo dar por ciertas sus afirmaciones en lo que hace a que decide retirarse del lugar porque “estaba cansada de esa situación”, en relación a la intención de Genaro de seguir la pelea o discusión con Martín Maure que había salido segundos después de ellos.

Es muy importante también señalar que los amigos que estaban con ellos compartiendo la salida los vieron bien al retirarse, que incluso pensaron que iban a tener intimidad (según dijeron Zúñiga y Domínguez) , y que en el mismo video se los ve abrazados, y a Silva asistiendo a Genaro tras el golpe en la baranda.-

Además, y en punto a la sinceridad de la imputada al declarar, no podemos soslayar que brindó idéntica declaración a dos días del hecho, cuando restaba mucho prueba por producirse y que todo el material que fue ingresando tendió a confirmar su versión de lo ocurrido.

No compartimos las conclusiones del Señor Fiscal cuando afirma que Silva se retira del lugar en un raptó de ira o exaltación por otras motivaciones que no surgen de la causa y que el representante del Ministerio Público Fiscal no puede explicar, y que aunque actuó en forma dolosa lo hizo en un estado de emoción violenta que las circunstancias la hacen excusable. No se desprende de la prueba incorporada la presencia de algún otro incidente entre Genaro y Julieta que haya colocado a la misma en el estado emocional que invoca el señor fiscal. Por el contrario, del video correspondiente a la Cámara de Seguridad del local bailable (fs. 344), se advierte que la actitud de Silva era de contención y cariño, verificándose que ambos salieron abrazados juntos hacia el estacionamiento. Incluso se descartó a través del propio testimonio de Agustina Quiroga (fs. 108/110) que no le mandó a Julieta ni a Genaro ningún mensaje el día 9 de setiembre a través de WhatsApp donde expresara que estaba embarazada de Genaro ni tampoco lo hizo alguien de su entorno.

Al respecto coincidimos con la reflexión efectuada por el representante de la parte querellante; Dr. Tíndaro Fernández, cuando con acierto señala que efectivamente existió una discusión, pero de ningún modo se puede afirmar que estemos en presencia de un estado de emoción violenta. Señaló además que para que se de esa hipótesis el estado emocional debe provenir de conductas de terceros y no de la propia personalidad de la imputada. En el caso aclara que no advierte que Genaro haya generado esta situación con la violencia requerida por la norma penal, ya que afirma que la discusión entre ellos no pasó a mayores.

No obstante, disintimos con los acusadores cuando se basan en los informes psicológicos para acreditar algún tipo de motivación que permita afirmar la



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

decisión de Julieta de dar muerte a Fortunato. No se puede extraer de estos informes periciales tal conclusión (fs. 399/400, 410/416 y 419 y vta.). Pues aunque se trata según los peritos de una persona “...sin repercusión afectiva en el momento del examen, con rasgos antisociales e histriónicos y con dificultad en el control de los impulsos y pobres frenos inhibitorios...”, de ello no puede colegirse sin más que Silva haya tomado la decisión de matar a Fortunato, a riesgo de violentar el principio de razón suficiente que rige en materia de valoración probatoria, y además estar a un derecho penal de autor vedado en nuestro estado de Derecho. En otras palabras, la estructura de personalidad de la imputada como indicio de cargo debería estar unida a un cuadro probatorio serio y contundente acerca del conocimiento e intención de matar –extremo que no se verifica en el presente caso, como se explicará más adelante-.

Por otro lado, Pablo Tabanera, quien fue su pareja por más de diez años dijo que no es una persona violenta –aún, cuando tiene una postura crítica hacia ella, especialmente en su primera declaración-, y tampoco se han informado actitudes violentas en otros ámbitos de su vida –ni familiar ni en el deporte, por ejemplo-.

Cabe destacar además que aquellos informes psicológicos y psiquiátricos fueron realizados para decidir si a Silva podía concedérsele prisión domiciliaria, resultando acertado lo señalado por el defensor técnico cuando indicó que Julieta Silva ha dado cumplimiento a la medida de coerción impuesta bajo esa modalidad, por lo que en alguna medida puede ponderárselos como errados en cuanto al pronóstico efectuado.

También acierta el defensor cuando afirma que la conclusión del señor fiscal es contradictoria, por cuanto resulta incoherente afirmar que el estado de ira o emoción violenta duró unos pocos segundos y que desapareció en forma inmediata cuando decidió llamar al 911 en forma planificada y calculada, según sostuvo.

Que las personas que estuvieron junto a Genaro y Julieta coinciden en señalar que esa noche estuvieron bien entre ellos dos y que se fueron bien, y lo que se percibe de la observación de las Cámaras de Seguridad ya referidas coadyuvan a descartar el estado emocional invocado por el señor fiscal.

Tampoco del intercambio de Whatsapp incorporados (fs. 510/730 vta.), correspondientes a los días 06/09/17 al 09/09/17, se advierte alguna motivación particular en Julieta Silva que haya operado como disparador u operado como móvil homicida. Muy por el contrario, de dicha prueba documental surge que entre ambos ha-



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN

Alexandra Sraik
ALEJANDRA SRAIK
SECRETARÍA
Tribunal Penal Colegiado N° 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

bía una actitud de comprensión y respeto, y que estaban enamorados. La circunstancia de que en algunos de esos mensajes se hayan verificado algunas muestras de celos de Julieta hacia Genaro, no permite inferir ningún tipo de motivación delictiva, siendo esto propio de cualquier romance entre dos personas, máxime cuando no se aprecian como exagerados o de naturaleza violenta, ni siquiera comunicacional.

6. Al confrontar la versión de los hechos brindada por la imputada en su declaración prestada en la audiencia de debate en el marco de su defensa material, con el resto del material probatorio incorporado, comenzando con el análisis de las declaraciones de los testigos presenciales (Aksenen, García, Ontiveros, Hidalgo y Urbano), consideramos que su versión no ha sido desvirtuada en sus partes esenciales por estos testigos como pasaremos seguidamente a explicar, por lo que disentimos en que de estas diferencias pueda extraerse que del relato de Silva se desprendan indicios de mala justificación.

En efecto, Silva señala que sale del local bailable en compañía de Genaro Fortunato, haciéndolo primero ella, escuchando un quejido. Al darse vuelta advirtió que *"estaba doblado"* y se tomaba el estómago, diciéndole que *"se había tragado la baranda de la puerta"*. Ante ello, lo abraza e intenta ayudarlo. Al pararse frente a él, observó que venía este chico llegando a la puerta, haciendo referencia a Martín Maure (que es con quien Genaro había tenido una discusión dentro del local). Ante ello, le dijo a Genaro que se fueran. Señala que cuando se están yendo hacia el auto, Genaro miró y se fue enojado, diciendo cosas *"como queriendo volver"*.

Gran parte de esta primera escena referida por Silva está demostrada a través de las imágenes de las Cámaras de Seguridad del local bailable (fs. 349) y que fueron reproducidas en el debate al momento de prestar declaración Martín Maure. Sugerimos su observación, pues allí puede verse la actitud de Julieta Silva hacia Genaro, cómo estaban entre ellos, que Maure sale segundos después y que antes de eso Genaro mira hacia adentro.

Silva continúa el relato diciendo que al arribar al lugar en que se encontraba el rodado, primero se subió Genaro del lado del conductor, puso las llaves y le dijo *"esperame que me voy a bajar"*, dirigiéndose nuevamente hacia el bar. Señala que *"como estaba cansada de esa situación"* (en relación a que Genaro se volvía para pelear con Martín Maure), *"se quería ir"*, por lo que se cruzó para el lado del asiento del conductor, haciendo el auto marcha atrás. Cuando acomodó el auto en dirección a calle Las Vírgenes, Genaro apareció por el lado de la ventanilla, golpeando la misma con sus manos. Decidió salir y Genaro siguió alrededor de cinco metros golpeando la ventanilla,



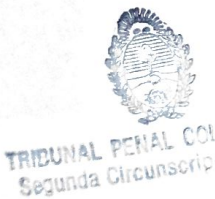
TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

para luego hacerse para atrás "como dejándome ir". Luego de hacer aproximadamente ciento cincuenta metros, regresó haciendo un giro en "U", al arrepentirse de haberlo dejado, recordando además que tenía el celular de Genaro en su mochila, lo que se acreditó posteriormente al momento de inspeccionar el vehículo personal policial (ver fs. 5).

Expresa además que al regresar lo buscaba a Genaro "del lado izquierdo, por el lugar en que había estado estacionado el auto", destacando que pasó una parte oscura "como un túnel", cuando sintió un movimiento del auto, teniendo la sensación de que había "pisado un pozo" y siguió, observando que venía cruzando un chico en diagonal en medio de la calle "hacia mí", advirtiéndole que era el de la playa de estacionamiento. Cuando bajó la ventanilla este le dice "lo atropellaste". Como no entendía nada le preguntó ¿a quién?, este le dijo, "al chico que estaba con vos". Señala que como no le creía "me bajé con las llaves del auto en la mano, y me fui a la parte de atrás y ahí lo vi".

7. Coincidimos con el Sr. Fiscal y la parte querellante en cuanto a la presencia de algunas discrepancias entre la declaración de la imputada Silva y el testigo Aksenen. Dichas diferencias están centradas en el momento en que se produce la discusión entre ambos, como así también en la conducta que habría desarrollado Fortunato inmediatamente después de la discusión. Mientras que para el testigo Fortunato se tomó de la ventanilla que estaba "un poco abierta", Silva declara que Fortunato se limitó a "golpear" la ventanilla con sus manos corriendo a la par unos cinco metros. Consideramos que dichas diferencias no resultan sustanciales y de ninguna manera permiten afirmar, como deduce el Fiscal y querellante que Silva conocía el momento en que Genaro Fortunato cayó al suelo y quedó tirado sobre el sector oeste de la calzada. Además, el testigo Aksenen afirma que se acercó a cobrarles y percibió que entre Silva y Fortunato se produjo una "discusión" y que por eso se alejó de ellos, aunque destaca que no vio en ningún momento a Fortunato a bordo del vehículo como declara Silva. También declara que Silva hizo marcha atrás, que bajó un poco la ventanilla y que ubica el auto en dirección a calle Las Vírgenes, saliendo en esa dirección "ligero", mientras que "el muchacho" (por Fortunato) estaba "agarrado" de la ventanilla del auto, hace "tres o cuatro trancos" o "zancadas, hasta que no da más y cae". Cabe reiterar, que Silva en su declaración dijo que Genaro corrió a la par del vehículo alrededor de cinco metros, pero que solo "golpeaba" la ventanilla con las manos abiertas como dos o tres veces, hasta que

21



Dr. ALEXANDRA SPAIK
JUEZA
Tribunal Colegiado No 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

Fortunato se hizo para atrás *"como dejándola ir"*.

Las diferencias apuntadas no nos autorizan a inferir que Julieta Silva haya visto el momento en que Genaro Fortunato se cayó de cabeza en la calzada en el carril oeste de calle El Chañaral. Por el contrario, del relato de Aksenen, aún con las diferencias referidas, sólo puede concluirse que Silva tenía conocimiento de que Fortunato *"corrió al menos cinco metros junto al vehículo"*, pero no que haya *"percibido por sus sentidos (vista y oído), el momento en que se cayó"* (al asfalto), por cuanto Silva continuó la marcha unos ciento cincuenta metros, sin haberse detenido en ese trayecto, para seguidamente hacer un giro en "U" y regresar *"al arrepentirse de haberlo dejado y porque tenía el celular de Fortunato"*, destacando Silva *"...que lo buscaba del lado izquierdo parado o caminando en el lugar que lo había dejado o en la esquina"*. Es decir, Silva afirma que cuando lo buscaba no miraba hacia adelante en el sentido del carril por el que circulaba (oeste) en sentido Norte-Sur, sino que miraba hacia el lugar *"en que lo había dejado"*, es decir, hacia el cardinal Este, que es el sentido contrario en que se encontraba Fortunato.

Además, la diferencia entre las declaraciones de Silva y Aksenen pueden dirimirse ingresando en la valoración el testimonio de Hidalgo (fs. 1188/1189 y vta.), el sereno que se encontraba trabajando en la fábrica Sabot, ubicada a pocos metros del lugar del hecho. Este testigo coincide en sus partes esenciales con el relato de Silva.

Desde su lugar de trabajo -ubicado en el lado oeste de la calle El Chañaral-, observó que el auto (de Silva) estaba mirando hacia el Este, entre una rotisería y una casita, ubicada frente al portón de su lugar de trabajo. Que el auto *"sale despacio para atrás"*, observando que *"...el chico trata de abrir la puerta del conductor"*, y luego el auto va hacia adelante por calle El Chañaral a la calle Las Vírgenes, sintiendo *"cuando aceleró hacia el Norte"*, aclarando que *"...cuando hace para atrás la ventanilla del vehículo se encontraba cerrada"*. También percibió que cuando el auto se dirige hacia calle Las Vírgenes, *"...el chico corre a la par al costado de la puerta del conductor dos o tres metros..."*.

En efecto, al igual que Silva el testigo afirma que la ventanilla estaba *"cerrada"* y que Fortunato *"corrió al costado de la puerta del conductor"*, discrepando en este sentido con el testigo Aksenen. En cuanto a si Fortunato se subió o no, momentos previos a la discusión al rodado, no resulta relevante, ya que lo cierto es que Silva se ubicó en algún momento en el lado del conductor, inició la marcha, siendo esto lo relevante e indiscutido.

Teniendo en cuenta las pequeñas discrepancias apuntadas por los testigos presenciales corresponde tener por acreditado con mayor grado de probabilidad



**TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

la versión dada por la imputada en relación a estos aspectos. Es decir, que la ventanilla estaba cerrada y por ende que Fortunato no se "tomó" del vidrio, sino que corrió a la par del rodado alrededor de cinco metros "apoyando las manos" en la ventanilla izquierda del rodado. Máxime cuando esta afirmación se corrobora con el informe de policía científica (fs. 303/304) en el que se concluye luego de un examen interno y externo del vidrio "...que solo existen rastros papilares en la parte superior externa de la ventanilla delantera izquierda...", con lo cual de haberse tomado del vidrio porque este estaba bajo es muy probable que habrían quedado también rastros en el interior de la ventanilla izquierda, lo que no se verificó.


8. Corresponde a continuación hacer referencia al momento en que Julieta Silva retorna por calle El Chañaral, en dirección Norte-Sur, hacia el lugar en que embistió a Fortunato, luego de haber efectuado un giro "U" a una distancia de ciento cincuenta metros aproximadamente.

Sobre este tramo de los hechos, tampoco los testimonios de Aksenen, García y Ontiveros nos permiten afirmar, como lo sugieren el señor Fiscal y el Querellante Particular, que Silva conocía que Fortunato estaba tendido en el sector Oeste de la calle El Chañaral.

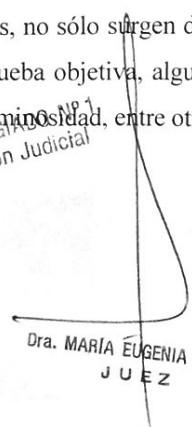
Ambos parten de un razonamiento "deductivo", que extraen además de la propia declaración de la imputada cuando señala que "tuvo la sensación de haber pisado un pozo" y de la circunstancia de que se trata de una jugadora de hockey cuyos reflejos están adaptados a cualquier situación, minimizando los problemas de visión de Silva, las condiciones climáticas imperantes en el momento del hecho y la escasa luminosidad del lugar. Tampoco tienen en cuenta en forma conjunta la incidencia de los factores climáticos (nocturnidad, llovizna constante, neblina), condiciones del rodado (vidrios empañados y polarizado), personales de la imputada (astigmatismo, cansancio), escasa iluminación del lugar (faltante de la luminaria siguiente en que quedó el cuerpo hacia calle Las Vírgenes), como así tampoco el elevado nivel de alcohol en sangre que presentaban tanto Silva (al menos 0,98 gr/l) como Fortunato (1,80 gr/l). Estas condiciones, no sólo surgen del relato de la propia imputada, sino que también se desprenden de prueba objetiva, alguna de las cuales ya han sido tratadas (condiciones climáticas y de luminosidad, entre otras).

En relación a su condición de jugadora de hockey, entendemos

23


TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
Segunda Circunscripción Judicial


ALEJANDRA SRAIK
INSTRADORA
del Penal Colegiado N° 1


Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
J U E Z


Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
J U E Z


Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
J U E Z

que se hizo un uso exagerado de esa información por parte de los acusadores, sobrevalorándola, sin tener en cuenta que Silva empezó a jugar hace solo tres años, de manera no profesional, solo recreativa o amateur, y que integró un equipo local de bajo rendimiento. En todo caso pueden ser cualidades que conformen a la información general que se tiene de la acusada, pero que no pueden ser trasladadas directamente a las circunstancias concretas del hecho a riesgo de incurrir en arbitrariedad.

No está acreditado fehacientemente que Silva haya tomado conocimiento de que Fortunato había caído al asfalto, pues al iniciar la marcha del vehículo solo podría haber visualizado tal situación a través del espejo retrovisor, lo que resulta dificultoso por la ventanilla polarizada y empañada, las condiciones climáticas y de nocturnidad, y los defectos visuales de la imputada.

9. Por lo expuesto, y habiéndose descartado el conocimiento por parte de Silva de que Genaro había caído al asfalto *"cuando corría a la par del rodado"*, debemos determinar ahora si cuando regresa en dirección Norte-Sur por calle El Chañaral luego de haber hecho un giro en "U", percibió o no (con el sentido de la vista) a Fortunato tendido sobre la calzada.

Silva en su declaración señala que *"no lo vio"*, dando una explicación: *"iba buscándolo del lado izquierdo"*, que lo buscaba parado o caminando. Lo que importa por otro lado que no prestaba atención a la calzada. Dijo también que sintió *"un movimiento del auto"*. y que tuvo *"la sensación de que había pisado un pozo"* y que recién tomó conocimiento de que lo había atropellado con posterioridad al arrollamiento.

Al respecto señala que cuando vio *"que venía cruzando un chico en diagonal, en el medio de la calle hacia mí"* y le dijo *"lo atropellaste"*, se bajó para ver si era cierto y lo vio en el piso, a la derecha, aclarando que *"miraba sin ver"*, llamando posteriormente al 911 (el que fue reproducido en la audiencia de debate y transcripto a fs. 145) en forma inmediata de ocurrido el hecho, ya que transcurrieron menos de treinta segundos entre el llamado de García (05.11.50 horas) y el suyo (05.12.19 horas), lo cual coincide con su relato, ya que puede escuchársela decir *"atropellé a alguien, no no no, no lo ví, no lo ví"*, *"no lo puedo ver, no lo puedo ver"*, *"está muerto"*.

De su relato se extrae que no vio a Genaro tirado sobre la carpeta asfáltica porque *"estaba mirando para otro lado, como buscándolo"*, reconociendo por consiguiente que no está mirando el carril oeste por el que circula, sino por el carril contrario.

Teniendo en cuenta que momentos previos a que la misma deci-



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

diera irse del lugar, se produjo una “discusión” con Fortunato, resulta creíble su declaración cuando afirma que decidió volverse porque “se arrepintió” y “porque tenía el celular de Fortunato”, con lo cual, si la misma se encontraba mirando en sentido contrario, es posible afirmar que pudo no percibir que el cuerpo de Fortunato estaba tirado sobre la carpeta asfáltica.

Por otra parte, no se advierte de las testimoniales y de la filmación de las cámaras del local bailable la presencia de un motivo serio que nos permita afirmar que Silva dirigió su vehículo al modo de arma mortal sabiendo que el cuerpo se encontraba en la calzada y dirigiendo el rodado en forma planificada para arrollarlo y con el fin de darle muerte.

El testigo Aksenen refuerza la declaración de Silva, al señalar que efectivamente le hizo señas “después que había atropellado a Fortunato”, al expresar “cuando ya lo había pisado, yo ahí nomás me le crucé en la calle para que parara”, observando además el momento en que Silva embistió a Genaro al expresar “...llegó y lo tragó nomás”, aclarando que él se encontraba parado en las inmediaciones. Si bien García y Ontiveros afirman que observaron que el cuida-coche le hizo señas al vehículo que conducía Silva antes de que atropellara a Fortunato, lo cierto es que el propio protagonista, Aksenen, refiere que las señas las hizo con posterioridad, debiendo darle mayor credibilidad a esta porción de los hechos. Además, si Silva miraba para otro lado, así como pudo no haber visto a Genaro, pudo no haber visto tampoco las señas, en caso de que las hubiera hecho antes del arrollamiento.

Por otra parte, entienden, tanto el fiscal como el querellante, que como los testigos García y Ontiveros pudieron observar el cuerpo de Genaro tirado sobre la carpeta asfáltica momentos previos a que Silva lo embistiera, entonces la misma “no pudo no haberlo visto”. Estimamos que este tipo de razonamiento colisiona con las reglas de la lógica y sana crítica racional, ya que sólo se apoya en una mera suposición, consistente en que, si los testigos vieron a Fortunato en la calzada, Silva también tiene que haberlo visto.

Cabe señalar que la ubicación y situación de estos testigos al momento del hecho, no es la misma que la de Julieta Silva. Al respecto, el testigo García que iba como acompañante en la parte de atrás del auto observa el cuerpo de Fortunato tirado sobre el asfalto al señalar que “...cuando estaba haciendo marcha atrás, ahí veo que viene un auto, había un cuerpo tirado y el auto lo pasa por encima al cuerpo”, agre-

25

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
MENDOZA

MARIA EUGENIA SRAIN
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado No 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

gando "...que el auto se detuvo a uno o dos metros", aclarando que "luego llamó al 911". Por su parte, Ontiveros declaró que cuando estaba estacionado observó "...un auto (de Silva) en dirección a las Vírgenes, se tira a la banquina y hace la U...", agregando que cuando está haciendo marcha atrás, su compañero García le advierte que había un chico tirado a su izquierda. Afirma que, desde esa posición, haciendo marcha atrás, vio al cuida-coche que le hacía "señas" al auto, observando el momento en que el auto "lo pasa por arriba y ahí se para".

Si bien estos testigos vieron el cuerpo de Fortunato tirado sobre el asfalto, García lo hace ante la advertencia de Aksenen de que había una persona tirada en la calzada, mientras que Ontiveros observa el cuerpo cuando García se lo menciona, es decir que ambos necesitaron de un estímulo externo para advertir la presencia de Fortunato en la carpeta asfáltica, como lo señaló con acierto el defensor en sus conclusiones.

Tampoco los testimonios de Hidalgo (fs. 1.188/1.189 y vta.) y Urbano (fs. 154/155 y vta.), autorizan a concluir que Silva pudo ver el cuerpo de Genaro sobre el asfalto, si ellos lo pudieron ver. El primero afirma que cuando volvió a salir advirtió la presencia policial en el lugar, expresando en ese momento, "...veo al chico tirado en la calle...". Por su parte la testigo Urbano escuchó desde su vivienda ubicada en calle El Chañaral a la altura municipal N° 110, "...una chica que gritaba, lloraba...", por lo que se levantó y vio que iba a la par de un hombre, agregando que ella gritaba "...no lo vi, no lo vi...está muerto" (en coincidencia con lo declarado por Silva y con el llamado al 911). Esta testigo declara luego de referir que llovía y no se veía bien, que desde la ventana "...vi un bulto tendido sobre el asfalto o tierra del lado izquierdo de la calle, pero no podía descifrar que era...".

Se puede afirmar que estos testigos sólo percibieron un chico tendido (Hidalgo) o un "bulto" (Urbano), pero al igual que García y Ontiveros, también por estímulos externos, como son la presencia policial (Hidalgo) o los gritos de Silva cuando llorando decía "no lo vi, no lo vi, está muerto" (Urbano).

Incluso del propio relato de la imputada cuando expresa, que tuvo "la sensación de haber pisado un pozo", tampoco se puede afirmar que Silva sabía que Genaro estaba tirado en la carpeta asfáltica como lo entiende el Sr. Fiscal, por cuanto, se trata de una mera sensación, que se produce en el mismo momento en que se está produciendo el hecho. De la circunstancia que la imputada no haya tenido la sensación de que el auto "se levanta", como sugiere el señor fiscal, no se puede extraer el conocimiento de que Genaro estaba tendido sobre la carpeta asfáltica.

10. Estimamos que tampoco surgen de la conducta posterior de la



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

imputada prueba alguna que nos permita inferir el conocimiento cierto de que la imputada sabía que Fortunato se encontraba tendido sobre la calzada, sugiriendo el órgano acusador para afirmar la conducta dolosa de Silva, que todos los actos posteriores han sido calculados por la imputada. Para arribar a esta conclusión se vale de los testimonios de Aksenen, Siri y Ontiveros. Tiene en cuenta para ello la actitud de Silva de no bajarse del rodado luego de atropellar a Genaro, sumado a que, tanto Siri como Figueroa la vieron con celular, pero que no lo usó. Señala además que Silva no dice la verdad cuando afirma que luego de ocurrido el hecho “se bajó con las llaves en la mano y ahí lo vio”, ya que Aksenen afirma que las llaves se las sacó él a Silva “porque pensó que se quería ir”. Por otra parte, el señor fiscal también extrae el dolo del llamado telefónico efectuado por Silva al 911, a las 05.12.19 (fs. 141/145), reproducido en la audiencia de debate cuando expresa que atropelló a “alguien”, sin mencionar que se trataba de Genaro Fortunato que era con quien había salido esa noche, destacando que Silva estaba orientada en tiempo y espacio, ya que indica lugar, solicitando el envío de una ambulancia, señalando incluso que Silva había cometido un furcio al expresar “...lo mat..atropellé”. Por otra parte, tiene en cuenta el fiscal que Silva se tomó 20 minutos para llamarle a Tabanera, a quien sólo le dijo que atropelló “a alguien”, diciéndole además que “la pola se fue antes”, cuando Ballarini no había salido esa noche con ella.

Haciendo aplicación de las reglas de la lógica y la sana crítica racional, estimamos, que no resulta posible inferir de las pruebas antes indicadas que Silva sabía que Genaro estaba tirado sobre la calzada y no obstante ese conocimiento decidió continuar la marcha hasta atropellarlo, como sugiere el órgano acusador. Por el contrario, coincidimos con el defensor que el conocimiento de que había atropellado al joven Fortunato recién lo adquirió Silva cuando el cuida-coche le dijo “atropellaste a la persona que estaba con vos”, siendo esta situación corroborada por los testimonios de Figueroa, Urbano, Ballarini, Gutierrez y Rocha, quienes coinciden en señalar que cuando llegaron al lugar vieron a la imputada en estado de “shock”.

En este sentido, cabe reiterar que Silva afirma en su declaración que “no lo vio”, ya que “miraba hacia el lugar en que había dejado a Genaro, parado o caminando” y no hacia la calzada, como era su deber de cuidado, agregando que tuvo la “sensación de que había pisado un pozo”. Explica que venía cruzando un chico en diagonal haciéndole señas, por lo que detiene el auto, advirtiéndole que era el cuida-coche, quien le dijo “lo atropellaste”. Ante lo cual ella le preguntó “¿a quién?”, y este le dijo

27

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
Segunda Circunscripción Judicial

ALEJANDRA SRAIK
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado No 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

"al que venía con vos", por lo que "se bajó del auto" y "...ahí lo vio, en el piso, a la derecha". Si bien coincide el testigo Aksenen con su declaración cuando afirma que éste le hizo señas para que parara y que éste le manifestó, "atropellaste al pibe", lo cierto es que difiere cuando señala "que Silva no se bajó del rodado y que las llaves del auto se las entregó a las chicas" (en referencia a Siri y Figueroa). En base a lo expuesto, consideramos que se encuentra acreditado que Silva efectivamente se bajó del auto y constató la presencia de Genaro Fortunato en la vía pública luego de haberlo atropellado, no solo por lo expresado por Silva, sino porque en ese mismo sentido se expidieron, Siri, Figueroa y Urbano.

En cuanto a la afirmación efectuada por Aksenen de que las llaves se las dio a "las chicas", no ha sido confirmado por estas testigos, quienes no han hecho referencia en sus respectivas declaraciones que hayan recibido las llaves de manos del cuidacoche, adquiriendo en este sentido mayor verosimilitud lo expresado por Silva cuando afirma que las llaves se las entregó el propio Aksenen. Estas testigos también dan cuenta del estado de shock e presentaba Silva. Como ya lo mencionamos la testigo Urbano (fs. 154/155) declaró por los gritos de una persona femenina que repetía "...no lo ví, no lo ví...", pudiendo observar por su ventana a una "...chica que gritaba lloraba..." y a la par iba un hombre persona femenina, coincidiendo con la presencia de Silva y Aksenen en el lugar. Por otra parte del testimonio de Siri y Figueroa surge que cuando salen del lugar el cuidacoche le pidió que consolaran a una chica que había atropellado a un chico, por lo que al dirigirse al lugar se encontraron a Silva "llorando debajo de un auto en estado de shock, que repetía no lo había visto y que a pocos metros (entre cinco y diez refiere Siri), estaba el cuerpo de una persona". Esta situación también fue percibida por Silvia Ballarini, quien luego de recibir un llamado telefónico de Silva concurrió al lugar, al que no pudo acceder, tomando contacto con la imputada en la Comisaría 60, declarando "que estaba muy mal, gritando, nerviosa, lloraba, no se le entendía nada" y que le decía "...Pola no lo vi, me dijeron que lo atropellé, si hubiera parado frenaba...".

De esta circunstancia también da cuenta el acta de procedimiento de fs. 7/10. Además, como consecuencia de ese estado de angustia, llanto y shock que presentaba Silva se decidió trasladar a Silva al área de psiquiatría del Hospital Schestakow para poder estabilizarla (fs. 21), donde permaneció internada hasta el día 11 de setiembre del año 2017 (fs. 58). Esta situación en que se encontraba la imputada también fue descripta por el licenciado Olmedo, cuando señala que explica que su estado emocional era como de "embotamiento", que se produce frecuentemente luego de un episodio traumático, equiparándolo como sinónimo de una persona "que le cuesta reaccionar", pudiendo "quedar bloqueado".



**TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Es decir, la imputada luego de haber arrollado a Genaro Fortunato no presentó el cuadro emocional de frialdad afectiva, que menciona el Ministerio Público Fiscal y del que se apoya además para atribuirle el dolo homicida. En efecto, de las pruebas ponderadas el estado emocional que presentaba Silva no era de frialdad o de cálculo, sino de angustia y desesperación. El hecho que en el llamado efectuado por la imputada al 911 o a Tabanera no haya referido que quien había arrollado era Genaro Fortunato no permite descartar su estado de angustia incompatible con una actitud planificada y calculada, resultando acertado el señor defensor que es muy difícil prever la reacción de una persona ante la muerte. Por otra parte, si a Tabanera no le dijo quién era desde el principio se puede deber a que a quien había atropellado era con quien tenía un romance y justamente Tabanera que era su esposo esa noche estaba al cuidado de los hijos de ambos. Si la imputada le contó a Silvia Ballarini y no a Tabanera, quien era la persona a quien había atropellado, se explica por la circunstancia que Ballarini es su amiga íntima, resultando contrario a las reglas de lógica y de la experiencia, suponer que en esta situación se pueda estar calculando y planificando al modo de "coartada", como sugiere el señor fiscal. Cabe reiterar, que las llamadas efectuadas por Silva al 911 (fs. 141 y 144) fue realizada en forme inmediata de ocurrido el hecho (hora 05.12.19), sin necesidad de que alguna persona la conminara a ello, lo cual revela la falta de planificación.

11. Tampoco la circunstancia de ser Julieta Silva una jugadora de hockey nos habilita a afirmar que, si puede ver una bocha de quince centímetros en un partido en una cancha de las dimensiones mencionadas por el señor fiscal (ver fotocopias de fs. 1.457 y 1458), no es posible que ella pueda invocar que no pudo ver el cuerpo de Genaro tendido sobre la carpeta asfáltica por el sólo hecho de que ese día no llevaba los lentes recetados, cuando además circulaba con las luces bajas encendidas. Se trata de una afirmación del señor fiscal al margen del contexto temporo-espacial en que ocurrieron los hechos.

Cabe reiterar que en el momento en que se desarrollan estos acontecimientos (hora cinco), las condiciones ambientales no eran óptimas en cuanto a visibilidad, ya que lloviznaba y hacía frío, registrándose una temperatura de 5.6°, con una humedad ambiental de 97 % (fs. 799) y con "nubosidad de poca reflectividad y baja altura o niebla (fs. 462). Sumado al estado de alcoholización que, como se verá también afecta la visión.

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
MENDOZA

JULIETA SILVA
DEFENSORA
Tribunal Penal Colegiado No 1

Ora. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

29
Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

Por otra parte, la comparación invocada por la fiscalía no resulta válida porque la atención es diferente, ya que cuando el ser humano focaliza su atención en un objeto concreto, esforzándose en no perderlo de vista, - como cuando juega al hockey- es posible que no perciba otros objetos que se encuentran alrededor. Al respecto, compartimos la reflexión efectuada por la defensa cuando explica este tema invocando el libro "El gorila invisible", de Christopher Chabris y Daniel Simons (sugerimos la observación del registro audiovisual del día 31/08/18), donde se explica un experimento realizado por dos psicólogos de la Universidad de Harvard que demuestra que muchas veces no percibimos algunos objetos cuando nuestra atención está enfocada en otra cosa.

En este mismo sentido el Dr. Cuaranta destacó que "*...Nosotros tenemos una visión, mirando hacia delante aproximadamente 45° grados, que a nuestra visión permanentemente la vamos ampliando a 90°, o sea que todo depende si queremos focalizar algo, que nuestra visión, que vamos a tener una visión de 0° grado a 45°, pero que la dinámica de caminar y la dinámica de cuando uno está atendiendo cosas, esa apertura de 45° grados aproximadamente se amplía a 90° grados, o sea, que yo puedo mover los ojos y ampliar para la derecha o para la izquierda, que todo depende de qué es lo que estoy haciendo y que me lleva a mí a ampliar mi apertura*".

12. En cuanto a la circunstancia que previo al hecho, ya sea el mismo día o días anteriores Silva no llevara colocados los lentes recetados, haciendo referencia además a un acostumbriamiento o adaptación a tal situación, también se trata de una afirmación efectuada sin tener en cuenta el resto de los factores mencionados precedentemente.

La patología visual que padece Silva denominada astigmatismo regular, que no sólo ha sido invocada por ella, sino que surge del propio testimonio del Dr. Martín Oliva (fs. 407/409), debe ser analizada también en forma contextual.

Del testimonio del Dr. Fuentes explicando la pericia oftalmológica (fs. 732/735), se desprende que dicha patología "*es un vicio de refracción debido a una alteración corneal*", destacando que se trata de un "*astigmatismo alto*". En cuanto al efecto o consecuencia de esta patología señala el informe de pericia que "*...Cuanto mayor sea el astigmatismo, mayor es el compromiso que genera en la capacidad visual del paciente, afectando la capacidad de discriminación espacial de los optotipos u objetos, sin anular la percepción visual en general...*", explicando en la audiencia de debate que ante determinados factores que incidan sobre el objeto en sí (que tiene que ver con el brillo, con contraste, iluminación), sumado a otros factores ambientales, psicológicos y neurológicos del paciente, con esa patología es posible que una persona "*no pueda per-*



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

cibir determinados objetos”.

Ya hemos explicado que en el presente caso se advierte la presencia de esos factores ambientales (frio y lluvia), psicológicos, neurológicos (su atención estaba centrada en buscar a Genaro en donde lo había dejado, *parado o caminando*), que no pueden ser analizados en forma aislada y que han incidido en la percepción.

Ello sumado a que Silva circulaba cuando regresa por calle El Chañaral en sentido Norte-Sur, por una zona oscura, por falta de iluminación artificial (ver fotografía de fs. 295) que coincide con su relato cuando refiere que “...*pasé una parte oscura, como un túnel oscuro...*”. Por otra parte, Fortunato vestía esa noche un jean y una campera de hilo color bordó (fs. 272 vta.), siendo estas ropas oscuras lo cual también debe ser tenido en cuenta como un factor más, conforme la apreciación efectuada por el perito oftalmólogo. Además de la iluminación, la incidencia de los factores ambientales (llovizna, frio y neblina) y del propio vehículo (vidrios empañados), en la reducción de la visibilidad, ha sido analizada en la pericia mecánica en los puntos M), N), O), P), S) y T),(fs. 1133/1.141 y vta.), donde se destaca que la temperatura ambiente solo puede influir en la luminosidad si debido a esta se produce “*niebla*”, fenómeno meteorológico que se presentaba ese día, según el informe de la Dirección de Agricultura y Contingencias Climáticas (fs. 462) y los testimonios de Urbano y Gutierrez. También se afirma que la presencia de “neblina” que es la condensación del vapor de agua del aire a nivel del suelo, influye en la luminosidad, como así también la presencia de vidrios empañados “*en lo que respecta a la visión del conductor*”, agregando incluso que la trayectoria realizada “*es posible que se pueda llegar a producir dicho deslumbramiento, ya que en condiciones atmosféricas adversas como lluvia no sólo se reduce la visión sino que la luz de los faros se refleja en el agua y crea una sensación de espejo...*”, para finalmente destacar el informe en cuanto a la pérdida de luminosidad de la luminaria que “*...Todos los artefactos lumínicos sufren una degradación en su luminosidad debido al envejecimiento del artefacto...*”, concluyendo el informe que “*...En lo que respecta a la visibilidad longitudinal y periférica que poseía el conductor previo alcanzar el lugar del hecho, se la puede considerar como reducida debido a la lluvia...*”.



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
Segunda Circunscripción Judicial

[Firma]
ALEJANDRA SRAIK
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado Nº 1

13. En cuanto a la escasa luminosidad existente en el lugar, habiéndose constatado por policía científica (fs. 271/307) que sólo había alumbrado público a pocos metros del lugar en que se produce el impacto, toda vez que la próxima lumi-

31

[Firma]
Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

[Firma]
Dr. RODOLFO JAVIER DUQUE
JUEZ

[Firma]
Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

naria ubicada a 33,5 metros del punto de impacto "no funcionaba", con lo cual la próxima luminaria en funcionamiento "se encontraba a 116 metros al Norte de la luz que se encuentra apagada", es decir a casi ciento cincuenta metros del punto de impacto, verificándose que se trataba de una zona absolutamente oscura desde el lugar en que Silva realizó el giro en "U" hasta pocos metros antes de arrollar a Fortunato. De hecho, personal de policía científica admite haber tenido dificultades de visibilidad para trabajar, conforme informa Pamela Rodríguez y se hizo constar a fs. 273.

Por otra parte, también en el punto de impacto la luminosidad era notablemente inferior, concluyendo la pericia mecánica realizada bajo condiciones similares "...se midió una disminución del orden del 68% relacionado con el valor medido bajo el punto de impacto y la luminaria en funcionamiento ubicada a unos 11,5 metros al Sur. En otras palabras, bajo la luminaria se midieron 59,5 lux y en el punto de impacto aprox. 9,8 lux", determinando que "si se ha visto afectada la luminosidad debido a la lluvia".

Se puede afirmar que la escasa visibilidad del lugar al momento del hecho, tanto en el lugar de impacto, como así también en el trayecto realizado por Silva instantes previos, está relacionada no sólo a la falta de funcionamiento de luminarias, según planimetría (fs. 279) y complejo fotográfico (fs. 293 y 295), sino también por las condiciones ambientales (frío y niebla), lo que también fue destacado por el perito mecánico Osvaldo Gatica al señalar que "...Los surcos en la carpeta asfáltica con lluvia, estimo disminuyen la visibilidad en la calzada agregando destellos", agregando que "...la presencia de niebla produce disminución de la visibilidad", considerando además que "...existe la probabilidad cierta de empañamiento del parabrisas, dada la emisión de vapores húmedos del cuerpo humano y aliento al respirar, y que el automóvil al estar estacionado a la intemperie con temperatura baja, estaba con los vidrios fríos lo que favorece la creación de empañamiento de los vidrios del automotor, más teniendo en cuenta que desde que arranca el automóvil del estacionamiento hasta que impacta al infortunado no ha pasado un tiempo tal que los desempañadores y temperatura del motor, hayan tomado régimen de evacuar ni parcialmente tal empañamiento. Estima hay que darle tiempo, el proceso no es instantáneo".

14. Tampoco se puede desconocer que Silva se encontraba en estado de intoxicación alcohólica (0,98 g/l de alcohol en sangre), ya que se desprende de los exámenes practicados (fs. 389) que Silva presentó al momento del hecho, al menos 0,98 gramos de alcohol por litro de sangre, superando así el máximo permitido, que está ubicado en el rango de los 0,5 gramos.



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

Este estado de alcoholización media importó una disminución de sus capacidades físicas y neuronales –a nivel de neurotransmisores- de percepción y reacción, retardando sus reflejos, provocando cambios en la visión, disminuyendo el alerta, el autocontrol, y afectando la memoria, la capacidad de concentración y las funciones motoras.

Concretamente, en lo que se refiere a la capacidad visual, el perito oftalmólogo explicó que "...obviamente como en cualquier función superior en donde hay una elaboración de la sensación, una cosa es la luz, cómo llega a la retina y cómo es percibida desde ese punto de vista, pero a partir de ahí es todo neurosensorial la visión. Si el alcohol actúa en las funciones superiores que eso sí lo sabemos, cómo actúa a nivel cerebral y todo lo que es el procesamiento, comparándolo con vivencias previas, conocimiento, etc., si eso altera las funciones cerebrales superiores, altera la visión", y con sinceridad agregó: "lo que no le podría precisar es cómo exactamente ese grado de alcohol puede afectar o no la visión, los reflejos". También el Jefe del Cuerpo Médico Forense local fue consultado al respecto, entendiéndose que con un grado de alcoholización de 1,30 g/l de alcohol en sangre "...si se puede disminuir la visión hacia los costados".

15. Las circunstancias apuntadas precedentemente nos impiden tener por acreditado los elementos que componen el dolo –conocimiento de la situación en la que estaba Genaro y la intención de matarlo-. Pero sin dudas la prueba que más dudas arroja acerca del conocimiento efectivo de la ubicación del cuerpo de Genaro Fortunato sobre la calzada está constituida por las constataciones del informe de Policía Científica por un lado, y de las conclusiones de la pericia mecánica del Ingeniero Giambastiani por otro.

En efecto, en el primer instrumento se determinó con precisión que las luces del vehículo peritado, al momento del suceso, poseían un alcance de entre 20 y 22 metros de distancia (constancias de fs. 473/475). Establecido el alcance a través de la precisa medición, llama la atención que las partes y en especial el órgano de acusación, desistieran de convocar al Ingeniero mecánico Giambastiani, por cuanto del contenido de su pericia no surge con precisión si la distancia de 30 a 35 metros que establece como alcance de la luz refiere a todo automotor Fiat Idea según normas de fabricación o al preciso vehículo empleado en el siniestro. En otras palabras: si el interrogante consis-



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
MENDOZA

Dr. ALEXANDRA SRAIK
STRADORA
Colegiado No 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

tía en determinar cuántos metros de alcance posee la luz baja del vehículo secuestrado en autos debió ser consignado al momento de la elaboración de los puntos que debía evacuar el perito, que según constancias de fs. 1.139, sólo parecen referir a un Fiat Idea según normas de fabricación, más no al vehículo en cuestión, pues éste según la determinación de Policía Científica solo tiene un alcanza de 20 a 22 metros. Por ello, no se puede dejar de resaltar que la concurrencia del perito para ser interrogado acerca del dato introducido en el cuestionario resultaba de fundamental trascendencia, pues el informe de Policía Científica que también encargó la señora Fiscal de Instrucción había establecido con precisión el alcance en un rango de 20 a 22 metros. Ante la falta de aclaración de este aspecto, más allá de la discusión estéril introducida por las partes al ejercer el derecho de réplica, no le queda otra opción al Tribunal que valorar como probado que el alcance de las luces no supera los 22 metros, como surge del informe de Policía Científica y tal cual lo explicó el Of. Ruarte, quien en audiencia pudo ser examinado por las partes y el Tribunal y dar razones de sus conclusiones, que complementó al momento de la Inspección Judicial.

Dicho lo anterior, y retomando el análisis de las consecuencias que emergen de la distancia de alumbramiento del vehículo, cabe reparar que a una velocidad de 27,5 kilómetros por hora el rodado recorre 7,63 metros por segundo, en tanto que a la velocidad de 30 kilómetros por hora el móvil recorrería 8,33 metros por segundo (cálculo que surge de transformar las variables kilómetros en metros y horas en segundos). Luego, si se parte de la base de que un conductor en estado normal y con plena atención podría tomar contacto visual con el cuerpo de la víctima a partir del alumbramiento con la luz del vehículo, la distancia de 22 metros que los separa sería recorrida, en el primer caso (velocidad 27,5 km/h) en 2,88 segundos, en tanto que a 30 km/h dicha distancia sería recorrida en apenas 2,64 segundos. Si se tiene en cuenta que, según se ha determinado en base a experimentos de accidentología vial, al ochenta y cinco por ciento (85%) de los conductores el tiempo de percepción y reacción ante un peligro les insume un lapso de 1,3 segundos, a la imputada le bastaría distraer su mirada de la calzada por espacio de 1,58 segundos a velocidad de 27,5 km/, o de 1,34 segundos a 30 km/h, para tornar imposible aquella reacción (conforme explica IRURETA en la obra citada más abajo).

Dicho de otro modo: si tenemos en cuenta que un conductor atento podría reaccionar recién a partir de los 22 metros de distancia necesaria para tomar contacto visual con el cuerpo, una distracción mayor a dos segundos tomaría en extremo dificultosa la evitación del impacto, claro está siempre teniendo en cuenta las velocidades informadas por los peritos. Es que, tal como se consigna en el informe de Policía




**TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

Científica que ninguna parte puso en crisis, y se desprende de las conclusiones que realiza la ciencia al discriminar y cuantificar los tiempos de percepción y reacción de conductores en estado normal (Conf. IRURETA, Víctor, "Accidentología Vial y pericia", Ed. La Rocca, pág. 92), bastaría en el caso concreto una distracción de tres segundos, como admitió la imputada desde su primera declaración (venía mirando hacia la banquina), para que resulte imposible la evitación del resultado.

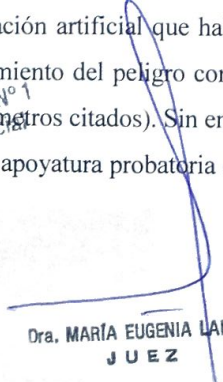
A mayor abundamiento, y aún en el supuesto de que las luces bajas del vehículo tuvieran un alcance del orden de los 35 metros, debe tenerse en cuenta también que dicha distancia (35 mts.) sería recorrida entre 4,2 y 4,3 segundos según la velocidad tenida en cuenta (27,5 o 30 km/h). Así, la escasa diferencia temporal no hace más que confirmar las dificultades de percepción y reacción en el caso concreto tal como afirma el perito Ingeniero Gatica en cuanto advierte que una distracción de entre 5 a 6 segundos resultaría fatal (ver constancias de fs. 1106).

Todo ello, sumado a las condiciones antes detalladas (nocturnidad, cierta niebla y precipitación pluvial), más la dificultad proveniente del astigmatismo para visualizar espacios laterales, así como el importante estado de intoxicación alcohólica, conforman circunstancias que, al menos, impiden la acreditación de la certeza necesaria sobre el extremo fundamental en que se puede basar una acusación por comportamiento doloso (la más grave del Código Penal), esto es el efectivo conocimiento de la autora acerca de la ubicación del cuerpo de Genaro sobre la calzada. Lo que no significa, claro está, que desaparezca la responsabilidad por el carácter imprudente del comportamiento causante del resultado pues, como se analizará más adelante, la sola dificultad temporal de reacción no basta para excluir la imputación objetiva del resultado, pues cabe anticiparlo aquí la imputada suprimió de raíz toda posibilidad de evitación a partir de la grosera negligencia en que incurrió, consistente en conducir el vehículo sin mirar la calzada por la que se desplazaba, entre otras infracciones del deber de cuidado que violó.

Por último, podría argumentarse por vía de hipótesis que la conductora podría haber tomado contacto visual con el cuerpo de la víctima en forma previa a que el haz de luces del vehículo lo haya alcanzado, es decir en base -únicamente- a la iluminación artificial que había en el lugar, circunstancia de la que podría deducirse el conocimiento del peligro concreto antes de los 22 metros antes considerados (o incluso los 35 metros citados). Sin embargo, entendemos que una conclusión de tal naturaleza no tendría apoyatura probatoria en la causa. Ello no sólo por las dificultades de visión apun-


TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N° 1
Segunda Circunscripción Judicial


ALEJANDRA SHAIN
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado No 1


Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

35

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ


Dr. JULIO CESAR DITTAR
JUEZ

tadas, sumadas al estado del clima y de la intoxicación de alcohol (destaca Irureta en la obra citada, pág. 93, la influencia del alcohol en el tiempo de reacción), sino también porque la propia pericia mecánica arrojó como resultado, al evacuar el interrogatorio "I", que en el lugar en que presumiblemente quedó el cuerpo del joven Genaro, la luminosidad proveniente del alumbrado público (9,8 lux) estaba reducida en un sesenta y ocho (68%) por ciento respecto de la que había en el lugar de emplazamiento de la luminaria (59,5 lux). A lo que debe agregarse que también dicha pericia, de cuyas conclusiones no podemos apartarnos por la imposibilidad de interrogar al profesional, determinó la probabilidad de que se haya producido el fenómeno de encandilamiento del conductor al salir de la zona de oscuridad (ver conclusiones de fs. 1136, punto "S").

16. Ya hemos afirmado que el dolo es conocimiento de los elementos del tipo objetivo o de determinadas circunstancias que componen el tipo objetivo. Para poder atribuir el dolo en nuestro caso se requiere que la imputada conozca que Genaro Fortunato se encontraba caído sobre la calzada en el momento en que ella lo arrolló con su rodado. Si bien este conocimiento ya ha sido descartado en función de la prueba analizada en su conjunto, estimamos de utilidad confrontar los hechos y prueba con los criterios normativos mencionados por el profesor Ragués en su obra, quien destaca el sentido social como criterio de determinación exigido por el dolo, a fin de evitar cualquier tipo de intuicionismo. Para este autor "*...existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico, atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal...*" (Conf. Ragués I Vallés, ob. Cit. Pág. 353). Este autor distingue según el sentido social entre conductas, en lo que respecta a los riesgos que conllevan determinados comportamientos, especialmente aptos para ocasionar determinados resultados (como por ejemplo clavar un cuchillo en el abdomen a una persona) y conductas que, si bien son objetivamente capaces de provocar determinadas consecuencias lesivas, en la valoración social no están vinculadas indefectiblemente a su acaecimiento".

Esta distinción es la base medular en el tratamiento de la cuestión, pues en los casos de conductas especialmente aptas, el autor nada podrá alegar en su defensa, no pudiendo invocar desconocimiento. En este sentido explica Ragués que "*...si, como es este caso, el sujeto clava dicho cuchillo sabiendo que lo hace en el abdomen de otra persona (correcto conocimiento situacional) y sabe que tal conducta es en general peligrosa para producir una muerte (conocimientos mínimos en sentido estricto), también sabe por fuerza que su conducta es apta, en aquella concreta situación, para pro-*



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

ducir un resultado de muerte, sin que tengan ningún valor sus posibles alegaciones afirmando que no se representó estar creando un riesgo que reuniera tal aptitud en la situación concreta...". (Conf. RAGUÉS I VALLÉS, ob. Cit., pág. 471).

En el caso de conductas neutras, sí podría ser creíble una alegación en tal sentido, y por tanto deberán analizarse otros aspectos para desentrañar si el caso merece ser encuadrado en la tipicidad dolosa o no.

En este esquema, la conducta de la imputada, de acuerdo a esta clasificación se trata claramente de una conducta arriesgada neutra, pues la conducción vehicular, avanzando sobre la calzada respetando el carril de marcha, con un rodado en perfectas condiciones, a velocidad reglamentaria (entre 27,5 a 30 km/h), aunque haciéndolo bajo los efectos de intoxicación alcohólica por encima de lo permitido, con visibilidad disminuida (al hacerlo sin los lentes recetados por su patología de astigmatismo y circunstancias climáticas ya analizadas), y mirando hacia un costado, "no es una conducta especialmente apta para producir el resultado muerte", en el sentido de que no puede afirmarse que en la gran mayoría de casos en que se lleve adelante esta acción se causa la muerte de una persona, más teniendo en cuenta que Silva lo buscaba "parado o caminando" a Genaro y no "tendido sobre la calzada".

En los casos de conductas neutras como la del presente caso, para atribuir el conocimiento propio del dolo, se exige según el autor citado establecer la presencia de tres presupuestos. En el supuesto de no presentarse, entiende Ragués, sólo se podrá atribuir a título de imprudencia. Estos son:

a) Las exteriorizaciones del conocimiento. No se advierten manifestaciones anteriores de Silva en este sentido. Por el contrario, de la prueba incorporada no surge algún tipo de expresión por parte de la imputada con anterioridad al hecho, coincidiendo los testigos que estaban en el interior del local bailable que entre ellos "estaba todo bien", aunque se produjo un incidente con Martín Maure, que pudo haber derivado en una discusión en la puerta del rodado.

En lo que respecta a manifestaciones posteriores, las que se verifican claramente excluyen el conocimiento. En primer término se tienen en cuenta las efectuadas por Ariel Aksenen y la imputada en forma inmediata de haber arrollado a Genaro, coincidiendo en lo esencial, habiéndose ya explicado el alcance de las discrepancias entre ambos. También hemos referidos que el relato de la imputada en este punto, se encuentra corroborado por los testimonios de Siri y Figueroa. De trascendental

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
MENDOZA

Dr. ALEJANDRA SRAIK
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado No 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

37
Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

relevancia, se desprende de la manifestación efectuada por Silva al 911 (C.E.O), desde su teléfono particular en forma inmediata de ocurrido el hecho, a las 05.12.19 (fs. 141 y 145) donde se advierte que en un estado de angustia y llanto, solicita el envío de una ambulancia, expresando que había atropellado a alguien y que no lo había visto. Al escuchar su registro en la audiencia de debate, se percibe a través del tono empleado a una mujer desesperada, que impresiona como sincera, no impostada ni fríamente preparada y elucubrada como sostuvo el órgano acusador.

Cabe reiterar en este sentido, que la circunstancia de que no haya aportado el nombre de la víctima, no puede ser interpretado como indicador de conocimiento, si tenemos en cuenta que por el estado en el que estaba es posible que ni siquiera haya escuchado lo que el operador le preguntaba al respecto, y además eso ocurre ya sobre el final de la conversación, que se entrecorta por el llanto y los gritos. El audio tiene relevancia en términos probatorios, porque permite conocer lo que dijo la imputada a instantes del hecho, sin intermediarios, no ya a través de lo que los testigos cuentan – con los consiguientes posibles defectos de percepción y transmisión, sino en forma directa. En relación a la circunstancia de no haberse acercado al cuerpo y no haber informado a las primeras personas con las que tuvo contacto como Tabanera, quien era el fallecido o la relación que tenía con él, no tienen influencia alguna, remitiéndonos a las explicaciones ya dadas.

b) Captación de indicios objetivos de proximidad del resultado lesivo. También consideramos acreditado, que no hay dato alguno que permita asegurar que Silva haya visto caer a Genaro tras la corrida a la par del rodado. Aún, cuando Aksenén dice “lo tiene que haber visto”, esa afirmación no es más que una simple apreciación personal del testigo que no tiene apoyatura real alguna. Silva niega en su declaración haberlo visto, siendo esto razonable teniendo en cuenta las condiciones personales (importante estado de intoxicación alcohólica, sin los lentes recetados por su astigmatismo y cansancio), climáticas (lluvia y niebla), del rodado (vidrios polarizados y empañados), sumado a la poca luminosidad del lugar (nocturnidad y faltante de alumbrado público). Estas mismas condiciones que afectaron la visibilidad al momento del hecho, cuando expresa “no lo vi, no lo ví”, estaban presentes al momento de la caída. Además, y aún si lo hubiera visto caer (lo que no está acreditado), ¿porqué, pensaría Silva que él seguía en el piso?. No podemos soslayar que Genaro se trataba de un joven deportista, acostumbrado a las caídas del deporte que practicaba, siendo lógico imaginar que se levantaría rápidamente, sin mayores dificultades. Aunque también sabía que estaba alcoholizado, del video que registra la salida del local “Mona” surge que mantenía cierta coordinación al caminar.



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

Otra cuestión a ponderar aquí es la si las señas del cuidacoches fueron anteriores o posteriores al arrollamiento. Aksenen dijo que las hizo después, mientras que García y Ontiveros que fueron antes. Silva dice haberlas visto después. Pero, en definitiva, aún en caso de que las hubiera efectuado antes, lo relevante es determinar si Silva pudo advertirlas a tiempo y pese a haber tomado conocimiento del riesgo inminente de realización del resultado, siguió. Y eso no surge de la declaración de García y Ontiveros, quienes aunque afirman haberlas visto antes del impacto, no saben si Silva las vio o no. Y no hay dato alguno que informe en ese sentido. Por el contrario, las manifestaciones posteriores de Silva, como ya hemos explicado, llevan a considerar que Silva se enteró de lo ocurrido después de que arrolló a Genaro, al bajarse del rodado luego de ser informada por Aksenen "atropellaste al pibe que venía con vos", surgiendo esta situación también de los testimonios de Siri y Figueroa.

c) La dinámica comisiva prolongada en el tiempo o realizada tras una cierta planificación. Para resolver este aspecto hay que evaluar si en este caso la dinámica comisiva del comportamiento típico hace impensable que la acusada no haya llegado a realizar un juicio de concreta aptitud lesiva acerca de su conducta.

Para hacer esta evaluación, uno de los datos a ponderar es si se trata de una dinámica acelerada o prolongada en el tiempo, por cuanto esta última le daría al sujeto mayores chances de integrar correctamente todos los factores que integran la concreta aptitud lesiva.

En el presente caso, no cabe duda alguna que estamos en presencia de una mecánica acelerada, en la que todo sucede muy rápidamente, de manera vertiginosa. Aunque la velocidad del rodado, se encuentra dentro de la reglamentaria, lo cierto es que todo transcurre en muy pocos metros, los que aún a baja velocidad esos pocos metros se recorren muy rápidamente.

Tampoco se advierte planificación. Así como la imputada decidió impulsivamente retirarse del lugar y dejar a Fortunato, de la misma manera decidió luego regresar en su búsqueda. Esta dinámica comisiva que se desarrolla de manera acelerada y repentina, no autoriza a dar por integrado correctamente el conocimiento del nivel de riesgo.

Ragués también enseña al tratar este aspecto que "...En este sentido, no debe perderse de vista que para la imputación del conocimiento de la concreta aptitud lesiva también desempeña un papel importante el grado de certeza con que se



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
Segunda Circunscripción Judicial

J. S. R.
EJECUTORA
SECRETARÍA
Tribunal Colegiado N° 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

39
Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

puede imputar al sujeto el conocimiento de determinadas realidades (op. Cit., pág. 496), y en el caso que nos ocupa, no hay certeza de que Silva haya conocido (percibido por sus sentidos) que el cuerpo de Genaro estaba en la calzada, resultando ilustrativa la frase de Freund citado por Ragués cuando afirma: "*Las meras sospechas no bastan para afirmar el dolo*".

Por ello, descartado ya el dolo directo –conforme se fundamentó en puntos anteriores-, corresponde también descartar la posibilidad de la atribución a título de dolo eventual en el sub lite. Aclarando desde ya que al no haberse acreditado la tipicidad dolosa, deviene en abstracto el tratamiento de la circunstancia agravante invocada por los acusadores –agravante relación de pareja-, por cuanto sólo resulta aplicable en el supuesto del tipo no acreditado.

17. Corresponde a continuación ingresar en el análisis de lo expresado por defensa técnica, quien solicitó se absuelva a la imputada, por considerar que su conducta no resulta típica.

Disentimos con la defensa cuando afirma que si bien existió un riesgo no permitido, el mismo no se realizó en el resultado invocando las enseñanzas del profesor alemán Claus Roxin, al afirmar que una persona normal en las mismas condiciones tampoco hubiera podido evitar el resultado. También consideró que estamos en un supuesto en que la propia víctima se colocó en esa situación al encontrarse tirada sobre el pavimento, tratándose de un supuesto de "autopuesta en peligro de la propia víctima", que igualmente excluye la imputación objetiva.

Para que se comprenda mejor la teoría de la imputación objetiva en el pensamiento de Roxin, la misma se compone de dos pasos o etapas sucesivas, al señalar: "*...un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y en segundo lugar se requiere que ese peligro se ha realizado en el resultado concreto...*". (Conf. ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo I).

Ahora bien el esmerado defensor, considera que sólo se encuentra cumplida la primera etapa de la imputación objetiva, es decir, que la conducta de Silva con su accionar consistente en conducir con intoxicación alcohólica, sin los lentes recetados y en las condiciones referidas en los puntos precedentes, efectivamente ha creado riesgo no permitido. No obstante, considera que ese riesgo jurídicamente desaprobado por omisión del deber objetivo de cuidado, "*no se ha realizado en el resultado*" (la muerte de Genaro Fortunato). En otras palabras entiende que si bien la imputada omitió varias infracciones al deber objetivo de cuidado (o riesgo no permitido), la muerte pro-



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

ducida se debe exclusivamente a la propia responsabilidad de Genaro Fortunato. En este sentido entiende que no es posible atribuir a la imputada la caída de Genaro Fortunato en la carpeta asfáltica, correspondiendo esta situación al propio ámbito de responsabilidad de la víctima. Es decir, no es competencia de la imputada o su responsabilidad, según entiende el defensor, la circunstancia de encontrarse Fortunato tendido en la carpeta asfáltica en una zona de poca luminosidad, habiendo caído a la misma luego de correr alrededor de cinco metros al lado del vehículo que conducía la imputada porque quería irse con ella, encontrándose la víctima en un importante estado de intoxicación alcohólica. Esto se conoce en doctrina como "*principio de autorresponsabilidad de la víctima*", conforme enseña el profesor español Cancio Meliá, también citado por el defensor. La aplicación de esta doctrina entiende que en determinados supuestos en que se haya acreditado la exclusiva "*autopuesta en peligro de la víctima*", se puede llegar a excluir el segundo nivel de la teoría de la imputación objetiva consistente en la "*realización del riesgo en el resultado*" y por ende la tipicidad del hecho.

En nuestro caso, consideramos que se han demostrado los dos presupuestos que permiten afirmar la relación de imputación objetiva. Es decir que el accionar de la imputada, no sólo se trata de una conducta jurídicamente desaprobada, al verificarse varias las omisiones del deber objetivo de cuidado previstos por la normativa de tránsito (ley 6.082, conforme se verá) sino que también ese mismo riesgo generado por la imputada es la que se ha realizado en el resultado, consistente en la muerte de Genaro Fortunato.

En efecto, ya hemos referido que Julieta Silva no sólo decidió emprender la conducción del rodado sin los lentes recetados por el Dr. Oliva (fs. 407/409) en virtud de la patología visual que padece (astigmatismo en grado tres), sino que lo hizo encontrándose en un importante estado de intoxicación alcohólica, con los vidrios empañados (por el frío, lluvia y niebla). Por otra parte, tampoco podemos soslayar que la caída de Genaro Fortunato en la calzada, si bien no fue percibida por la imputada, se puede afirmar al mismo tiempo que no fue obra exclusiva del imputado, ya que en la situación en que se encontraba Fortunato también con un alto estado de intoxicación alcohólica con 1,80 gr/l de alcohol en sangre (fs. 17) y corriendo al lado del vehículo en ese estado ya que el mismo quería regresar con ella (tocando la ventanilla con las manos), sumado a las circunstancias referidas (lluvia, niebla, vidrios empañados, sin los lentes recetados dado su astigmatismo) indicaban que no debió haber emprendido la

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
Segunda Circunscripción Judicial

Paiz
ALEJANDRA SRAIK
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado Nº 1

[Firma]
Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

41
[Firma]
Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

[Firma]
Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

marcha, verificándose ya desde el inicio una clara omisión del deber objetivo de cuidado, tratándose claramente de una conducta riesgosa, que de ninguna manera autoriza a afirmar que sea obra exclusiva de Genaro Fortunato, configurando ambos esta situación organizacional (tanto la víctima como la propia imputada).

Esto se conoce en doctrina como "*confluencia de riesgos*" (o de culpas). Al respecto explica el profesor español Cancio Meliá que "*...Para que a esta constelación de casos le corresponda relevancia autónoma es preciso –aparte, como es lógico, que no concurra ninguna causa de exclusión de la imputación objetiva del comportamiento- que el riesgo que se realiza sea un riesgo respecto del cual existe una responsabilidad múltiple, lo que es el caso, especialmente, cuando existen deberes o funciones de control recíprocos...*". (Conf. CANCIO MELIA, Manuel, "Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal", 343/346, Ed. Bosch). Luego ejemplifica el autor citado en supuestos en que "*...un conductor que guía su vehículo de modo arriesgado, atropella a un peatón que ha penetrado también de modo descuidado en la calzada...*". Seguidamente agrega que "*...en estos casos no hay una exclusión de la imputación objetiva del resultado. Sin embargo, la conducta de la víctima tiene una influencia real y decisiva en la producción del resultado: dicho en la terminología de Jakobs, sólo las dos conductas inadecuadas, la de la víctima y la del autor explican el resultado producido, de modo que existe un solapamiento entre los ámbitos de responsabilidad de ambos...*". La consecuencia de esta situación en todo caso consiste en una *disminución del injusto del autor*, cuyos efectos deben ser tenidos en cuenta en la ponderación de la pena (como trataremos en el punto dedicado a su determinación judicial).

En base a lo expuesto, se puede afirmar que el resultado producido se explica no sólo por la propia conducta de Genaro Fortunato, sino también y en un modo por demás relevante, por la conducta de la propia imputada al emprender la marcha del rodado, omitiendo claras reglas de tránsito ya descriptas, sino también por hacerlo sabiendo que a su lado se encontraba corriendo una persona con un alto grado de intoxicación alcohólica.

Por lo expuesto, tampoco nos encontramos en el supuesto también mencionado por el defensor, como "*teoría del incremento del riesgo*", fundada por Roxin, que para algunos autores autoriza a excluir la imputación objetiva en los supuestos en que de realizarse una conducta "*conforme a derecho*", igual se hubiera producido el resultado, por aplicación del principio de igualdad e in dubio pro reo.

Aunque para el propio Roxin en caso de producirse esta situación igualmente se configura la imputación objetiva, por cuanto considera que "*...no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente*



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido..." (Conf. Roxin, Claus, ob. Cit., pág 380). No obstante, consideramos que la confluencia de culpas antes referida, excluye a nuestro criterio la aplicación de esta teoría del incremento del riesgo, que se utiliza para supuestos en donde el imputado no ha configurado la situación previa, como en el ejemplo citado por Roxin de un camionero que incumpliendo los reglamentos que exigen respetar una distancia determinada, atropella al realizar una maniobra de adelantamiento a un ciclista que circulaba ebrio y al hacer un giro a la izquierda muere aplastado por el camión o el ejemplo citado por el defensor de la persona que circula a las cinco de la madrugada por una ruta oscura y atropella a un sujeto que está tirado sobre la ruta.

No obstante, de aplicar la teoría del incremento del riesgo, consideramos que una persona normal, aún dadas las condiciones climáticas imperantes en la noche y la nocturnidad, siempre contaba con alguna chance de evitar el resultado, conforme lo hemos desarrollado en el punto precedente.

Esto es así, por cuanto una persona atenta y sin la intoxicación alcohólica que presentaba la imputada, que dirigiera la vista hacia la calzada (no hacia un costado) hubiera podido efectuar alguna maniobra de esquite que evitara el resultado, ya que contaba al menos con algunos segundos de reacción para efectuarla, conforme se desprende del análisis conjunto de la pericia mecánica (fs. 1.133/1140 vta), el informe de policía científica (fs. 271/275 vta.), analizado en el punto precedente.

Cabe señalar que el vehículo conducido por la imputada arrolló a Genaro Fortunato con alguna de las ruedas del lado derecho sin realizar ningún tipo de maniobra evasiva o de esquite (fs. 275 y 1337 vta), por lo que un giro el rodado hacia la izquierda, claro que siempre mirando a la calzada y no hacia la calzada contraria, hubiera con seguridad variado el trayecto del rodado en esa dirección una distancia suficiente como para no impactar a Fortunato. Teniendo en cuenta además que hubiera podido efectuarla sin riesgo para sí, dada la baja velocidad a la que circulaba y que ningún otro vehículo avanzaba por el carril de marcha contrario.

Por lo expuesto, consideramos que Silva, no sólo realizó un riesgo no permitido, (emprender una conducción violando claras reglas de circulación vehicular), sino que también es ese mismo riesgo el que se realizó en el resultado producido (la muerte de Genaro Fortunato), al ser arrollado por el vehículo que ella conducía. Esto es

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL

[Firma]
DRA. MARÍA EUGENIA SRAIK
INSTRADORA
Tribunal Colegiado No 1

[Firma]
Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

43
[Firma]
Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

[Firma]
Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

así, reiteramos, por haber contribuido con su conducta previa a configurar la situación en que se encontraba la víctima, tratándose claramente de un supuesto de confluencia de riesgos, que de ninguna manera autoriza a excluir la imputación objetiva del resultado a título de Homicidio Imprudente Agravado (art. 84 bis, primer párrafo del Código Penal).

17. Corresponde dejar aclarado que no aportaron datos de interés o relevancia en el esclarecimiento del hecho, los testimonios que brindaron los amigos íntimos de Genaro Fortunato como Diego Russo (fs. 35), Guido García (fs. 36) y Matías Bani (fs. 156/157), ya que como afirma Bani “con respecto a esa noche del viernes anterior al hecho, no podría decir nada, porque ninguno salió esa noche. Como llovía y estaba frío, nadie de nuestro grupo quiso salir”. En igual sentido corresponde ponderar los testimonios del círculo familiar perteneciente a Genaro Fortunato, como son sus hermanos Fausto, Agustina y Ariadna Fortunato, quienes solo conocen del hecho por lo que le contaron terceras personas, coincidiendo en que poco sabían de la relación de su hermano con la imputada. En la misma situación se encuentra la tía de Genaro Fortunato, Andrea Linares, quien si bien tomó contacto con la imputada y Genaro en una oportunidad en que fueron a visitarla a Mendoza, sobre el hecho no tiene ningún conocimiento. En cuanto al testigo Pablo Marker en su testimonio refiere que el día martes posterior al día hecho, en circunstancias en que se encontraba circulando en bicicleta encontró documentación en las inmediaciones del lugar del hecho, “entre unos árboles”, la que luego devolvió a uno de sus familiares. Se puede afirmar entonces en relación a este testigo, que si bien confirma la presencia de algunos rastros relacionados con la escena del hecho, como es la documentación de Genaro, su testimonio no resulta relevante en los demás aspectos del hecho.

18. Hechos probados:

En base a lo expuesto y a los fines dispuestos por el art. 411 del C.P.P. (hechos probados), entendemos que se encuentra acreditado con grado de certeza que “*En el distrito de Las Paredes, departamento de San Rafael, Provincia de Mendoza, el día 9 de septiembre del año 2017, alrededor de las 05.00 horas aproximadamente Julieta Silva Macagno y Genaro Francisco Fortunato salieron del local bailable Mona Bar, sito en Ruta 143 e intersección con calle El Chañaral, a donde habían concurrido junto a unos amigos. Ambos alcoholizados: Silva con al menos 0,98 gramos de alcohol por litro de sangre y Fortunato aún más, con 1,80.*

La mujer y el joven, que estaban viviendo un romance, caminaron abrazados por calle Chañaral hasta alcanzar el vehículo Fiat modelo Idea Domi-




TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA


nio KAO693 en el que habian llegado. Una vez allí, algo enfadada por circunstancias vividas en el interior del local bailable en que Genaro había mantenido un altercado con Martín Maure y tras una breve discusión por esa situación, Silva decidió irse y dejar a Genaro en el lugar. Y, aún, estando alcoholizada, sin colocarse los anteojos que necesitaba para corregir su astigmatismo, y pese estar aún los vidrios empañados, se dispuso a conducir el vehículo por la vía pública. Hizo marcha atrás con el rodado -estacionado sobre la banquina este, de culata a la calle-, con Genaro a su lado intentando evitar que se fuera. Direccionó el vehículo hacia el norte y, aunque Fortunato insistía y seguía a su costado, tocándole el vidrio, tratando de abrir la puerta y le gritaba que parara, Silva, inició la marcha avanzando por calle Chañaral hacia Las Vírgenes. Genaro Fortunato insistió, apoyando sus manos en el vidrio de la ventanilla delantera izquierda y dando unos pasos apurados a la par del rodado. Silva continuó el avance vehicular emprendido.

Tras una corrida de alrededor de cinco metros, Fortunato cayó al piso, desplomado. Su cuerpo quedó acostado sobre el carril oeste de la calzada, boca abajo, con su cabeza orientada al norte. Posición en la que permaneció, probablemente a causa del golpe sufrido y el grave estado de alcoholización que presentaba.

Julieta Silva Macagno continuó conduciendo en la vía pública en estado de alcoholización, sin haberse colocado los anteojos, y con la visibilidad a su vez reducida por la nocturnidad y el alumbrado público defectuoso, llovizna, niebla, calzada mojada y en regular estado de conservación, vidrios polarizados y empañados. Por algún motivo, habiendo avanzado unos pocos metros -alrededor de 150-, Silva decidió regresar en búsqueda de Fortunato. Luego de un giro en U, retomó la dirección de marcha en sentido opuesto, hacia el sur. Continuó conduciendo en las condiciones descriptas y además sin prestar atención suficiente y en todo momento a la calzada por la que avanzaba, mirando hacia otro lado, buscando a Genaro en el lado izquierdo. Su conducta le impidió ver el cuerpo de Genaro que yacía aún en el piso. Sin activar los frenos ni realizar acción evasiva alguna, lo alcanzó con el vehículo a una velocidad de entre 27,5 a 30 km/h, arrollándolo y desplazando su cuerpo por alrededor de 3,30 metros, causando así su muerte de manera inmediata por aplastamiento de cráneo y cara.

Pese a que advirtió los movimientos del rodado en el curso del


TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
Segunda Circunscripción Judicial


Dra. EUGENIA LAIGLE
Registradora
Tribunal Colegiado N° 1


Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

45

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ


Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

arrollamiento, Silva no activó los frenos sino hasta que avistó las señas que el cuida-coches Ariel Aksenén le hacía para que se detuviera. Finalmente, el vehículo se detiene a 9,6 metros del cuerpo, anoticiándose en ese momento del trágico desenlace que su acción había causado, a través de Aksenén quien la alertó diciéndole “atropellaste al pibe que estaba con vos...”. Ante ellos se bojó del rodado y se acercó hasta comprobar la situación. Desesperada y llorando requirió con urgencia una ambulancia a través del servicio 911 y admitiendo “atropellé a alguien, no, no, no, no lo vi, no lo vi”, “no lo puedo ver, no lo puedo ver”, “está muerto”.

19. Finalmente, y en punto a la responsabilidad penal de la imputada que resultó condenado, la misma aparece también acreditada en grado de certeza atento a la ausencia no solo de causas de atipicidad, sino también de causas de justificación que resten ilegitimidad a su obrar, y de causas de inculpabilidad que mengüen el reproche que puede y debe hacerse por no haber conformado su accionar a los mandatos de la ley -pudiendo haberlo hecho sin ningún impedimento- ya que no presenta problemas de inimputabilidad, no padece insuficiencia de sus facultades ni alteración morbosa de las mismas, ni ha actuado bajo error de prohibición, coacción ni ninguna otra causa de exclusión de culpabilidad.

De todas maneras, anticipamos que volveremos acerca de estas consideraciones al tratar la siguiente cuestión.-

Así voto.

Sobre la primera cuestión, los Señores Jueces María Eugenia Laigle y Julio César Bittar dijeron: Que adhieren al voto que antecede por compartir sus fundamentos y ser la expresión de las conclusiones a las que se arribaron tras la deliberación del caso.-

Sobre la segunda cuestión el Señor Juez preopinante Rodolfo Javier Luque dijo:

1. Calificación legal y análisis dogmático en general.

a. De la prueba ponderada, surge que la conducta de JULIETA SILVA MACAGNO encuadra en la figura de **HOMICIDIO CULPOSO AGRAVADO, a los términos del art. 84 bis primer párrafo del Código Penal (texto ley 27.347)**, en calidad de autora.



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

Dicha norma legal establece: "Será reprimido con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial en su caso, por cinco a diez años el que por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor causare a otro la muerte...".

En relación a la agravante, corresponde su aplicación toda vez que el resultado muerte fue ocasionado por la conducción "imprudente" y "antirreglamentaria" de un vehículo con motor, conforme lo dispone el primer párrafo del art. 84 bis del Código Penal. Este elemento normativo del tipo resulta notorio por cuanto el rodado empleado reviste esas características.

Estamos ante una figura culposa a nivel de su tipicidad subjetiva. La conducta de Silva resulta encuadrable en el concepto de *imprudencia* que contiene el tipo penal de aplicación. Señala Marco Antonio Terragni, que: "*Imprudente es, pues, quien realiza una acción arriesgada, más allá de lo que es dable admitir para que no se causen daños*" (Obra *El Delito Culposos*, Ed. Rubinzal Culzoni, pag.67) y ella es justamente la conducta que asumió Silva en la ocasión. También resulta *antirreglamentaria*, ante la infracción a la Ley de Tránsito, en los aspectos más arriba referidos -

b. Como es sabido, el delito es definido materialmente como grave perturbación del orden social, y dogmáticamente como acción típica, antijurídica y culpable. "*La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito*" -Welzel, H., Derecho Penal Alemán, Parte General, 11º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, citado por Sancinetti, M.A. en "Casos de Derecho Penal", Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, pág. 21.

Por ello, lo primero que debe demostrarse es la existencia de acción, entendida como comportamiento exterior evitable. En el caso analizado, no hay causas de exclusión de la acción, no se advierte que SILVA MACAGNO haya sido violentada por fuerza física irresistible, ni actuado en estado de inconsciencia absoluta ni por acto reflejo. En cuanto a la tipicidad -si se subsume en un tipo penal-, afirmamos que la acción de SILVA MACAGNO encuadra en la descripta en el art. 84 bis primer párrafo del C.P., que protege con su sanción el bien jurídico vida de las personas.

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
Segunda Circunscripción Judicial

Dr. ANDREA SRAIK
JUEZ
Tribunal Colegiado No 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

En cuanto a la tipicidad, consideramos que la conducta realizada por la imputada, descripta como hechos probados, no sólo causó la muerte de Genaro Fortunato, sino que también encuadra en el tipo objetivo de la figura referida, dándose el juicio de imputación objetiva.

Esto es así, en virtud de que al emprender la conducción del rodado sabiendo que hay una persona corriendo a su lado para que no se vaya, y a la que conoce y sabe que se encuentra en estado de intoxicación alcohólica, sumado que al hacerlo lo hace sin los lentes requeridos para la corrección de su patología visual (astigmatismo), pese además a las condiciones climáticas imperantes (lluvia, niebla), las condiciones del rodado (vidrio empañado y polarizado), constituyen claras omisiones del deber objetivo de cuidado propio del delito imprudente, implicando *“la creación de un riesgo no permitido”*.

Por otra parte, regresar en sentido contrario, en las condiciones antes descriptas, sin mirar la calzada por la que circulaba y de esa forma arrollar a la persona que momentos antes había caído sobre la calzada y estaba tendido sobre la carpeta asfáltica, provocando la muerte en forma instantánea, nos ha llevado a relativizar la denominada en doctrina *“autopuesta en peligro de la víctima”* y a afirmar que el riesgo creado, se ha realizado en el resultado producido (muerte), dándose en forma completa la imputación objetiva, en relación al delito de Homicidio Imprudente Agravado.

No obstante, para una mejor claridad expositiva, ingresaremos al análisis de los distintos elementos de la teoría del delito, comenzando por el tipo objetivo. Cabe reiterar que a la relación causal que une a la acción de Julieta Silva con el resultado lesivo (cuesión no controvertida), se agrega también la acreditación de la relación de imputación objetiva. Es decir, que Silva con su acción, creó un riesgo jurídicamente desaprobado, y el resultado producido es producto de la concretización de ese peligro no permitido por la norma. También hemos explicado cuando se analizó la petición de la defensa técnica (punto 17), que el juicio de imputación objetiva se compone de dos pasos y sus dos presupuestos están acreditados. Respondimos también a la argumentación defensiva en el sentido de negar la atribución del resultado, y que no estamos en presencia de una autopuesta en peligro exclusiva de la víctima, tratándose de un supuesto de confluencia de riesgos, habiendo con su conducta previa configurado la situación de peligro en que se encontraba la víctima.

En relación al primero de los presupuestos de la imputación objetiva, consistente en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se verifi-



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

can varias omisiones al deber objetivo de cuidado. En este sentido, cabe destacar que la actuación de la imputada consistente en la conducción de un vehículo automotor, se trata de una actividad reglada, debiendo por tanto acudir a las reglamentaciones existentes en la materia.

La conducción vehicular es una actividad especialmente peligrosa y por ello es regulada con estrictas exigencias.

En Mendoza, regía al momento del hecho la ley de Reglamentación del Tránsito y Transporte N° 6082. Julieta Silva incumplió claramente muchos de sus mandatos, configurando así un peligro por encima del permitido, que al haberse conjugado de manera simultánea determinó un nivel de riesgo muy alto. En este sentido, se puede afirmar que el resultado muerte se explica así, como la consecuencia de ese elevado síndrome de riesgo ingresado por la imputada

Concretamente, Julieta Silva desobedeció cuatro mandatos legales, los que enunciaré en orden a su mayor vinculación con la causación del resultado -pero siempre teniendo en cuenta que fue la confluencia concurrente de esas infracciones lo que determinó el altísimo nivel de riesgo verificado y el consecuente resultado lesivo.

a) **Art. 57 a) Ley 6.082:**

Esta norma dispone que está prohibido en la vía pública “conducir con impedimentos psíquicos o físicos y en estado de intoxicación alcohólica (...)” (la negrita nos pertenece). En el caso examinado, el incumplimiento de la prohibición legal está acabadamente acreditado. De los exámenes practicados (fs. 389), surge que Silva presentó al momento del hecho, al menos 0,98 gramos de alcohol por litro de sangre, superando así el máximo permitido, que está ubicado en el rango de los 0,5 gr. Este estado de alcoholización media importó una disminución de sus capacidades físicas y neuronales –a nivel de neurotransmisores- de percepción y reacción, retardando sus reflejos, provocando cambios en la visión, disminuyendo la alerta, el autocontrol, y afectando la memoria, la capacidad de concentración y las funciones motoras. Sobre la temática, nos remitimos a lo expresado por el Dr. Fuentes y el jefe del Cuerpo Médico Forense (ver punto 12), quienes coincidieron en señalar los efectos que produce el alcohol en la visión de una persona.

b) **Art. 48 b) Ley 6.082:**

Esta norma impone a los conductores, en la vía pública, “circu-

49

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
Segunda Circunscripción Judicial

ALEJANDRA SRAIK
ABOGADA
Circunscripción Colegiado No 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

lar con cuidado y prevención conservando en todo momento el dominio del efectivo del vehículo (...) teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito” (sin negrita en el original). En el caso, Silva incumplió el mandato legal, pues condujo el vehículo en la vía pública sin prestar la atención que la actividad exige. Las condiciones especiales del momento le imponían aumentar las precauciones y, muy lejos de hacerlo, condujo desatendiendo la calzada por la que avanzaba, tal como ella misma reconoce en audiencia al decir “(...) *volvía buscándolo del lado izquierdo, donde estaba estacionado el auto, venía mirando para ese costado. Pasé una parte oscura, como un túnel oscuro, miraba para ese costado (...)*”. Según ella misma confiesa, Silva no miró la calle, su atención estaba puesta en el costado izquierdo.

Por otra parte, cuando nos referimos a las condiciones especiales de circulación, estamos haciendo referencia a las circunstancias del momento que le exigían no sólo aumentar las precauciones habituales, sino incluso no emprender la conducción. En efecto, no se puede soslayar que por el horario y el lugar probablemente habría más personas en las inmediaciones, en relación a la circulación peatonal y vehicular de quienes salían de Mona Bar. En este sentido, en el video registrado por las cámaras apostadas en el local –incorporado legalmente como material probatorio–, puede verse una gran afluencia de jóvenes en el lugar. Al respecto, el testigo Cristian Oscar Aksenén (hermano de Ariel), dijo que son cuatro quienes offician de cuidacoches, describiendo cómo entre ellos se han distribuido las zonas, lo que evidencia que son muchos los autos que estacionan en espacios aledaños. Por otra parte, la visibilidad de la imputada se vio afectada por falta de luz natural –horario nocturno y cielo cubierto, déficit de la luminaria pública –uno de los faroles no funcionaba–, factores climáticos como llovizna, frío y niebla conforme se desprende del informe de contingencias climáticas (fs. 462), del Centro de Información Meteorológica (fs. 833/834), testimoniales de los funcionarios policiales que arribaron al lugar (Noguerol, Mesa, Ortíz, Rodríguez, Ruarte, etc.), así como algunas personas que concurrieron al local como Siri y Figueroa. En cuanto a las condiciones permanentes del vehículo, el mismo tenía vidrios laterales polarizados –véase fotografías adjuntadas en DVD acompañado al informe de Policía Científica de fs. 270/307. En el caso concreto, las condiciones circunstanciales del vehículo era que el parabrisas y vidrios laterales empañados –al menos parcialmente–, ya que no es posible que se hayan desempañado por completo en el corto tiempo transcurrido desde que le da arranque al rodado y el arrollamiento del cuerpo. Tampoco se puede soslayar el estado de la calzada en regular estado y mojada: el reflejo del agua altera la percepción de lo que realmente hay en el



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

suelo -“(…) en condiciones atmosféricas adversas como lluvia, no solo se reduce la visión sino que la luz de los faros se refleja en el agua y crea una sensación de espejo, que se puede magnificar al ingresar a una zona iluminada artificialmente”, sostuvo el perito Oficial Ing. Mecánico Giambastiani en informe de fs. 1133/1140). Todo ello sumado a los efectos que por estar alcoholizada presentaba –capacidad de reacción disminuida, visión en tubo, y demás afectaciones antes señaladas.

Por lo expuesto, no cabe duda que, en las condiciones descriptas, la acusada no sólo debió extremar las precauciones de circulación, lo que claramente no hizo, sino que incluso no debió emprender la conducción en esas condiciones. No solo no aumentó los niveles de cuidado, sino que además desatendió la calzada, avanzando por ella con distracción, sin mirar hacia adelante con detenimiento, lo que le impidió ver el cuerpo de Genaro recostado en medio del espacio destinado especialmente a la circulación vehicular. Es la misma Julieta Silva quien reconoció, como antes dije, que miraba hacia el costado izquierdo.

c) **art. 48. a de Ley 6082:** que ordena: “antes de ingresar a la vía pública verificar que tanto él como su vehículo se encuentran en adecuadas condiciones de seguridad”. En el caso accionando el sistema de desempañamiento del parabrisas y la consecuente espera con el vehículo detenido, conforme lo dispone el precepto legal

d) **art. 45 y 22 de ley 6082:** La Dirección de Seguridad Vial del Ministerio de Seguridad de la Provincia otorgó autorización a Julieta Silva para conducir vehículos automotores (autos y camionetas hasta 3.000 kg.), extendiendo el día 15/02/2017 la licencia categoría B1 que obra secuestrada.

De su observación surge que esa autorización fue dada con una condición especial: que lo hiciera “con anteojos, lentes de contacto”. Eso se lee en el reverso, y se observa en el anverso la fotografía de la nombrada con sus gafas colocadas. Esta condición le fue impuesta en mérito a la patología visual que presenta, que de acuerdo a lo que se ha comprobado –conforme lo ya señalado al tratar la cuestión anterior-, se trata de astigmatismo en grado 3.

El oftalmólogo Fuentes aseguró en audiencia de debate que presenta desde lo objetivo un vicio de refracción, que es astigmatismo y que, desde lo subjetivo, tiene una refracción de un cilindro de -3, que se trata de un astigmatismo

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
Segunda Circunscripción Judicial

ALICIA SRAIK
INSTRADORA
Penal Colegiado Nº1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

regular a favor de la regla y posee una visión de 4/10 sin corrección, que con corrección alcanza los 10/10. Esto es afirmado también por los profesionales que practicaron la Pericia Oftalmológica que obra como prueba. Y vale destacar que aún, cuando para el estudio se requirió cierta colaboración de la acusada, los especialistas emplearon un sistema que puede detectar falsas afirmaciones, y que además las conclusiones se compadecen con las informadas por el Dr. Martín Oliva, que había atendido a Silva con anterioridad al hecho y diagnosticó en igual sentido. A esto se agrega -y no es un dato menor- que la consulta haya obedecido a que Silva necesitaba la prótesis para conseguir la licencia de conducir.

Por lo expuesto, Julieta Silva condujo el vehículo, al momento del hecho, desobedeciendo la obligación que le fue impuesta y que claramente conocía, y esto aumentó aún más los riesgos no permitidos que ella misma había ingresado conforme se analizó en los párrafos que anteceden.

No puede de ningún modo atenderse al planteo defensivo que argumenta en el sentido de que no llevó sus lentes porque iba a manejar Genaro. Silva admite haber salido de su casa asumiendo que iba a conducir sin ellos en mayor o menor medida, pero si era ella quien iba a pasar por él y debía a su vez regresar a su casa sola, evidentemente ha reconocido que emprendió esa noche la conducción vehicular dispuesta a llevarla a cabo sin la corrección visual requerida.-

En cuanto al segundo de los presupuestos, de la imputación objetiva, consistente en la realización del riesgo en el resultado (explicado en punto anterior dedicado al efecto), que también se ha configurado, por cuanto no es la víctima quien se ha colocado en forma exclusiva en una supuesta "autopuesta en peligro", habiendo se configurado la caída de Genaro en la calzada por la actuación conjunta de ambos, por lo que la muerte es consecuencia de los propios riesgos creados por la imputada en la situación previa.

En otras palabras, fue la confluencia simultánea de todos los riesgos asumidos por Silva lo que generó el fatal desenlace, pero a su vez que, dentro del orden de vinculación, probablemente el no uso de lentes haya tenido menor injerencia en relación a los demás, pues estaba acostumbrada a conducir sin ellos sin mayores dificultades.

Por otra parte, tampoco estamos en el supuesto mencionado por el defensor de "incremento del riesgo", por cuanto - como también hemos referido- de haber extremado las precauciones mirando hacia su calzada (con lentes y no alcoholizada) y no hacia el costado, podría haber evitado el resultado, ya que contaba al menos con algunos segundos de reacción para girar el rodado hacia su izquierda sin ries-



**TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

go para sí misma y evitar arrollar el cuerpo de Genaro.

No obstante corresponde aclarar, que la situación de haber configurado en forma conjunta el imputado y la propia víctima la caída de este en la calzada y que posteriormente culminó arrollado por la propia Silva, al tratarse de un supuesto de confluencia de riesgos (o de culpas), aunque no excluye la tipicidad de la conducta, al menos se reduce el injusto con consecuencias en la pena.

En relación al tipo subjetivo, ya hemos descartado en puntos anteriores que la actuación de la imputada haya sido dolosa, y por tanto deviene en abstracto el tratamiento de la circunstancia agravante mencionada en el inc. 1 del art. 80 C.P. propuesta por los acusadores.

Asimismo, consideramos que la conducta de Julieta Silva, no sólo es típica del delito imprudente atribuido, sino que la misma es antijurídica y culpable.

En relación a la antijuridicidad de su conducta, adelantamos que no se verifican en el accionar de Silva los presupuestos de la legítima defensa y menos aún un supuesto de estado de necesidad ni ninguna otra causa de justificación que autorice a la realización de la conducta típica.

Habiéndose afirmado que no se presenta una situación justificada, cabe verificar si su injusto es culpable. Al respecto, se desprende del examen psiquiátrico realizado por el Cuerpo Médico Forense a fs. 195, que Silva "...se presenta lúcida y en pleno uso de sus facultades mentales; no se observan alteraciones en sus funciones cognitivas, juicio lógico conservado...", "...Puede entender cabalmente su situación, actúa con voluntad y discernimiento, en el momento de los hechos pudo comprender la criminalidad de su conducta y pudo dirigir sus acciones..."

Teniendo en cuenta este informe, se puede afirmar que Silva es una persona imputable, es decir tiene capacidad de culpabilidad, ya que no se advierte ningún tipo de alteración mental ni tampoco incapacidad para dirigir sus acciones.

Asimismo, cabe destacar que se trata de una persona medianamente socializada, que se dedica a la actividad comercial en forma independiente, tiene la secundaria completa, tratándose de un ilícito que afecta normas nucleares o fundamentales del derecho penal, ya que la norma prevista por el art. 84 bis del Código Penal, protege el bien jurídico la vida (de las personas).

Atento a lo expuesto, se puede afirmar que Julieta Silva no solo

53



J. S. R.
ALEJANDRA SRAIK
PROFESORA
Tribunal Colegiado N° 1

[Firma]
Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

[Firma]
Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

[Firma]
Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

es imputable, sino que pudo comprender la criminalidad de su conducta y dirigir sus acciones, de conformidad con dicha comprensión, siendo en consecuencia culpable porque pudiendo, no se motivó en la norma (art. 34 C.P.).

2. Determinación de la pena:

Establecida la calificación legal que corresponde a los hechos, debe analizarse la sanción a imponer por la comisión del injusto culpable. A los efectos de la individualización de la pena corresponde aplicar los criterios establecidos en los arts. 40 y 41 del Código Penal, así como la escala penal aplicable, proveniente del precepto legal del art. 84 bis párrafo primero del Código Penal. Dicho precepto contempla pena de prisión cuyo mínimo está determinando en *dos años*, en tanto que el máximo se eleva a *cinco años* de prisión. Por ello, el monto de la sanción privativa de libertad debe quedar establecida entre dos (2) y cinco (5) años de prisión.

Por otro lado, el tipo penal aplicable establece en forma conjunta la imposición de pena de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores, en un rango que oscila entre cinco y diez años. Evidentemente, para la determinación de la entidad de ambas sanciones se pueden efectuar consideraciones comunes, pues la entidad del injusto tiene impacto sobre las dos especies, más allá de que la pena privativa de libertad responda a fines preventivo-positivos tanto generales como especiales, a diferencia de la segunda, que se dirige primordialmente al objetivo preventivo individual del sujeto.

El primer parámetro a considerar en la determinación de la pena surge de la *magnitud del injusto*, cuyo análisis puede seguir los lineamientos sentados por nuestra Suprema Corte de Justicia en cuanto advierte sobre la necesidad de abordar el injusto objetivo, inicialmente, desde una perspectiva *ex ante*, que valore la *probabilidad* de producción de la lesión y la *magnitud* esperable de la misma (CUIJ: 13-03753135-3/1, "FC/Vicuña Coria Juan Osvaldo p/ Homicidio Simple (dolo eventual) en concurso real con Lesiones Graves p/recurso de casacion"). En esta inteligencia, y partiendo de la base de que, tal como destaca la doctrina del fallo invocado, el injusto se agrava según los distintos niveles de riesgo que se advierten "*a medida que se constatan nuevas o más intensas infracciones a las reglas cuya observancia permite mantener dentro del riesgo permitido*" la conducción de automotores, corresponde analizar cuántas infracciones a la ley vial y al deber general de cuidado cometió la imputada en su conducción, así como la intensidad de las mismas en caso de resultar graduables.

En el caso que nos ocupa, tal como se ha consignado en capítulos que preceden, la acusada infringió las siguientes reglas básicas del tránsito automotor:



**TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

a) la omisión de adoptar los recaudos que todo conductor debe observar para neutralizar las dificultades provenientes de las condiciones climáticas y de menor visibilidad propias de las precipitaciones pluviales nocturnas, por caso accionando el sistema de desempañamiento del parabrisas y la consecuente espera con el vehículo detenido, conforme lo dispone el precepto del art. 48.a de Ley 6082 que dispone: “antes de ingresar a la vía pública verificar que tanto él como su vehículo se encuentran en adecuadas condiciones de seguridad”.


b) la básica obligación de “*circular con cuidado y prevención (...) teniendo en cuenta los riesgos propios de la circulación y demás circunstancias del tránsito*” según previsión del art. 48.b de Ley 6082; pues como antes se detalló incumplió con la obligación básica de todo conductor relativa a mantener la atención visual sobre la calzada por la que se desplaza, deber que prohíbe dirigir la mirada en direcciones distintas (“*volvía buscándolo del lado izquierdo...venía mirando para ese costado*” afirmó);

c) Conducción del automotor sin el empleo obligatorio de los anteojos recetados que corrigen sus defectos visuales (arts. 45 y 22 de Ley 6082).

d) Conducción automotor pese a la prohibición del art. 57.a de Ley 6082, relativa a “*conducir con impedimentos psíquicos o físicos y en estado de intoxicación alcohólica*”; como antes se consignó, como mínimo la imputada tenía un nivel de alcohol en sangre que ascendía a 098 gramos (por litro), cifra que casi duplica el máximo permitido (0,5gr.).

Como se puede advertir, las múltiples violaciones a la ley de tránsito vigente, que evidencian la infracción del deber de cuidado exigido en la actividad, permiten inferir que la sanción aplicable no podría quedar anclada en sus mínimos niveles, pues claro está la inobservancia legal se ha incrementado de manera objetiva.

Establecidas las múltiples infracciones, cabe resaltar que, en términos cualitativos, dos de las violaciones a las normas de tránsito permiten ser valoradas en cuanto a la intensidad de su afectación, por caso la obligación de circular con cuidado y prevención según las circunstancias y la prohibición de conducir en estado de intoxicación alcohólica. En efecto, en el primer caso, es necesario puntualizar que la imputada violó de manera intensa la obligación de conducir mirando la calzada sobre la que se desplaza. En otras palabras: no sólo prestó atención deficiente en la conducción sino que, al mirar hacia el costado, suprimió toda posibilidad de evitación del impacto sobre el cuerpo de Genaro Fortunato. En este sentido, no se advierte atención deficiente sino lla-


TRIBUNAL PENAL COLEGIADO
Segunda Circunscripción


MARÍA EUGENIA LAIGLE
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado No 1

Dr. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

55

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ


Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

namente falta completa de atención en la conducción vehicular.

Por otro lado, también la obligación de conducir sin estado de alcoholización aparece como una aguda infracción, perfectamente mensurable en el caso concreto. Pues al conducir con, al menos, 0,98 grado de alcohol por litro de sangre, prácticamente ha duplicado la cantidad mínima que tolera la ley de tránsito, elevando en consecuencia las probabilidades de generar peligros concretos. Intensifica así, notablemente, la violación a la obligación de conducir en condiciones físicas y psíquicas normales.

Conforme a lo expuesto, ante las múltiples e intensas violaciones a las obligaciones impuestas por la Ley 6082, no puede el tribunal más que apartarse en forma considerable del mínimo legal de la escala penal, pues a modo de ejemplo el grado de alcohol en sangre se ha aproximado de manera intensa a los umbrales previstos en el párrafo segundo del art. 84 *bis* del Código Penal, que contempla una pena que parte de tres años de prisión para los supuestos en que los conductores presenten un (1) gramo de alcohol en sangre, cifra que por apenas por dos décimas no se habría alcanzado, conclusión a la que se arriba por el principio de la duda pues cabe recordar que, según opinión del perito bioquímico la concentración de la sustancia sería mayor en una probabilidad del 97% (1,30 según su estimación).

No obstante, entendemos que al aproximarse al umbral de un gramo en cifra tan escasa (0,02), es justo considerar que como mínimo la intensa violación de este deber tenga un impacto en el punto de partida de la pena, esto es que corresponde aproximarse al umbral de tres años de prisión para luego adicionar las demás circunstancias agravantes previstas en el art. 41 del Código Penal. Pues no es lo mismo conducir con una proporción mínima de alcohol por debajo de la permitida que hacerlo con niveles cercanos a su duplicación, es decir aumentado el porcentaje permitido por encima de 90%.-

Sentadas las bases anteriores, que nos obligan a elevarnos por encima de los tres años de prisión pues a la intensificación de las violaciones legales se suma su multiplicidad, corresponde a continuación ingresar en el análisis *ex post* de la magnitud de la lesión producida. En este sentido no se puede soslayar que la muerte de una persona tan joven constituye una afectación de elevada magnitud que torna necesaria su consideración en el monto de la pena, permitiendo de esa manera una adecuada refutación en términos preventivo-generales positivos, en el sentido de reafirmar la vigencia de la norma que advierte sobre la importancia de evitar comportamientos negligentes de tal intensidad que causan privaciones de bienes irrecuperables. A lo que debemos agregar la entidad del daño espiritual causado a los miembros de la familia de la víctima, mortificados por la muerte del ser querido, así como la privación de la oportunidad de conocer a



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

su padre por parte de la niña que, con posterioridad al deceso de Genaro, alumbró la joven Agostina Quiroga.

Por último, desde el orden subjetivo y siempre en el marco del delito imprudente, cabe preguntarse, por un lado sobre el nivel de conocimiento que tenía la imputada acerca de las violaciones a las normas de tránsito y deber de cuidado en que incurrió, pues en caso de que nada le hubiera dificultado dicho saber tanto la entidad del injusto como su culpabilidad se verían incrementadas. En otras palabras, es necesario preguntarse si la imputada tenía dificultades externas para conocer las infracciones que cometía o, por el contrario, éstas le eran fácilmente asequibles según las circunstancias en las que actuó. En este sentido, entendemos que el reproche debe elevarse aún más por cuanto, por un lado, está claro que conocía las especiales circunstancias climáticas bajo las cuales conducía y que le exigían mayores deberes de cuidado, que violó ya desde el mismo emprendimiento de la conducción de manera irreflexiva, luego de mantener una discusión con la víctima. Por otro lado, surge evidente que conocía con precisión las características de sus problemas visuales y la estricta necesidad de usar anteojos de corrección, obligación que incumplió incluso en los momentos anteriores al accidente, pues también había emprendido la conducción del vehículo dejando dichos anteojos en su vivienda. También conocía con meridiana claridad que había ingerido una considerable cantidad de alcohol, al punto que una amiga se había ofrecido a llevarlos advirtiéndole el estado en que tanto Genaro como ella estaban. Por último, admitió que buscando el lugar en que habría quedado la víctima luego de la discusión, miraba hacia el costado (izquierdo) conociendo acabadamente que circulaba por la calzada, en desplazamiento que podría haber evitado mediante la detención en la banquina, para visualizar adecuadamente la ubicación del joven. Luego, a partir del conocimiento de todas las infracciones cometidas, atribuibles enteramente a su propia (y defectuosa) organización, cabe concluir que tales circunstancias deben impactar en la entidad de la pena (Silva Sánchez, Jesús María, *"La teoría de la determinación de la pena como sistema dogmático"*, www.indret.com).

Concluyendo, ante el cúmulo de circunstancias agravantes reunidas entendiéndose que la sanción debe elevarse considerablemente por encima del mínimo, sin por ello arribar al máximo de la sanción, establecida por el tipo penal aplicable en el umbral de cinco años de prisión.

Ello en virtud de que, si bien Julieta Silva es una persona madura, pues en el momento del hecho tenía 29 años de edad, circunstancia de la que se desprende la po-

57

TRIBUNAL PENAL COLEGIADO Nº1
Segunda Circunscripción Judicial

ALEJANDRA SRAIK
PROCURADORA
Tribunal Colegiado Nº 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

sibilidad de una mayor exigibilidad en relación a un comportamiento ajustado a derecho, lo cierto es que se verifican circunstancias atenuantes que es necesario considerar en los términos del art. 41 del Código Penal.

En efecto, cabe resaltar en este sentido que la imputada no registra antecedente criminal de ninguna naturaleza y que, tal como ha afirmado su ex pareja, ha desarrollado la crianza de dos hijos de manera normal, quienes con la edad actual de seis y diez años respectivamente la necesitan y es necesario observar el principio de mínima trascendencia de la pena contemplado en el art. 5.3 de la CADH, que debemos considerar según lo dispuesto por el art. 75.22 de la Constitución Nacional.

También debe operar con carácter atenuante la situación de confluencia de riesgos verificada –tratada en puntos anteriores–, que tiene impacto en la disminución del injusto y consecuentemente en el reproche punitivo.

Por las razones expuestas cabe concluir que, si bien la pena debe elevarse considerablemente por encima del mínimo legal aplicable, pues el propio nivel de intoxicación alcohólica arroja valores similares al previsto en el párrafo segundo del art. 84 bis del Código Penal, extremo que no se puede desconocer y se torna imperioso mensurar, tampoco debe acercarse en demasía al máximo legal aplicable, no sólo por las circunstancias atenuantes apuntadas sino, también, porque el monto de tres años y nueve meses de prisión constituye una sanción que, al tiempo que refuta adecuadamente la gravedad del injusto, afirmando la vigencia de la norma que protege la vida de las personas, no resulta eliminatoria para la acusada, teniendo en cuenta que según el precepto del art. 18 de la Constitución Nacional, así como el art. 5.6 de la CADH, *las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*.

Por tanto, en base a las consideraciones que preceden, corresponde imponer a la acusada la pena de tres años y nueve meses de prisión.

Finalizando, corresponde también imponer la pena de inhabilitación especial para conducir automotores conforme lo establece el art. 84 bis del Código Penal, por tratarse de pena conjunta, que por la gravedad del injusto cometido, así como el pleno conocimiento de las circunstancias bajo las cuales se cometieron las infracciones viales, debe estimarse en la cifra de ocho años, es decir elevándose apenas por encima del justo medio entre el mínimo y el máximo aplicable. **Así voto.**

Sobre la segunda cuestión, los Señores Jueces María Eugenia Laigle y Julio César Bittar dijeron: Que adhieren al voto que antecede por compartir sus fundamentos y ser la expresión de las conclusiones a las que se



TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA

arribaron tras la deliberación del caso.-

Sobre la tercera cuestión el Juez preopinante Rodolfo Javier

Luque dijo:

1. Costas

Siendo condenatoria la sentencia recaída en las causas N° P-127.296/17, con respecto al imputado causas **JULIETA SILVA MACAGNO**, corresponde que el mismo cargue con las costas de este proceso (art. 558 de la ley n° 6.730).

2. Medidas de Coerción: petición de cese de detención domiciliaria.

En relación a la petición formulada por el Ministerio Público y la parte querellante particular relativa a la revocación de la detención domiciliaria oportunamente dispuesta en el presente proceso, que pesa sobre la imputada, entendemos que no corresponde hacer lugar a la pretensión por las razones que a continuación se detallan.

En efecto, y en primer lugar, no se puede desconocer que la sentencia dictada no ha adquirido la fuerza y la autoridad de la cosa juzgada, pues aún quedan pendientes posibles vías recursivas que podrían poner en crisis la decisión, incluso en beneficio de la imputada, a quien por su carácter –y la naturaleza condenatoria del fallo- le asiste el *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior* conforme lo establece con precisión el dispositivo 8.2.h de la CADH, instrumento de rango constitucional que además consagra el principio inocencia según se prevé en su art. 8.2 en cuanto dispone que: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”. Exigencia que sólo se alcanza en el momento en que el pronunciamiento adquiere firmeza por falta de interposición del recurso de casación o por el eventual rechazo del remedio por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza para una posición doctrinaria, a diferencia de otras que incluso, propugnan que tal situación se alcanza con el rechazo de los recursos extraordinarios que eventualmente se interpongan ante el máximo tribunal nacional (doctrina de fallos “Olariaga” de la CSJN, “Acosta” e “Ivanov”



C.N.G.P. N° 1
TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
Segunda Circunscripción Judicial

Dr. ANDREA SHAIK
SECRETARÍA
del Colegiado N° 1

Dra. MARÍA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Por las razones expuestas cabe concluir que, ausente la ejecuto-

59

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CESAR BITTAR
JUEZ

riedad de la sentencia definitiva dictada en la presente causa, no cabe otra solución que respetar el auto de detención domiciliaria dispuesto en su oportunidad en los términos del art. 298 del Código Procesal Penal, pues así lo impone el principio constitucional de inocencia salvo que, de manera excepcional, se verifiquen los presupuestos para la revocación de la medida, esto es que aparezca evidente el peligro de entorpecimiento procesal en sus modalidades básicas de posible influencia en la prueba o riesgo de fuga. En este orden, no se aprecia que la imputada haya incumplido las obligaciones impuestas en el auto que concedió la detención domiciliaria sino todo lo contrario, pues obran en el proceso informes de control que ha ajustado su comportamiento a las características de la medida, compareciendo además a cada una de las audiencias celebradas durante el debate.

Por otro lado, si bien como argumentó el Fiscal se ha producido una modificación en la verosimilitud del derecho como exigencia de toda medida cautelar, pues se ha emitido un pronunciamiento condenatorio, no se puede negar que la figura legal en que fue encuadrado el comportamiento resulta de menor entidad que la contenida en las acusaciones vertidas durante el plenario. Por ello, si bien se ha aumentado en intensidad uno de los recaudos, se ha disminuido el peligro de fuga toda vez que en el análisis de este riesgo adquiere relevancia la gravedad tanto de la acusación como de la sanción impuesta.

Por tanto, la verosimilitud del derecho se compensa con la disminución del peligro de fuga pues, según la entidad de la pena, habrá mayor o menor riesgo de fuga de la persona que arriesga su cumplimiento tal como surge de la experiencia común y ha sido establecido como criterio rector por nuestro máximo tribunal provincial ("Habeas Corpus correctivo (Penitenciaría de Mendoza, CUIJ 13-03815694-7, 23/12/15). A lo que debe agregarse que la imputada tiene suficiente arraigo en la ciudad de San Rafael, en especial porque está encargada de la crianza de dos hijos menores de edad (de seis y diez años), circunstancia que ha sido especialmente tomada en cuenta por la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que advierte sobre su primordial interés al igual que otros instrumentos internacionales, por caso las Reglas de Bangkok, complementarias de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

En conclusión, por la ausencia de circunstancias que hayan modificado las que fueron tenidas en cuenta al momento de disponer la detención domiciliaria, pues ninguna denuncia de incumplimiento de la medida han introducido las partes interesadas, y en formal respeto del principio constitucional de inocencia (art. 8. CADH), que impone la máxima cautela pues, incluso, la propia condena podría even-



**TRIBUNAL PENAL COLEGIADO N°1
SEGUNDA CIRC. JUDICIAL
PODER JUDICIAL
MENDOZA**

tualmente ser revocada. la medida cautelar deberá mantenerse hasta que la sentencia definitiva dictada quede firme y ejecutoriada. salvo claro está que se verifiquen situaciones de incumplimiento.- Así voto.

3. Honorarios.

a. Regular los honorarios profesionales de los doctores Luis Alejandro Cazabán, Marcos Terranova y Valeria Vizcaya en la suma de PESOS CIEN MIL (\$ 100.000), en forma conjunta, por la labor desempeñada como defensores de la imputada (Ley 3641; Dec. Ley 1304/75 y art. 558 del C.P.P.).

Regular los honorarios profesionales del doctor Tindaro Fernández en la suma de PESOS CIEN MIL (\$ 100.000), por su labor desarrollada como representante de la parte Querellante Particular (Ley 3641; Dec. Ley 1304/75 y art. 558 del C.P.P.).

Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales que intervinieron en carácter de peritos -Lucas López, Osvaldo Gatica, Fernando Fuentes, Jorge Veritier, Víctor Forcada, María Edith Cardona, Carlos Guillermo Messina y Eduardo Fanesi-, hasta tanto el Tribunal cuente con datos objetivos para su ponderación.-

b. Aclaratoria perito ing. Mario R. Giambastiani.

Cabe destacar, que el tribunal, por un error involuntario, omitió consignar el nombre del perito ingeniero mecánico, Ing. Mario Roberto Giambastiani, por lo que corresponde incluir también en la regulación de honorarios, los correspondientes a dicho profesional, debiendo también diferirse los honorarios, hasta tanto el Tribunal cuente con datos objetivos para su ponderación.

4. Secuestro.

Disponer la devolución de los objetos que componen el secuestro el N° 47.100, del teléfono celular marca Samsung y de los anteojos recetados obrantes en caja de seguridad del tribunal (fs. 58 y 240).

No hacer lugar al decomiso solicitado por el Ministerio Público Fiscal en relación al vehículo automotor marca Fiat Idea, dominio KAO 693. Firme la presente, hágase devolución de ese bien a quien acredite su dominio registral (art. 550 del C.P.P.).

Ordenar el decomiso de los demás objetos secuestrados (art. 23 del Código Penal, 549 del C.P.P., 31 de la ley N° 6.816, modificatoria de la ley N° 6.949).

5. Petición de decomiso.

La Fiscalía solicitó se impusiera la pena de decomiso respecto del rodado secuestrado, a lo que no corresponde hacer lugar por cuanto el bien no pertenece a quien resultó condenada sino a un tercero cuyo patrimonio no puede verse afectado por esta sentencia. Ello en virtud de que no se verifican los presupuestos de la intervención criminal en ninguno de los grados previstos en el código de fondo (arts. 45 y 46 C.P.) por parte del propietario del vehículo.

6. Petición de compulsa.

Pese a que la sentencia dictada por este Tribunal no se apoya en ninguno de sus aspectos medulares en los objetos secuestrados a fs. 855, no puede soslayarse que éstos integran el plexo probatorio, que fueron considerados al requerirse la citación a juicio y que las sospechas transmitidas por la Defensa técnica en etapa de alegatos no resultan inaceptables. Ello por cuanto no puede negarse lo inesperado del hallazgo de esos elementos en el torpedo de un vehículo que permanecía secuestrado hacía más de dos meses y que había sido requisado y sometido a exhaustivos exámenes técnicos por parte de personal de Policía Científica.

Por ello, aun cuando puedan haber varias explicaciones posibles, lo cierto es que ante el expreso pedido de la defensa y la falta de objeción de los representantes del Ministerio Público Fiscal al ejercer el derecho a réplica, quienes seguramente entendieron también que era necesario el esclarecimiento de las circunstancias del hallazgo, para aventar toda duda sobre el evento, se dispuso ordenar la extracción de compulsa a los términos indicados en el punto sexto del fallo.-

Así voto.

Los Ministros Maria Eugenia Laigle y Julio César Bittar, en atención a las motivaciones precedentes, adhieren al voto que antecede.

Con lo que quedan expresados los fundamentos de la presente sentencia.

Dra. MARIA EUGENIA LAIGLE
JUEZ

Dr. RODOLFO JAVIER LUQUE
JUEZ

Dr. JULIO CÉSAR BITTAR
JUEZ

62

CLAUDIA ALEJANDRA SRAIK
ADMINISTRADORA
Tribunal Penal Colegiado N° 1
SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL