Esta es una copia privada hecha sólo para fines educativos.

PROHIBIDA SU VENTA

LEVENE (h)

EL DELITO DE HOMICIDIO

3a. edición, actualizada

Depalma

RICARDO LEVENE (h.)

EL DELITO DE HOMICIDIO

Tercera edición

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES
1977

©

EDICIONES Depalma BUENOS AIRES

Talcahuano 494

Hecho el depósito de ley. Derechos reservados. Impreso en la Argentina.

PRINCIPALES PUBLICACIONES DEL AUTOR

La esterilización de los delincuentes, en "Revista Penal y Penitenciaria", nº 19, enero-febrero-marzo de 1941 (en colaboración con R. C. Marante Cardoso).

La psicología del testimonio, en "Diario La Ley", de 21 de mayo de 1943.

El delito de falso testimonio, Buenos Aires, 1943; 2ª ed., 1962.

El primer proyecto de código procesal argentino, en "Revista de Derecho Procesal", año III, primera parte, 1945.

Desenvolvimiento progresivo del derecho procesal argentino, en "Diario de Jurisprudencia Argentina", 8 de julio de 1945.

Derecho procesal penal (en colaboración con Niceto Alcalá Zamora y Castillo [hijo], 3 volúmenes, Buenos Aires, 1945).

Observaciones a la reincidencia en el Código Penal según el decreto nº 20.942, modificatorio del art. 52 de dicho Código, en "Boletín del Museo Social Argentino", año XXXIV, nº 292-293-294, octubre a diciembre, 1946.

Los proyectos sobre reincidencia, habitualidad y condena de ejecución condicional de la Sección Derecho Penal del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, en "Revista de Psiquiatría y Criminología", año XII, nº LXIV, 1947.

El proyecto de reforma del Código de Procedimiento Penal, en "Revista de Derecho Procesal", año VI, primera parte, 1948.

Progreso de los estudios de derecho penal en la Argentina, en "Anuario del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de Buenos Aires", nº I, 1949.

Hacia la unificación del derecho procesal argentino, en "Revista de Derecho Procesal", año VIII, primera parte, 1950, y en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, 1950.

La situación actual del procedimiento penal en la Argentina, en "Revue Internationale de Droit Pénal", año XXI, nº III, tercer trimestre, París, 1950.

Preparación del juez de crimen, trabajo presentado al Segundo Congreso Internacional de Criminología realizado en Paris, setiembre de 1950, París, 1953.

La situación de la defensa durante el período de instrucción en el Código de la Capital Federal, trabajo presentado al Tercer Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en La Haya, agosto de 1950.

Lecciones sobre el proceso penal de Francisco Carnelutti, nota bibliográfica en la "Revista de Derecho Procesal", año VIII, segunda parte, 1950.

Delitos y contravenciones. Aplicabilidad a estas últimas de las disposiciones generales del Código Penal, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", año VI, nº XXIV, 1951; en "Revista de Derecho Procesal", año IX, primera parte, 1951; y en "Anuario del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", nº II, 1950.

Bases para una parte general del derecho contravencional, trabajo presentado al Primer Congreso Hispano-Luso-Americano Penal y Penitenciario de Madrid, julio de 1952; y en "Anuario del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", nº III, 1951.

Homicidio-suicidio, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", año V, nº XX, 1950; en "Anuario del Instituto de Derecho Penal y Criminología" de la misma facultad, nº 1, 1949; y en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", nº 1, janvier-mars, Paris, 1952.

Principales características de algunos sistemas penitenciarios americanos, trabajo presentado al Primer Congreso Hispano-Luso-Americano Penal y Penitenciario de Madrid, 1952, y al Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, julio de 1952.

El delito de lesiones levísimas (en colaboración con Horacio S. Maldonado), Buenos Aires, 1953.

La protección de la libertad individual durante la instrucción y la legislación argentina, trabajo presentado al Quinto Congreso Internacional de Derecho Penal, Roma, setiembre de 1953.

Proyecto de Código Penal (en colaboración con Francisco P. Laplaza y Horacio S. Maldonado), Buenos Aires, 1953.

Manual de derecho procesal penal, Buenos Aires, 1953; 2ª ed., 1967.

El nuevo proyecto de Código Penal, Buenos Aires, 1954.

La acción penal en el nuevo proyecto de Código Penal, en "Revista de Derecho Procesal", año XII, primera parte, 1954.

La ejecución penal y las sanciones en el nuevo proyecto de Código Penal, Buenos Aires, 1954.

Homicidio en estado de emoción violenta, en "Diario de Jurisprudencia Argentina", de 15 de julio de 1955.

Homicidio piadoso, en "Diario La Ley", 11 de agosto de 1955.

Delitos contra el deporte, Buenos Aires, 1955.

El delito de homicidio, Buenos Aires, 1955.

Situación actual del derecho penal norteamericano, en "Diario de Jurisprudencia Argentina", 7 de abril de 1961.

Publicaciones obscenas, en "Diario La Ley", 16 de mayo de 1961.

Observaciones generales al proyecto de Código Penal, Buenos Aires, 1961.

El Código de Procedimientos en lo Penal para la Provincia de La Pampa, Santa Rosa, La Pampa, 1962.

Bases para la unificación del derecho procesal penal argentino, en "Diario de Jurisprudencia Argentina", 6 de setiembre de 1962

El reciente Congreso de Corrientes y la unificación del derecho procesal penal argentino, en "Diario de Jurisprudencia Argentina", 9 de noviembre de 1962.

El delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, en "Diario La Ley", 19 de diciembre de 1963.

Código Procesal Penal de la Provincia de La Pampa, 1964.

La excarcelación, de Mario I. Chichizola, nota bibliográfica, en "Diario de Jurisprudencia Argentina", 31 de marzo de 1964.

El nuevo Código Procesal Penal de la provincia de La Pampa, en "Diario La Ley", 31 de diciembre de 1964.

La excarcelación, de Carlos J. Rubianes, nota bibliográfica, en "Diario de Jurisprudencia Argentina", 30 de enero de 1965.

Derecho penal especial de las sociedades anónimas, de Joseph Hamel, nota bibliográfica, en "Diario La Ley", 23 de abril de 1965.

El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Procesal y la sanción de un Código Procesal Penal tipo para todo el país, en "Diario La Ley", 19 de agosto de 1965.

Proyecto de Código Municipal de Faltas para la ciudad de Mar del Plata, 1966.

Situación actual del derecho procesal penal norteamericano, en "Diario La Ley", 10 de abril de 1967.

La reforma y la unificación del derecho procesal penal argentino, Buenos Aires, 1967.

Proyecto de Código Municipal de Faltas para la ciudad de Santa Rosa, La Pampa, 1968.

El Quinto Congreso Nacional de Derecho Procesal y el perfeccionamiento del derecho procesal penal argentino, en "Diario de Jurisprudencia Argentina", 16 de setiembre de 1968.

Capacitación criminológica de la magistratura penal, trabajo presentado a las Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Criminología de Santa Fe, octubre de 1968.

Introducción al derecho contravencional, Buenos Aires, 1968.

El juez de ejecución penal, trabajo presentado a las Jornadas Internacionales de Criminología de Mendoza, junio de 1969.

La reforma al Código Penal en materia de acciones dependientes de instancia privada, en "Revista Argentina de Derecho Procesal", nº 3, julio-setiembre, 1969.

A mi padre.

ÍNDICE

Introducción 1

Cap. I — Denominación y definición del delito de homicidio 7

Cap. II — Antecedentes históricos 11

Cap. III — Penalidad y legislación del homicidio 17

Cap. IV — El elemento subjetivo 23
Jurisprudencia 26

Cap. V — El cuerpo del delito y la importancia de la pericia en el homicidio 33
Jurisprudencia 39

Cap. VI — *Causalidad, medios y modos de comisión* ... 43

Cap. VII — La concausa en el homicidio 47
Jurisprudencia 54

Cap. VIII — Sujetos pasivo y activo del homicidio 67

Cap. IX — El homicidio como delito de la muchedumbre. 75

Cap. X — Tentativa de homicidio 85
Jurisprudencia 87

Cap. XI — Homicidio deportivo 93

Cap. XII — Homicidio resultante de un tratamiento médico-quirúrgico 111
Jurisprudencia 119

Cap. XIII — Homicidio-suicidio. Ayuda o instigación al suicidio 121
Jurisprudencia 143

Cap. XIV — HOMICIDIO PIADOSO 145
Jurisprudencia 157

Cap. XV — PSICOLOGÍA DEL HOMICIDA 159

Cap. XVI — HOMICIDIO CALIFICADO POR AGRAVACIÓN 173

Cap. XVII — POR EL VÍNCULO ENTRE LA VÍCTIMA Y EL VICTIMARIO 177
Jurisprudencia 189

Cap. XVIII — POR EL MÓVIL O MOTIVO 197
a) *Impulso de perversidad brutal o placer* 197
Jurisprudencia 206
b) *Precio o promesa remuneratoria* 210
Jurisprudencia 214
c) *Codicia* 216
d) *Odio racial o religioso* 217

Cap. XIX — POR EL MODO DE EJECUCIÓN 219
a) *Premeditación* 219
Jurisprudencia 225
b) *Alevosía* 226
Jurisprudencia 232
c) *Ensañamiento* 241
Jurisprudencia 244
d) *Pluralidad de autores* 246
e) *Disimulando la personalidad para inducir en engaño a la víctima* 247

Cap. XX — POR EL MEDIO EMPLEADO 249
a) *Sevicias graves* 249
Jurisprudencia 253
b) *Veneno* 255
Jurisprudencia 265
c) *Medio idóneo para crear peligro común* 266
Jurisprudencia 268

Cap. XXI — POR CONEXIÓN CON OTRO DELITO 271
Jurisprudencia 281

Cap. XXII — POR LA CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA 293

Cap. XXIII — AGRAVANTES DEL HOMICIDIO EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 295

Cap. XXIV — HOMICIDIO CALIFICADO POR ATENUACIÓN. HOMICIDIO EN ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA 299
Jurisprudencia 321

Cap. XXV — INFANTICIDIO 347
Jurisprudencia 356

Cap. XXVI — HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL 363
Jurisprudencia 369

Cap. XXVII — ATENUANTES DEL HOMICIDIO EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL 383

Cap. XXVIII — HOMICIDIO CULPOSO 389
Jurisprudencia 393

Cap. XXIX — HOMICIDIO EN RIÑA 413
Jurisprudencia 418

INTRODUCCIÓN

La clasificación de los hechos delictuosos debe hacerse según el criterio objetivo, o sea, conforme a la naturaleza del derecho atacado, al bien o interés jurídico lesionado.

Ése es el sistema adoptado por nuestro Código Penal, que a veces clasifica los delitos por el titular del bien jurídico y no por este último (personas, administración pública), y al que se le puede censurar algún error, consistente en incluír en una categoría determinada, hechos que quizá reclaman diferente ubicación. En él se agrupan los distintos hechos delictivos en doce títulos, subdivididos en capítulos. El título I se destina a los delitos contra la persona, tomado este término en el sentido de persona física, lo que es una tradición en nuestro derecho represivo, desde Tejedor en adelante, inclusive los distintos proyectos de reforma, salvo el de Villegas, Ugarriza y García, que comenzaba con delitos contra el orden público. Por excepción, el Codex Juris Canonici y el Código Penal de Portugal, de 1886, comienzan con los delitos contra la Iglesia o la religión. Otros, inspirados en el Código Penal francés de 1810, empiezan su parte especial con los delitos contra la "cosa pública" o el Estado. Y un tercer grupo de legislaciones, siguiendo al Código de Baviera de 1813, se ocupan primero de los delitos contra la persona. Es el sistema que seguimos.

No importa la precedencia, a la que a lo sumo se le puede dar significación política, pues la protección es idéntica para todos los bienes, ya que la gravedad de las sanciones depende de la peligrosidad del delincuente y de la importancia del delito. En realidad, todas las previsiones de la ley penal tienden directa o indirectamente a la tutela de la existencia humana, como existencia individual o colectiva.

Carrara[1] distingue los delitos en dos grandes clases, según peligre un derecho universal o un derecho particular. Llama delitos naturales a los que lesionan sólo un derecho particular, o sea, el que pertenece a un individuo o familia o determinado número de personas, y delitos sociales a los que lesionan un derecho universal, atacando alguna cosa sobre la cual todos los miembros de la sociedad tienen un interés y derechos comunes.

Se llaman delitos naturales los primeros, pues no es necesario el consorcio de ciudadanos para que la naturaleza misma dé al hombre derechos de los cuales tiene necesidad como individuo. En ellos prevalece la consideración de uno sobre la de los demás, mientras que en los delitos sociales prevalece la consideración de los más sobre la de uno. Tienen su causa, como los otros, en la ley de la naturaleza, pero no son dados por ella, y por eso el Estado les puede imponer normas y modificaciones, lo que no puede hacer con delitos naturales, que tienen su causa en la naturaleza y que de ella son dados directamente al hombre.

Delito natural es entonces el que tiene por objeto un derecho atribuído al individuo por la misma ley de la naturaleza. Esos hechos serían lesiones del derecho, aun prescindiendo de la sociedad civil y de toda ley humana. Ésta no crea la prohibición de semejantes hechos, sino que la repite, define los caracteres jurídicos de la infracción y le agrega la sanción penal para tutelar eficazmente el derecho, pues la prohibición emana de una ley superior. No se trata de un derecho abstracto ni de la violación de una idea, como ocurre con los delitos contra la fe pública o tranquilidad pública y, en general, con los delitos sociales.

En los delitos naturales, estamos frente a bienes reales, materialmente disfrutados por el individuo y que deben ser atacados materialmente por el delito. Pero en esos delitos naturales hay algo de social, si se piensa en el daño mediato de ellos, o sea, el carácter social común a todos los delitos.

[1] Francesco Carrara, *Programa del curso de derecho criminal*, Buenos Aires, 1945, Parte especial, vol. I, ps. 29 y ss.

El citado maestro italiano entiende que los bienes del hombre, aisladamente considerados, independientemente de su posición social de ciudadano de un Estado, son de seis clases: primero, la vida; segundo, la integridad personal; tercero, la libertad personal; cuarto, el honor; quinto, la familia; sexto, la propiedad.

La clasificación de los delitos según el bien o interés jurídico lesionado, es también sustentada por Carrara[2], que la consideró la única aceptable, por ser adecuada, dado que permite clasificar todas las tesis posibles y no puede existir delito donde no hay lesión del derecho; porque no es arbitraria, ya que no la puede cambiar el juez ni el legislador; es permanente en todo país y en todo tiempo, por ser absoluta la naturaleza del derecho, y no es falsa, pues aunque una idéntica materialidad recaiga sobre diversos títulos, ello ocurre porque un mismo hecho material ataca diversos derechos.

No olvidamos, por cierto, otras clasificaciones de los delitos: por la acción penal que les corresponde (pública o privada, y dentro de la primera, por instancia privada); la de crímenes, delitos y contravenciones, según la gravedad de la pena[3]; por el elemento subjetivo (dolosos, preterintencionales o culposos); comunes y políticos, etc.

El importante tema del bien o interés jurídico protegido, ha sido objeto de especial estudio por Rocco[4], quien los divide en bienes e intereses jurídicos del individuo, de la familia, de la sociedad, del Estado, y de la sociedad de Estados, sistema éste adoptado para clasificar los delitos por el Proyecto de Código Penal, que preparamos en 1953.

Igual criterio sigue la escuela positiva, de Ferri en adelante[5].

El Título Primero del Libro Segundo de nuestro Código está dividido en seis capítulos: el primero, delitos contra la

[2] Carrara, ob. cit., Parte especial, vol. I, p. 18.

[3] Ricardo Levene (h.), *Introducción al derecho contravencional*, Buenos Aires, 1968.

[4] Arturo Rocco, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, en *Obras jurídicas*, Roma, 1932, vol. I.

[5] Enrique Ferri, *Principios de derecho penal*, Madrid, 1933, p. 387.

vida; el segundo, lesiones; el tercero, homicidio y lesiones en riña; el cuarto, duelo; el quinto, abuso de armas, y el sexto, abandono de personas, o sea, comprende los delitos contra la vida (homicidio y aborto), la salud (lesiones) y contra ambas (duelo, abuso de armas y abandono de personas). No tiene razón de ser el tercer capítulo, pues el homicidio en riña debió contemplarse en el primero, que prevé el homicidio y las circunstancias que lo califican, y las lesiones en riña en el segundo. Aunque los delitos contra el honor integran un título distinto del Código, el Título Segundo del Libro Segundo, también son delitos contra la persona, ya que atacan su integridad moral. El Código italiano de 1890 los incluía entre los delitos contra la persona, como lo hace el Código vigente desde 1930, siguiendo así la doctrina de ese país, que en general interpreta que son delitos contra la persona todas las acciones dirigidas contra todos los bienes jurídicos de nuestra personalidad, a la que corresponden otros tantos derechos, o sea, comprenden no sólo los delitos contra la vida e integridad personal y el honor, sino también los delitos contra la libertad individual, la tranquilidad privada y el pudor.

Es ésta la postura adoptada también por los proyectos argentinos de 1937 y 1953. Los de 1941 y 1960 mantienen el sistema del Código vigente, separando los delitos contra la vida y la integridad personal de los delitos contra el honor y la libertad.

Aparentemente, otras disposiciones tutelan asimismo la vida o la salud, como las que se refieren a los delitos de incendio y otros estragos, por ejemplo, pero la diferencia consiste en que en estos casos, el objeto de la tutela jurídica es otro, mientras que en los delitos contemplados por el Título Primero del Libro Segundo del Código, la vida y la salud son el objeto final tutelado. Una cosa es el estrago del que resulta una muerte y otra es matar mediante un estrago.

Este trabajo tendrá por objeto el estudio de uno de los delitos más interesantes, desde los puntos de vista teórico y profesional, de los más usuales por la era de violencia que vivimos, por el gran consumo de alcohol que se efectúa en algunas regiones del país, y por la abundancia de la llamada

literatura criminófila y de series de televisión del mismo tipo; uno de los más severamente castigados por nuestro Código, y legislado en los mencionados capítulos primero y tercero, es decir, comprenderá el análisis de los arts. 79 (homicidio simple), 80 (homicidio calificado por agravación), 81 y 82 (homicidio calificado por atenuación y concurrencia de ambas circunstancias), 83 (instigación o ayuda al suicidio), 84 (homicidio culposo) y 95 (homicidio en riña) del Cód. Penal.

Capítulo I

DENOMINACIÓN Y DEFINICIÓN DEL DELITO DE HOMICIDIO

En el homicidio, el bien jurídico protegido es la vida humana, que es el bien más importante, no sólo porque el atentado contra ella es irreparable, sino también porque la vida es la condición necesaria para sentir su grandeza y disfrutar de los restantes bienes. De ahí que los códigos destinen sus más graves penas a la represión de este hecho. Lo expuesto no implica desconocer que también hay un interés del Estado por la seguridad de sus habitantes y que asimismo existe de por medio un interés demográfico.

El homicidio es un delito instantáneo, de acción pública, de daño, material, y que se puede cometer por acción o por omisión.

Los latinos denominaban a este delito "*homicidium*" y Las Partidas lo definían como "*matamiento de home*" (Partida VII, Título VIII, Ley 1), de donde derivó "*homecillo*".

En varios fueros españoles, el de Cuenca por ejemplo, se decía *omezillo*; en el Códice valentino *omnezillo*; en el Códice conquense *omecillo*; en éste y en el de Heznatoraf, *omjcidio*; el último de los citados empleaba asimismo los términos de *homjcidio* y *omecidio*.

A la definición común de que el homicidio es la muerte de un hombre cometida por otro hombre[1], se contrapone la de

[1] G. B. Impallomeni, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1899, p. 2; Bernardino Alimena, *Dei delitti contro la persona*, en "Enciclopedia del diritto penale italiano", de Enrico Pessina, vol. IX, Milano, 1909, p. 381; Eusebio Gómez, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1939, t. 2, p. 11.

Vannini, quien usa la definición de Carmignani: "la muerte de hombre ocasionada por el ilícito comportamiento de otro hombre"[2].

En el mismo sentido, Puglia considera, según lo hace Carrara, que define este delito como la "destrucción del hombre injustamente cometida por otro hombre"[3], que conviene agregar la palabra "injusto" a la definición para que no abarque el homicidio cometido en legítima defensa, la muerte de un hombre por el verdugo, la que se produce en la guerra y otras, y define el homicidio doloso como "la muerte voluntaria e injusta de un ser humano"[4].

Carrara indica como excepción, dentro del homicidio legal, el acto del verdugo que masacra bárbaramente al condenado, en vez de matarlo de un solo golpe. El maestro italiano da un caso de homicidio legítimo, consistente en las "tallas" o premios, que se mantuvieron mucho tiempo en el Estado pontificio y en Nápoles, y que surgieron en los viejos Estatutos, ante la impotencia de los gobiernos de luchar contra los bandidos. Hasta el derecho canónico las aceptó, llegando a absolver el sacerdote al que mataba a un bandido, que se llamó "muerto vivo". Primero se prohibió ayudar a los bandidos; después se permitió a cualquiera capturarlos; más tarde se dio permiso para matarlos; y finalmente se prometieron premios y la impunidad a quien les diese muerte[5].

Este agregado de la palabra "injusto" está de más, ya que la injusticia es la característica de todo delito, y aceptarla en el homicidio implicaría convenir en que debe incorporarse como elemento a los tres hechos ilícitos que el Código enumera.

Desde el momento que el hecho está previsto en la ley penal, cometerlo implica infringir ésta y una ilicitud. Porque de lo contrario habría que agregar el elemento injusto a aquellos otros modos de obrar o de conducta que la ley penal

[2] Ottorino Vannini, *Il delitto di omicidio*, Roma, 1935, p. 1.

[3] Carrara, ob. cit., vol. III, p. 42.

[4] Ferdinando Puglia, *Delitti contro la persona*, en *Trattato di diritto penale* (vol. VI) de Zerboglio, Florian, Pozzolini, Viazzi, Puglia, Sighele, 1903, p. 19.

[5] Carrara, ob. cit., vol. III, ps. 39 y ss.

contempla en los distintos delitos. Habría que decir que el apoderamiento en el delito contra la propiedad debe ser injusto, que el rapto debe ser injusto. Es una redundancia, pues basta que la ley considere que un determinado modo de obrar es ilícito, y lo castigue, para que de por sí surja su ilicitud. Las normas generales nos guían por el buen camino. Y no es necesario agregar adjetivos calificativos.

Capítulo II

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Se ha dicho con razón, que la historia del homicidio es, en el fondo, la misma historia del derecho penal. En efecto, en todos los tiempos y civilizaciones y en las distintas legislaciones, la vida del hombre fue el primer bien jurídico tutelado, antes que los otros, desde el punto de vista cronológico, y más que los restantes, teniendo en cuenta la importancia de los distintos bienes.

De ahí, pues, que ya en el Código de Hammurabi se destinaron varios artículos, del 192 al 214, al homicidio; se contempló el uxoricidio por adulterio y se distinguieron las víctimas según sus oficios.

También las Leyes de Manú consideraban la casta del matador, según fuera brahmán (sacerdote o sabio), chatria (guerrero o magistrado), vasia (mercader, labriego o artesano), sudra (criado), o paria. Asimismo, estas leyes tenían en cuenta la premeditación y distinguían el homicidio voluntario del involuntario, como el de la mujer y el del niño.

En Egipto, se diferenciaban el parricidio y el filicidio del homicidio simple. Entre los hebreos se distinguía el homicidio voluntario del involuntario. La sanción era la misma, fuese la víctima ciudadano o extranjero, libre o esclavo. Si la muerte era involuntaria y el acusado inocente, podía encontrar refugio en cualquiera de las seis ciudades de asilo que existían, tres en Canaán y tres en el Jordán, donde quedaba allí hasta la muerte del sumo sacerdote, sin que los parientes que querían vengar al muerto pudiesen matarlo. Si no se conseguía descubrir al autor, se llevaban a cabo expiaciones religiosas.

En Grecia se consideraba igual el homicidio voluntario, fuera de hombre libre o de esclavo.

Se preveía la tentativa de homicidio; los cómplices tenían la misma pena que el autor principal. No se castigaba la muerte cometida en defensa propia.

El infanticidio era sancionado como cualquier otro homicidio, pero en parte se lo permitía en Esparta, donde el padre podía eliminar al hijo de físico pobre desde el Taigeto. El parricidio podía ser perseguido por cualquier ciudadano, mientras el autor de un homicidio simple sólo podía ser acusado por los parientes próximos de la víctima. El envenenamiento también se preveía especialmente.

Desde la época de Numa tuvo Roma leyes que castigaban el homicidio, que en una primera época se llamó *parricidium*, palabra que posteriormente tomó su actual significado. Conforme a lo dispuesto en la ley de las Doce Tablas, era lícito matar a los hijos deformes desde la roca Tarpeya, así como también al ladrón nocturno. La *lex Cornelia de sicariis et de veneficiis* del año 671, bajo Sila, castigaba especialmente el homicidio por precio y a los envenenadores y hechiceros, así como a los que preparaban veneno, y distinguía el homicidio doloso del culposo y casual, que no se sancionaba.

La Ley Pompeya de parricidio, del año 701, limitó el concepto de este último y la ley Julia de adulterio permitió que el padre de la adúltera la matara inmediatamente, en caso de que no lo hiciera el marido.

Se discute si se incriminaba la tentativa; se preveía el homicidio culposo, la participación y el homicidio en riña. De modo, pues, que el derecho romano contemplaba con precisión las circunstancias de agravación y atenuación de la pena.

El derecho germánico admitía la venganza y la composición, pues la familia del muerto podía vengar el homicidio, salvo que se conformase con una cantidad de dinero, que variaba según la condición social de la víctima, y de la que una parte, el "*Fredum*" (*Friedensgeld*, dinero de la paz), correspondía al Estado, y la otra, el "*Wehrgeld*", a la familia de aquélla.

Se distinguía el homicidio temerario del provocado, o sea, el cometido en *legítima defensa*, y el *infanticidio*.

En Inglaterra, en un principio se imponía pena de multa al homicida, para indemnizar a la familia del muerto, sistema que se mantuvo durante los reinados de Guillermo el Conquistador y Enrique I, pero bajo este último se distinguían algunos homicidios por su mayor castigo, especialmente el del señor a manos del vasallo, llamado "*petty treason*", que tenía pena de muerte agravada por tormentos, lo mismo que la del marido a manos de su mujer y la de un obispo por un inferior o un seglar.

Este último hecho fue juzgado por los tribunales del clero hasta la época de Enrique VII (fines del siglo xv). Finalmente, *una ley de 1828, bajo Jorge IV, lo consideró un* "*murder*" ordinario.

En el derecho canónico se preveía el homicidio preterintencional como lesión grave, pero se lo castigaba como homicidio, y también había una tímida referencia a la concausa, dado que se disponía que en caso de duda sobre si el golpe era mortal y el ofendido moría por una causa extraña, le correspondía decidir al juez.

El delito era calificado por el parentesco y el envenenamiento se consideraba una especie de magia; se distinguía el homicidio voluntario del causal y no se tomaba en cuenta la condición de la víctima. No se castigaba el cometido en *legítima defensa ni la muerte del ladrón nocturno*.

En el derecho español, el Fuero Juzgo del siglo vii (Liber Judiciorum) dedica el Título V del Libro VI a las "Muertes de los Homines" y distingue el homicidio involuntario, el proveniente de actos ilícitos y el voluntario. En el primer caso no debía castigarse como homicidio cuando no se ha cometido por odio o malquerencia, como ocurre con el maestro, padre o señor que castigaban a sus subordinados. Si se causaba a la víctima una pequeña herida y moría, se castigaba como homicidio. También preveía el hecho del que mataba empujando o por juego o en riña.

El Fuero Viejo de Castilla del siglo xiii sancionaba el homicidio *en el Título I del Libro Segundo*.

El Fuero Real, de 1255, en el Título XVII, consideraba el hecho cometido en legítima defensa, cuando la víctima fuera sorprendida yaciendo con la mujer, hija o hermana del matador, si se tratare de ladrón nocturno, o se matare por ocasión o socorriendo a su señor.

Distingue el homicidio alevoso, el preterintencional, el cometido por ocasión y por juego.

Las Partidas de Alfonso el Sabio, de 1256, en la Séptima Partida, Título VIII, definen el "homeciello" como "cosa que fasen los homes á las vegadas a tuerto et a las veces a derecho", y como formas del mismo prevé el injusto, con derecho y de ocasión. No se sanciona el cometido en defensa del honor o en legítima defensa, ni en la persona del ladrón nocturno o por defender a su señor. Tampoco al loco, desmemoriado o menor de diez años y medio de edad. Se condena a los físicos (médicos) y cirujanos que obraban por imprudencia, así como también a los boticarios que daban remedios sin orden médica. Tenían la pena del homicidio los médicos o boticarios que vendían a sabiendas remedios mortíferos, la mujer embarazada que ingería algo para abortar, el juez que dictaba sentencia injusta y el testigo falso en proceso con pena capital. Fija la sanción del que con castigo mata al hijo, al siervo o al discípulo.

El ordenamiento de Alcalá, de 1348, dedica el Título XXII a los "*omecillos*", y la Novísima Recopilación de 1805 contempla el homicidio simple, el justificado, el alevoso, el cometido en la Corte, o por medio de incendio, o en ocasión del robo.

La *Suma de las leyes penales* de Francisco de la Pradilla, adicionada por el licenciado Francisco de la Barreda (Madrid, 1639), se refiere con toda detención al homicidio doloso, castigado con pena de muerte, al preterintencional, al justificado, al cometido en legítima defensa o por un clérigo, o con veneno, al parricidio y al homicidio alevoso o por precio.

En las Indias se aplicaban las mencionadas leyes, en el orden preestablecido por el Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro y Nueva Recopilación de Leyes de Castilla, y por lo tanto la Recopilación de Indias de 1680, prácticamente no

contiene disposiciones referentes al derecho de fondo, en este caso, el penal, no obstante que en el Libro VII, Título VIII, trata de los delitos y penas y su aplicación en 28 leyes y se refiere a alguno de ellos pero no al homicidio; podemos tan sólo citar una ley de la misma que ordena a los jueces no aceptar la composición de los delitos, salvo que no hubiese de por medio un interés general.

Capítulo III

PENALIDAD Y LEGISLACIÓN DEL HOMICIDIO

En el antiguo derecho, especialmente en el Código de Hammurabi y en las Leyes de Manú, el homicidio se sancionaba con la pena de muerte y la composición, así como también predominaba con respecto a este delito la ley del talión. La primera se aplicaba asimismo en Egipto y entre los hebreos. En aquel país se sometía primero al parricida a suplicios, pues le cortaban lonjas de carne, lo colocaban sobre espinas y lo mataban a fuego lento. Al filicida se lo dejaba en la plaza pública tres días con su hijo muerto en brazos, hasta que se descompusiese el cadáver.

Entre los hebreos, el homicidio voluntario tenía pena de muerte. Por las leyes de Moisés, ésta se cumplía apedreando o decapitando al acusado, aserrándole el cuerpo o tirándole metales calientes en la boca.

En Atenas se castigaba este delito con la muerte, exilio, confiscación de bienes y privación de los derechos religiosos y políticos. La tentativa se sancionaba con destierro y confiscación y el homicidio involuntario tenía un año de destierro y el envenenamiento pena de muerte, aunque la víctima no falleciera de inmediato.

En Roma se punía el parricidio arrojando al Tíber a su autor, dentro de un saco de cuero, con un perro, un gallo, una víbora y un mono, para que no contaminara el suelo. En los primeros tiempos se castigaba con la pena de muerte el homicidio intencional y con la expiación el casual.

La ley Cornelia dispuso la muerte para el homicidio doloso. Se sancionaba igual la participación que la autoría,

más levemente el homicidio en riña y con ceremonias expiatorias el culposo.

Como ya hemos dicho, la composición y la venganza predominan en el derecho germánico. El matador debía pagar el *Wehrgeld* a la familia, y el *Fredum* a la autoridad, como garantía de paz. En determinada época se castigó con la muerte el infanticidio, o sea, más gravemente que el homicidio simple.

En Rusia, el Código de Jeroslaf, de 1020, tenía pena de multa, aun para el parricidio, pues era una recopilación de costumbres escandinavas.

El derecho canónico no aplicaba la pena de muerte; disponía la excomunión y la penitencia pública, y si el autor era eclesiástico, lo castigaba con deposición y clausura perpetua.

En Francia, en la época de San Luis (1270), se estableció la pena de horca.

Por el Estatuto de Casimiro el Grande, de 1468, en Polonia el homicidio se castigaba con pena pecuniaria y de prisión, y en ciertos casos cortándose la mano al autor. El noble que mataba a un igual era condenado a muerte.

Bajo Enrique VIII en Inglaterra se mataba a los envenenadores en agua hirviente.

En el Fuero Juzgo, si había circunstancias agravantes, se castigaba el homicidio con pena de muerte, lo mismo que el voluntario, y además se aplicaba tormento, si se empleaba veneno. Se sancionaba con multa si la muerte se producía empujando a la víctima y haciéndola caer, o en riña. Si mataba el siervo por orden de su señor, éste sufría la pena de muerte y aquél la de azotes. Si se mataba a un pariente, el autor moría en la forma que había matado.

Los fueros municipales imponían unos la pena de muerte y otros la composición.

La pena de muerte también era la que establecía el Fuero Real, pero si el homicidio se producía a traición, el autor era arrastrado y ahorcado.

Las Partidas imponían el destierro para el homicidio por

imprudencia y la pena de muerte para el homicidio injusto. El parricidio era castigado como en el derecho romano.

No obstante que las leyes españolas regían en América, su aplicación fue moderada por los jueces y excepcionalmente se llegó a la pena de muerte.

Los Estatutos italianos de los siglos XIII y XIV establecían la pena pecuniaria. Por ejemplo, el de Luca, de 1308, fijaba una multa de dos mil liras, más otras quinientas si el homicidio se cometía de noche, y doscientas liras más si tenía lugar en la propia casa de la víctima.

Los Estatutos italianos de los siglos XV y XVI impusieron en cambio la pena de muerte.

La Constitutio Carolina de 1523 castigaba el homicidio simple, que ella llamaba cometido por resolución instantánea, con la decapitación, y al calificado, que era el premeditado, con el suplicio de la rueda o tenazas. Carpzovio limitó el suplicio al homicidio con fin de lucro (*Practica Criminalis*), excediendo, si se quiere, la labor del intérprete, pero suavizando la penalidad.

Carrara[1] hace notar que ya el ciudadano o *civis romanus* no sufría la pena de muerte, ni suplicios, desde la ley Porcia, sino sólo el destierro o multa. Únicamente el Senado podía condenarlo a ella en caso de grave delito (delitos políticos). Bajo el imperio se amplió la pena de muerte por la persecución a los cristianos. La confusión deriva del hecho de que se creyó que la pena capital, de que hablaban las leyes, era la de muerte, pero capitales eran las penas que quitaban la libertad y la ciudadanía.

De la pena de muerte con suplicios y tormentos para los homicidios graves, se pasó a la de muerte sin ellos, para los graves, y a las penas menores para los simples.

Una ley de Nápoles de 1823, ordenaba al condenado por homicidio a pena temporal, que después de cumplirla se alejase treinta millas del domicilio de los ofendidos, o sea, de los parientes del muerto.

[1] Carrara, ob. cit., vol. III, p. 498.

Bajo la influencia de Beccaria, Toscana abolió la pena de muerte el 30 de noviembre de 1786.

Ya anteriormente la obra de Beccaria había sido traducida en España en el año 1774, y en 1776 el rey Carlos III envió una comunicación al Consejo Real, que estudiaba la reforma de la legislación, recomendándole que viese la posibilidad de suprimir la pena de muerte.

Austria imitó la actitud de Toscana, suprimiendo el 13 de enero de 1787 la pena de muerte, pero ella fue restablecida por el Código Penal de 1803.

En Francia fue abolida el 4 de brumario del año IV, pero la ley del 8 de nevoso del año X, la declaró nuevamente en vigencia, hasta que el Código Penal francés de 1810 la limitó a los casos de homicidio calificado.

Se empleó la horca en Inglaterra, Egipto, Japón y Austria; la guillotina en Francia, Alemania y Dinamarca; la picota o torre en España, sin olvidar la lapidación o muerte a pedradas de la antigüedad, lo mismo que la estrangulación y la muerte en la hoguera y el fusilamiento, que han dejado paso a la silla eléctrica y a la cámara de gas, usuales en Estados Unidos, especialmente la primera.

Actualmente la pena de muerte ha quedado limitada al homicidio agravado en Francia, Bélgica, Turquía, Rusia, Irlanda y Luxemburgo, castigándose en general el homicidio simple con prisión perpetua. Aquélla se aplica en Rusia en los casos de asesinato con alevosía o atentados contra la vida de agentes de policía.

En cuanto a la legislación contemporánea, varios códigos, al tratar el homicidio, contemplan también el elemento intencional: los de Francia, Portugal, Hungría y algunos americanos. No tratan ese elemento los códigos de España, Centroamérica, Chile, Méjico, Brasil y Argentina.

El Código de Turquía indica el medio con el que puede darse muerte y también legisla la tentativa, la participación y las excusas, no obstante que son instituciones de la parte general. Asimismo se trata en este delito la tentativa en los códigos de Austria y Finlandia.

En los de Alemania, Suecia y Dinamarca, se incluye la

excusa de la provocación; en el del Ecuador, el *error in personam*; hablan de la ilegitimidad del homicidio los de Méjico y Noruega.

En Inglaterra se distingue el *murder*, o sea, el homicidio voluntario, simple, que requiere la intención de matar, o aunque ésta falta, cuando se quiere herir para facilitar la comisión de otro delito o la fuga; o cuando se suministra narcótico o se impide la respiración a la víctima y así se ocasiona su muerte, que se castiga con la pena de muerte, y se considera dentro de la clasificación tripartita un crimen (*felony*) del *manslaughter*, o sea, el homicidio que se comete mediante una provocación o por imprudencia, que se castiga hasta con pena de prisión perpetua y se considera un delito (*misdemeanor*).

En 1878 se proyectó llamar "*murder*" al homicidio voluntario y consciente, y "*manslaughter*" al involuntario y al seguido de provocación.

El 8 de noviembre de 1965 quedó prácticamente suprimida la pena de muerte, pues sólo se aplica en los crímenes de traición, piratería e incendio voluntario en los puertos del reino. Quedó así abolida una ley de homicidio de 1957, que castigaba con la pena de horca algunos asesinatos (matar para evitar un arresto, o con fines de robo, o con un arma de fuego o utilizando explosivos, o matar a un policía o a un guardia-cárcel), tras un largo e interesante debate legislativo que duró dos años, en el que se imputó a la ley de 1957 estar llena de contradicciones.

En Estados Unidos existe el *murder*, el *manslaughter*, el *excusable homicide* y el *justifiable homicide*. En principio, todo homicidio se presume un *murder*. Éste es dividido en grados, y el mayor de ellos corresponde a la premeditación. El *murder* de primer grado es castigado con pena de muerte en casi todos los Estados de la Unión.

Algunos, como Guam, la zona del Canal de Panamá, Kansas, Dakota del Sur y Oregón la restablecieron como consecuencia de crímenes brutales, después de haberla abolido. No rige en otros nueve Estados, Puerto Rico y las Islas Vírgenes, y de hecho en los restantes.

En 1965 se propuso oficialmente la abolición total en la Unión de la pena de muerte para el delito de homicidio. Mucho influyó, sin duda alguna, el famoso caso de Caryl Chessman, condenado a la pena capital en junio de 1948, cuyo cumplimiento se suspendió nueve veces en doce años, hasta ser ejecutado en San Quintín (California) el 2 de mayo de 1960.

Después de quedar suspendidas durante mucho tiempo un número grande de sentencias con pena de muerte, que llegaron a afectar en treinta Estados norteamericanos a 572 hombres y a 10 mujeres, con motivo de un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, del 29 de junio de 1972, en el que se cuestionó las leyes locales de esta materia, en cuanto daban facultades discrecionales a los magistrados y jurados, ese alto tribunal, en julio de 1976, por siete votos contra dos, ratificó la validez de la pena de muerte, entendiendo que no es un castigo constitucionalmente prohibido, cruel o desusado.

El Model Penal Code, formidable ensayo de codificación y sistematización de la legislación penal norteamericana, finalizado en 1962, bajo la dirección de los profesores Herbert Wechsler y Louis B. Schwartz, clasifica el homicidio (art. 210) en doloso y culposo (*murder, manslaughter or negligent homicide*)[2].

[2] *The homicide law*, en "The American Law Review", VIII; Herbert Wechsler y Jerome Michael, *A rationale of the law of homicide*, en "Columbia Law Review", vol. XXVII, nos. 5 y 8, 1937; Moreland, *The law of homicide*, 1952; y *The problem of punishing homicide*, nº 8 de la serie "Problems in Criminal Law and its Administration", de la American Law Institute, 1962; Ricardo Levene (h.), *Situación actual del derecho penal norteamericano*, "D.J.A.", 7 de abril de 1961; y *El Model Penal Code y los trabajos de codificación y unificación del derecho penal norteamericano*, "D.L.L.", 25 de abril de 1968.

Capítulo IV

EL ELEMENTO SUBJETIVO

Tan sólo en este delito —se discute si también en el de aborto— encontramos perfectamente delineadas las tres formas del elemento subjetivo, o sea, el dolo, la culpa y la preterintención.

Sin perjuicio de que más adelante tratemos el homicidio culposo y el preterintencional, diremos que existe el doloso cuando hay intención de matar; ésta es llamada *animus necandi* o *animus occidendi*. De ahí la palabra occiso, o sea, muerto. Para Gómez[1] y parte de la doctrina, el *animus necandi* es el dolo específico requerido por este delito.

La existencia del dolo permite distinguir la tentativa de homicidio de la lesión y del disparo de arma.

Pero si sólo se quiere causar un daño en el cuerpo o en la salud, y resulta la muerte, hay homicidio preterintencional, o sea, para nuestro Código, una forma atenuada del homicidio. Se suele citar como ejemplo el empellón que se le da a la víctima en la calle, la que al caerse, se fractura el cráneo contra la vereda. El medio empleado no podía razonablemente matar.

No deben confundirse con el dolo los motivos o móviles determinantes del homicidio, que a veces son circunstancias calificativas, agravantes o atenuantes, y que además sirven para graduar la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 41 del Código. Por ejemplo, no hay motivo en el homicidio por

[1] Gómez, ob. cit., t. 2, p. 21. Ver además Antonio Camaño Rosa, *Homicidio intencional*, en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", año 49, set.-oct. 1951, nos. 9-10, p. 193.

perversidad brutal; la piedad provoca el homicidio eutanásico; el deseo de ocultar la deshonra lleva al infanticidio.

La intención, según Puglia, es la dirección de la voluntad hacia un resultado, mientras que el motivo es la causa determinante de la intención.

No importa, a los efectos del dolo, que queriéndose matar a una persona se mate a otra o a ambas (*aberratio ictus*), ni que exista error *in personam*, como cuando se confunde a un tercero con otro, a quien se quiere matar, y se le da muerte a aquél.

Para Irureta Goyena, el homicidio requiere un dolo especial, no bastando el dolo general, que sería el del homicidio preterintencional. El dolo especial, para ese autor, es determinado (como, por ejemplo, querer matar a Juan); indeterminado (querer matar a Juan y por error matar a Pedro), y eventual (el efecto sobrepasa al deseo, o sea, preterintencional).

Algunos autores sostienen que en el dolo determinado el sujeto prevé y quiere las consecuencias; en el indeterminado prevé las consecuencias y no las quiere; en el eventual, pudo preverlas pero no las ha previsto ni las ha querido prever. La ley trata a los dos primeros en igual forma y es más benigna con el tercero.

Si se mata a una persona queriéndose matar a otra, según Impallomeni, hay siempre homicidio doloso, pues lo principal es querer la muerte de un hombre y el error sobre la identidad es accidental, no esencial. Tal es la tesis que predomina en Italia, mientras que en Alemania se ha pensado (Nypels, Brusa, etc.) que en el *aberratio ictus* existe un homicidio doloso tentado y un homicidio culposo consumado, que concurren idealmente y se castigan con la pena del delito mayor. Pero esta tesis implicaría quizá vulnerar el principio *non bis in idem*. En cambio, en el error *in personam* hay correspondencia entre el objeto y la intención, y el error recae sólo sobre la identidad de la persona, como cuando se cree que la víctima es Juan y resulta ser Pedro. El efecto querido, en cuanto al bien jurídico dañado, responde a la intención, por lo que la pena debe ser la misma, ya que a la sociedad le

preocupan las vidas humanas por igual. No importa que sea uno u otro el muerto. A lo sumo podrán influír como circunstancias de agravación o atenuación las relaciones o vínculos entre ambos sujetos. En el error *in personam*, siempre se beneficia el sujeto: si quiere matar al padre y mata a un tercero, se está al resultado, y en el caso inverso se está a la intención, o sea, siempre habrá homicidio simple. Como se ve, no es del todo justo este criterio, que una vez es objetivo y otra subjetivo.

Para Carrara, Impallomeni, von Liszt, von Buri, Pessina, Puglia, etc., una sola acción no puede ser atribuída al dolo y a la culpa a la vez, y en el *aberratio ictus*, o sea, desviación del golpe, concurren en realidad todos los elementos del homicidio voluntario: intención, acción y muerte. Por otra parte, la ley protege la vida de todos los ciudadanos. Por eso Puglia critica un fallo de la Casación italiana del 12 de enero de 1892, que condenó por homicidio y tentativa de homicidio a quien con un tiro mató a un tercero ajeno al hecho, después de haberle fallado el primer disparo contra la víctima. En realidad, si bien se efectuaron dos disparos, hubo unidad de fin, de efecto y de acción[2].

Para el autor nombrado, tanto el dolo determinado como el indeterminado —a los que considera dos clases de dolo directo—, como el dolo alternativo o eventual, se comprenden en la voluntad o intención o fin de matar. En todos los casos la muerte se representa en la conciencia del autor como un efecto necesario o posible de su acción.

Considera como hipótesis del dolo indeterminado: primero, cuando el agente, al delinquir, se propone indiferentemente uno u otro de varios resultados (dolo alternativo), y segundo, cuando se propone conseguir principalmente un resultado delictuoso y secundariamente otro (dolo eventual).

En fin, para Carrara, el dolo determinado es explícito y el indeterminado implícito, pues en él se prevé el resultado muerte. Distingue el dolo de propósito y el de ímpetu. Considera que el primero es premeditado y deliberado y que el

[2] Puglia, ob. cit., p. 69.

segundo comprende la resolución imprevista y el impulso de ciega pasión; todo ello depende de la duración y espontaneidad de la determinación. El dolo de propósito constituye una agravante por la premeditación; el de ímpetu una atenuante.

En general, la doctrina parifica el dolo determinado y el indeterminado y se considera que basta el dolo eventual para que el homicidio sea doloso, como también es doloso el hecho, aun cuando exista un *error in personam*, o se cometa con *aberratio ictus*, porque el error accidental no excluye el dolo[3].

JURISPRUDENCIA.

Efectuar un disparo apuntando a un conjunto de personas que se hallaban a corta distancia, demuestra irrefragablemente que el agente se representó la previsión de la verificación del resultado, pese a lo cual no se abstuvo de obrar como lo hizo, y en consecuencia, debe responder a título de dolo por el acto querido. Obrar previendo la posibilidad de las consecuencias, significa consentir la eventualidad de la producción de aquéllas, vale decir, haberlas querido (C.C.C., causa 2740, 17 set. 1946).

No demostrado el *animus necandi*, no procede condenar por tentativa de homicidio, sino por el resultado obtenido (C.C.C., causa 5565, 10 set. 1945).

Excluye el encuadramiento en esta figura la falta de comprobación del dolo determinado de matar, elemento subjetivo esencial de ella (C.C.C., causa 818, 28 marzo 1952).

Tiene también declarado este tribunal que el dolo indeterminado, que nace del acto criminal del agente, se determina por las consecuencias producidas, de las cuales debe responder ("Fallos", t. 5, p. 494), y que hay responsabilidad cuando el resultado ha podido entrar en las previsiones del

[3] Edmund Mezger, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1958, p. 231; Roberto A. M. Terán Lomas, *Dolo directo o eventual*, nota a fallo, "D.L.L.", 24 de octubre de 1963.

agente ("J.A.", t. 14, p. 944), o cuando el reo no pudo dejar de representarse el resultado lesivo, que aunque no fuera el objeto directo de la intención, fue lo que eventualmente podía ocurrir ("L.L.", t. 104, p. 37).

Quien pone una correa al cuello y la ajusta hasta dejar inmóvil a la víctima, no puede dejar de representarse y prever el resultado total, y debe responder por dolo eventual aunque no se haya probado el dolo directo (C.C.C., 13 abril 1962, "D.J.A.", 30 agosto 1962).

Debe imputarse a título de dolo la muerte ocasionada por recios puñetazos si la víctima era un anciano de poca contextura y el agresor, en cambio, era un joven fornido, de gran fuerza y contundentes puños, que sabe boxear y estuvo en condiciones de apreciar sin esfuerzo su notoria superioridad, no obstante lo cual descargó varios golpes innecesariamente (Supr. Corte Buenos Aires, 17 julio 1962, "D.L.L.", 4 marzo 1963).

El propósito de matar no sólo cabe deducirlo de la confesión, sino también de la prueba restante (Cám. Penal de Tucumán, 22 abril 1965).

El art. 79 del Código Penal no exige el *animus necandi*, le basta con el dolo eventual, por lo que resulta indiferente a los fines de la calificación legal cuál es la vida que ha terminado como consecuencia de la acción criminal.

No existe parricidio cuando el autor no entendía matar a un pariente, sea porque dirigía su acción contra quien no lo era, o creía que no era pariente (Supr. Corte Buenos Aires, 22 abril 1958).

Debe responder de homicidio simple quien aplicó una puñalada con un cuchillo de grandes dimensiones en el abdomen, puesto que ello demuestra ánimo de matar (dolo directo) o representación de la posibilidad de producir la muerte (dolo eventual).

Es irrelevante a los efectos de la calificación del delito, haber creído que el golpe lo dirigía a un tercero, ya que en tal supuesto habría un error en la persona, pero siempre hubo voluntad criminal que destruyó una vida, que garantiza y

protege la ley (Cám. Penal 1ª Tucumán, 4 junio 1962, en "D.L.L.", 14 octubre 1963).

Si superado el error de hecho —*error in personam*— el sujeto activo desiste voluntariamente de su propósito de dar muerte al atacado, a quien causara lesiones en el desarrollo del *iter criminis*, el homicidio intentado y voluntariamente desistido resulta impune como tal (arts. 43 y 34, inc. 1, Cód. Penal), pero cabe responsabilizar al agente por las lesiones ya inferidas (Cám. Apel. Mercedes, 17 mayo 1966, "D.L.L.", 5 set. 1966).

Responde por homicidio doloso, consumado por *aberratio ictus*, en sujeto distinto del destinatario de la agresión, quien intenta matar a una persona disparando contra ella varias veces con su revólver, y da muerte, en cambio, con uno de esos disparos a un tercero sin proponérselo.

Comete homicidio y tentativa de homicidio en concurso material, quien efectúa varios disparos de revólver contra su concubina con el designio de ultimarla, alcanzando a lesionarla levemente, pero da muerte, sin proponérselo, al padre de la agredida, herido por uno de esos disparos, pues el vocablo "hecho" en el art. 54 del Cód. Penal sustituyó la expresión "acción" del Código Toscano, refiriéndose claramente al resultado o efecto de la acción, de tal manera que según sean unos o varios los resultados de aquélla, se habrá dado el concurso ideal o real. La minoría del tribunal sostuvo que en el caso había una sola acción y, por lo tanto, concurso ideal de homicidio y tentativa de homicidio (Cám. Apel. Mar del Plata, 19 marzo 1964, "D.L.L.", 11 enero 1965).

No se requiere el dolo determinado para incriminar el homicidio, ya que es suficiente el dolo indeterminado o el eventual, y en este último supuesto la motivación de la acción criminal se juzgá por su resultado (Sup. Tribunal de Justicia de Misiones, 1 oct. 1965, "D.L.L.", 7 enero 1966).

Existe dolo eventual si el imputado, utilizando el arma —en el caso un cuchillo— como medio disuasorio, la coloca frente al pecho de su oponente, que se encuentra en agitado movimiento, aunque luego la bajara para no herirlo, de resulta de lo cual se produce la muerte de este último, pues ha

puesto todas las condiciones necesarias para que el evento ocurriera y ha podido prever sus consecuencias (Supr. Corte de Buenos Aires, 24 set. 1968, "D.L.L.", 13 mayo 1969).

Media dolo eventual (suficiente para reprimir el homicidio como simple: art. 79) cuando el resultado ha podido entrar en las previsiones del agente (S.C. Buenos Aires, 29 febrero 1972, "D.L.L.", 20 marzo 1973, t. 149).

El hecho debe calificarse de homicidio simple con dolo eventual si encontrándose en un recinto reducido con varios menores, observando una exhibición televisiva cuyo protagonista hace alarde de maestría en el manejo de armas de fuego, el imputado, sea para concitar la admiración de sus jóvenes interlocutores, o bien para satisfacer sus propias fantasías, dirige un arma de fuego en dirección a ellos y gatilla por dos veces, produciéndose un disparo que da muerte a un niño.

Obrar previendo la posibilidad de las consecuencias, significa consentir la eventualidad de la producción de aquéllas, vale decir, haberlas querido.

El ánimo reprobable caracterizante del dolo eventual puede ser ya el simple estado anímico de la sola indiferencia ante la representación de la probabilidad de que ocurra el delito, como el de la indiferencia con fines egoístas o malvados.

La sustitución de la indiferencia ante la efectuabilidad del delito por el deseo de que éste no suceda, no basta para excluír el dolo eventual si, a pesar de ese deseo, el autor prefiere correr el riesgo y de esta manera asiente implícitamente dirigir su acción hacia el delito.

El dolo eventual también puede concurrir con un fin bueno en sí mismo, pero, entonces, por regla, el dolo no se asentará en la indiferencia del autor frente al delito, sino en su asentimiento (Cám. Apel. Dolores, 21 nov. 1972, "D.E.D.", 12 set. 1973).

Aun tratándose del denominado "dolo repentino", incluso en la modalidad del hoy llamado "eventual", no es probable que un homicida se detenga (aunque le digan "lo mataste")

si después de un disparo dispone todavía de cuatro balas intactas para descargarlas sobre la víctima.

Dados los antecedentes que rodearon el hecho, es difícil afirmar con la debida certeza que el acusado hubiese igualmente oprimido la cola del disparador de su revólver si hubiese estado seguro de que con tal comportamiento iba a matar. Utilizando la prueba hipotética ideada por Frank para intentar la difícil delimitación entre culpa consciente y dolo eventual, no existen elementos para admitir que el acusado ratificó en su fuero íntimo el resultado letal, si es que estuvo presente en su conciencia.

Quien apunta a su víctima con un revólver al tiempo de decirle que "lo mataría", carga previamente el arma con cinco balas de las ocho posibles, y gatilla las veces que fueron necesarias hasta que salió la bala, mal puede ser tildado de negligente o imprudente (Cám. Nac. Crim. y Correc., sala de cámara, 29 dic. 1972, "D.L.L.", 30 mayo 1973).

El disparo hecho voluntariamente —cualquiera que haya sido el propósito aducido: asustar, prevenir— en dirección al grupo —de personas, no de animales— que se alejaba a la carrera, con tanta dirección que dio en un blanco, alcanzando en el cráneo a una de ellas, debe ser calificado como doloso; por lo tanto, la conducta encuadra en la figura de homicidio simple.

Actúa con dolo eventual quien, anteriormente agredido, dispara a un grupo de personas que se alejaba del lugar, inclusive hasta corriendo por razón de la lluvia, "para que pasara sobre las cabezas de los que corrían", y mate a una de ellas, pues tal evento en esas condiciones no era por cierto ni insólito ni improbable.

Atento a las muy peculiares circunstancias que rodean el hecho de autos y con las limitaciones que la prueba de cargo ofrece al respecto, debe descartarse, por duda, la responsabilidad dolosa que se atribuye al inculpado que al disparar contra unas personas que corrían para que pasara el proyectil sobre sus cabezas, mata a una de ellas (Cám. Nac. Crim. y Correc., 28 dic. 1973, "D.L.L.", 10 mayo 1974).

La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente

o culpa con previsión radica en que en ésta, aunque también existe representación del evento posible, el autor obra con la esperanza de que no se produzca; en aquél, en cambio, la mente del autor se mueve dentro del ámbito de la duda (Cám. 3ª Crim. y Correc., Santiago del Estero, 16 oct. 1974, "D.J.A.", 5 mayo 1975).

Capítulo V

EL CUERPO DEL DELITO Y LA IMPORTANCIA DE LA PERICIA EN EL HOMICIDIO

A veces es difícil distinguir el homicidio del suicidio o de la muerte por accidente, así como también la lesión simulada, para evitar, por ejemplo, el servicio militar. De ahí la fundamental importancia de las pericias en general, y de la médica en particular, tanto para éste como para los demás delitos contra la persona.

La forma de la muerte cobra aquí importancia: el ahorcado casi siempre es un suicida, y el muerto a golpes de hacha es víctima de un homicidio. Tiene gran valor el lugar de la herida, pues el suicida lo elige y aparta cuidadosamente las ropas para no errar el golpe, así como también el número de aquéllas. Influye, asimismo, su variedad, ya que ante dos heridas graves o fatales, puede afirmarse que hay homicidio. La regularidad de los bordes denota el suicidio, pues en caso de homicidio la víctima se resiste. Casi siempre las heridas de los antebrazos son defensivas.

El proyectil empleado sirve para identificar el arma, pues el desgaste de ésta provoca estrías en aquél, y utilizando otro —proyectil testigo— con la misma arma, podrá apreciarse si las estrías son similares a las del empleado para cometer el delito, y, en general, toda la criminalística o policía científica contribuye a la investigación en el proceso penal.

Es así como la distancia desde la que se empleó el arma se logra conocer también según sea el orificio de entrada. La expresión de tranquilidad o de horror de la persona revela existencia de suicidio u homicidio, respectivamente.

Otro problema del perito es determinar las heridas vitales, que se caracterizan por hemorragias, coagulación de sangre y retracción de tejidos, aunque a veces algunos de esos síntomas, por ejemplo, la hemorragia, se presenta también en las heridas *post-mortem*[1].

Este tema se relaciona estrechamente con el del cuerpo del delito[2], *corpus delicti*, término que según Manzini, empleó por primera vez Farinaccio, cuyo concepto ha evolucionado, porque en un principio, en el delito de homicidio, se confundía el cuerpo del delito con el cuerpo de la víctima y aún hoy en día debe reconocerse que subsiste esa confusión.

Por este viejo concepto, la interpretación que se hace del cuerpo del delito es material, concreta, objetiva; cuerpo del delito es, para esta postura, el objeto o instrumento con que se comete el delito, o la cosa sobre la que se comete éste, o el efecto que se obtiene al llevarlo a cabo. Por ejemplo, instrumento con que se comete el delito es el revólver en el homicidio o el cianuro en el homicidio por envenenamiento. La cosa sobre la que se realiza el delito es el cadáver en el homicidio, o podría ser el feto en el aborto.

Por último, el efecto que se consigue al cometer el delito puede ser el explosivo en la fabricación de éste.

Tal es el criterio clásico, sostenido especialmente por Carrara.

Pero el concepto moderno interpreta que cuerpo del delito implica un criterio racional, ideológico, o si se quiere filosófico, y cuerpo del delito entonces es más bien el mismo delito a través de todos los episodios de su realización externa. Lo que se busca comprobar es la existencia de aquél. No se atiene sólo a las pruebas materiales en sí, o a la comprobación visual, o a los hechos objetivos, sino que se toma todo el proceso delictuoso y así se obtiene el cuerpo del delito, sin confundirlo con el cuerpo de la víctima.

De acuerdo a este concepto, cuando se dice que está pro-

[1] Nerio Rojas, *Lesiones*, Buenos Aires, 1926.

[2] Ricardo Levene (h.), *Manual de derecho procesal penal*, 3ª edición, Buenos Aires, 1975, ps. 332 y ss.

bado el cuerpo del delito se quiere decir que está legalmente verificada la existencia del mismo delito.

Carrara nos decía ya en su famoso *Programa*[3], que la pericia médica tiene con respecto a este problema una importancia extraordinaria, y agregaba que el perito debe obrar en doble forma: por vía directa, comprobando en el cuerpo de la víctima cuáles han sido las causas que han producido el deceso, las heridas, los tóxicos, etc., y por vía indirecta o por exclusión, verificando asimismo que la muerte de la víctima no se ha producido por otros motivos. Esto último plantearía el problema de la concausa.

Refiere también el insigne maestro italiano, que en 1525, un edicto de Nápoles condenaba a muerte al juez que hubiese a su vez condenado a un acusado por homicidio, cuando tiempo después apareciese viva la víctima, edicto que se originaba en el hecho de que eran numerosos los casos en que se había condenado por homicidio y en los que después habían aparecido con vida las presuntas víctimas. Al respecto cuenta que en 1721, una persona se confesó autora del homicidio por envenenamiento a un tercero. Hecha la autopsia de la víctima, no se encontró en sus vísceras ningún rastro de veneno, o sea, resultó una confesión equivocada. El hombre creyó haberla envenenado.

En 1864 se planteó un nuevo caso. Una mujer confesó ante la justicia haber dado muerte a su hijo al nacer, y explicando el hecho, afirmaba que la criatura gritó y movió los brazos antes de matarla. Los médicos comprobaron en su pericia que la criatura había nacido muerta.

Por eso considera Carrara que no basta que el autor del hecho confiese que ha cometido un homicidio para que se lo pueda condenar por este delito. No es suficiente que haya prueba de las heridas, porque la víctima puede haber sido lesionada y, al parecer, abandonada por muerta, pero puede haber sido socorrida a tiempo; ni basta la desaparición de la víctima para considerar que esa desaparición implica la muerte.

[3] Carrara, ob. cit., ps. 48 y ss.

Entonces, ¿qué es necesario? Si no basta la confesión, ni la prueba de las lesiones, ni que haya desaparecido la víctima ¿cuál es el cuerpo del delito? El cadáver, el cuerpo de la víctima. Por eso explicábamos que con esta postura sobre cuerpo del delito, se lo confunde con el cuerpo de la víctima.

No solamente los clásicos han aceptado esta tesis, sino que hace pocos años la justicia uruguaya se expidió en el mismo sentido, en un caso relatado por Irureta Goyena, el de dos hombres que en el río Uruguay luchaban a cierta distancia de la costa, sobre un bote, ante testigos que los estaban mirando desde la orilla; uno de ellos desapareció y nunca se supo de él, no obstante lo cual el otro fue absuelto.

Con el concepto moderno sobre cuerpo del delito, teniendo en cuenta su realización externa y todos los actos que se refieren a él, la justicia pudo haber resuelto que en aquel caso se había cometido un homicidio. Sin embargo, se declaró que no se había probado el cuerpo del delito y que, por lo tanto, no había homicidio.

¿Entonces, por qué y para qué el Código de Procedimientos de la Capital —y muchos otros provinciales—, admite el recurso de revisión contra la sentencia que condena por homicidio de quien se acredita después la existencia? (art. 551, inc. 2).

El mismo Irureta Goyena nos dice que cómo es posible negar la comisión de un homicidio, si unos testigos ven a una persona penetrar en una casa, y después que un sujeto le prende fuego a ella; aquéllos están situados en forma tal que no ven salir a nadie del lugar. Se apaga el incendio, se hallan botones de la ropa del extinto entre las cenizas, pero no se encuentra su cuerpo ni sus huesos, que han sido quemados. ¿Es posible negar aquí que el cuerpo del delito está constituído por todas estas circunstancias, por todos estos episodios externos relacionados entre sí, que demuestran que ese hombre que entró al lugar y no salió de él y cuyos restos no se han hallado, ha debido morir en el incendio?

Debe recordarse un caso ocurrido en la provincia de Córdoba que conmovió en su hora a la opinión pública: el asesinato de la niña Marta Stutz, en el cual precisamente se

sostuvo la inexistencia del cuerpo del delito. Uno de los problemas más graves fue el hallazgo de unos huesos cremados en un horno, discutiéndose si eran o no humanos.

Otro tuvo lugar en los esteros de una laguna de la provincia de Corrientes; el cuerpo de la víctima no fue encontrado[4], y otro en una isla de esa provincia, con la posibilidad que el cadáver hubiera sido devorado por pirañas y yacarés[5].

La Corte de Justicia de Salta declaró probado el homicidio de una persona cuyo cadáver fue cremado en la caldera de una locomotora[6].

Nuestra ley procesal legisla minuciosa y casuísticamente este tema, enumerando una serie de reglas que debe observar el magistrado a fin de comprobar el cuerpo del delito, y destina algunas normas a los delitos de homicidio, lesiones, infanticidio, aborto, robo, hurto, daño, incendio. Tanta importancia le da, que si no está comprobado, la confesión no surte efecto (art. 316, inc. 7), ni tampoco vale la prueba de presunciones si aquél no consta por pruebas directas e inmediatas (art. 358, inc. 1).

Así, en caso de muerte por heridas, con intervención de peritos, se consignará en los autos su naturaleza, número y situación, la posición del cadáver y la dirección de los rastros de sangre y otros que se encontraren (art. 209).

Si la víctima fuere desconocida, antes de enterrar el cadáver o después de su exhumación, se la identificará por medio de testigos, y si no los hubiere, se expondrá el cadáver en público (en la morgue), si su estado lo permite, como mínimo por veinticuatro horas, antes de practicarse la autopsia. Si a pesar de ello, el cadáver no fuere reconocido, se recogerán las vestiduras y demás objetos encontrados en él, a fin de que sirvan oportunamente para la identificación. Si no aparece en forma manifiesta e inequívoca la causa de la muerte, se procederá a la autopsia del cadáver en presencia del juez, si

[4] Cám. Apel. de Corrientes, 23 de marzo de 1953, con nota de Guillermo de la Riestra, *La confesión como medio de prueba del cuerpo del delito*, "D.J.A.", 3 de marzo de 1954.

[5] Cám. Apel. de Corrientes, "J.A.", 1950-III, p. 24.

[6] "D.L.L.", 10 de noviembre de 1965.

es posible por los médicos de los tribunales, y si no, por los que aquél designe, quienes informarán sobre la naturaleza de las heridas, el origen del fallecimiento y sus circunstancias, expresando si en su opinión, la muerte ha sobrevenido a consecuencia de las heridas, o si ha sido el resultado de causas preexistentes o posteriores extrañas al hecho consumado (arts. 219 a 222).

En los casos de infanticidio, los peritos expresarán la época probable del parto, si la criatura ha nacido viva, las causas de su muerte y si hay o no lesiones en el cadáver (art. 224).

Si hubiere envenenamiento, se recogerán las cosas y sustancias aparentemente nocivas y las analizarán peritos químicos. Hecha la autopsia, también se analizarán los órganos que presumiblemente contienen el veneno (arts. 226 y 227).

Interesa destacar también que no importa qué lapso hay entre la acción del sujeto activo y el resultado que se busca, es decir, la muerte del sujeto pasivo. No es necesario, en principio, que la muerte sea consecuencia inmediata, directa de la acción o de la omisión del sujeto activo. Y decimos en principio, pues esto puede plantear un delicado problema procesal.

Supongamos que se infieren heridas, de las que no resulta una muerte inmediata, heridas graves, de proceso lento, indeciso; hay un peligro de vida dentro de la terminología del Código Penal. El sujeto es revisado por los médicos y se inicia el proceso por lesiones al autor; los médicos informan que deben revisar a la víctima nuevamente dentro de un tiempo determinado. Trascurren treinta días y ya no hay duda de que las lesiones son por lo menos graves; pasa el tiempo, el proceso sigue su trámite, hay auto de prisión preventiva y el expediente pasa al juez de sentencia. Las nuevas pericias médicas no pueden precisar cómo evolucionan las lesiones, y el juez, al final, se ve obligado a dictar sentencia, ya que no puede demorar el fallo por más tiempo. Puede prorrogar un poco esa sentencia pidiendo nuevo informe médico, y al fin tendrá que condenar por lesiones graves o gravísimas, según el caso.

El problema se plantearía si tiempo después, como consecuencia de esas lesiones, la víctima fallece, pero ya estaríamos ante la institución de la cosa juzgada. La revisibilidad del proceso no se admite, sino cuando tiene por consecuencia favorecer al acusado, nunca para empeorar su situación. En este asunto fundamental, desde el punto de vista procesal penal, para la calificación correcta del hecho tiene suma importancia el dictamen médico y el lapso que trascurre entre la comisión del delito y la producción del resultado buscado, es decir, la muerte de la víctima. Por eso, algunos estatutos italianos fijaban en treinta o cuarenta días el plazo entre las lesiones y la muerte, para que se pudiese responsabilizar por ésta al autor de aquéllas, plazo que las leyes germánicas alargaban a un año y un día, lo mismo que el derecho inglés. En Francia, Haití y Santo Domingo, el plazo es de cuarenta días, así como en el antiguo Código de Ticino, y en Méjico, Nicaragua, Colombia, Bolivia y San Salvador, de sesenta.

En el capítulo correspondiente a la concausa nos referiremos a un fallo que dictamos en una causa tramitada en el Juzgado del Crimen que estuvo a nuestro cargo, en la que la víctima falleció estando el expediente en plenario y a prueba. El agente fiscal acusó por lesiones, pero el procesado fue condenado por homicidio[7].

JURISPRUDENCIA.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, para verificar la existencia del cuerpo del delito, exige pruebas directas, desechando la de presunciones[8], lo mismo que la Cámara de Apelaciones de Mercedes[9]. Sin embargo, el tribunal primeramente citado declaró en dos oportunidades que aquél puede ser probado por la confesión, si está corroborada por

[7] Como es natural, limitamos aquí el problema del cuerpo del delito al homicidio. Para un desarrollo más completo del tema, véase Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Ricardo Levene (h.), *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1945, t. II, ps. 370 y ss., y *Manual de derecho procesal penal*, cit., ps. 332 y ss.

[8] "J.A.", t. 2, p. 747.

[9] "J.A.", t. 34, p. 966.

otras circunstancias. En un caso, el cadáver de la víctima no fue hallado, pues había sido arrojado al mar[10], y en el otro había sido quemado[11].

La Corte Suprema de la Nación admite todos los medios de prueba[12], como la Suprema Corte de Tucumán[13], el Superior Tribunal de Santa Fe[14] y la Cámara de Apelaciones de Rosario, esta última en un caso de homicidio mediante veneno, en el que se había hecho desaparecer el frasco que lo contenía[15]. Es lógica esta jurisprudencia, pues bastaría que el homicida haga desaparecer el cadáver de la víctima para que su conducta quede impune, o sea, que la sociedad se encontraría indefensa, precisamente en aquellos casos que ponen de manifiesto mayor peligrosidad del autor. Además, aplicando el criterio contrario a cualquier otro delito, sería imposible por ejemplo sancionar a quien sustrae una cosa y la consume o la hace desaparecer.

En un proceso que tuvo lugar en la Capital Federal por homicidio por envenenamiento mediante cianuro, el acusado confesó el hecho, pero no obstante que en el lugar donde dijo haber enterrado a la víctima, fueron encontrados restos humanos, aquél fue absuelto, aduciéndose que no se había probado qué clase de sustancia había utilizado; si siendo tóxica, ella fue realmente ingerida por la presunta víctima, y cuál fue la causa de la muerte de ésta[16].

En esta jurisdicción, la jurisprudencia ha sido contradictoria. Con mi voto en primer término definió la Cámara Penal el cuerpo del delito en forma amplia[17], tesis que mantuvo en algunos fallos posteriores pero que después cambió[18].

10 "J.A.", t. 69, p. 981.
11 "J.A.", t. 1942-I, p. 428.
12 "L.L.", t. 14, p. 105.
13 "L.L.", t. 22, p. 938.
14 "L.L.", t. 55, p. 407.
15 "L.L.", t. 18, p. 665.
16 C.C.C., "D.J.A.", 30 de setiembre de 1942.
17 C.C.C., 18 febrero 1955, "D.J.A.", 12 de junio de 1955.
18 C.C.C., 10 nov. 1959, "D.J.A.", de 4 a 7 de enero de 1961, con nota al fallo de Juan Silva Riestra, *Consideraciones acerca del cuerpo del delito*. Aquí el cadáver fue cremado y las cenizas dispersadas, y la Cámara, por mayoría de tres votos contra dos, absolvió a los acusados confesos.

La correa utilizada en el estrangulamiento no es el cuerpo mismo del delito, sino el instrumento usado para cometerlo; en este caso, el *corpus delicti* es el cadáver de la víctima.

Conforme a los arts. 316, inc. 7, y 358, inc. 1, del Cód. de Proc. en lo Criminal, la confesión y las presunciones no son suficientes para probar la materialidad del hecho punible[19].

[19] Voto en minoría, C.C.C., 13 abril 1962, "D.J.A.", 30 agosto 1962.

Capítulo VI

CAUSALIDAD, MEDIOS Y MODOS DE COMISIÓN

La causalidad es un requisito fundamental en el delito de homicidio. La acción del hombre —causa— debe producir como consecuencia la muerte de otro —efecto—. Esta acción puede desarrollarse en muchas formas y comprender tanto una comisión como una omisión. Si interviene otro factor independiente, se entra en el problema de la concausa. El medio empleado para matar sirve a veces para calificar el delito; sevicias graves, incendio, otros estragos, veneno.

El homicidio puede cometerse en forma directa (efectuar un disparo) o indirecta (emplear un animal); puede ser por acción (apuñalar) u omisión (no atender a un enfermo, dejar pasar la hora del amamantamiento, no ligar el cordón umbilical); los medios pueden ser físicos (empleo de fusil automático o alambre electrificado), materiales (cualquier arma) o morales (dar una gran emoción a un enfermo del corazón). Esos medios también se clasifican en directos e indirectos, y en positivos y negativos.

La jurisprudencia ha aceptado como medio racional para ocasionar la muerte, los repetidos golpes de puño en el cuerpo de una persona debilitada y postrada en cama por una larga y crónica enfermedad (Cám. Apel. Tucumán, 26 abril 1965), como son medio idóneo los rodillazos propinados en partes vitales —en el caso, la cabeza— (Cám. Apel. Tucumán, 12 nov. 1962).

Para Pessina, Alimena y Soler no hay homicidio indirecto cuando la muerte se origina en un falso testimonio o

condena injusta, pues hay una objetividad jurídica diversa que, en el caso, es el orden social o la administración de justicia. Además, la muerte así es una simple consecuencia y con el procedimiento moderno es difícil que se condene a alguien a muerte por un falso testimonio o una calumnia. Finalmente, el problema sólo se plantea en los países que tienen pena de muerte, y por otra parte la ley penal contempla especialmente la calumnia y el falso testimonio.

En cambio, hay homicidio en tales supuestos para Carrara, pues concurren todos los extremos necesarios, o sea, el fin de matar, y el acto causal, que es la sentencia condenatoria o la falsa declaración, que obran como medios indirectos; para Puglia, pues aunque haya un delito contra la administración de justicia, también hay un homicidio, que prevalece porque es más grave, y para Manzini y Vannini, que agrega como medio indirecto la calumnia.

Era homicidio en esos casos para la ley *Cornelia de sicariis* y Las Partidas.

La doctrina discute la posibilidad de que se pueda matar por medios morales. La niegan Garçon, Chaveau y Hélie y Jiménez de Asúa; la aceptan Carrara, Alimena, Impallomeni, Manzini, Altavilla, Gómez, Soler y González Roura. Un argumento en contra es el de la imposibilidad de la prueba. Pero evidentemente puede cometerse un homicidio por esos medios, espantando, difamando o asustando. Supongamos el caso de que la víctima sea enferma del corazón, y a la que voluntariamente, para ponerle fin a su existencia, se le da un disgusto, una sorpresa grande, una mala noticia, que le produce el "shock" que la lleva a la muerte, si el autor sabía que con su actitud podía matarla.

Naturalmente debemos aceptar la dificultad de la prueba, pero si dijésemos que determinadas formas de conducta no son punibles porque es difícil probarlas, habría que borrar una serie de preceptos del Código Penal. No podemos aceptar este argumento para negar que puede cometerse el homicidio por medios morales, como puede serlo por medios físicos o mecánicos, como sería el uso de un arma. Precisamente, el gran dramaturgo Strindberg, en *El padre*, describe

el caso de una mujer que enloquece al marido y lo lleva casi a la muerte haciéndole dudar sobre la paternidad de su hija, empleando entonces un medio moral. Asimismo, puede matarse empleando un loco (otro medio indirecto), como ocurrió aquí con un enfermo mental que fue armado por unas personas, correligionarias políticas de Wilkinson, quien había sido muerto por Viel Temperley, para que matara a este último, lo que así hizo.

En el homicidio por omisión existe el ejemplo narrado por Perroni-Ferrante, que cita Puglia: en 1893, en Trapani, Italia, fue juzgada una madrastra que le comunicó a su marido, padre de la víctima, su decisión de matar al hijastro, preguntándole aquél tan sólo si tenía ánimo para ello, después de lo cual vio cometer el acto sin hacer nada para impedirlo. El jurado absolvió al padre, pero para Perroni-Ferrante, que hizo de fiscal en ese juicio, y para Puglia, había responsabilidad, pues conscientemente había dejado que su mujer matase al hijo, facilitándoselo con su inacción. Hay un vínculo psicológico entre quien conoce y quiere el homicidio y el que lo ejecuta, o sea, se conecta la omisión de uno con la acción del otro. En ese caso hubo tácita aprobación del padre, que si tenía la obligación de alimentar a la víctima, con más razón tenía la de impedir su muerte, máxime si podía hacerlo. Así, pues, al no impedir el evento, concurrió a producirlo. Un caso como el que narramos, si bien podría presentar dificultades de resolución en la legislación vigente argentina, no las ofrecería para el Proyecto de Código Penal de 1953, que lo prevé entre los nuevos delitos contra la solidaridad social.

No pueden concurrir al mismo tiempo la acción y la omisión, siendo inaceptable el ejemplo que suele ponerse de aquel que empuja al agua a otro y lo deja ahogar, pues la actividad ejecutiva, la que se pone en obra dirigiendo el medio, radica en la acción de empujar.

La acción o la omisión deben ser el elemento causal de la muerte, que sin ellas no pudo haberse verificado.

La omisión debe ser la de aquel que tenga la obligación jurídica de impedir el resultado, obligación que según Van-

nini puede derivar de la ley (obligación del padre de alimentar al hijo); de empleo público o de servicio de pública necesidad (el médico que se rehúsa a cerrar la vena abierta), o de obligación contractual (vigilancia de gobernanta, enfermera, maestro, etc.).

Para Carrara, el homicidio por omisión se castiga cuando la inactividad de quien lo causó fue producto de su voluntad activa.

Capítulo VII

LA CONCAUSA EN EL HOMICIDIO

Es éste un tema complejo y delicado, que si bien pertenece a la parte general, creemos conveniente tratar someramente aquí, pues precisamente cobra importancia práctica en el delito de homicidio o en el de lesiones[1].

Ante todo debe distinguirse la concausa del exceso en el fin, o sea, cuando el hecho no es el querido por el agente. El exceso en el fin está tratado por el Código Penal argentino (art. 81, inc. 1, homicidio preterintencional), pero no la concausa, que si existe se tendrá en cuenta para disminuír la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 41 del Código.

En el homicidio, como ya se dijo, se requiere una relación de causalidad entre el acto, que podríamos llamar agresivo, del autor o sujeto activo, y la consecuencia, es decir, la muerte de la víctima. Hay, pues, un hecho externo que produce esa consecuencia. Pero a veces se infiltran o intervienen otros factores, otras circunstancias, otros hechos, que concurren a precipitar el resultado letal; entonces nos encontramos ante el problema de la concausa; conjunto de hechos, de factores o circunstancias que contribuyen a producir la muerte.

Cuando tan sólo la actividad del sujeto produce la muerte, no hay problema, y la responsabilidad de aquél tampoco

[1] Ver Brusa, *Della concausa nell'omicidio*, en "Rivista Penale", XXX; Paoli, *La causalidad en el nuevo Código Penal*, en "Giustizia Penale", 1932, fasc. XI; Antolisei, *La relación de causalidad en el derecho penal*, Padova, 1934; Jiménez de Asúa, *Nuevas reflexiones sobre causalidad en materia penal*, en "L.L.", t. 22, p. 1; Soler, *Acción y causalidad*, en "L.L.", t. 22, p. 4 (sec. doctrina).

presenta inconvenientes para ser analizada, pero cuando intervienen factores extraños a él, estamos ante el problema de la concausa.

Para Alimena, ésta es la condición sin la cual la lesión no habría podido producir la muerte, o sea, que ni la lesión ni la otra condición son causa exclusiva de la muerte. Ésta es el efecto de ambos elementos.

Mientras Impallomeni define la concausa como todo aquello que independientemente de la obra del culpable, concurre con ella a ocasionar la muerte, para Molinario las concausas son circunstancias preexistentes, simultáneas o sobrevinientes, que independientemente de la voluntad del autor precipitan el evento letal, y para Rojas, concausa es la reunión de causas, el concurso de factores determinantes de un daño en el cuerpo o la salud o de la muerte.

Von Bar sostenía que quien emprende una acción delictuosa desea encontrar el menor número posible de obstáculos, por lo que toda fuerza extraña que favorezca su acción, debe considerarse conforme a su voluntad.

La experiencia confirma también que muchas veces el resultado delictuoso no es producto exclusivo de la acción humana. De ahí que no se pueda exigir la exacta coincidencia entre la representación de la causalidad y el nexo causal objetivo, pues frecuentemente los eventos no son el producto directo e inmediato de la acción humana, sino también de otras fuerzas puestas en movimiento por esa acción o por causas extrañas (Puglia).

En realidad, el que quiere la muerte de la víctima, la desea tanto si conoce su estado patológico y adecua el medio, como si no lo conoce y no lo adecua.

Es la acción la causa material, no en cuanto se conoce la condición preexistente y se prevé la posterior, sino en cuanto sin la acción la muerte no se habría verificado.

Sostiene Vannini que el herido, que llevado al hospital, muere por chocar la ambulancia, desde el punto de vista patológico fallece por la fractura del choque, pero desde el punto de vista lógico y jurídico, no, pues la fractura no habría sido suficiente para causarle la muerte, ya que sin la herida no

habría sido llevado en la ambulancia. Si el conductor tiene la culpa del choque, responderá de homicidio culposo, pues la causa precedente dolosa no excluye la relación de causalidad, y el heridor responderá de homicidio doloso, ya que la causa subsiguiente no ha sido suficiente. El heridor quiere la muerte, hace por producirla y la muerte se verificó. Se llegará a esta conclusión aplicando la doctrina de la *conditio sine qua non*.

El sujeto es responsable, pues causa una lesión y ésta hace eficaz un estado de cosas que de lo contrario no lo sería. No es excusante el homicidio con concausa, para Alimena e Impallomeni, pues el homicidio es siempre voluntario, y por eso no puede hablarse de lesiones seguidas de muerte, dado que la lesión hecha con ánimo de matar, no es lesión.

Disminuyen la pena en caso de concausa, los códigos de Panamá, Venezuela, Uruguay y Paraguay. El art. 367 del antiguo Código Penal italiano de 1889, también disminuía la pena cuando la muerte no hubiese tenido lugar sin el concurso de condiciones preexistentes ignoradas por el autor o sobrevinientes e independientes de su hecho.

En nuestro Código, que como hemos dicho, no habla de ella, no es problema, afirma Gómez, porque precisamente, si bien la concausa tiene influencia, la tiene porque a su vez está el hecho delictuoso que ha sido necesario para producir el homicidio, ya que si no hubiese hecho delictuoso, la concausa no actuaría. Por otra parte, el autor ha obrado con intención y ha hecho todo lo posible para cometer el delito. De modo que no importa que haya o no concausa, aquél es siempre responsable. No habría entonces eximente de responsabilidad. Pero, según se ha expuesto, conforme a las normas generales de los arts. 40 y 41 de nuestro Código Penal, podría servir para imponer una pena menor.

Ésa es la posición aceptada generalmente por la doctrina y la jurisprudencia argentina. Se acostumbra considerar que el autor del hecho responde por todas sus consecuencias. En realidad, no hay tampoco en este asunto un problema de peligrosidad. Igual peligrosidad tiene quien quiere cometer el homicidio y lo comete totalmente él solo, que aquel que ve

facilitada su labor, por ejemplo, por una enfermedad anterior de la víctima. No hay diferencia con respecto a la intención. En todo caso podríamos decir que hay menos alarma social cuando actúa una concausa facilitando la acción del matador.

Y aun eso podría discutirse, porque la alarma social depende en gran parte de la peligrosidad del autor. Un hombre que efectúa cinco o seis disparos de revólver, presenta la misma o mayor peligrosidad, aunque la muerte se facilite porque la víctima padece de hemofilia, con respecto al que hace un solo disparo a una persona que no la tiene. La alarma social sería la misma en ambos casos.

El Proyecto Coll-Gómez de 1937, igual que el Código Penal italiano de 1930 —art. 41—, establece que las causas preexistentes, simultáneas o sobrevinientes que guarden una relación directa con el delito, no excluyen la relación entre éste y su resultado (art. 5). Ello se inspira en el principio de que el autor de un hecho responde de todas las consecuencias de éste, como cuando se hiere a un diabético o hemofílico. En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, si bien ha exigido en alguna oportunidad que la muerte sea consecuencia directa de la acción, no pudiéndose atribuír al autor los accidentes que deriven de una causa extraña[2]. También se ha sostenido que el delito de homicidio se comete si se infieren lesiones y fallece a consecuencia de ellas el lesionado, ya provenga inmediatamente la muerte de las lesiones o de accidentes producidos por las mismas. Así, no pueden considerarse causas extrañas la falta de medios adecuados para curarse, la imposibilidad de aplicarlos oportunamente y aun la descuidada asistencia en un hospital, que son accidentes comunes en esta clase de delitos y, bajo cierto aspecto, constituyen parte de sus elementos integrantes[3]. La Corte de Casación italiana ha aceptado la concausa en el caso de erisipela y en la omisión o negligencia del herido en curarse.

El Proyecto de Código Penal de 1953 erige en norma legal el principio de la causalidad adecuada, para que se rijan

[2] C.C.C., "Fallos", t. I, p. 494.

[3] Sup. Corte de Justicia de Tucumán, "L.L.", t. 8, p. 714.

por él todos los medios de causación no previstos expresamente por la ley, disponiendo: "El resultado dañoso o peligroso que integra el delito será atribuído al agente cuando fuere consecuencia de acciones u omisiones idóneas para producirlo, conforme a la naturaleza de la infracción y a las circunstancias concretas del caso" (art. 21).

Es una fórmula parecida a la del Proyecto de 1951, que dice en su art. 12: "Los acontecimientos de daño o de peligro previstos en las figuras delictivas, serán atribuídos al agente cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso; o cuando la ley expresamente los estatuyere como consecuencia de determinada conducta".

Para Carrara, las concausas pueden derivar de causas accidentales, sobrevinientes a la herida (mala curación o enfermedad posterior), o circunstancias individuales (condición morbosa o anomalía orgánica que en una persona hace mortal la lesión que en otra no lo sería). De allí que haya heridas absolutamente letales (hay responsabilidad por homicidio); accidentalmente mortales (sólo responsabilidad por lesiones); individualmente mortales (se distinguía si la condición morbosa del herido era o no conocida por el heridor; en el primer caso éste responde por homicidio y en el segundo por lesiones).

Suelen clasificarse las concausas en preexistentes, o sea, anteriores al hecho delictuoso; concomitantes o coexistentes al mismo, y sobrevinientes. Asimismo se exige que las primeras sean desconocidas para el autor, y las últimas independientes de su acción, para que lo beneficien, ya que si las conoce, obra sabiendo que otro factor va a ayudarle a consumar el delito, y si tienen relación directa con el hecho, tampoco pueden ser alegadas.

El embarazo, la digestión, la menstruación, son concausas preexistentes. También lo es la ebriedad; los alcoholistas habituales tienen propensión a la congestión intensa de meninges y cerebro y apoplejía pulmonar.

Otras concausas preexistentes son la diabetes, que agrava

las heridas, las várices, que trastornan la circulación y demoran la cicatrización, y la sífilis, que provoca la parálisis general.

Rojas menciona además[4], entre las complicaciones originadas en causas externas, la septicemia, la erisipela y el tétano, y entre las causas internas, el cáncer, la gripe, la tifoidea, el paludismo, la sífilis, la tuberculosis, la hemofilia, el alcoholismo, el morfinismo, la diabetes, la epilepsia, etc.

Para Irureta Goyena las circunstancias preexistentes son: *a*) normales, que se deben a estados pasajeros del organismo (un sujeto con el estómago lleno, pues acaba de comer, recibe un golpe en él); *b*) atípicas, que se deben a anormalidades anatómicas, o sea, condiciones teratológicas del organismo, pero que no influyen en la salud (corazón a la derecha, donde se recibe una puñalada), y *c*) patológicas, que se originan en enfermedades (epiléptico agredido a puñetazos que le producen un ataque, del cual muere).

No es concausa independiente sino lógica consecuencia en la lesión de vientre el tétano, o la gangrena en la herida. Para Irureta Goyena no hay concausa en el homicidio preterintencional, ni en las lesiones o en homicidio culposo. Pero puede haber en el ejemplo que da, de dos muchachos que juegan con cuchillo, uno de los cuales hiere al otro, que se lava en aguas infestadas y muere. Se cree conveniente suprimir la concausa por causas preexistentes, pues se la tiende a confundir con el homicidio preterintencional. Por eso el derecho romano y el francés sólo admitían y admiten la causa sobreviniente.

Concomitante puede ser la muerte del jinete a quien voltea un caballo, que es baleado, o el hecho de tirar un balazo que da en sustancias explosivas, que estallan, o en un arma cargada, cuyo disparo mata a quien la lleva; sobreviniente es la infección en la herida, o la negligencia del médico que la atiende, o la negativa de la víctima en dejarse curar. Pero no debe tratarse de una evolución más o menos normal de la herida, de modo que como casi nunca hay independencia

[4] Rojas, ob. cit.

entre la herida y su complicación, excepcionalmente hay concausa, salvo que falte toda proporción entre el hecho y el medio empleado con el resultado, por ejemplo, si se hiere con un alfiler y se produce una septicemia, que no es la evolución natural de esa herida.

Una aplicación de la concausa es el homicidio o lesiones en riña.

El homicidio concausal es distinto del simple por la diferencia de los medios para obtener la muerte; en el preterintencional la diferencia está en la intención; en el primero, hay un menos respecto a los medios; en el segundo, un menos respecto a la intención.

En general se sostiene que se debe responder por las circunstancias preexistentes, pues la ley protege tanto al hombre sano como al enfermo, por lo que es indiferente que el sujeto conozca o no esa enfermedad. La vida humana exige la protección de la ley tal cual es, con todas sus ventajas y desventajas, y el estado morboso de la víctima debe ser considerado como una condición de la persona, intangible cualquiera sea su modo de ser. En ese sentido, la Exposición del 10 de octubre de 1838, que acompañaba a las leyes penales de las dos Sicilias, decía que el estado de debilidad de la víctima no alivia, sino que aumenta la responsabilidad del culpable, pues si éste, insensible lo mismo a la debilidad que a la enfermedad, lanza el golpe homicida, no puede excusarse de su propia insensibilidad, pues el principio contrario sería funesto para el niño, viejo o enfermo.

La concausa sobreviniente requiere dos condiciones: ser posterior e independiente del hecho. Sería absurdo que el autor se aproveche de que ha ejecutado el hecho en lugar aislado, lo que impide que la víctima pueda conseguir médico, ni otra clase de ayuda, pues esta condición desfavorable le es imputable a él. Lo mismo si la víctima muere de hambre o de sed o devorada por las bestias feroces, pues esta muerte no es accidental sino resultado de la impotencia en que el delito ha dejado a la víctima. No hay en tales casos interrupción de causalidad entre el hecho del agente y la causa sobreviniente.

JURISPRUDENCIA.

Para determinar cuándo hay causalidad, los tribunales han recurrido al cálculo de probabilidades (Supr. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 29, p. 348); a lo que normal y ordinariamente puede suceder (Corte Suprema de la Nación, "Fallos", t. 210, p. 969); a lo que resulta de una recta experiencia (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 22, p. 2).

En general el agente responde por todas las consecuencias directas y normales de su acción u omisión (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 8, p. 714); si ha mediado un íntimo nexo de causalidad entre la lesión y el deceso (Cám. Fed. de Bahía Blanca, "L.L.", t. 9, p. 127); aunque sea la causa mediata (Sup. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 26, p. 389; Sup. Tribunal de Entre Ríos, "L.L.", t. 49, p. 857).

Las causas preexistentes, simultáneas o sobrevinientes que guardan una relación directa con el delito, no excluyen la relación entre éste y el resultado (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 8, p. 714; "L.L.", t. 22, p. 190). Si la acción del reo creó todas las condiciones para la secuela morbosa, deben ser a su cargo todas las consecuencias del hecho (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 9, p. 224). Basta que la lesión sea la causa eficiente, aunque no mortal por sí misma (Sup. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 49, p. 221).

Así, el sujeto es responsable por el homicidio consecuencia de las lesiones inferidas:

a) Si conocía que la víctima era un hombre debilitado y enfermo (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 8, p. 1123); no obstante, el mismo tribunal ("L.L.", t. 22, p. 1) declaró indiferente la predisposición hemofílica desconocida.

b) Por los accidentes sobrevenidos por las mismas, sea por falta de remedios adecuados, imposibilidad de aplicarlos oportunamente y aun por la descuidada asistencia hospitalaria; son accidentes comunes de esta clase de delitos, y en cierto punto constituyen parte de sus elementos integrantes (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 8, p. 714; "L.L.", t. 9, p. 224; Cám. Fed. de Bahía Blanca, "L.L.", t. 9, p. 859),

lesiones causadas en el campo, en lugar alejado de toda atención médica inmediata (Sup. Corte de San Juan, "L.L.", t. 20, p. 936; Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 22, p. 1; Cám. Fed. de La Plata, "L.L.", t. 18, p. 1009; Sup. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 37, ps. 72 y 182; Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 33, p. 606; Sup. Tribunal de Entre Ríos, "L.L.", t. 44, p. 57; Corte Sup. de la Nación, "L.L.", t. 46, p. 440).

En contra, Sup. Tribunal de San Luis, "L.L.", t. 3, p. 1011, lesiones leves que se agravan por falta de atención médica inmediata y adecuada (también véase Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 28, p. 81).

c) O en caso de debilitamiento cardíaco que, a lo sumo, *habría servido para facilitar la obra suficientemente destructora* del agente (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 14, p. 241).

Pero no cabe invocar las causales si la acción criminal tiene la eficiencia necesaria para producir la muerte (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 8, p. 714). De ahí que sea indiferente que concurra otra enfermedad mortal —pleuresía purulenta, en el caso— (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 17, p. 57).

La admisión de la concausa requiere que la circunstancia sobreviniente sea extraña a las contingencias comunes del evento y que medie falta de relación entre el acto y la enfermedad consecutiva, una desproporción anormal entre la acción del agente y la causa de la muerte (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 9, p. 224). Así, existe homicidio si la muerte se produce por la pleuresía sobreviniente y media salida intempestiva del hospital con mejoría aparente (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 32, p. 901); o la causa inmediata sea la bronconeumonía sobreviniente (Cám. Criminal Cap., "L.L.", t. 36, p. 890).

Es menester que la concausa sea independiente del hecho. Ella debe ser excepcional para excluír la relación de causalidad entre la acción u omisión y el resultado; debiendo tal relación de causalidad juzgarse conforme a los principios de la causalidad adecuada conforme al criterio de la prognosis posterior (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 22, p. 1). Con-

formes, sobre el carácter de la concausa: Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 22, p. 190; Sup. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 29, p. 348.

Para que el factor agregado pueda reputarse suficiente, es decir, que asuma la serie causal, es preciso distinguir entre causa, condición y ocasión: sólo aquélla, específicamente idónea, es la que tiene capacidad para producir el resultado, mientras que las últimas contribuyen a facilitar el curso o sirven de coincidencia favorable (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 22, p. 1).

Conforme a estos principios se aceptó que constituye concausa:

a) La intervención innecesaria del cirujano que realiza una operación riesgosa que provocó una complicación letal fuera de la ordinaria de la herida inicial (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 28, p. 81).

b) O el accidente que sufre la víctima del robo, a quien los autores abandonan en medio de la calzada, donde es arrollada por un tranvía (Cám. 2ª Penal de Córdoba, "L.L.", t. 40, p. 670).

c) U otros hechos violentos idóneos entre la agresión a golpes y el síncope que es causa inmediata de la muerte (Sup. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 45, p. 472).

Quien produce una herida punzo-cortante que no llegó a cavidad, quedando en preperitoneo, sólo responde de lesión leve, a pesar de la muerte sobrevenida, si esto ocurre después de una laparatomía exploradora y por haber el médico que la practicó asumido por sí la responsabilidad de operar el apéndice de la víctima, sin verdadera necesidad ni urgencia, dándose ya lugar a una peritonitis (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 28, p. 81; "J.A.", t. 1942-IV, p. 85).

El delito debe calificarse de homicidio en razón de las consecuencias producidas, ya provengan éstas inmediatamente del hecho del agente o de un accidente determinado por ese hecho. Para que la muerte no sea imputable se requiere que la causa preexistente, simultánea o sobreviniente, sea ajena a la lesión producida, es decir, que no guarde con ésta rela-

ción directa (Sup. Corte de Buenos Aires, "J.A.", t. 1942-I, p. 154).

Si la causa que produce la muerte de la víctima tiene su origen mediato en la lesión inferida, debe responsabilizarse por homicidio simple al heridor (Sup. Corte de Buenos Aires, "D.J.B.A.", t. 1944-X, p. 1001).

Existe una relación de causalidad ininterrumpida entre la acción dolosa del procesado y el deceso de la víctima, cualquiera sea la doctrina causalista que se adopte, si el disparo que produjo lesiones varias en la boca y fractura de la columna cervical podía razonablemente determinar la muerte, como así ocurrió; y la infección que se produjo no constituye, en el caso, una concausa excepcional, ajena al hecho, sino una complicación, no sólo previsible, sino esperada en el proceso evolutivo de las lesiones, dada la clase y la ubicación de éstas. A lo que cabe agregar que la extracción del proyectil, llevada a cabo por el cirujano al tiempo de producirse la muerte, fue una operación necesaria, dado el estado de la víctima y el lugar de su localización (Corte Sup. Nac., "L.L.", t. 46, p. 440; "J.A.", t. 1947-II, p. 90; "G.F.", t. 188, p. 129).

No procede condenar por homicidio si ninguna de las lesiones, de carácter leve, era necesariamente mortal, y fueron producidas a una persona que, con anterioridad al hecho, padecía de lesiones cardiorrenales, que pudieron, por sí solas, determinar el síncope cardíaco que motivó la muerte. La intervención de una causa extraña interrumpe el nexo causal entre las lesiones y el resultado letal (C.C.C., "Fallos", t. v, p. 276).

La circunstancia de que la víctima haya sido dada de alta en el hospital donde se asistía, a pedido de su familia, a fin de trasladarla a su provincia natal, donde falleció a los pocos días, no autoriza a calificar el delito como de lesiones, en lugar de homicidio, que resulta probado por diversas constancias del proceso (Cám. Fed. Cap., "J.A.", t. 49, p. 14).

Ha de condenarse por lesiones y no por homicidio, si la relación de causalidad entre las lesiones de cráneo en vías de cicatrización y la septicemia mortal se interrumpe al produ-

cirse escoriaciones fistulosas en la nalga y piernas por la prolongada permanencia en cama de la víctima; siendo tales escoriaciones la causa inmediata de la infección que determinó el fallecimiento (Sup. Corte de Tucumán, "J.A.", t. 49, p. 747).

La descuidada atención médica del herido, no constituye, en principio, una causa ajena a la lesión, que excluye la responsabilidad del autor (Sup. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 37, p. 72; "D.J.B.A.", t. 1944-X, p. 1052).

En la causa nº 14.362, del Juzgado de Sentencia letra B, que estuvo a nuestro cargo, Secretaría nº 23, resolvimos, después de hacer un estudio sobre la concausa, que el acusado era responsable por el delito de homicidio en el caso de una persona que había sido herida en el vientre, a raíz de lo cual fue preciso practicarle la esplenectomía, vale decir, la extirpación del bazo, órgano del sistema hematopoyético, con importantes funciones y cuya falta trae aparejada una notable disminución de las defensas orgánicas, falleciendo aquélla tiempo después por leucemia mieiloidea, que ya padecía con anterioridad (concausa preexistente), puesto que la extirpación del bazo obró como un "latigazo" en la leucemia, acelerando la muerte.

Si la lesión del abdomen importaba evidentemente un valor de destrucción de la vida del herido que, por su ubicación y gravedad médica, era susceptible de traer complicaciones infecciosas y peritoneales, el caso ha de juzgarse como homicidio y no como lesión, pues el valor negativo de la intervención médica carecía de eficiencia mortal propia y, a lo sumo, habría servido para facilitar la obra suficientemente destructora del agente (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 8, p. 714).

Es indiscutible la relación de causalidad para imputar el homicidio, si el reo infiere una lesión punzo-penetrante en cavidad torácica que llevó esquirlas al pulmón, provocando una pleuritis. El deceso obedeció a la patogénesis corriente, sin que una salida intempestiva del hospital, con mejoría aparente, influya como concausa para interrumpir el curso causal que se desarrolló normalmente y conforme a la recta

experiencia (Sup. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 32, p. 901).

El autor del hecho debe responder de las consecuencias inmediatas del mismo, inclusive de las derivadas del lugar y condiciones en que lo ejecutó, cuando éstas han sido previsibles; si el atentado se ha producido en pleno descampado, lejos de los centros en los cuales es dado obtener cuidados médicos oportunos, tal circunstancia no puede ser invocada por el autor como factor de atenuación de la responsabilidad que le compete por el delito perpetrado (Cám. Fed. de Bahía Blanca, "L.L.", t. 9, p. 859).

Si la víctima falleció de gangrena gaseosa, para responsabilizar al procesado por homicidio en virtud de la herida que le produjo, es necesaria la prueba de la causa de esa gangrena, y la certeza de que el factor infectante está ligado al hecho mismo que se juzga (Sup. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 29, p. 348).

Si la causa que produce la muerte de la víctima no es ajena a la lesión inferida —y han de descartarse como causas ajenas la carencia de medios curativos, la imposibilidad de aplicarlos o la descuidada atención médica—, sino que guarda relación directa con la misma, debe responsabilizarse por homicidio al heridor (Sup. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 37, p. 182).

El autor de lesiones debe ser declarado culpable de homicidio si la muerte sobreviniente fuera una consecuencia directa de su acción, y no de los accidentes que pudieran derivar de una causa extraña (C.C.C., "Fallos", t. I, p. 494).

Procede imputar el delito de homicidio si la muerte se produjo por un hematórax consecutivo a una infección generalizada dependiente de la herida, necesariamente séptica, recibida por la víctima (C.C.C., "Fallos", t. V, p. 278).

El proceso broncopulmonar, que se originó en el trauma cerebral o en los fenómenos de decúbito, aunque fue causa última del deceso, funcionando como causa sobreviniente, no es acontecimiento extraordinario, excepcional, ni una nueva serie causal con capacidad propia, sino una condición que se ha agregado a las que ya se hallaban en curso, por obra del acusado, para producir —en conjunto— el resultado letal.

Los golpes, el trauma cerebral, el decúbito, la bronconeumonía y la muerte son términos que se encadenan en evidente relación de dependencia causal, y nada autoriza excluír la imputación de homicidio, aunque en el caso, el medio empleado (uno o dos golpes de puño aplicados por un individuo de constitución física normal, a otro de mayor edad, pero de buen desarrollo muscular y óseo), no se adecua, racionalmente, con el fin, debiendo aceptarse que el resultado excedió la intención del culpable y, en consecuencia, encuadrarse el hecho en la disposición del art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal (C.C.C., "L.L.", t. 36, p. 860).

A pesar de que toda lesión, por leve que sea, puede infectarse y producir consecuencias fatales, ello no está dentro del orden normal de los acontecimientos; y sólo puede imputarse a título de culpa a quien no prevé lo normal, no a quien no prevé lo extraordinario. En tales condiciones, sólo se puede imputar el delito de lesiones culposas al que, haciendo un disparo con escopeta, lesiona levemente a un amigo que en ese momento pasa por allí, y no el de homicidio, por el hecho de que esa lesión se infectó a los pocos días, produciéndose el fallecimiento por infección tetánica (C.C.C., causa nº 1739, 13 nov. 1953).

Si en apreciación de la prueba pericial, conforme a las normas del art. 346, Cód. Proc. Crim., es forzoso concluír que no se ha podido establecer en forma inequívoca la relación necesaria de causa a efecto entre las lesiones producidas a la víctima y la muerte de ésta, por no aparecer aquéllas ni como la condición única determinante de la muerte, ni como integrantes del conjunto de condiciones que hayan contribuído a producirla, o en otros términos, ni directa ni indirectamente puede establecerse la existencia de nexo causal entre la hemorragia cerebral, que en el caso ocasionó el deceso de la víctima, cuyo origen se desconoce, y las lesiones inferidas a ella por el acusado, debe considerarse que no corresponde responsabilizarlo por el delito de homicidio (C.C.C., causa nº 8565, 2 dic. 1938).

Son concausas sobrevinientes y, en consecuencia, imputables a la lesión sufrida, el fallecimiento ocurrido por bronco-

neumonía y edema agudo del pulmón, provocado por el decúbito forzoso a que se ha visto obligada la víctima desde el momento de ser herida hasta su deceso (C.C.C., causa nº 3968, 6 mayo 1947).

En presencia de una lesión como la sufrida por la víctima, inferida con un arma adecuadamente empleada y capaz de suyo de producir el proceso mortal, y de la consecuencia, fallecimiento de la mujer herida, debe considerarse que el hallazgo de un trozo de algodón en la cavidad pleural, al practicarse la autopsia del cadáver de la víctima, no autoriza la conclusión de que el deceso obedece a una nueva serie causal en absoluto independiente de la acción cumplida por el acusado, para afirmar que dicha acción no ha sido causa del resultado.

En el caso debe observarse que de no mediar la conducta ilícita del acusado, la muerte de la mujer no se habría producido, y esto aun admitiendo la influencia mayor indicada como posibilidad opinable, de entre las dos que señalan los peritos, a la presencia, en la cavidad pleural, del trozo de algodón encontrado.

No se trata en dicha circunstancia de un acontecimiento excepcional e imprevisible, en modo absoluto, que verdaderamente haya roto el nexo causal. Por el contrario, habría venido a insertarse, sin interrumpirlo, en el proceso causal, consecutivo al obrar acriminado; a sumarse a las condiciones puestas por el procesado; favoreciendo así, simplemente, la producción de la consecuencia directa de su actuación delictiva. No podría afirmarse que el resultado fatal, como sobrevino, se habría producido aunque el acusado no ejecutara la acción imputada (C.C.C., causa nº 5125, 13 mayo 1941).

Queda configurado el delito de homicidio si la víctima fue herida de bala en el muslo, donde quedó incrustado el proyectil provocando un síndrome neurológico doloroso, que determinó la necesidad de una intervención quirúrgica, durante cuyo trascurso murió por síncope cardíaco, ya que en tal caso la lesión fue la causa mediata del fallecimiento de la víctima (Sup. Corte de Buenos Aires, 30 abril 1963, "D.L.L.", 30 oct. 1963).

Cabe considerar el proceder del imputado como constitutivo de homicidio y no de lesiones leves, si el deceso de la víctima no se produjo por la negligente atención médica y por la demora en practicarle una intervención quirúrgica adecuada, sino que ha existido una relación de causalidad ininterrumpida entre la acción del imputado y la muerte, pues las heridas producidas importaban en sí un valor de destrucción de la vida de la víctima, por su gravedad y ubicación, y la atención médica fue una lógica y necesaria consecuencia del hecho delictivo.

La descuidada atención médica del herido no constituye una causa ajena a la lesión, que excluya la responsabilidad del autor.

Constituye concausa el conjunto de factores o circunstancias que tienden a producir la muerte, es decir, aquello que independientemente de la obra del agresor concurre con ella a producir la muerte de la víctima (Sup. Tribunal de La Pampa, 7 julio 1964, "D.J.A.", 5 set. 1964).

Debe condenarse por homicidio, no por lesiones, aunque la víctima, por propia apatía, derivada de su estado de alcoholización, no se atendió ni pidió auxilio, ni trató de contener la hemorragia provocada por la herida inferida a una arteria del brazo, toda vez que tal estado la torna insensible al dolor físico, al par que le impide tener una conciencia cabal de la gravedad de las cosas; máxime si el arma empleada es de suficiente poder vulnerante para provocar la muerte y la herida provocó el desangramiento rápido (Sup. Tribunal de Misiones, 1 oct. 1965, "D.J.A.", 7 enero 1966).

La concausa importa la concurrencia de un proceso causal previsible, que produjo el resultado independientemente de la condición puesta por el reo, interrumpiendo su curso originario. Si la herida ocasionada por el reo, producida en la región torácica con arma de poder vulnerante, fue de mucha gravedad por haber interesado pulmón y fracturado costillas, no puede desvincularse de ella el resultado acaecido, la muerte, ya que la acción del agente fue idónea para producir el efecto letal.

El carácter letal de una lesión o herida no depende de

saber si en otros casos esa lesión o herida se habría podido evitar con cuidado médico oportuno, o si la herida causó la muerte directamente o sólo indirectamente por efecto de otra causa mediata desarrollada por ella, o si, en fin, la herida ha sido mortal de una manera absoluta en razón de la organización particular del herido o de las circunstancias en que fue herido.

Las modalidades o complicaciones del curso causal no evitadas por la omisión de su tratamiento adecuado, incluso la conducta inadecuada de la propia víctima, no constituyen concausa (Cám. 1ª Penal de Tucumán, 17 febr. 1966, "D.L.L.", 14 julio 1966).

La sola relación de causalidad fáctica entre la herida de carácter leve inferida a la víctima, herida que no lesionó ninguna víscera, y únicamente provocó una hemorragia externa de menor importancia y la muerte de ésta por edema agudo de pulmón, en el que influyeron fundamentalmente las serias deficiencias orgánicas en su sistema cardio-vásculo-renal, no bastan para tener acreditada la relación de causalidad jurídica necesaria, si el acusado sólo actuó con intención de dañar y nada indica que su dolo fuera el específico de matar. Pretender que el simple conocimiento por parte de un lego de que la víctima sufría algunas afecciones y tomaba remedios, le hiciera prever la posibilidad del desenlace fatal, sería colocarse fuera de una lógica adecuada al desarrollo normal de los hechos (C.C.C., 30 julio 1968, "D.L.L.", 25 febr. 1969).

Media relación de causalidad entre la conducta del procesado y la muerte de la víctima, si el primero la hirió gravemente en el abdomen, con arma blanca, que atravesó el hígado y afectó el páncreas, aun cuando haya fallecido por neumonía hipostática con motivo de una intervención quirúrgica, pues ésta se presentó como necesaria para salvar la vida del enfermo, de tal modo que la congestión hipostática pulmonar con la neumonía consiguiente, tiene una vinculación directa con la acción del procesado, al existir una sucesión de hechos ligados unos con otros, que en la evolución de las

diferentes etapas han tenido el desenlace mencionado; en consecuencia, el autor de las heridas es responsable por homicidio.

No existe causa sobreviniente de la muerte de la víctima, si no se trata de una complicación o de un cuadro clínico ajeno, alejado o desvinculado con la lesión primitiva ocasionada por el autor del hecho (Cám. Crim. Tucumán, 9 mayo 1957).

No es óbice para que el hecho cometido encuadre en el art. 79 del Cód. Penal, la circunstancia de que la víctima, después de operada a consecuencia de la herida recibida, ejecutara un hecho que produjo el desenlace fatal (Cám. Crim. Concepción del Uruguay, 31 julio 1957).

Si la acción del agente tuvo la eficacia para producir la muerte, al afectar la lesión la cavidad torácica abdominal, pleura, pulmón, hígado y diafragma, no puede dudarse del valor destructivo de la vida del herido, ni influír como concausa una deficiente asistencia hospitalaria (Cám. Crim. Tucumán, Sala 1ª, 3 dic. 1959).

No puede hablarse de ruptura del nexo causal si el informe forense descarta toda posibilidad al precisar que el fallecimiento de la víctima se produjo por una peritonitis por herida de arma blanca que ha sido mortal por la intoxicación de los gérmenes y por la extrema gravedad de las múltiples heridas, ya que no es lo mismo para el enfermo luchar contra una peritonitis como único cuadro, que cuando además concurren una herida penetrante del tórax, con lesión del pulmón, perforación incompleta del corazón y otras heridas dispersas en el cuerpo.

Teniendo la peritonitis por única y directa causa la herida de arma blanca producida por el procesado, no puede negarse el nexo causal entre aquélla y la lesión (Cám. Crim. Tucumán, 6 marzo 1961, "D.L.L.", 29 enero 1963).

Si a raíz de una secuela dejada por la herida ocasionada por el reo, la víctima fue sometida a una operación quirúrgica para reconstruír el nervio radial, falleciendo en el posoperatorio a raíz de un cuadro "fibrino penia", medió en el hecho una causa nueva extraña a la herida, que rompió el nexo

causal entre ésta y la conducta del acusado, que impide poner el resultado letal a cargo de éste.

La hemorragia incoercible por imposibilidad de coagulación sanguínea, por falta de fibrinógeno en la sangre, adquiere valor de concausa por haber cooperado eficientemente en la muerte.

Si la hemorragia aparece con carácter irregular y extraña a las contingencias comunes a la herida y la acción criminosa no se presentó con eficacia necesaria para producir la muerte, gravitando en el resultado el hecho de que antes del acto quirúrgico no se adoptaron los recaudos mínimos de práctica, la muerte acaecida no es imputable al autor de la lesión (Cám. Pen. Tucumán, 12 dic. 1963).

Si el fallecimiento de la víctima, acaecido un mes después de ocurrido el suceso que se reprocha al acusado, ha sido consecuencia de un proceso patológico previo, cuya agravación determinó el desenlace letal, y si bien desde un punto de vista puramente causal (en sentido naturalístico) el accidente fue condición material de ese resultado, estuvo fuera de la posibilidad del cálculo del prevenido y, por consiguiente, no es jurídicamente pertinente tener a este último como autor de la muerte (Cám. Crim. Cap., sala 3ª, 25 agosto 1975).

Capítulo VIII

SUJETOS PASIVO Y ACTIVO DEL HOMICIDIO

Con respecto al sujeto pasivo, se plantea ante todo el problema de su vitalidad. Algunos autores[1] consideran que si el recién nacido está vivo, pero no tiene vitalidad, sólo hay una apariencia de vida, y que no puede hacerse el distingo entre vida y vitalidad, que Puglia define como la aptitud a continuar la vida, ya que es imposible la primera sin la segunda. Además, faltando la vitalidad, no hay objetividad jurídica, pues falta el derecho a la vida en el sujeto pasivo.

Sostienen lo contrario, a nuestro juicio, con razón, entre otros, Chaveau y Hélie, Magno, Carrara, Soler, Altavilla, Impallomeni, Stoppato, Camaño Rosa, y, en general, la escuela positiva.

Se reconoce que científicamente es exacta la diferencia entre vida y vitalidad. Se puede nacer vivo, pero con vida de poca duración. Pero no se sabe bien cuánto durará aquélla, pues los médicos pueden prolongarla. Por eso dice Puglia que lo mejor es disminuír la pena si falta la vitalidad, como hacía el Código toscano (art. 319). Para la escuela positiva no hay distingo, y el sujeto activo es igualmente temible.

En Italia, al informarse el Proyecto de 1887, con respecto al infanticidio, se afirmaba que al exigirse la vitalidad, se requería una condición especial que no se pedía en el homicidio común, y además se introducía un elemento fundado en una previsión futura, larga, indeterminada, arbitraria y peligrosa para la justicia, argumentos todos que vienen perfec-

[1] Pessina, Napodano, Puglia, Mittermaier, entre otros.

tamente al caso, a lo que se agrega que el concepto antinómico de muerte es vida, y no vitalidad[2].

En cuanto al monstruo, en general se lo acepta como sujeto pasivo si tiene al menos cabeza. Quedaría tan sólo descartada la llamada "mola", carnosidad informe, que a veces, muy pocas, se produce dentro de la matriz. Al respecto Carrara habla del monstruo u *ostentum*, de conformación anormal, pero reconocible como perteneciente a la especie humana.

Antes se distinguió entre *monstrum*, deforme, sin nada de especie humana, y *monstruosum*, defectuoso y anormal, pero con cara humana, y cuya muerte era un homicidio, no así la del primero. Los antiguos creían que ser humano era el apto para ser soldado, y de ahí que el Taigeto en Grecia y la roca Tarpeya en Roma se utilizaran para despeñar a los niños endebles o deformes.

Nuestro Código Civil nos da una pauta al respecto, al definir en su art. 51 a la persona humana diciendo: "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".

No interesa la edad de la víctima; basta que quede un minuto de vida en el viejo o en el moribundo. Tampoco el sexo, la nacionalidad ni el color o la raza; recuérdese al respecto la acción de Papas y reyes en favor del indio; el problema de los negros y la ley de Lynch en Estados Unidos. También es sujeto pasivo el recién nacido, requiriéndose para unos (Beling) la expulsión del cuerpo, mientras que otros (Soler) llegan a sostener que es sujeto pasivo el ser desde el comienzo de los dolores del parto, sin distinguir los momentos anteriores o posteriores de la expulsión[3], lo que nos parece exagerado. Creemos, en cambio, ante el claro texto de la ley (art. 81, inc. 2, del Cód. Penal), que en el derecho

[2] Enrico Altavilla, *Delitti contro la persona. Delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*, en el *Trattatc di diritto penale* de Eugenio Florian, Milano, 1934, p. 39

[3] Sebastián Soler, *Derecho penal argentino*, t. III, Buenos Aires, 1945, ps. 18 y 19.

argentino debe aceptarse que desde el momento del nacimiento, o sea, desde que comienza el parto, o su expulsión del seno materno, el ser humano es sujeto pasivo del delito que estudiamos.

Recordemos que en la antigüedad se tomaba en cuenta para agravar la pena el parentesco de la víctima con el matador; el código de Hammurabi preveía la muerte de ingenieros, barqueros, médicos, etc.; las leyes de Manú distinguían al muerto según las castas; las de Grecia, según fuese ciudadano o no; las españolas, la condición de la víctima y su relación con el matador.

En la legislación moderna también se tiene en cuenta el parentesco de ambos sujetos, del que, según el caso, puede resultar un aumento o disminución de la pena, y en ciertos códigos, la calidad de funcionario, gobernante o diplomático extranjero.

El sujeto pasivo es, en definitiva, toda persona de existencia visible. No lo es entonces el feto, pues se lo destruye mediante la interrupción del proceso de gestación, lo que constituye el delito de aborto.

Debe distinguirse ese delito del de homicidio, porque en el aborto lo que se protege es el ser en gestación, o sea, según la frase corriente, la esperanza de vida, mientras que en el homicidio nos hallamos ante una realidad de vida. Por eso, en el homicidio la ley penal tutela una vida humana, viviente, real, que se percibe casi siempre por la respiración; ello nos lleva de la mano a un problema que se plantea en este delito, cual es el de intentar dar muerte a un cadáver.

Es, por ejemplo, el caso de un hombre que cree sorprender a su enemigo, ignorando que ha muerto, y lo balea. Según el punto de vista de los clásicos, estaríamos ante un hecho que no es delito. Pero desde von Buri en adelante, los autores alemanes han modificado este concepto, evidentemente erróneo, y así ha surgido la doctrina de la punibilidad de tal acto, considerándoselo delito imposible, que es delito, aunque sea imposible, ya que es una de las formas de la frustración de la actividad criminal, que, como sabemos, es punible.

Sostiene con toda razón la jurisprudencia alemana, fran-

cesa y la nuestra, que los hechos y los actos valen más por lo que significan que por sus resultados, aunque no causen concretamente un daño; en el caso del delito imposible, o como bien se dice, tentativa de delito imposible —porque el delito no se puede cometer ya que es imposible—, el sujeto ha desarrollado toda la actividad que ha estado en su mano realizar para consumar el hecho delictuoso. Ha cumplido todo el *iter criminis*, ha efectuado todos los actos que estaban a su alcance para obtener el fin perseguido. Ha habido intención criminal, y si los hechos no se han producido como él quería, estamos ante un delito frustrado por circunstancias ajenas a su voluntad, por inidoneidad de los medios empleados o porque el delito es imposible en sí. Es el supuesto de aquel que quiere robar una cartera que no contiene dinero. O el del que balea un cadáver. O el de quien efectúa maniobras abortivas en una mujer que no está encinta. O el de aquel que quiere envenenar a la víctima, confundiendo el cianuro con azúcar. El sujeto cumple una actividad criminosa, comete todos los actos que él quiere y puede cometer, pero el delito no se lleva a cabo por circunstancias ajenas a su voluntad. Se considera esto tentativa de delito imposible, y se lo sanciona en general en las legislaciones como tentativa del delito que se quiso cometer.

Nuestra jurisprudencia ha resuelto que no considera delito imposible punible el hecho de golpear con un garrote y con propósito homicida, la cabeza de un cadáver, porque la peligrosidad del autor del hecho es el fundamento del delito imposible, pero circunscrita a la tipicidad, siendo indispensable la existencia de un bien jurídico protegido, contra el que se atenta en forma inidónea (Cám. 2ª Penal de Tucumán, 12 agosto 1968, "D.J.A.", 4 dic. 1968).

De modo que, en definitiva, el sujeto pasivo puede ser un niño, recién nacido, que se ha separado del seno materno, a quien se le ha cortado el cordón umbilical, tiene autonomía de vida y respira, como puede serlo mientras se halla en proceso de nacimiento.

La ley lo protege hasta el último minuto de vida, mien-

tras tenga función respiratoria y cardíaca[4], no importando que sea un moribundo, un agonizante, un viejo o condenado a muerte, pues siempre es una vida humana. Así lo tiene también resuelto nuestra jurisprudencia (Cám. 2ª Penal de Tucumán, 2 agosto 1968, "D.L.L.", 13 marzo 1969).

Lo único que se requiere entonces es una existencia o autonomía de vida.

Otro de los problemas que se plantea en este punto es el de los trasplantes cardíacos, iniciados —algunos con buen éxito— el 3 de diciembre de 1967 en Sudáfrica y de los cuales se habían efectuado 127 en abril de 1969.

Varias instituciones argentinas como la Academia Argentina de Ciencias, la de Ciencias Morales y Políticas, la de Medicina, etc., analizaron los distintos aspectos técnicos, éticos, teológicos, jurídicos y morales del asunto (condiciones del equipo quirúrgico, inmunología, selección del dador y del receptor, la muerte inminente del primero, la no propaganda personal del caso, etc.).

Pero a los fines que aquí nos interesan, poco a poco surgió la preocupación respecto de la determinación del estado de muerte del donante y que se experimenta en un ser humano.

Se recordó que el electroencefalograma puede no revelar actividad eléctrica cerebral, no obstante lo cual ha habido casos de recuperación, así sean excepcionales. A pesar de la llamada muerte clínica (el cerebro dejó de evidenciar actividad bioeléctrica, pero puede seguir viviendo el corazón, pues la muerte avanza en el organismo con lentitud y progresivamente —tres minutos para el cerebro, a veces ochenta el corazón, horas para uñas y pelos, etc.—), el sujeto ha podido superar su estado agónico y ello obliga al derecho a profundizar los estudios de la ciencia biológica.

Así, se ha definido la muerte como "definitiva e irreversible cesación de la última de las actividades autónomas objetivamente bien aseguradas; nerviosa, respiratoria o circula-

[4] Altavilla, ob. cit., p. 40, e Isidoro De Benedetti, *El homicidio*, en "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral", año XII, 1947, nº 52-53, Santa Fe, 1947, p. 189.

toria"[5]. De ahí que se sostenga que para asegurar la existencia de la muerte biológica debe dejarse trascurrir un plazo no menor de tres horas de la anunciada muerte clínica; que el tiempo mínimo requerido para la inhumación responde a la necesidad de evitar inhumaciones prematuras en casos de muertes aparentes; que sólo hay muerte cuando hay muerte cerebral, o sea, cuando ya no hay oxígeno en el cerebro, lo que se comprueba por medio de electrodos que llegan a la corteza cerebral; que debe haber consentimiento del dador.

En el mismo sentido, en un dictamen elevado por un grupo de médicos al Ministerio de Salud Pública de la Nación, del 2 de octubre de 1968, se sostuvo: "La única comprobación que autoriza a suspender las medidas de reanimación y proceder a la obtención del trasplante antes de que el deterioro orgánico lo utilice, es la cesación completa e irreversible de las funciones cerebrales. Esto se pone de manifiesto por la ausencia de toda respuesta a los estímulos exteriores, la pérdida de la respiración espontánea, la caída abrupta de la actividad cardiovascular, si no se la sostiene, y un electroencefalograma lineal".

Por eso mismo, la Organización Mundial de la Salud ha establecido cinco principios para determinar la muerte debida a la cesación de la actividad cerebral: pérdida de toda conexión entre el cerebro y el organismo; incapacidad muscular total; cesación de la respiración espontánea; ausencia de presión sanguínea; absoluta cesación de la actividad del cerebro, comprobada eléctricamente, y aun bajo estímulo. Y se ha entendido que precipitar la muerte del donante para asegurar el éxito de la operación de trasplante, es un delito. Vale decir, que la disposición de partes del cuerpo humano insustituíbles y únicas, como es el corazón, sólo puede efectuarse *post mortem* del donante, y, en consecuencia, no puede extraerse el corazón de una persona cuya muerte sea aparente o inminente.

Todos estos puntos fueron estudiados en profundidad en las Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Criminología, efectuadas del 1 al 5 de octubre de 1968, en la ciudad de

[5] Alfredo Achával, *Manual de medicina legal*, Buenos Aires, 1963.

Santa Fe, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral, con sede en esa ciudad, precisamente en la sesión final que tuve el honor de presidir y en la que se trataron trabajos de los Dres. Roberto A. M. Terán Lomas, organizador de dichas jornadas, Isaac Freidenberg, Juan Alberto Iriarte, Raúl Viñas, Dardo Ernesto Racciatti, Danilo H. Kiliborda, Bernardo Carlos Varela y Humberto S. Vidal, entre otros.

La sesión resolvió que "de la relación y de los distintos trabajos presentados, surge un consenso general acerca de la necesidad de determinar en forma incuestionable la muerte real del donante, a efectos del trasplante de órganos insustituíbles, como el corazón. La actuación apresurada, en caso de muerte aparente o inminente, puede configurar el tipo de homicidio. El electroencefalograma plano no resulta una prueba decisiva de la muerte, ya que puede presentarse a pesar de subsistir la vida. Debe sustituírse por pruebas valederas, como son los signos establecidos por la medicina legal, o comprobaciones de la falta de oxígeno en el cerebro. Debe contarse con el consentimiento expreso del donante".

En nuestra opinión no pueden ampararse estos trasplantes en el estado de necesidad que, conforme a lo dispuesto en el art. 34, inc. 3, del Código Penal, requiere el sacrificio de un mal menor para evitar un mal mayor, porque la vida del dador, así le quede un solo minuto de ella —ya que los trasplantes se hacen a veces en vivo—, y la del receptor, son bienes jurídicamente equivalentes[6].

De ahí que algunos países hayan dictado leyes especiales que regulan este problema (Brasil, Perú, Sudáfrica, España), como la que para nuestro país solicitaron algunos de los trabajos presentados a las antes citadas Jornadas de Derecho Penal y Criminología y que fue proyectada en 1976, autorizándose el "dador cadavérico", incorporando el concepto de muerte cerebral, penando a quienes realicen trasplantes sin estar autorizados y prohibiendo todo tipo de publicidad de ellos que signifique lucro o especulación.

[6] Bernardo Carlos Varela, *Aspectos legales del trasplante de corazón*, "D.J.A.", 17 nov. 1968.

El tema, como es natural, está vinculado desde otro aspecto con el homicidio resultante de un tratamiento médico-quirúrgico, que desarrollamos en el capítulo XII, y el del consentimiento de la víctima, que veremos en los siguientes capítulos, y a cuyas respectivas bibliografías nos remitimos.

Un grupo grande de personas, a las que se da muerte por odios raciales, políticos o religiosos, puede ser sujeto pasivo de un delito, nuevo para la doctrina y la legislación, el de genocidio, que incrimina el art. 423 de nuestro Proyecto de Código Penal, conforme al Proyecto de Convención aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

En efecto, el artículo citado sanciona a quien, con el propósito de destruír, total o parcialmente, comunidades nacionales o de carácter religioso, racial o político, cometiere delitos contra la vida de sus miembros en cuanto tales.

En lo que se refiere al sujeto activo, es siempre el hombre, como en todos los delitos; aunque se valga de terceros, de medios mecánicos o de animales para matar, como en el caso narrado por Conan Doyle en *El mastín de los Baskerville*.

En las leyes antiguas se tenía en cuenta su parentesco con la víctima; en las de Manú, la casta; en Las Partidas, si era caballero o hidalgo y su relación con la víctima; en el derecho eclesiástico se distinguía si era o no sacerdote.

Si bien hoy en día parte de la doctrina y algunas legislaciones admiten que las personas de existencia ideal pueden ser sujetos activos en los llamados delitos económicos, tal posibilidad debe ser desechada en lo que se refiere a este delito, que para su comisión exige siempre, sea en forma directa o indirecta, que el autor sea una persona física, sola o unida a otras, tanto que determinen o ejecuten el hecho, o que cooperen a realizarlo.

Si intervienen varias personas en la comisión del delito, rigen a su respecto las normas de la parte general del Código referentes a la participación, con excepción del homicidio en riña, sujeto a un régimen distinto, como veremos más adelante. También podría tenerlo el homicidio cometido por una muchedumbre delincuente, al que dedicamos el próximo capítulo, pero ésta carece de disposiciones especiales en la legislación vigente argentina.

Capítulo IX

EL HOMICIDIO COMO DELITO DE LA MUCHEDUMBRE

El homicidio como resultado de la actividad delictuosa de las muchedumbres es un tema, si se quiere, nuevo, no obstante que el delito en general, cometido por aquéllas, ha sido estudiado, entre otros, por Enrique Ferri, Concepción Arenal, Escipión Sighele, Gabriel Tarde, Gustavo Le Bon, Norberto Piñero, Eusebio Gómez y otros.

Recién encontramos legislado el delito de muchedumbres en el Código Penal italiano de 1930, en su art. 62, párrafo 3. En el art. 62 se refiere a las circunstancias atenuantes comunes y dice en el inc. 3:

"Haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto; cuando no se trata de reuniones prohibidas por la ley o la autoridad y el culpable no es un delincuente o contraventor habitual o de profesión, o delincuente por tendencia".

La fuente de esta disposición es el art. 22 del Proyecto de Código Penal para Italia, de 1921, que entre las circunstancias de menor peligrosidad incluye el haber obrado por una sugestión de una multitud en tumulto.

La nota a este párrafo 3 del art. 62 del Código Penal italiano aclara que la influencia de la muchedumbre en tumulto es una innovación del nuevo Código. Ella no puede ser invocada como atenuante, sino con la condición de que el culpable no sea un delincuente habitual, de profesión o por tendencia y que la reunión no sea prohibida por la administración.

Si la reunión ha sido prohibida, la influencia de la

muchedumbre tumultuosa no constituye una circunstancia atenuante porque ella implica forzar el principio de autoridad, y es inadmisible que el hecho ilícito de participar en una reunión prohibida o de desobedecer la orden de dispersión, sea un título para obtener una disminución de pena.

Asistir a una reunión prohibida o permanecer en ella cuando ya se ha iniciado, está implicando una desobediencia a la autoridad, y como dice bien la nota, la desobediencia a la autoridad o el incumplimiento de leyes no puede constituír una fuente de inimputabilidad o disminución de responsabilidad.

Los dirigentes no están excluídos *a priori* del derecho de invocar esta circunstancia. Será evidentemente difícil demostrar que ellos han sido sugestionados; ésa es una cuestión de prueba, dice al terminar la nota del artículo de referencia.

Contemplan también esta circunstancia el Proyecto de Código Penal para Bolivia de 1943, el de Coll-Gómez de 1937 (haber obrado por la sugestión de una multitud o de una asamblea en tumulto, o en circunstancia de excitación pública, es circunstancia de menor peligrosidad —art. 18, inc. 4—) y el Proyecto de Código Penal de 1951, que incluye entre los índices de menor peligrosidad el haber obrado bajo la sugestión de una multitud o asamblea en tumulto, siempre que el sujeto no padezca de taras hereditarias o congénitas, o de psicopatías, o no posea antecedentes penales, o que haya cometido el delito cuando razones de familia, cargo o profesión u otras similares crearen para el imputado la obligación de una digna conducta personal y social (art. 55).

En principio hay que distinguir el delito de multitudes del delito de muchedumbres. Para algunos autores, la muchedumbre presenta una heterogeneidad o serie de diferencias en sus componentes, ya sea de educación, de posición económica, de ideas, de sexo, de costumbres. Pero se ha interpretado que estas diferencias de los integrantes corresponden a la multitud, que es heterogénea, y no a la muchedumbre, y que, por el contrario, en ésta hay cierta coincidencia de ideas y de intereses que no se encuentran en la multitud.

La muchedumbre actúa para un fin determinado, a dife-

rencia de la multitud, que está reunida sin ningún fin, y en la que cada integrante tiene un pensamiento distinto. Si, por ejemplo, un acto cualquiera reúne a todos los habitantes de un lugar determinado, tenemos una multitud. En cambio, una muchedumbre es aquella que llevada por sentimientos comunes, tiene cierta afinidad, por lo menos en el objetivo que la congrega, como ocurre en un acto patriótico, sin perjuicio de que sus integrantes pertenezcan a distintas clases sociales. Pero casi siempre también encontramos homogeneidad en este aspecto, porque si estamos ante un problema de reivindicaciones obreras, esa muchedumbre será una muchedumbre obrera y la integrará una sola clase social.

Le Bon, en un trabajo que publicó sobre el tema en la "Revue Scientifique", divide las muchedumbres en heterogéneas (anónimas y no anónimas, como las parlamentarias) y homogéneas (según las sectas, castas y clases). Las sectas vinculan por la fe, religión o credo (son políticas o religiosas). Las castas surgen según las profesiones, como ocurre en la India, y las clases —burguesa, labradora, etc.— dependen de la función social, de los intereses, de los hábitos.

Según Piñero, la multitud comprende lo heterogéneo, lo que se forma en las calles o plazas, o en un teatro. No la integran ni sectas, ni castas ni clases, no obstante lo cual, utiliza indistintamente ambos términos en su interesante y poco conocido trabajo sobre este asunto[1].

Naturalmente que estamos ante un problema de psicología colectiva, porque en un grupo de hombres, en primer lugar, pierde fuerza la psicología individual, y en segundo lugar, no podemos hablar de que va a resultar de ese grupo una suma perfecta de características individuales. Bien se ha afirmado que en una reunión de personas, hay un producto pero no una suma. Téngase en cuenta, por ejemplo, los resultados de las deliberaciones de cualquier conjunto de hombres. Es así como los doce o veinticuatro miembros de un jurado popular, pueden dar veredictos equivocados. Una reunión

[1] Norberto Piñero, *El crimen y las multitudes*. Extracto de su conferencia de Alcides V. Calandrelli, Buenos Aires, 1895. No debe olvidarse tampoco *Las multitudes argentinas*, de José María Ramos Mejía.

de veinte o treinta hombres de ciencia o escritores famosos, como Kant, Goethe, Shakespeare, puede llegar a conclusiones propias de hombres mediocres, como dice Max Nordau, soluciones que ninguno de sus integrantes, en forma individual, habría dado. Porque, en primer lugar, la responsabilidad se diluye cuando se está en grupo; hay muchas personas de carácter débil, que pierden responsabilidad cuando están con otras.

Por otra parte, algunos miembros faltan y hay una displicencia ante el pensamiento de que son muchos y que las cosas pueden hacerse lo mismo. En las comisiones directivas de las instituciones también se ve que dos o tres personas son las que se ocupan de todo; las demás figuran en los cargos, concurren o no y otorgan el sí a todo lo que se les da prácticamente resuelto. Por eso es éste un problema de psicología colectiva, que está a mitad de camino de la psicología individual y de la sociología.

Debe también señalarse que las muchedumbres cometen frecuentemente no sólo delitos contra la vida (homicidio, lesiones), sino también delitos contra la propiedad (incendio, robo, pillaje).

Con respecto a la responsabilidad de los integrantes de las muchedumbres, hay una serie de doctrinas que van suavizando esa responsabilidad hasta llegar a un criterio casi comúnmente aceptado, que consiste en la irresponsabilidad de sus componentes.

En un principio, sin estudiar a fondo el problema, se pensó que todos los integrantes de las muchedumbres son responsables por igual. Naturalmente, esto plantea un problema muy serio, el de la prueba. ¿Quiénes, entre esos integrantes, son los autores materiales de los hechos?

Pugliese sostiene que es conveniente aceptar la semirresponsabilidad de los integrantes de la muchedumbre criminal, mientras que Tarde, en el Congreso de Antropología Criminal de Bruselas (1892), consideraba conveniente distinguir, a los efectos de la responsabilidad, entre conductores y con-

ducidos[2]. Para Piñero, si los primeros no tienen antecedentes, debe atenuarse la sanción, sin llegarse a la irresponsabilidad.

Una aplicación directa de la responsabilidad atenuada, la encontramos en un delito contemplado por nuestro Código que más adelante veremos: el homicidio en riña. Entre varias personas han dado muerte a un sujeto, pero no se sabe quién ha sido el autor. Cualquiera de los integrantes del grupo pudo serlo. Se lo desconoce por faltar la prueba, y la ley corta por lo sano, estableciendo una responsabilidad colectiva, pero también una disminución de penalidad; ninguno de los integrantes del grupo es sometido a las graves penalidades del homicidio.

Se ha observado bien, como dice Ferri, que hay una verdadera fermentación psicológica, parecida a la del delincuente pasional, cuando la muchedumbre actúa delictuosamente, una fermentación explicable, porque la emoción de cada uno de los miembros va creciendo, en proporción cada vez mayor, cuando sienten que su emoción es compartida por otros seres. En el mismo lugar, contemporáneamente, esa emoción es aumentada bruscamente al sentirse en contacto con emociones similares, y al mismo tiempo se produce un despertar de todas las pasiones, una rotura de los frenos de la corteza civilizadora que tenemos, que a veces hace convertir al hombre en bestia. Es un poco de atavismo, un salto atrás; obran tendencias ancestrales y un poco el sentimiento de irresponsabilidad; hay una reacción psicológica y hasta se recobra un poco la personalidad, sobre todo en aquellos que no la tienen. El alma de la muchedumbre, al decir de Le Bon, se caracteriza por ser impulsiva, irritable, cambiante; ella pasa de lo feroz a lo sublime, según se la guíe. Bruto la arenga y la conquista, después de matar a César. Luego habla Marco Antonio y se vuelve contra los matadores.

El hecho es que el ser sufre un doble proceso, por un lado inhibitorio, porque el hombre pierde personalidad, ya que desaparece la individualidad y es víctima del contagio y sugestión, y por otra parte pierde su control, su discerni-

[2] Gabriel Tarde, *Les crimes des foules*, Paris, 1892.

miento, que siempre le ha permitido distinguir el bien del mal, que siempre le ha evitado caer en el camino del delito, y sufre una rotura de frenos morales que lo lleva a actuar violentamente, confundiéndose con la muchedumbre criminal, y amparándose en el anonimato. Ese doble proceso debe ser tenido muy en cuenta para resolver el problema general de la responsabilidad de los integrantes de la muchedumbre criminal, y es así como en la evolución que mencionamos llegamos a la última etapa, en la que se postula la irresponsabilidad de sus integrantes.

Esta tesis predomina porque el individuo, el integrante, sujeto a esta influencia de la muchedumbre, a la imitación, a la sugestión del ideal político y social, y a la sugestión del *meneur*, ha perdido momentáneamente su control, ha actuado automáticamente con un trastorno psíquico transitorio, y no es imputable. En ese momento de su vida tan especial no hay imputabilidad posible, y se agrega que si ese hombre, en estado normal, libre de esa influencia o sugestión, no hubiese cometido ningún delito, para qué penarlo entonces, si se sabe bien qué causa tan especial lo ha llevado a delinquir.

De modo que la doctrina moderna cierra el ciclo referido y culmina con la tesis de la irresponsabilidad de los integrantes de la muchedumbre criminal.

Debe distinguirse también el delito colectivo del delito de muchedumbre, porque no son la misma cosa. Este tema fue estudiado en el Congreso Internacional de Antropología Criminal de Bruselas, en el año 1892, y en Amsterdam, en el Quinto Congreso (1901), se volvió a considerar. En resumen, podemos llegar a la conclusión de que hay un proceso que se va superando en cuanto a la cantidad de miembros o de personas que cometen el delito colectivo. Éste tiene su raíz, su fuente, su expresión más usual, en la pareja criminal, que puede ser o no del mismo sexo.

Hay siempre en ella un íncubo y un súcubo. El primero es el que domina, el otro es el dominado, o sea hay un *meneur* y un *mené*. Ésta es la forma más usual del delito colectivo: la pareja criminal.

Viene luego la asociación de malhechores. Nosotros ha-

llamos la asociación de malhechores en el art. 210 del Código Penal, que trata de la asociación ilícita. Hay en ella más de dos personas y hay también un íncubo y varios súcubos. Antes de entrar a la muchedumbre criminal, existe una tercera etapa; es decir, la secta criminal, que se diferencia de la asociación de malhechores porque delinque con fines que ella cree justos o nobles: reivindicaciones sociales, políticas, etc. Por ejemplo, sería el caso del Ku-Klux-Klan en Norteamérica, que desde su punto de vista, actuaba buscando justicia. Sin embargo, era una asociación de malhechores.

La última etapa es la muchedumbre criminal. En ésta puede haber también uno o varios íncubos y por supuesto hay muchos súcubos, pero la realidad es que todos son íncubos y súcubos, todos dominan y todos son a la vez dominados. Pero ¿cuál es el proceso que lleva a un individuo que toda su vida ha sido inofensivo, a convertirse en un ser feroz, en medio de la muchedumbre criminal?

Gabriel Tarde, publicista y sociólogo francés, ha dado quizá la respuesta más acertada. Encuentra la solución en la sugestión; considera que en la muchedumbre criminal hay un problema de sugestión, los seres actúan llevados o arrastrados casi sin quererlo, sin pensarlo, por la masa. Se enceguecen, imitan, y cuando quieren recobrar su personalidad, es decir, pensar en lo que ha ocurrido, se dan cuenta que han cometido un delito que jamás habrían llegado a efectuar en otro momento.

Esta tesis de la sugestión de Tarde, compartida por Gómez[3], es posiblemente la más acertada dentro del complicado problema de esta forma de delincuencia, que además es imprevista, porque recordemos que si en la asociación ilícita, contemplada, como dijimos, en forma especial por nuestra ley, hay una premeditación, ya que los seres que la integran se ponen en contacto y de acuerdo para delinquir, casi siempre la muchedumbre criminal se forma de manera intempestiva, sin premeditación, sin haberse pensado las cosas. Hay una súbita organización que se genera espontáneamente. La inte-

[3] Eusebio Gómez, *La multitud delincuente*, en "Revista de Derecho Penal", año VI, 1ª sección, p. 91.

gran un conjunto de seres que en un momento dado, por un acontecimiento o noticia que ha llegado a sus oídos de manera rápida, repentina, se encuentran reunidos. Hay entre ellos un *meneur* que activa, que agita, pues es el hombre de más carácter que conduce, y los otros le siguen sin reflexionar y llegan al delito.

Téngase presente como ejemplos de delito de muchedumbres el incendio del Colegio del Salvador, ocurrido en 1875, la llamada semana trágica en Buenos Aires (1919), que comenzó al inhumarse los restos de unos obreros muertos por la policía; los sucesos de Bogotá, en 1948, durante una Conferencia Internacional Americana; la muerte del propietario de una finca situada en la provincia de Buenos Aires, que había conseguido el desalojo de su inquilino (1950); etc.

En materia de delitos cometidos por mujeres en forma colectiva, se destacan como características la rapidez y la intensidad de la sugestión, y se recuerda al respecto las actividades de las mujeres que actuaron en forma tan decidida durante la Revolución Francesa. Mucho después tenemos las sufragistas inglesas, que hace unos cincuenta años agitaron su país, llegando a cometer verdaderos delitos. Así, en sus campañas políticas, penetraron en una exposición de cuadros y destruyeron uno magnífico de Velázquez. Y en 1913, una de estas mujeres perdió su vida en ocasión que se corría el Derby británico, porque se precipitó a las patas del caballo del rey que intervenía en esa carrera, haciéndolo rodar e impidiéndole así que ganara.

Es interesante destacar en este tema tres aspectos para apreciar mejor el problema de la responsabilidad. En primer lugar, la distinción entre *meneur* y *mené*; en segundo término, el móvil que lleva a la muchedumbre al delito, y, por último, la dificultad de la prueba.

Siempre hay seres tímidos, más buenos, de carácter más blando o menor que el de otros. Estos individuos son más fácilmente manejables, son presa más fácil para los caracteres fuertes, para los más audaces, de gran personalidad. Así se puede efectuar el distingo del íncubo y del súcubo, cuando se juntan varias personas.

Concepción Arenal ha hecho un estudio del *meneur* y del *mené*, considerando que hay individuos que conocen perfectamente bien la idea que lleva a la muchedumbre criminal al delito. Hay otros que la conocen a medias, pero siguen fielmente la ejecución trazada; otros no la conocen, pero a pesar de todo van en el grupo, y otros interpretan totalmente al revés la idea, pero como no tienen criterio suficiente como para darse cuenta de su actividad, también siguen al grupo común.

Desde el punto de vista moral, Concepción Arenal hace otra distinción de los integrantes de la muchedumbre criminal para diferenciar quiénes son los *meneurs* y *menés*. En primer lugar están aquellos que tienen fe y abnegación en la idea; en segundo lugar, los que creen en la idea, pero sin ninguna fe; en tercer lugar quienes no creen en la idea ni tienen fe en ella, pero que la siguen por conveniencia, y, por último, están aquellos más débiles o pobres de espíritu, que se desquitan, que recobran momentáneamente su personalidad cuando se ven apoyados por la multitud, porque en ese momento se sienten conductores de la masa.

Otro de los aspectos importantes es el móvil. Puede ser el amor, el odio, la venganza. Muchas veces hay un móvil lícito desde el punto de vista subjetivo, cuando se busca castigar al delincuente.

Así se explica la ley de Lynch en Estados Unidos. Pero casi siempre hay una idea política, una conmoción de orden general, que afecta y mueve a las masas a lanzarse a la calle en forma impetuosa y delinquir.

Y para terminar, el tercer problema es el de dificultad de la prueba. Esa dificultad precisamente se ha comprobado al estudiar la psicología del testimonio[4], pues cuantos más son los testigos, cuanto mayor número de gente presencia un hecho, las versiones que de él se obtienen son más contradictorias. Cuando son muchos, el caso es más arduo de resolver para la justicia.

[4] Ricardo Levene (h.), *La psicología del testimonio*, "D.L.L.". 21 de mayo de 1943; *El delito de falso testimonio*, Buenos Aires, 2ª ed., 1962.

El problema inicial consiste, pues, en individualizar quiénes son los que han intervenido en el hecho, y, en segundo lugar, quiénes son realmente los que han dirigido y los que se han dejado dirigir, porque en estricta justicia habría que graduar la responsabilidad entre ellos y en todo caso limitarla a los primeros.

Capítulo X

TENTATIVA DE HOMICIDIO

Es éste un tema complicado, sobre todo por la dificultad de la prueba, ya que no es fácil, una vez que el sujeto ha cumplido toda su actividad criminosa y no obtiene el resultado deseado, es decir, la muerte, poder determinar si en realidad quiso matar, o si tan sólo quiso herir, o si no quiso matar ni herir y sí tan sólo intimidar a la víctima.

Nos encontramos entonces ante el problema de conocer la intención del sujeto. Este problema se resuelve generalmente con los términos en que aquél relata el hecho. Casi todo depende, pues, de su confesión; tanto es así que hasta hace unos años, difícilmente nuestros tribunales condenaban por tentativa de homicidio.

Ello es en verdad lógico, ya que nuestra ley penal requiere la concurrencia del elemento intencional, en cuanto el art. 42 del Código exige que para sancionarse la tentativa, el comienzo de la ejecución haya sido efectuado "con el fin de cometer un delito determinado", no bastando entonces que los elementos utilizados en el hecho o la actividad del agente sean idóneos para ocasionar la muerte.

En realidad puede surgir la existencia de la tentativa de homicidio de una serie de factores o de circunstancias que rodean al caso, pero la prueba debe ser concluyente, unívoca. La más importante es naturalmente la confesión del autor, aunque debe tenerse presente que, según nuestra ley de rito, la confesión no es válida si no se reúnen ciertos requisitos (art. 316). Además tiene importancia el carácter del autor, sus antecedentes en hechos de sangre anteriores, la rivalidad exis-

tente entre víctima y victimario, el arma empleada, la dirección que se le dio, el lugar donde se hirió, la persistencia en el ataque y el número de heridas, datos todos éstos que si bien pueden no valer por sí solos, en conjunto permiten poner de relieve la intención del sujeto.

El problema es muy importante porque debe distinguirse este hecho de la tentativa de lesiones o lesiones consumadas y de otro delito: el de disparo de armas.

La prueba de la voluntad de matar es aquí fundamental. Los antecedentes españoles así lo demuestran: el Fuero Juzgo distingue a "el que mata a otro por su grado e non por ocasión". El Fuero Real emplea el término "a sabiendas", lo mismo que las Partidas.

Según Alimena, debe actuarse contra una vida humana en forma eficaz e inequívoca, para que haya tentativa, o sea, la puesta en peligro del bien jurídico, como dice Vannini[1].

Aquí, una vez más, deben distinguirse los actos preparatorios (comprar el veneno, cargar el fusil), de los actos de ejecución (poner el veneno en la comida, efectuar el disparo), ya que el veneno pudo adquirirse para matar hormigas y el fusil pudo cargarse para cazar, y de ahí que sólo los segundos sean incriminables.

Es el caso de recordar el fallo de aquel sujeto que disparó su arma contra el lecho donde, según aquél creía, dormía su amigo. La presunta víctima se había levantado y así salvó la vida. La Corte de Chambéry, Francia, consideró el hecho como tentativa imposible y lo declaró impunible, pero la Corte de Casación casó el fallo y lo consideró homicidio tentado, porque la circunstancia de no haberse encontrado la víctima en el lugar, donde debía yacer en el momento del disparo, era el fortuito independiente de la voluntad del reo que había impedido la consumación de la muerte (§ 877). Sin ese hecho fortuito, la muerte se hubiera producido. Por lo tanto, la tentativa era punible porque existía el objeto del delito: la vida de un ser humano (distinto habría sido el caso de quien aplica una puñalada sobre una persona que cree

[1] Vannini, ob. cit., ps. 14 y 15.

dormida y que ha muerto esa noche de un ataque al corazón, porque no se puede matar a un muerto y porque el objeto, en este delito, no es el cuerpo humano sino la vida de un ser humano); el homicidio era, entonces, posible, y los actos que constituían su tentativa, hasta el disparo inclusive, no podían quedar inmunes de pena.

JURISPRUDENCIA

Veamos algunos casos en que me tocó intervenir como juez de sentencia de la Capital.

En la causa nº 13.723, G. M. del R., Secretaría nº 23, *una mujer es encontrada por un agente de policía en la calle* Tucumán al 1400, sobre la vereda, sin conocimiento, perdiendo sangre. Al mismo tiempo, el agente ve que un hombre con el rostro ensangrentado, sale a la carrera de una casa situada en las cercanías. Se hacen las averiguaciones del caso y resulta que esta mujer intentó dar muerte al hombre, después de lo cual se tiró desde el tercer piso a la calle.

Ni el hombre ni la mujer pierden la vida en este episodio. La víctima declara que tuvo relaciones íntimas con la segunda, y que como decidió cortarlas, ella le pidió una cita, se encontraron en su casa y cuando le preguntó: ¿me querías hablar?, al darse vuelta, vio que la mujer le apuntaba con un arma, efectuándole varios disparos, algunos de los cuales le alcanzaron.

Hecho esto, la autora se precipitó al balcón, y no obstante haberla querido contener, se tiró a la calle.

La mujer reconoce haber obtenido un arma con el propósito de dar muerte a su amigo, a quien le pidió una entrevista; llevó el arma cargada con cinco balas, le solicitó explicaciones, y como la víctima insistiera en no verla más, resolvió poner en práctica sus propósitos. Apretó el gatillo y se desvaneció. No puede asegurar si ella se tiró a la calle o fue tirada por la víctima.

Para calificar el hecho tuvimos en cuenta las manifestaciones de la acusada, en cuanto afirmó que consiguió un arma

y que decidió llevar a la práctica su propósito. A tal elemento de juicio, de importancia fundamental en casos como éste, se unían circunstancias externas o materiales, que probaban el inequívoco propósito de la autora de matar a la víctima, como el apoderamiento del arma, que pertenecía a su hermano, la obtención de una cita con la víctima, el número de disparos efectuados y el lugar de las heridas, la idoneidad del arma utilizada y finalmente la posterior tentativa de suicidio. Encuadramos este hecho en el art. 79 en relación con el 42 del Código Penal. La Cámara confirmó el fallo por sus fundamentos.

Otra tentativa de homicidio que se consideró como tal y fue confirmada por la Cámara. Es la misma situación: una pareja que tiene disputas, ella quiere romper relaciones y volver a su hogar, pues es una mujer casada que se ha separado del marido y sus hijos; hace saber su decisión a su amigo y él la amenaza con matarla. El día del hecho ocupan una habitación, se recuestan a medio vestir en la cama sin haber tenido ninguna incidencia, el hombre le aplica el arma y le efectúa un disparo. Hiere a la mujer, y manifiesta el acusado al prestar declaración, que ante la situación que se le planteaba por el deseo de la compañera de regresar a su hogar, quiso solucionar ese problema y le efectuó cuatro disparos, después de lo cual se colocó el arma sobre la sien, tratando de suicidarse. Que no tuvo intención previa de matarla, pero su estado emocional lo llevó a eso. Como hemos dicho, con argumentos parecidos a los del caso anterior, encuadramos el hecho en el art. 79, en relación con el 42 del Código Penal, calificación que fue confirmada en segunda instancia (causa nº 3293, L.J.P., Secretaría nº 22).

A igual conclusión llegamos en las causas 14.303, Secretaría nº 23, D. M. de R., B., y 14.367, T. M. S., de igual Secretaría, originadas asimismo en un hecho pasional.

También se ha declarado que no son suficientes, por sí solo, para llegar a la calificación de tentativa de homicidio, ni la idoneidad genérica para matar del arma empleada, ni el número de disparos, ni aun el número de heridas inferidas; es necesario la comprobación plena de la intención de matar,

que al ser negada por el acusado, deberá inferirse de otras circunstancias connotativas de aquel ánimo (C.C.C., causa nº 6891, 12 junio 1951).

Excluye el encuadramiento en la tentativa de homicidio la falta de comprobación del dolo determinado de matar, elemento subjetivo esencial de la figura (C.C.C., causa nº 8818, 28 marzo 1952).

El hecho de haber resultado lesionada en la cabeza la víctima, como consecuencia del o de los disparos de arma que le hiciera el encausado, no constituye un signo inequívoco del propósito homicida, si en el caso, por una determinada circunstancia fáctica, aquél debía forzosamente levantar por sobre el hombro de otra persona el arma con la que apuntaba a aquélla, produciendo el disparo.

No cobra valor indiciario del propósito homicida la circunstancia de haber apuntado con arma de fuego a la persona agredida, atento a que el disparo de arma para configurar el delito previsto en el art. 104 del Código Penal, debe ser dirigido "contra una persona", como expresión de un querer o de un acto voluntario que importe, para el cuerpo o la salud de la persona destinataria del disparo, el peligro real de sufrir algún daño.

El disparo de arma de fuego puede ser un acto de ejecución del delito de lesión grave u homicidio, pero falta el elemento subjetivo propio de tales delitos si quien efectúa un disparo no tuvo el propósito de lograr esos resultados, sino que únicamente se limitó a "asentir" su posible realización no sucedida (C.C.C., 8 mayo 1962, "D.L.L.", 29 abril 1963).

Aunque pueda establecerse que el disparo de arma con la lesión consecutiva, producido por el sujeto activo contra la víctima, pudo ser de carácter mortal, ello no induce necesariamente a calificar el hecho de tentativa de homicidio, para lo cual se requiere que la intención de matar se manifieste en forma indudable.

En la tentativa de homicidio, la relación concursal lesión y homicidio integra un delito progresivo configurativo del concurso aparente de leyes regido por el art. 42 del Código Penal (C.C.C., 24 nov. 1961, "D.L.L.", 5 mayo 1962).

Comete el delito de lesiones graves y no tentativa de homicidio quien sólo efectuó un disparo contra la víctima, estando en condiciones de descargar íntegramente el arma de fuego que empuñaba (C.C.C., 24 nov. 1961, "D.E.D.", 2 oct. 1962).

No es dudosa, en el caso, la intención de matar en la tentativa de homicidio si median las siguientes circunstancias: la presunción resultante del medio empleado (revólver), la forma de comisión del hecho (disparo a corta distancia y a la cabeza de la víctima) y el manifiesto propósito homicida del encausado estampado de puño y letra en una carta (Cám. Apel. Mar del Plata, 30 agosto 1966, "D.L.L.", 20 dic. 1966).

Si valorando los elementos de convicción aportados a la causa, cabe establecer que el encausado apuntó —desde corta distancia— con su revólver al pecho de su antagonista, percutiendo dos veces el disparador sin que saliera el tiro, no pudiendo perseverar en su conato homicida porque le fue arrebatada el arma, tal conducta encuadra en la previsión del art. 42 del Código Penal, atento a que, comenzada la ejecución del delito con actos idóneos al fin propuesto, no se lo consumó por causas ajenas a la voluntad del agente activo (Sup. Trib. de Misiones, 13 agosto 1965, "D.L.L.", 6 oct. 1965).

No puede calificarse el hecho como tentativa de homicidio si no se demuestra el elemento subjetivo esencial del ánimo de matar (*animus necandi*), que debe ser preciso y cierto (Cám. Apel. Dolores, 16 nov. 1967, "D.L.L.", 18 enero 1968).

No constituye tentativa de homicidio sino lesiones, aunque el medio usado haya sido idóneo para matar, si el acusado negó la intención homicida, no se ha probado por otros medios que le guiara ese propósito, ni mediaba odio o amenazas previas y si, no obstante quedar al encausado cinco balas en su revólver, se dio a la fuga, pudiendo haber ultimado a su víctima (C.C.C., Sala V, 3 julio 1970, "D.L.L.", 17 nov. 1970).

Es autor de tentativa de homicidio quien aplica nueve puñaladas con un cortaplumas a otro sujeto aunque afirme

que su ánimo era sólo el de hacerlo callar y evitar provocaciones en el futuro, si la provocación de la víctima sólo fue una broma torpe sin entidad, si la acción tuvo un móvil de venganza y si la víctima estaba acostada con el imputado con la luz apagada y este último actuó sin darle tiempo para que reaccionara (doctrina del fallo de primera instancia) (C.C.C., Sala de Cámara, 14 julio 1970, "D.L.L.", 30 oct. 1970).

La condena por tentativa de homicidio exige la prueba categórica del dolo directo de matar, esto es, la intención inequívoca de producir la muerte del sujeto pasivo.

Aunque se admite la previsión de la posible muerte del atacado, e incluso su aceptación en el ánimo del agente, la tentativa en nuestro derecho no puede construírse sobre la base del dolo eventual, según así resulta de la propia letra del art. 42, C.P. (que es un delito de intención) (C.C.C., Sala de Cámara, 25 agosto 1972).

Si bien el carácter de delito instantáneo revestido por el homicidio implica que "la acción que lo consuma se perfeccione en un solo momento", ello no descarta la posibilidad de que su realización física exija la concurrencia de una serie de hechos que integrarán la conducta homicida; por consiguiente, si la serie se ve interrumpida por causas ajenas a la voluntad del agente, para saber si existe tentativa habrá que inquirir si la acción emprendida era adecuada para lograr la muerte de la víctima (Sup. Corte Bs. As., 24 abril 1973, "D.J.A.", 18 nov. 1974).

Si el reo confiesa su designio y las circunstancias que rodean el episodio —como la compra del arma poco antes del suceso, el número de los disparos, la dirección de ellos, la distancia que separó a víctima y victimario—, confirman la intención expresada, no hay razones capaces de trasladar el tentado homicidio a un tipo privilegiado. Si, además, el acusado obró con frialdad, calculando la posición y desplazamiento ulterior de la víctima y reservando un proyectil —llevaba la cuenta de los que había disparado— para eliminarse él, debe descartarse la existencia de emoción violenta (C.C.C., Sala de Cámara, 8 mayo 1973).

Capítulo XI

HOMICIDIO DEPORTIVO

Este tema del deporte relacionado con el derecho, no interesa tan sólo al derecho penal; la personería jurídica de los clubes donde se practica, las relaciones entre instituciones y socios, los contratos con los deportistas[1], los balances, las inspecciones de sociedades anónimas efectuadas por el Estado, todos estos asuntos interesan también al derecho financiero, al derecho laboral y al derecho administrativo[2].

Así como es relativamente nuevo el estudio del homicidio de la muchedumbre, es también nuevo el del delito deportivo, es decir, el que se comete en ocasión de la práctica de algún deporte. En efecto, téngase en cuenta que en el deporte pueden cometerse delitos, puede ocurrir una muerte, o resultar una persona herida, como puede defraudarse al público que asiste al espectáculo. Así, por noticias periodísticas nos encontramos con que en 1954 fallecieron en los Estados Unidos seis púgiles en asaltos de box, cifra muy inferior por cierto a la de 1953, año en que las víctimas llegaron a veintidós y cercana a la registrada en nuestro país.

El deporte está dirigido y reglamentado por instituciones especiales en cada país. En el nuestro tenemos en cada deporte una federación y todas están a su vez reunidas en la Confederación Argentina de Deportes, que era también Comité Olímpico Argentino, el que tiene la representación del

[1] Arturo Majada Planelles, *Naturaleza jurídica del contrato deportivo*, Barcelona, 1948.

[2] Arturo Majada Planelles, *El problema penal de la muerte y las lesiones deportivas*, Barcelona, 1946, ps. 1 y ss.

deporte en el exterior. Hace unos años, el Estado creó el Consejo Nacional de Educación Física, ya desaparecido, que tenía a su cargo la reglamentación superior de los deportes, y por último, existía una Dirección de Medicina del Deporte que fiscalizaba todo lo que se refiere a esa especialidad.

Los reglamentos deportivos tienden a evitar la mala fe y los actos antideportivos dentro de los campos de juego. Son pequeños códigos deportivos que aprueba la autoridad administrativa. Por ejemplo, entre nosotros, las reglas del box están aprobadas por la Federación Argentina de Box y la Comisión Municipal de Box, que tiene a su cargo la fiscalización de los combates que se realizan en la ciudad de Buenos Aires. Fueron completadas por normas que proyectó el Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública de la Nación y que se concretaron en un decreto-ley publicado en enero de 1963. Esas reglas tienden a dar intervención a los médicos, previa al match, para reconocer el estado físico y capacidad de los boxeadores. Contienen normas para el árbitro, quien está autorizado para suspender la pelea en cualquier momento, cuando ve a uno de los contendientes en inferioridad de condiciones, para evitar un hecho desgraciado o consecuencias irreparables en la salud o vida de los boxeadores. Clasifican las categorías para tratar de obtener proporcionalidad de fuerzas y evitar una superioridad de un boxeador con respecto a otro por razones de peso; especifican el peso y tamaño de los guantes que deben usarse. Imponen el uso de vendas en las manos, la prohibición de usar sustancias en los guantes que puedan enceguecer o lastimar o abrir las heridas que va produciendo el combate, y la de ciertos golpes que se determinan previamente, los llamados golpes prohibidos, que pueden acarrear la descalificación. Todas éstas son medidas de previsión.

De la existencia de reglamentos aprobados por la autoridad, surgen en principio dos conclusiones: primero, que la autoridad consiente el ejercicio de ese deporte y admite esos reglamentos, o sea, implícitamente, que quien a ellos se ajusta no está cometiendo un delito. En segundo lugar, por eliminación, todo aquel deportista que no se ajuste a esos reglamentos, hará que su conducta encuadre en el campo ilícito penal.

Como es natural, la existencia de todas estas organizaciones, autorizaciones y reglamentaciones del Estado, no implica la desincriminación de los delitos, en caso que se cometan, porque no es posible prescindir de las disposiciones del Código Penal, ya que, como dice con toda razón Vannini, no puede condicionarse la vida humana a la irregularidad de los golpes, ni abandonársela a *merced de un reglamento deportivo*[3].

Nosotros hemos tenido un caso interesante de jurisprudencia[4], donde se puso en evidencia el problema que plantea en este asunto la falta de reglamentaciones. Un *match* de box se celebró en Bragado en el año 1928. Uno de los púgiles sufrió durante el trascurso del mismo un golpe, quedó desvanecido durante 20 minutos, fue llevado al hospital, donde tuvo una hemorragia y falleció. Se procesó al contrincante, a quien el juez de primera instancia de Mercedes condenó a un año de prisión y cinco de inhabilitación especial para ejercer el boxeo, considerándolo responsable del delito de homicidio culposo. Dijo el magistrado que había quedado debidamente probado que no se efectuó la revisación médica previa ni se comprobó el estado físico de la víctima antes del *match*, y entonces consideró que había imprudencia del otro púgil al haberse medido con un hombre sin que se cumplieran esas condiciones.

La Cámara de Apelaciones de Mercedes confirmó el fallo, y haciendo consideraciones sobre la forma como había estado abandonado hasta entonces el deporte y la necesidad de su control en el país, aceptó la tesis del magistrado de primera instancia, de que había una imprudencia, una negligencia o inobservancia de los reglamentos que obligaban a la revisación médica previa.

José de Loaiza, al comentar ese fallo, lo criticó, diciendo que en la provincia de Buenos Aires no había en aquella época reglamentos que tratasen el problema de los *matches* de box. Por otra parte, se pregunta el autor citado, ¿a quién le corresponde esa revisación médica?; ¿cada púgil debe revisarse a

[3] Vannini, ob. cit., p. 11.

[4] "J.A.", t. 29, p. 92.

sí mismo, o debe revisar y controlar el estado físico del contrario, o era ésta una obligación del empresario que organizó el *match*?

En realidad es éste un caso excepcional de jurisprudencia. Casi todos los sucesos similares se han terminado en los campos de juego. Se han aceptado los hechos ocurridos como accidentes desgraciados, consecuencias imprevistas, pero ajenas a toda ilicitud. Los hechos lamentables que han ocurrido en los campos deportivos contadas veces han llegado a los estrados judiciales, y este caso que acabamos de referir es uno de los pocos que terminó con una sentencia condenatoria[5].

Conviene recordar al respecto que hay un derecho penal disciplinario también vinculado al deporte. Dentro de los reglamentos de las distintas federaciones, existen capítulos o artículos destinados a la sanción de aquellos deportistas de inconducta notoria que no cumplen con los reglamentos, que se alzan contra las autoridades deportivas, y no respetan el juego limpio y la lealtad en el *match* o competencia deportiva. Basta entonces a veces la suspensión o la multa para solucionar estas situaciones. Es interesante destacar que, hasta hace poco, en rugby se suspendía por 99 años a los jugadores. Es decir, un término que demostraba el propósito de eliminar de los campos de juego para toda la vida a los malos deportistas. Y con referencia a este asunto, hace pocos años ocurrió un hecho desgraciado: un jugador de rugby murió en el *field* a causa de una jugada infortunada, y, sin embargo, el caso no llegó a la justicia criminal, pues se lo consideró simple accidente. Todos los presentes vieron que no había habido nada intencional, que lo ocurrido era una consecuencia del tipo de juego violento.

Al respecto es interesante destacar que un jugador de este deporte ha lanzado la idea de que para disminuír los riesgos, se utilicen banderas con astas de goma y ropas protectoras y que los postes sean acolchados, haciendo notar, en un estudio publicado en el "British Medical Journal", que de

[5] Roberto H. Brebbia, *La responsabilidad en los accidentes deportivos*, Buenos Aires, 1962.

590 personas que sufrieron heridas en partidos de rugby, 129 tuvieron lesiones en la cabeza, 35 en la columna vertebral y muchas otras fracturas de miembros, con 4 casos fatales.

Este problema del deporte ha ido cobrando cada vez más importancia, porque por un lado el desarrollo mayor de las industrias ha llevado a las empresas a facilitar a sus obreros una vida más higiénica, construyendo, al lado de las fábricas, campos de deportes; en segundo lugar, por la creación en los distintos países, de asociaciones que hacen justas internacionales y grandes campeonatos, y por último, por los Juegos Olímpicos, que cada cuatro años originan un mayor interés en los pueblos por el deporte, ya que el honor más grande de un deportista es ser representante olímpico de su país.

Aquél se ha convertido en un importante fenómeno de la vida social contemporánea y requiere una completa ordenación jurídica.

Así se ha ido madurando un sentimiento popular en favor de los deportes, a lo que se ha agregado la publicidad de la radio y televisión, la del periodismo y revistas especializadas, la aparición de memorias y biografías de los grandes deportistas y, en nuestro país en particular, la ayuda estatal, todo lo cual ha facilitado la popularidad y difusión de esta actividad.

El deporte puede ser practicado por afición o por lucro y en forma individual o colectiva y, en general, se lo define como el ejercicio físico sometido a reglas determinadas, que tiene por objeto la diversión de quien lo practica y el mejoramiento de su estado físico.

También se hace una clasificación que tiene relación con el tema. Se habla de deportes en los que no hay lucha directa: es el caso del tiro, de las carreras; deportes donde hay lucha pero no violenta, sino tan sólo de destreza y habilidad; sería el caso del tennis o de la esgrima; y deportes donde hay lucha violenta como el *catch*, rugby o boxeo. Pero en cualquiera de ellos puede cometerse un delito.

Tanto es así que hace muchos años, en Paraná, Entre Ríos, en un asalto de esgrima, uno de los tiradores atravesó a otro la chaquetilla protectora y penetró en el pecho del adversario, llegando hasta el corazón y causándole la muerte. Se

inició el proceso y los más conocidos maestros de esgrima informaron como asesores; se analizó si se habían tomado o no las medidas de protección indispensables (por ejemplo, el tirador debe tener su careta y chaquetilla, las armas deben llevar los botones protectores, etc.), llegándose a la conclusión de que no había dolo ni culpa.

Otro caso parecido ocurrió hace pocos años, en 1949, en el Círculo Militar, durante la disputa de los torneos oficiales, y en 1951, en Estocolmo, en ocasión de los campeonatos del mundo, el campeón finlandés de florete fue muerto por su adversario, un tirador danés.

En cambio, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital condenó por homicidio culposo a un esgrimista que causó la muerte al contrario por haber sostenido un asalto de florete sin careta protectora[6].

En realidad, las distintas formas de culpabilidad pueden presentarse en materia deportiva. En un *match* de box, por ejemplo, uno de los contendientes puede dolosamente aplicar un golpe a su contrario, produciéndole la muerte o una lesión. No habría entonces problema, pues estaríamos ante un delito común, siempre y cuando pudiésemos probar que ese golpe fue aplicado dolosamente.

Puede ocurrir también que el boxeador haya sido lesionado, no por un golpe doloso del contrario, sino porque ha estado en inferioridad de condiciones físicas antes de empezar la lucha, o porque durante ella se ha ido gastando su resistencia, porque le han surtido efecto los golpes del contrario en una forma superior a la normal. En ninguno de los dos casos habría responsabilidad del contrincante; podría ser del médico, o del *referee* que no paró la lucha cuando vio al hombre agotado, o del segundo del vencido que no arrojó la toalla en el momento oportuno, pero, repetimos, en ningún caso del otro boxeador.

También puede haber responsabilidad de los empresarios que organizaron el espectáculo. Supongamos que en el *catch* un luchador es arrojado fuera del ring (o el famoso caso de

[6] C.C.C., "Fallos", t. V, p. 288.

Firpo y Dempsey, en el cual, como se recordará, el primero arrojó fuera del ring a Dempsey). Puede asimismo resultar mal herido cualquier espectador. En atletismo, en el lanzamiento del disco, bala o jabalina, estos objetos pueden causar la muerte de una persona, si salen fuera de la pista. De modo que puede haber aquí no sólo responsabilidad del lanzador, sino también de los organizadores si el lugar destinado a los lanzamientos no está ubicado en una parte de la pista en forma tal, que no puedan llegar a los espectadores ni la jabalina, el disco, o la bala.

Veamos un caso de dolo: es la muerte de un *referee*, John Pointer, en Inglaterra, que en 1912 recibió en Croydon un pelotazo de un jugador, con el que tenía una vieja enemistad, pelotazo que le causó la muerte. Como también se decidió que había dolo en un combate de box, que se realizó en Estados Unidos, en el cual, uno de los boxeadores, Kid Sullivan, untó sus guantes con tintura de belladona y enceguecio a su contrincante, Bathling Nelson, o sea, le causó lesiones gravísimas.

También puede haber preterintención; es el clásico ejemplo de la zancadilla en el fútbol —hecho antirreglamentario— que voltea al adversario, quien puede golpearse la cabeza contra un arco y morir a consecuencia del golpe. Habría en ese caso homicidio preterintencional.

En Italia, en 1940, se planteó el caso de un tirador de jabalina, que la arrojó en forma tal, que dio muerte a un niño de 7 años que estaba entre los espectadores; se decidió que existía un homicidio culposo, pues había una responsabilidad del atleta porque antes de iniciar sus lanzamientos no había comprobado debidamente en qué forma estaban dispuestas las medidas de seguridad en el campo de juego en favor del público. Hace unos años se declaró accidental la muerte de un corredor sueco, Bo Larsson, que, mientras se entrenaba, fue alcanzado también por una jabalina.

Con respecto a la responsabilidad penal del llamado homicidio deportivo —en realidad, homicidio cometido en una práctica deportiva—, debe recordarse la oración de Demóstenes contra Aristócrates, cuando al hablar de las leyes áticas, decía Demóstenes que en los juegos no se comete un

delito si uno de los hombres que en ellos actúa mata a otro, porque su intención no ha sido matar sino superar al adversario.

Los romanos consideraron también que el homicidio o las lesiones resultantes de los juegos no llevaban implícito el *animus occidendi* a que nos hemos referido, y que no afectaban el *juris*, o sea, no había un derecho violado cuando resultaba la muerte o las lesiones en los juegos[7].

Posteriormente se va modificando este criterio y el hecho delictuoso en campos deportivos se fue asimilando a cualquier otro ocurrido fuera de ellos. Homicidios y lesiones en un campo de deportes, eran considerados igual que homicidios o lesiones fuera de campos deportivos. Pero comienza después una nueva tendencia que intenta independizar estos hechos y tratarlos como figuras independientes. Esta posición cristalizó en el Código de Defensa Social cubano de 1936, el primero en legislar en forma autónoma el delito deportivo. En efecto, dice el art. 449 en el Libro II, Título IX, Delitos contra la vida y la integridad corporal y la salud, de este Código:

"A) El que aprovechando la ocasión de tomar parte en un deporte autorizado, causare de propósito y con infracción de las reglas aprobadas del juego, un daño a otro, será responsable del daño resultante, e incurrirá en las sanciones que se señalan para cada caso en los artículos que anteceden.

"B) Si el daño no fuere causado de propósito, pero proviniere de una infracción de las reglas del deporte cometida bajo la excitación y el entusiasmo del juego, el responsable será sancionado a título de culpa, con aplicación de las reglas del art. 72.

"C) Si el evento dañoso resultare sin el propósito de causarlo, y sin que infrinja las reglas del deporte, quien lo produjere, no incurrirá éste en responsabilidad criminal alguna.

"D) Si el evento dañoso se hubiere cometido por haber consentido el árbitro, el juez de campo, umpire o referee, la infracción a las reglas del deporte, será éste juzgado como

[7] Lorenzo Carnelli, "L.L.", t. 4, p. 699.

cómplice, en el caso del inc. A, y como coautor, en el caso del inc. B".

Así, pues, este Código trata de abarcar todas las posibilidades relacionadas con un hecho ilícito penal cometido en un campo de juego, por cualquiera de los individuos que en él intervienen.

Entre quienes justifican estos hechos, si bien con algunas reservas, está Soler[8], quien dice que si el Estado, por ejemplo, permite las carreras de caballos, las administra y las fomenta, concede premios, y obtiene además importantes impuestos a las entradas, ¿cómo es posible que por otro lado considere hechos ilícitos las consecuencias naturales de estas carreras de caballos? Hay en esto una contradicción que señala el mencionado penalista.

Se dice también que si el Estado admite ciertos juegos violentos y al mismo tiempo dicta o ratifica las normas con que esos juegos se llevan a cabo, no puede posteriormente considerar ilícitas sus consecuencias, siempre que los reglamentos hayan sido fielmente observados. Se pone como ejemplo el caso de que si el Estado admite una orden mendicante en el país, no obstante que haya prohibido la mendicidad, o que se la considere delito o contravención, una vez que el Estado admite esta orden, mal puede procesarse a sus miembros por practicar esa actividad.

Asimismo, si el Estado admite una industria peligrosa, no puede considerar que cualquier consecuencia lamentable que produzca a los obreros o personas que trabajan en ella, implica la comisión de hechos delictuosos, pues desde el momento que el propio Estado la permite, debe aceptar todas las consecuencias[9]. Este argumento es interesante, porque, realmente, si el Estado admite un deporte, lo reglamenta, y si el deportista va al campo de juego y allí comete el hecho que aparentemente es ilícito, con el consentimiento del otro adversario que también fue voluntariamente, y cumpliendo las reglas de ese juego, es duro considerarlo como un vulgar delin-

[8] Soler, ob. cit., t. I, p. 383.

[9] Majada Planelles, ob. cit., p. 69.

cuente. Sin duda, hay en principio una diferencia entre las lesiones cometidas en esta forma y las lesiones comunes de la vida diaria, como hay diferencia entre una muerte deportiva y el homicidio común.

Rocco entiende que el derecho penal es la excepción, y que la regla es el derecho común, y este derecho común puede extenderse por analogía. Hay casos de justificación en el derecho penal que quitan a determinados hechos o formas de conducta su carácter de ilicitud. Estas causas de justificación vendrían a integrar el derecho común lícito, y como Rocco sostiene que este derecho común que contempla las actividades lícitas puede extenderse por analogía, concluye diciendo que las causas de justificación también pueden extenderse por analogía, y es así como justifica el autor de referencia las lesiones quirúrgicas con consentimiento del operado y las lesiones deportivas con consentimiento del jugador, aunque no estén especialmente contempladas por la ley[10].

En cambio hay autores, como Del Vecchio, que hacen una crítica acerba al deporte, y llegan a sostener en él la existencia del dolo, especialmente en el box, lo que en general es negado por la doctrina[11].

Dicen que muchos deportistas actúan movidos por bajos sentimientos. Predomina en ellos la vanidad, el orgullo, el ansia de vencer a costa de cualquier cosa, y además obran un poco por sugestión, enceguecidos, si se quiere, por la multitud de espectadores, que muchas veces concurren a los campos deportivos deseosos de ver correr sangre.

Por eso, un hombre estrechamente vinculado al derecho penal, que fue ministro de Justicia en Bélgica, Carton de Wiart, en una circular del año 1913, exhortó a la represión legal, en todo su país, de los *matches* de box, analizando en aquélla la voluntad que guiaba a los participantes. En este mismo país, en febrero de 1955, la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley que prohíbe el boxeo y la lucha en toda Bélgica, según el cual, quienes

[10] A. Rocco, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, cit., p 548.

[11] G. Del Vecchio, *La criminalità negli sports*, Torino, 1927.

organicen, promuevan o participen en un *match* de box o lucha, serán procesados por asalto, pudiendo imponérseles hasta diez años de trabajos forzados.

En cierto momento, la campaña por la supresión de ese deporte fue prácticamente mundial. Varios Estados de la Unión presentaron proyectos en ese sentido; el Vaticano hizo oír su voz coincidente; salieron a la luz estadísticas estremecedoras (22 muertos en Estados Unidos en 1953; 216 desde 1945 a 1962 en todo el mundo); se recordó que el box deja lesiones en el sistema nervioso, comprobadas por los neurocirujanos, pues cada combate produce microlesiones que se manifiestan con el tiempo con secuelas traumáticas, neurológicas y psiquiátricas. Y aquí en la Argentina hubo un movimiento similar que logró atraer la atención de algunos poderes públicos (Concejo Deliberante de la Capital, Cámara de Diputados de la Nación, etc.), de reportajes y mesas redondas, conmovidas por las muertes de los pugilistas Adrián Servín y Lavorante, éste en coma durante un año, ambos argentinos, y la de Benny Kid Paret, norteamericano; en total, desde 1924 hasta la muerte de Mario Héctor Paladino, ocurrida en 1969, 24 casos.

Pero en general, la mayor parte de los autores que han tratado en los últimos años este asunto, están por la eliminación del delito deportivo, o por lo menos, aceptan una atenuación muy grande en la pena con respecto a los hechos similares cometidos fuera del campo deportivo.

Quien ha sostenido la existencia de ese delito con un tratamiento privilegiado es el penalista italiano Penso[12]. Este autor, cuando se discutió el Código italiano, propuso que se incluyese en él, como figura autónoma, el delito deportivo. El Código italiano no tiene, sin embargo, a pesar de la tentativa de Penso, un artículo especialmente destinado a este punto, como lo tiene el Código de Defensa Social de Cuba.

Es cierto que en Italia se podría encontrar una solución al problema en el art. 50 del Código, que dice: "No es punible quien lesiona o pone en peligro un derecho con el

[12] G. Penso, *Sul delitto sportivo*, en "Il Pensiero Giuridico-Penale", fasc. 3, Messina, julio-setiembre, 1929, p. 310.

consentimiento de la persona que puede disponer de él válidamente".

Puede hacerse una crítica sobre esta disposición legal, señalando, como lo hizo Rocco, que no concreta cuáles son los derechos disponibles, si bien la Relación del Proyecto definitivo explica que "el art. 50 reconoce al individuo la facultad de disponer de la propia integridad física, sea para someterse a una operación quirúrgica o estética o sea para participar en manifestaciones deportivas o juegos, de los que la violencia sea elemento esencial".

Lo cierto es que no puede considerarse el delito deportivo como causa de justificación, porque las causas de justificación (estado de necesidad, legítima defensa, obediencia debida, etc.) no le son aplicables.

No puede haber obediencia debida en dos individuos que sostienen voluntariamente un *match* de box. No hay un estado de necesidad, ni siquiera en el deporte profesional; tanto es así que nuestra jurisprudencia en general no admite el hambre como caso de estado de necesidad. Tampoco hay legítima defensa, porque el hecho es querido por las dos partes: en todo caso, ambos son agresores simultáneos, lo que excluye la legítima defensa. Se va voluntariamente a un combate con el ánimo de discutir una supremacía deportiva; entonces debe ser también eliminada esta causa de justificación[13].

Es preciso, pues, buscar la solución a través de otras doctrinas. Unos hablan de consentimiento de la víctima: Saltelli, Romano-Di Falco, Petrocelli y especialmente Grispigni[14]; este consentimiento sería *a priori*, dado antes de entrar en el campo de juego. Muchas veces la víctima da un consentimiento tácito sin conocer cuál va a ser su adversario, por ejemplo, cuando uno se inscribe en un concurso. Pero a veces se lo conoce; es el caso de un *match* entre dos personas determinadas. Se señala aquí que el consentimiento es un factor fundamental que en otros hechos delictuosos excluye, si existe, la

[13] Carnelli, art. cit.

[14] Filippo Grispigni, *La natura giuridica del consenso dell'offeso*, Modena, 1922.

ilicitud. Por ejemplo, en el rapto, en la violación de domicilio, en la violación, el consentimiento de la persona afectada borra toda ilicitud al hecho. Quien consiente que alguien penetre en su casa, no puede alegar una violación de domicilio. *Quien entrega el bien, no puede alegar que se lo han sustraído.*

También en esta materia, el consentimiento del deportista que se somete a todas las contingencias que pueden resultar de la actividad deportiva, borra en principio cualquier posibilidad de ilicitud que pueda acaecer después. Cierto es que hay derecho a preguntarse: ¿Podemos presumir que el boxeador consiente voluntariamente que le fracturen la mandíbula?; ¿podemos pensar que el jugador de rugby ha consentido que le rompan la espina dorsal? Es difícil admitirlo, pero evidentemente hay un consentimiento genérico para cualquier contingencia, sobre todo en los deportes bruscos. El jugador de rugby sabe que puede salir de la cancha con una pierna quebrada o un brazo recalcado[15].

Para otros autores (Ferri, Florian) existe una causa de justificación tácita que es el móvil deportivo. Otra teoría es la que sustentan Majada Planelles y González Bustamante[16], quienes dicen que no hay antijuridicidad, o sea, que se trata de un caso de justificación, si bien no previsto en el Código, *pero que no hay antijuridicidad porque no se ofende o viola* una norma de cultura.

No faltan quienes (Cecchi, Donnedieu de Vabres, Valsecchi) excluyen la ilicitud por la autorización que da el Estado al deporte, y los que consideran (Garraud, Jiménez de Asúa, Peco, von Liszt) que no cabe sanción alguna, porque al practicárselo se está cumpliendo un móvil o fin defendido y sustentado por el Estado, o sea, el mejoramiento de la raza, el mejoramiento físico de los habitantes del país; hay entonces un móvil estatal que se cumple y excluye la ilicitud.

Hay autores que se fundan en la costumbre y los que

[15] W. Valsecchi, *L'omicidio e la lesione personale nei giuochi sportivi a forma di combattimento*, en "Rivista Penale", 1930, ps 526 y ss.

[16] Majada Planelles, ob. cit., p. 122; J. J. González Bustamante, *Los eventos deportivos y la concepción dogmática del delito*, en "Criminalia", México, año XXIII, nº 2, febrero de 1957, p. 118.

hablan de inexistencia de dolo (Marciano, Altavilla), pero esta teoría no podría aplicarse al campo de la culpa, pues ya hemos visto como pueden ocurrir hechos culposos en el campo deportivo, y finalmente otros opinan que el hecho debe considerarse simplemente doloso, culposo o preterintencional, según el caso, es decir, lo asimilan a cualquier otro hecho que se comete fuera del campo de deportes.

Ése es nuestro punto de vista. Creemos que si el hecho es contemplado en forma especial por las leyes penales como delito deportivo —el caso de Cuba—, no hay ningún problema. Si las leyes penales no prevén el delito deportivo, pero en cambio establecen excepciones a la ilicitud, excepciones que se refieren a esos mismos hechos, tampoco hay problema. Pero puede ocurrir que la ley penal no contemple en particular los delitos deportivos y que asimismo no contenga excepciones a la ilicitud con respecto a esos hechos, pero que haya leyes que acepten ciertos deportes y sus reglamentos respectivos. En este caso también encontraríamos en ellas la solución para poder desechar la ilicitud.

Ahora bien, si ni la ley penal trata en especial el asunto, ni el hecho deportivo puede encuadrar en las excepciones a la ilicitud, ni tampoco las leyes o reglamentos especiales tratan estos hechos y sus infracciones, estaremos ante hechos comunes[17].

El juez debe comprobar, ante todo, si ha habido voluntad o consentimiento de la parte damnificada para intervenir en el juego y si se han respetado sus reglas. Cuando se llega a la comprobación de que no ha habido voluntad de intervenir de la víctima, el hecho no es deportivo, es ilícito. Si aunque haya voluntad, no se han respetado las leyes del juego (es el caso de la zancadilla), tampoco hay un delito deportivo, sino un delito común que se someterá a las reglas generales; pero si se comprueba la existencia de la voluntad de intervenir y el cumplimiento de las normas reglamentarias, y si al mismo tiempo nada induce a pensar que ha habido dolo o culpa, o sea, imprudencia, negligencia o inobservancia de las

[17] Carnelli, art. cit

reglas, entonces el hecho es lícito. Ése fue el criterio del juez inglés que intervino en la muerte del boxeador Bobe Gallahan, que falleció dos horas después de haber participado en una pelea en Londres. Dijo el magistrado en su sentencia, de fecha 22 de diciembre de 1954, que el golpe que provocó el deceso fue desafortunado y la muerte accidental, pues se habían observado todas las reglas del deporte.

A igual conclusión llegó la Cámara Federal de La Plata ("J.A.", t. 57, p. 352) —el caso de un boxeador que durante el entrenamiento fracturó una costilla a su contendor—, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán ("L.L.", t. 10, p. 814) —otro boxeador muerto por los golpes recibidos—, y la Cámara de Apelaciones de San Nicolás ("D.L.L.", 28 dic. 1951) —un jugador de fútbol que lesionó a dos adversarios tirándoseles a los pies—. Este último caso, en el cual el fiscal hizo un erudito estudio del problema, fue comentado por Terán Lomas[18], quien sostiene que si media dolo o preterintención, estaremos ante un delito común, pero si se obra con culpa, violándose los reglamentos deportivos, es aplicable la figura del exceso, prevista en el art. 35 del Código Penal. El tribunal, por su parte, se refirió al mejoramiento de la salud y al vigor de la raza, como justificantes de las lesiones deportivas, siempre que se respeten las reglas del juego.

En un fallo[19], que se refiere, no a la responsabilidad penal, sino a la civil, el juez Dr. José C. Miguens sentó una interesante conclusión. Era el caso de un jugador de golf, que con la pelota que había tirado golpeó y lesionó a un *caddy* que estaba echado en el pasto, cerca del *green*, lejos del jugador y en forma tal, que según la sentencia, por la manera de ocultarse y estar en la cancha, no tenía derecho a indemnización. El magistrado, después de estudiar en forma detenida el problema del hecho deportivo, sentaba estas conclusiones: el cumplimiento de los reglamentos deportivos o de las ordenanzas deportivas, no exime al sujeto de tener en cuenta y tomar todas las precauciones necesarias y de respetar todos los

[18] Roberto A. M. Terán Lomas, *Las causas excluyentes de la antijuridicidad y las figuras de exceso*, "D.L.L.", 28 dic. 1951.

[19] "L.L.", t. 4, p. 699.

principios generales del derecho; las lagunas de los reglamentos deportivos no excusan al autor, así como tampoco está excusado por el simple hecho de cumplirlos.

Nosotros creemos también que en estos casos no puede hablarse de un hecho deportivo, y, en consecuencia, de un delito deportivo, sino que tendríamos que ver las normas generales de conducta impuestas por la prudencia y exigibles a todo el mundo, y se tendría que aplicar los principios que informan, ya sea el dolo o la culpa dentro del campo penal, o los que ponen en evidencia la existencia del caso fortuito.

Para nosotros, delitos deportivos son otros, no los que simplemente se cometen en un campo deportivo o utilizando el deporte como medio, como podrían cometerse en la calle o utilizando otro instrumento, sino aquellos que tan sólo pueden afectar al deporte, lesionándolo como bien jurídico tutelado por la ley penal. Insistimos: delito deportivo es aquel que lesiona el deporte y no el que lo emplea como modo o medio, y que, en definitiva, es un delito común[20].

Fiel a ese criterio, nuestro Proyecto de Código Penal dedica un título especial dentro de los delitos contra la sociedad, a los delitos contra el deporte, considerándose como tales procurar una ventaja patrimonial o deportiva para el agente o la institución que representa, a fin de asegurar o facilitar el resultado irregular de un partido, carrera o torneo deportivo (arts. 292 y 293), lo que se hace extensivo al que explotare espectáculos deportivos o hiciere un convenio de tal naturaleza (art. 294). También se incrimina el suministro a deportistas o animales de sustancias estupefacientes o estimulantes para aumentar o disminuír anormalmente su rendimiento en partidos, carreras o torneos deportivos (art. 295). Al respecto cabe señalar que el problema del *doping* fue estudiado por el Congreso de la Federación Internacional de Medicina Deportiva en su reunión de Tokio en 1964.

Asimismo, entre los delitos contra la persona, en el título destinado a los delitos de peligro para las personas, el art. 156

[20] Ricardo Levene (h.), *Delitos contra el deporte*, Buenos Aires, 1955.

del Proyecto sanciona a quien, por no adoptar las medidas de precaución y protección necesarias o por no cumplir las impuestas en las reglamentaciones vigentes, pusiere en peligro la vida o la salud de los participantes o espectadores de competencias deportivas, aumentándose la pena si resultaren lesionados o si se produjere la muerte de aquéllos.

Tiempo después de haberse presentado el Proyecto al Poder Ejecutivo, el Congreso de la Nación sancionó con similar criterio al de la norma antes referida, la ley 14.231, por la cual se implanta con carácter obligatorio un seguro de vida para todos los espectadores de justas deportivas que se realicen en cualquier parte del país, en locales cerrados o al aire libre, siempre que exista control de entrada, seguro que alcanza también al personal de la entidad organizadora y al de las instituciones que intervengan en la competencia, y que cubre los riesgos de muerte y de incapacidad permanente, total o parcial[21].

Finalmente, en 1969, después de muchos años de prédica, hemos visto que los delitos contra el deporte han tenido cabida en nuestra legislación positiva, ya que la ley 18.347, del deporte, les dedica sus tres últimos artículos (26 a 28), con un contenido parecido al de nuestro Proyecto y trabajos al respecto, lo que fue repetido por la ley 20.655, de fomento y desarrollo del deporte (arts. 24 a 27).

[21] Ricardo Levene (h.), *La ley del deporte*, en "Revista de Derecho Deportivo", 1961, vol. I, nº 2, p. 123.

Capítulo XII

HOMICIDIO RESULTANTE DE UN TRATAMIENTO MÉDICO-QUIRÚRGICO

Este tema se halla íntimamente vinculado con otros, como el homicidio deportivo y el homicidio consentido por la víctima. A diferencia del derecho mejicano, que en su Código Penal reprime el tratamiento médico-quirúrgico arbitrario (arts. 837 y 838) y la operación innecesaria (art. 839), él no se halla contemplado por el Código Penal argentino como causa autónoma de justificación, lo que obliga al intérprete a recurrir a otras causales previstas en el art. 34 de ese Código (estado de necesidad, legítimo ejercicio de un derecho, etc.) y otras normas.

Tanto es así, que varias de las doctrinas que tratan de justificar el homicidio resultante de un tratamiento médico-quirúrgico, son precisamente aquellas que enumeramos al hablar de la justificación del homicidio deportivo.

Ante todo, debe tenerse en cuenta que del tratamiento médico-quirúrgico puede resultar la muerte del paciente, serias lesiones o trasformaciones anatómicas de importancia. Estos hechos no siempre encuadran en las normas generales que se aplican a otros delitos, y por eso la moderna doctrina ha ido buscando para ellos normas especiales.

Es así como algunos autores se basan en el consentimiento de la víctima como causa de justificación (Finger), pero no siempre éste es necesario, como ocurre en los casos de vacuna obligatoria antivariólica o antidiftérica, o la cura obligatoria de las prostitutas y leprosos.

Se habla de la ausencia de dolo; del fin noble o social del

acto; de un derecho profesional (Florian), del cumplimiento de un fin reconocido por el Estado (von Liszt); de una legítima defensa, que es la teoría de Manzini, quien también, siguiendo a Oppenheim, se funda en el derecho consuetudinario[1], doctrina ésta, a nuestro modo de ver, criticada con justa razón por Grispigni.

Otra posición es la de un estado de necesidad; el médico se ve precisado a intervenir, y los resultados pueden ser o no favorables, pero actúa por necesidad, para evitar un mal grave e inminente en la víctima. El estado de necesidad, es cierto, podría ser la más completa explicación del homicidio como consecuencia de un tratamiento médico-quirúrgico, y es en realidad la doctrina más comúnmente aceptada. Sin embargo, conviene aclarar, como lo hace Soler[2], que el estado de necesidad vendría en todo caso a explicar la intervención de terceros sin título profesional, o sea, de los que no son médicos, y que por necesidad, no habiendo profesionales, toman a su cargo la intervención quirúrgica. De modo que más bien el estado de necesidad sería una doctrina a aplicarse en general, excepto cuando hay facultativos.

Otros hablan de una gestión de negocios. Se dice que por gestión de negocios actúa el médico en favor del enfermo. Para otros autores es el legítimo ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber el que lleva al médico a intervenir, sea cual sea el resultado. Precisamente este legítimo ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber es la posición adoptada por parte de la moderna doctrina. En ella está Soler[3] y también es la aceptada por las pocas legislaciones que contemplan este caso. Por ejemplo, la ley española no presenta problemas, porque lo resuelve como resultado del legítimo ejercicio de un derecho o profesión.

Éstas son, en general, las teorías que tratan de explicar el resultado negativo de una intervención médico-quirúrgica. Grispigni, que ha estudiado el asunto quizá mejor que nin-

[1] Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 86.

[2] Soler, ob. cit., t. I, p. 381.

[3] Soler, ob. cit., t. I, p. 381.

guno[4], dice que el médico trata, aunque sea causando un mal inmediato, de producir un bien mediato al paciente, y allí está la explicación de su conducta, allí termina el problema de la ilicitud. Además, si la operación es un éxito, no hay problema, ni objetivo ni subjetivo (Beling). Si es un fracaso, tan sólo habrá problema objetivo, porque el médico no ha emprendido esa operación, que ha terminado mal, con un propósito doloso. Grispigni trata también la intervención quirúrgica arbitraria, que es aquella que se realiza sin voluntad, sin consentimiento del paciente, y afirma que cuando se habla de privación de libertad, dado que se cloroforma al enfermo que no quiere dejarse operar, no hay delito, ya que existe un consentimiento expreso o tácito del enfermo o por lo menos de sus representantes.

También Silva Riestra ha estudiado en una interesante monografía[5] este problema, y llega a conclusiones muy acertadas, siguiendo la tesis del maestro Carrara, porque hace el distingo, a nuestro modo de ver exacto, entre las operaciones efectuadas por el deseo de salvar la vida al paciente, y aun aquellas intervenciones quirúrgicas destinadas a suprimir repulsivas deformaciones del ser humano, de las otras intervenciones innecesarias, que tienen por base la cirugía estética. Carrara no acepta el embellecimiento como justificativo de una intervención médico-quirúrgica que dé mal resultado. Silva Riestra no acepta tampoco la eximente para el caso de cirugía estética, ya que para tales autores, ésta no es necesaria para la salud del operado. Todo resultado equivocado o lamentable debe entonces originar la responsabilidad de quienes corresponda. Se hace, pues, el distingo entre las intervenciones terapéuticas necesarias, y aun aquellas que se destinan a suprimir horribles deformidades (oreja en asa, terribles

[4] F. Grispigni, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1914, ps. 9 y ss., y *La volontà del paziente nel trattamento medico-chirurgico*, en "Scuola Positiva", 1921, ps. 493 y ss.

[5] Juan Silva Riestra, *Cirugía estética y delito de lesiones*, en "Revista Penal y Penitenciaria", año III, nº 7, y *Responsabilidad médica ante la ley*, en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año IX, nº 18, enero-junio 1967.

quemaduras, etc.), en cuyo caso puede haber operación justificada, de las restantes.

En realidad, la vejez es el resultado de un proceso natural, producto del tiempo, y debe aceptarse como tal, es decir, como un proceso lógico y fatal. No saber envejecer es una de las cosas más tremendas; querer parar esa evolución de la vida por la cirugía estética, exponiéndose a males peores, es algo incomprensible, y la ley no puede estar amparando lo incomprensible, pues tiene que estar al lado de lo lógico. Se cita como ejemplo el caso de una joven, que sometió sus piernas a una operación para adelgazarlas, y a la cual, a raíz de complicarse una herida, debió amputársele una de las piernas. El médico fue sometido a proceso y condenado, precisamente sobre la base de la tesis que se acaba de exponer, de que esta operación, de orden estético, no se originaba en ninguna necesidad ni urgencia, ni estaba destinada tampoco a salvar la vida de la joven. Fue una operación totalmente innecesaria.

En 1965 se iniciaron unos de los primeros procesos en la Argentina contra médicos que prometían trasformar el sexo masculino por el femenino, después que un interesado se presentó ante la justicia en lo civil pidiendo cambio de nombre y de sexo en su partida de nacimiento, lo que fue desestimado. Se entendió que las lesiones causadas por estas intervenciones quirúrgicas en homosexuales, consistentes en verdaderas castraciones completadas con otras operaciones, no causaban un bien al enfermo, pues no lo adecuaban a su verdadero sexo, sino que, por el contrario, lo conformaban a un psiquismo desviado y le facilitaban o acentuaban sus prácticas aberrantes, sin que modifique la responsabilidad criminal el consentimiento de la víctima.

En mayo de 1968 recayó en una de esas causas sentencia condenatoria de primera instancia, apelando el fiscal el fallo por la pena impuesta y las absoluciones parciales decretadas. El mismo fue revocado por la Cámara de Apelaciones de la Capital en diciembre de 1969, aduciéndose, según los distintos hechos, que no se había probado la extirpación de órganos útiles, la atipicidad de conducta del procesado, la falta de dolo

y de clandestinidad y que aquél había actuado en ejercicio legítimo de su profesión, sin dolo ni culpa.

En otra causa similar recayó sentencia definitiva de la Cámara Penal de la Capital el 29 de julio de 1966, entendiendo ese tribunal que había delito en el caso. Su doctrina se expone más adelante, en la parte dedicada a la jurisprudencia.

Todo ello sin olvidar que los arts. 15 y 19 del Código de Ética Médica de la Confederación Médica Argentina vigente desde 1965, disponen, respectivamente: "El médico no hará ninguna operación mutilante —amputación, castración, etc.— sin previa autorización del enfermo, la que se podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles. Se exceptúan los casos en que la indicación surja del estado de los órganos en momentos de la realización del acto quirúrgico, o el estado del enfermo no lo permita"; y "El médico no podrá esterilizar a un hombre o a una mujer sin una indicación terapéutica perfectamente determinada".

Y el art. 19 del decreto 6216 del 10 de marzo de 1944, ratificado por ley 12.912, prohíbe "practicar intervenciones que provoquen la esterilización en la mujer, sin que exista una terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductivos". Su art. 3 obliga a los profesionales a inscribir su título en la Dirección de Salud Pública y Asistencia Social, que les otorga la respectiva matrícula, indispensable para el ejercicio de la profesión. Con ello se controla posesión de un título que acredita la idoneidad de su titular.

No podemos olvidar, al citar estas disposiciones, aquel lejano antecedente del Fuero Real que prescribía: "si los profesionales de las ciencias médicas administrasen, por impericia, medicina tan desacertada que mate al enfermo, incurren en la pena de cinco años de destierro y pérdida de oficio".

Otro caso es el de una mujer de treinta años, sifilítica, cuyas reacciones de sangre, tipo Wasserman, habían dado resultado positivo, y que fue sometida por un médico a un tratamiento de novarzenobensol, inyecciones arsenicales, de las cuales se aplicaron siete con intervalo de ocho a diez días. La mujer iba mejorando a ojos vistas, pero el día que se

le dio la octava, a los diez minutos se descompuso, entró en coma, fue llevada a un sanatorio y falleció. Se le hizo el proceso al médico, teniéndose en cuenta el peligro de las inyecciones arsenicales y la experiencia de que suelen producir tales *shocks* y causar la muerte, especialmente cuando no se dan con un intervalo prudente. De los informes técnicos se llegó a la conclusión de que no había responsabilidad del médico, ya que el tratamiento era el indicado; por otra parte, las inyecciones habían sido aplicadas con toda la técnica necesaria, eran productos frescos, elaborados perfectamente por la casa respectiva y se habían guardado los términos prudenciales entre una y otra. En resumen, no se aceptó la responsabilidad médica de este caso.

En Cuba, tuvo lugar otro hecho, y en él intervino como asesora la Academia de Ciencias de La Habana, a raíz del respectivo proceso criminal[6]. Se trataba de una mujer que tenía una herida en la rodilla, donde había sido operada, la que se complicó. Pasó el tiempo, y por fin, se llamó, después de varios meses, a un médico que efectuó una pequeña incisión y que después, durante veinte días, no fue vuelto a llamar. Cuando al fin se lo requirió, solicitó consulta, pero fue rechazado este pedido y el facultativo fue sustituído. Complicada cada vez más la herida, a pesar de la incisión, fallece la enferma. Se procesa al médico, imputándosele impericia. La Academia de Ciencias de La Habana, que produjo el informe técnico, dictaminó que en el caso, aun sin la incisión, el resultado letal se habría producido lo mismo, ya que los tumores malignos de rodilla pueden ocasionar con frecuencia grandes hemorragias con ese resultado. Por otra parte, la incisión no había sido peligrosa ni temeraria ni hecha desconociendo las reglas de la técnica quirúrgica. Por lo tanto, resolvió también aquí la falta de responsabilidad por parte del médico.

Pero conviene dejar sentado que siempre el médico está sujeto a aquellas disposiciones que castigan la impericia, la ignorancia o cualquier acto culposo, por negligencia o impru-

[6] "Archivos de Psiquiatría, Criminología y Ciencias Afines", vol. V, 1906, p. 57.

dencia, haya o no justificación para la intervención quirúrgica, porque una cosa es que la operación esté justificada por razones de necesidad para salvar una vida o eliminar una monstruosa deformidad, y otra es que durante la intervención se conduzca el médico con desconocimiento de su arte o profesión. Vale decir, que en estos casos siempre habrá responsabilidad penal, al menos culposa. En este sentido, además del art. 84 del Código Penal —homicidio culposo— después de la reforma de la ley 17.567, de 1967, la legislación argentina cuenta ahora con otra previsión para tratar este problema: el art. 20 bis, que dispone: "Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe... 3) ...abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público".

Siempre será rigurosamente obligatoria la observancia de la *lex artis*, la actuación de profesionales técnicamente competentes, el empleo de ambientes quirúrgicos apropiados, la realización de previos estudios y experimentos exhaustivos, la eliminación de todos los riesgos no indispensables y, por supuesto, el consentimiento del operado, que debe ser persona capaz y plenamente informada sobre el hecho, consentimiento que debe ser voluntario y desprovisto de toda coacción, sin olvidar que, como sostuve en mi condición de juez de Cámara de la Capital, la *lex artis* no consiste tan sólo en una técnica operatoria irreprochable, sino también en el debido respeto a la oportunidad y conveniencia de la operación.

Vinculado al tema está aquel art. 50 del Código Penal italiano, que mencionamos al explicar el homicidio cometido en un campo deportivo. Se refiere a aquel que dando el consentimiento, sufre una lesión en su persona o derechos.

En el comentario respectivo se mencionan las lesiones quirúrgicas y las deportivas como las únicas que pueden ser válidamente aceptadas por la víctima en virtud de lo dispuesto en el artículo citado.

El hecho es que se presentó en Italia, ante la Corte de Apelaciones de Nápoles, un caso muy interesante. Un hom-

bre, deseoso de recobrar su perdida juventud, ofreció dinero a un joven a cambio de que se sometiera a una operación para que le traspasara una de sus glándulas sexuales; la operación se hizo con éxito, y el hombre recuperó parte de su juventud, sin que el joven sufriera mayores trastornos como consecuencia de ella. Pero el hecho fue conocido y el ministerio público inició una acción criminal contra los médicos que la efectuaron. La Corte de Apelaciones de Nápoles, al fallar la causa el 30 de abril de 1932, absolvió a los médicos, porque tuvo en cuenta el móvil del hecho, y además la inexistencia del perjuicio para el joven que se había sometido voluntariamente a la operación, porque no se había alterado el funcionamiento de su aparato genital. Pero lamentablemente, no hizo el distingo que surge del artículo 50 citado, o sea, que la persona pueda o no disponer del derecho en cuestión, vale decir, no estudió los alcances de la disposición de referencia.

Como reacción, en parte, ante tal decisión, se sancionó en Italia, en 1940, el art. 5 del Código Civil, que dispone: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, cuando sean contrarios a la ley, al orden público y las buenas costumbres".

Es que en general se admite la licitud de los contratos que tienen por objeto partes renovables y separables del cuerpo, como el cabello, partes de la piel, leche de la madre, sangre, y aun así se considera que aquéllos, por respeto a la personalidad humana, no quedan sometidos a las reglas ordinarias de la compraventa.

Por eso se ha considerado que cuando la mutilación del dador a los efectos de un injerto humano es irreparable, ni su consentimiento autoriza al médico a operarlo, aunque la operación pueda beneficiar a un tercero. Es la misma posición adoptada por la Comisión de Reformas del Código Civil francés que en 1951 propuso esta fórmula: "El acto por el cual una persona dispone de todo o parte de su cuerpo está prohibido cuando deba tener efecto antes de la muerte del disponente, si tiene por consecuencia causar un menoscabo grave y definitivo a la integridad del cuerpo humano".

Ese menoscabo grave y definitivo tiene lugar, por ejemplo, en los trasplantes "en vivo", de riñón o corazón, sin olvidar que las disposiciones *post mortem* sobre el cadáver también plantean dificultades jurídicas, no sólo acerca de la naturaleza legal de aquél, sino también de las facultades o atribuciones de los parientes cercanos, de las ordenanzas administrativas, del sentimiento religioso, de la higiene pública, de la posibilidad y conveniencia de experimentar en seres humanos —*anima nobile*—, etc.

Las mutilaciones pequeñas y reparables, que no causaban un menoscabo grave a la víctima, podían considerarse contempladas por el proyecto Soler, de 1960, que desincriminaba las lesiones producidas con el consentimiento del lesionado, cuando la acción tenía por fin beneficiar la salud de los demás (art. 130). Lamentablemente no se ha mantenido esta disposición en la reforma que el autor citado, junto con otras dos personas, efectuó en 1967 al Código Penal, al cual, en vez de esta norma beneficiante para el médico, se le ha agregado el ya mencionado art. 20 bis.

El referido art. 130 establece la impunibilidad de la acción sobre la base del fin que la inspira.

JURISPRUDENCIA

La muerte del recién nacido por hemorragia umbilical, a consecuencia de haber resultado defectuosa la ligadura del cordón umbilical que hizo la persona que atendió a la parturienta, constituye homicidio por imprudencia (Cámara Federal Bahía Blanca, "L.L.", t. 29, p. 520).

La partera que, creyendo erróneamente que la víctima se hallaba embarazada, practica a esta última una maniobra abortiva, con tal impericia que le ocasiona una peritonitis mortal, incurre en homicidio por impericia en la profesión (art. 84, C.P.), en concurso ideal con el de aborto consentido imposible (arts. 44, *in fine*, y 85, inc. 2, C.P.), calificación que comprende la conducta integral de la imputada que quiso

dolosamente causar un aborto y ocasionó culposamente una muerte (C.C.C., "L.L.", t. 35, p. 828).

Configura el delito de lesiones gravísimas emascular a un individuo homosexual, aunque éste haya solicitado su intervención quirúrgica al facultativo, si no existe una enfermedad que obligue a esa operación, para la cual el médico procesado no debió ignorar que el consentimiento del paciente estaba viciado por un mal psíquico que desfiguraba el real alcance y sentido de la operación, aun supuesto el mejor resultado, pues el operado no podía ser somáticamente convertido en mujer (C.C.C., 29 julio 1966, "D.L.L.", 1 set. 1966).

Capítulo XIII

HOMICIDIO-SUICIDIO. AYUDA O INSTIGACIÓN AL SUICIDIO

El hecho anómalo del suicidio puede ser estudiado desde distintos puntos de vista, religioso, filosófico, social, penal y según las épocas históricas.

Como sería imposible abarcar en un capítulo este tema en toda su extensión, nos limitaremos a recordar que en el mundo pagano ya se censuraba el suicidio. Pero el cristianismo, que es el suceso más trascendental en la evolución humana en todos los órdenes, incorporó a la civilización un nuevo concepto sobre la vida como deber y como misión. Sintetizados en el Decálogo, se encierran preceptos de vida honesta y de la vida en función de la justicia, que elevan al hombre al plano superior en conformidad con Dios y el derecho natural.

Desde el punto de vista social ha estudiado el suicidio el prestigioso sociólogo francés Durkheim[1], haciéndolo de acuerdo con las ideas del neopositivismo. Llegó a establecer relaciones y comparaciones con una especie del suicidio animal, que es absurdo admitir, así como hoy no se acepta que los estudios sociales y jurídicos tengan comienzo en el mundo animal, pues este último es el orden de la naturaleza, mientras que la sociedad es el mundo de la racionalidad y la personalidad humana.

Sostiene la existencia de tres formas de suicidio: el altruísta, el egoísta y el anómico (ausencia de normas), consecuencia todas ellas de la desintegración de las relaciones sociales, sea de grupos familiares, religiosos u otros.

[1] Emilio Durkheim, *Le suicide*, Paris, 1930

El concepto del suicidio ha sufrido una lenta pero importante evolución. Una evolución tal, que ya prácticamente podemos manifestar que el suicidio escapa al campo penal. Surge en un principio una tendencia general a considerarlo un hecho ilícito, y como tal fue castigado, pero poco a poco se ha evolucionado, predominando un criterio, no tolerante, precisamente, sino más comprensivo del suicidio, y especialmente se han analizado las causas sociales, morales, patológicas y psicológicas que mueven al hombre a aquél, estimándose que muchas veces el suicidio es consecuencia de móviles explicables, vinculados al honor, a la generosidad, al deseo, por ejemplo, de evitar propagar enfermedades, al propósito de la mujer mancillada de no vivir su vergüenza, a la intención de eliminar una carga en la familia, etc.

Se ha ido aceptando así que el suicidio puede ser reprochado por la moral, pero nunca por la ley penal.

En efecto, en un principio fue reprobado por Platón, Pitágoras y Cicerón. Los restos de Áyax no se quemaron para no profanar el fuego. Los sajones hacían salir el cadáver del suicida por la ventana y no por la puerta. En Atenas se cortaba las manos a los suicidas y en Roma se dejaba sus cadáveres en el patíbulo, a merced de las bestias. Más adelante se imponía pena de muerte al soldado que atentaba contra su vida, salvo que lo hiciese *impatientia doloris, aut taedio vitae, aut morbo, aut furore, aut pudore*, como castigo por intentar sustraer al Estado un individuo capaz y obligado a prestar el servicio militar.

En la antigua República de Marsella, el futuro suicida debía requerir permiso al Consejo de los Seiscientos, dando las razones de su actitud. En Alemania, el verdugo tenía derecho a apoderarse de todas las cosas que encontrase sobre el cadáver y hasta la distancia de una espada del cuerpo del suicida. El rey San Luis castigó el suicidio en Francia con pena de multa, consistente en la confiscación de los bienes del suicida en favor de su señor, que se veía privado de un súbdito. El Código sardo declaraba vil al suicida y destruíble su testamento, privando a aquél de toda pompa fúnebre. Se cuenta también que Napoleón, ante el caso del granadero de

su guardia, Gaubain, que se suicidó por razones amorosas, dio una orden del día criticándolo, pues según decía en la misma, "el soldado debe saber vencer el dolor y la melancolía de las pasiones, y es tan valiente el que sufre con constancia la pena del alma, como el que se mantiene firme ante la metralla de una batería".

El suicidio era castigado por las Partidas (Ley XXIV, Título I, Partida VII) y el Proyecto de Tejedor (arts. 1 y 2 del par. 6, Título I, Libro 1, Parte 2), privándose de los derechos civiles a los suicidas y anulando sus disposiciones testamentarias, salvo que se matasen "*por locura, o por dolor, o por cuita de enfermedat o por otro grant pesar que hobiese*", decían las Partidas. Es interesante destacar en el Proyecto de Tejedor la existencia de lo que hoy llamaríamos una medida de seguridad, porque proponía que a quien intentase su suicidio, se lo recluyese de uno a tres años, sometido a una vigilancia rigurosa, en lugar donde no pudiese repetir la tentativa.

Conforme a la evolución antes indicada, el suicidio es castigado hoy en día tan sólo en Inglaterra, Tasmania y en el Código Penal de Nueva York de 1881 (§§ 172 y 173), pero dentro de las costumbres inglesas se ha ido eliminando la confiscación de bienes de la familia y el acto agraviante de clavar al suicida un bastón en su pecho y enterrarlo de tal manera, así como también se han ido dejando sin efecto otras sanciones religiosas.

Asimismo se castigaba la tentativa en las antiguas legislaciones, pero en la actualidad subsiste su punición en los códigos de Canadá (art. 270), Inglaterra, Nueva York (parágrafos 174 y 178) y Sudán (Código de 1899, art. 234). Así, por ejemplo, en Inglaterra se la reprime con multa o prisión de uno a seis meses y en Nueva York con prisión hasta de dos años y multa hasta de mil dólares.

Decíamos que el estudio de las razones y causas que impulsan al suicidio ha ido determinando una evolución en la interpretación de este problema. Se han hecho al respecto curiosas e interesantes estadísticas, algunos de cuyos datos veremos enseguida, y es así como sostiene Adolfo Wagner que

los protestantes llegan más al suicidio que los católicos, no obstante que ambas religiones lo prohíben.

Las causas que impulsan al suicidio son para Morselli[2], psicopatológicas, y para Durkheim[3], sociológicas. Las psicopatológicas son casi siempre una enfermedad mental, aunque pueden consistir también en una enfermedad de otra índole. El temor es un factor que induce frecuentemente al suicidio; es el temor a la cárcel, a la vergüenza pública y al consenso social, o a una situación familiar intolerable; es un factor psicopatológico de gran importancia, así como también son factores psicopatológicos importantes la tendencia hereditaria y las reacciones emotivas desmesuradas o inapropiadas con respecto a los estímulos que las causan. Estas reacciones producen en el sujeto un estado de irritabilidad e inadaptación, que lo impulsa al suicidio.

Para aquellos que creen en el predominio de los factores sociales que llevan al suicidio, éste es el resultado de una serie de hechos que se llaman miseria, desintegración del hogar, delincuencia, irreligiosidad. Ruiz Funes, en *Etiología del suicidio en España*, concuerda plenamente con la tesis de Durkheim y agrega que hay un grave problema social que él llama de miseria moral. Debe combatirse tratando de obtener en los individuos, y, por lo tanto, en la sociedad, un mayor sentido de la comprensión, de la piedad, de la tolerancia, de la responsabilidad, del deber, de la hombría de bien, del carácter, de la voluntad. Éstas son las virtudes que hay que fomentar y estimular, para luchar precisamente contra la miseria moral de la sociedad, que es un factor que impulsa muy a menudo al individuo al suicidio.

En los manicomios del Sena se hizo en 1926 una estadística, de la que resultó que el 10 % de los suicidios ocurridos han tenido causas psicopáticas; el 20 % desequilibrios nerviosos y estados de ebriedad; el 35 % se ha originado en ebriedad aguda y alcoholismo total; y el restante 35 % en causas sociales: miseria, etc. O sea, resultó superior la proporción,

[2] Enrico Morselli, *Il suicidio*, Milano, 1879.

[3] Durkheim, ob. cit.

en una estadística determinada, de los factores psicopatológicos sobre los factores sociológicos en los suicidios. Lo mismo ocurrió con estadísticas obtenidas en Rusia (país con convulsiones sociales), España (muchos centros urbanos sin grandes aglomeraciones), y Francia (donde París presenta una gran densidad de población permeable a todas las sugestiones morbosas).

Unas estadísticas de la Provincia de Buenos Aires dan 192 suicidios por dolencias físicas; 117 por disgustos de familia; 92 por hastío de la vida; 18 por escasez de recursos, y 5 por malos tratamientos. Es curioso destacar que 430 casos ocurrieron con viento reinante norte, noroeste y nordeste, de los cuales, 307 suicidios corresponden al primero; 142 con vientos sur, suroeste y sudeste; 22 con viento este y 18 con viento oeste. A este respecto se han hecho estudios destacando el mayor número de suicidios en Cuyo cuando sopla el viento Zonda, en Alemania, Austria y Suiza con el viento Fohn y en Italia con el viento africano. Al verano le corresponden el 28,77 % de los casos; a la primavera el 27,06 %; al otoño el 24,50 % y al invierno el 19,65 %. Influye, pues, el clima en la acción de los suicidas, pues contribuye a disminuír su resistencia para soportar ciertos estados de agotamiento psíquico o físico, especialmente de individuos en estado de depresión. Ya Platón observaba que todos los lugares y climas no son igualmente adecuados para hacer a los hombres mejores o peores y que los vientos arrebatan el carácter y el calor acrecienta las reacciones agresivas.

Es también interesante ver en las estadísticas, la influencia de los distintos factores: sexo, edad, profesión y medio de comisión, para lo cual utilizaremos los datos suministrados por Héctor M. Piñero[4], como los anteriores son del trabajo efectuado por Roberto Ciafardo y Juan Carlos Vizcarra[5]. Así, se ha comprobado que en materia de sexo, la proporción es de cuatro a uno, siendo superior la cifra de varones. En materia

[4] Héctor M. Piñero, *El suicidio en la ciudad de Buenos Aires*, en "Anales de la Sociedad Argentina de Criminología", 1939, t. V.

[5] Roberto Ciafardo y Juan Carlos Vizcarra, *Etiopatogenia y profilaxis del suicidio*, en "Anales de la Sociedad Argentina de Criminología", 1944, t. X.

de tentativa se invierte de tres a uno en favor de las mujeres. Se ha pretendido explicar esto en una mayor firmeza del hombre en el momento de consumar el hecho y en un mejor conocimiento del manejo de las armas o de los medios eficaces para consumar el suicidio. Con respecto a la edad, prácticamente no existe el suicidio antes de los 15 años. El momento culminante se lo suele ubicar en los 25 años, para de nuevo determinar un descenso final. Con respecto a las profesiones, un jurista brasileño, Afranio Peixoto, las clasifica en esta forma: mayor cantidad en profesiones liberales, después en militares, funcionarios, comerciantes, y luego en forma descendente, marítimos y obreros; vale decir, que en un principio, a mayor cultura y mejor condición económica, hay también mayores torturas morales, más problemas psicológicos, si se quiere hay una sensibilidad moral superior. Hay también un sentido del honor, no mayor —porque hay que admitirlo en todas las clases sociales— pero sí distinto o más fino o susceptible, en ciertas y determinadas clases o profesiones, que en otras.

Un estudio de la Organización Mundial de la Salud de las Naciones Unidas de 1956, revela que a comienzos de este siglo bajó el índice de suicidios, siendo el mayor el de 1939, por la depresión económica; con datos de 25 países con 400 millones de habitantes en total, el número de suicidios es de 71.000, o sea el 17 ‰; los hombres se suicidan en proporción de 3 a 1 con las mujeres, aquéllos en su mayoría con 70 o más años y éstas con 50 a 60 años.

En lo que se refiere a los medios utilizados, veamos los datos de una estadística de la Policía de la Capital, tomada a través de cinco años (1934-1938). De esta estadística resulta que 1.066 suicidios se efectuaron por medio de cianuro; 801 suicidios se llevaron a cabo con armas de fuego; tan sólo 6 por inmersión. Esa desproporción de 1.066 contra 6, que aparentemente no se justifica, tiene una explicación: esta estadística pertenece, como se ha dicho, a la Policía de la Capital, que no tiene jurisdicción en la ribera, donde precisamente ocurre la mayor parte de los suicidios por inmersión; esa zona está a cargo de la Prefectura Marítima. Y en cuanto al mayor uso

del cianuro de potasio, tiene su explicación en dos razones: una de ellas, la mayor facilidad para obtenerlo, y en segundo lugar, la errónea creencia popular que la muerte por el cianuro no causa prácticamente dolores. Eso lleva a la gente a intentar salir de esta vida con el menor sufrimiento y se cree que aquél es el mejor medio.

Altavilla[6] nos habla de tres tipos de suicidios, según las causas: ocasionales, pasionales y anormales. Las ocasionales son originadas por una debilidad de la resistencia o de los frenos humanos en un momento determinado de la vida: un hombre, que siempre ha sido normal, preocupado por un problema fundamental, en una encrucijada del destino, que lo encuentra con los nervios rotos y la voluntad debilitada, llega al suicidio. Las pasionales tienen la explicación en esa fuente, la pasión. Y las anormales actúan por tendencias congénitas, por desequilibrios psíquicos o anomalías sexuales.

Se ha observado, asimismo, que el mayor incremento de personas en estado de depresión corresponde a países donde la civilización ha llegado al más alto grado, entendiéndose que las condiciones de progreso han acrecentado la tensión emocional, colmando la capacidad del individuo y creándole traumas que lesionan su sistema nervioso. El ejemplo es Suecia que tiene el mayor promedio de suicidios no obstante el bienestar general de sus habitantes.

Pasaremos ahora revista a las razones que se dan en pro y en contra de la justificación del suicidio, pues según lo consideremos o no punible, y según aceptemos o no que una persona puede dar su consentimiento para ser muerta por un tercero, resolveremos el problema de la licitud o ilicitud del acto cometido por el tercero.

Desde el punto de vista jurídico se argumenta que la vida del ser humano, sea cual sea su estado, desde su nacimiento hasta el último minuto de vida, debe ser siempre protegida por el derecho.

Pessina[7], igual que otros autores, opina que el derecho

[6] Enrico Altavilla, *La psicologia del suicidio*, Napoli, 1910.

[7] Enrico Pessina, *Esposizione del diritto penale italiano*, vol. II, p 16.

a la vida es innato, que en él se basan los demás derechos, y que sin él no tienen razón de ser. Este derecho innato es al mismo tiempo un derecho inalienable e intangible; el individuo debe cuidar su vida, los demás deben respetársela y el Estado se la debe preservar. Todos son factores que coinciden en un mismo fin: cuidar la vida humana. No es todo, pues, el consentimiento del suicida; y en cierto modo no es tan grande la diferencia entre el homicidio y el homicidio cometido con consentimiento de la víctima.

Esta teoría de la alienabilidad e inalienabilidad de los derechos, según la cual el hombre puede perder aquéllos y no éstos, ha sido desarrollada también por Ortolán[8] y Garraud[9].

Se argumenta asimismo que el individuo no puede por sí y ante sí disponer de su vida, porque además del interés de este individuo, hay un derecho de su familia sobre la vida del sujeto, derecho de la familia que éste no debe olvidar por todas las consecuencias de orden moral y material que puede causar con su actitud.

Algunos consideran que el suicida es un cobarde, pues se mata para no afrontar la lucha por la vida, puesto que se necesita quizá mucha más fuerza para no matarse que para hacerlo, mucha más voluntad para proseguir esa lucha, sobre todo si son seres enfermos o agobiados por problemas insolubles. Se dice también que el suicidio no es el remedio de los cobardes sino de los agotados, y se señala que según la cultura y las clases sociales, hay una forma distinta de interpretar estos problemas. Los seres de inteligencia superior tienen otras preocupaciones, una sensibilidad mayor y una moral distinta a la de los seres normales. Bástenos citar suicidios de intelectuales y políticos nuestros, que conmovieron en su época la opinión pública: los de Alfonsina Storni, Leopoldo Lugones, Leandro N. Alem y Lisandro de la Torre, afectados por crisis cívicas y morales, tal vez por injusticias del medio ambiente social.

Entre quienes opinan que el suicidio no es punible, se

[8] J. L. E. Ortolán, *Éléments du droit pénal*, Paris, 1875, nº 549.

[9] René Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Paris, 1881, vol. I, p. 240.

cuenta Bentham[10], quien considera que cada uno es el mejor juez de sí mismo, cada uno sabe cuándo, cómo y por qué debe permanecer o abandonar esta vida.

Es del caso recordar aquí la fórmula que arranca del derecho romano: *volenti et consentienti non fit injuria*, relacionada con la tesis de Grispigni que trataremos más adelante.

El concepto de la injuria en el derecho romano comprendía todo acto contrario al derecho, según las Institutas, pero para otros textos era más amplio, pues significaba inferir un daño injustamente. Según esa interpretación, el que quiere morir y consiente que lo maten, elimina la posibilidad de que exista un delito. No obstante, para otros, como Mommsen, que toman la palabra "injuria" en el sentido más restringido, el homicidio con consentimiento es un delito, porque afecta al Estado y a la comunidad, es decir, que para estos intérpretes el término "injuria" no comprendía el homicidio.

Ferri[11], en uno de sus mejores libros, plantea y contesta dos interrogantes que sirven no solamente para tratar este tema del homicidio consentido, sino también para responder al problema del homicidio piadoso y al de la cooperación al suicidio. A su doctrina se adhiere Peco[12].

Pregunta Ferri: ¿Tiene el sujeto derecho a disponer de su propia vida? En segundo lugar, admitido que tenga ese derecho, ¿su consentimiento exime al matador de la pena correspondiente y borra toda ilicitud del acto de quien le da muerte?

Mientras el ser humano vive en sociedad, está obligado a ciertas responsabilidades, a ciertas obligaciones y tiene, asimismo, determinados derechos. Recíprocamente, la sociedad tiene hacia él derechos y obligaciones. Pero una vez que el individuo sale de la sociedad y decide quitarse la vida, aquélla ya no puede imponerle ninguna obligación y deja de tener derechos sobre su persona; el sujeto escapa a esta mutua

10 Jérémie Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, t. II, p. 53.

11 Enrico Ferri, *Homicidio - suicidio*, Madrid, 1934.

12 José Peco, *El homicidio suicidio*, en "Revista Penal Argentina", julio y agosto de 1922, t. I, nos. 1 y 2, p. 29.

prestación de derechos y deberes. Nadie puede impedirle su separación, como nadie puede impedirle su muerte.

Además, dice Ferri, dentro de la especie humana, hay seres con menos capacidad para luchar y sufrir, con menos probabilidades de perpetuarse, de triunfar, de mejorar en la vida. Ésta va dejando una larga caravana de derrotados, de hombres inútiles, de vencidos, y una de las formas clásicas de la derrota es el suicidio, que a su vez simboliza una perfección dentro de la mayor civilización, con respecto al homicidio. Vale decir, que hay una ley biológica —aquí volveríamos al triunfo del más fuerte—, y de esta ley biológica resulta que sobrevive el más capaz. El menos capaz va quedando en el camino; una de las maneras de quedar en el camino es el suicidio, y por otro lado, agrega el autor, no está de más que esta larga fila de hombres afectados de neurosis, de dolores y taras, se vaya eliminando. Aquí queda contestada la primera pregunta.

Con respecto a la segunda, partiéndose de la base de que el individuo puede quitarse la vida: si consiente que otra persona se la quite, ¿este tercero es punible? Para Ferri todo depende del móvil determinante que lleva al tercero a matar a aquel que consiente su muerte, ya que debe distinguirse por qué se mata. Hay una escala enorme en los motivos determinantes del delito de homicidio, desde la muerte por injuria, por lucro, o por impulso de perversidad brutal, hasta la muerte por razones piadosas. En esta gran escala, como es natural, el móvil es un factor fundamental.

Recordemos los ejemplos del mismo Ferri en otra obra donde trata la psicología del homicida[13]. Es aquel cabrero que mata a otro, porque ha vendido cinco centavos de leche a un cliente suyo, o aquel hijo que mata a su madre porque la llaman bruja en el pueblo y no quiere él ser considerado hijo de la bruja. Por cierto que de estos motivos de homicidio al caso del homicidio por piedad, hay una diferencia enorme. Cuando los móviles son inmorales, antijurídicos y antisociales, entonces esa acción debe ser castigada. Si son

[13] Enrico Ferri, *El homicida*, Madrid, 1930.

morales, jurídicos o sociales, el hecho no es punible. Tal es la solución dada al problema por el maestro italiano.

Además de sostenerse que el individuo es dueño de su propia vida, y que, por lo tanto, puede disponer de ella, se dice que no hay relación jurídica del hombre consigo mismo; el delito implica la violación de un derecho y éste requiere una relación entre hombres, mientras que el suicidio es una acción del hombre sobre sí mismo. No hay una relación con el mundo exterior, requisito fundamental para que podamos hallarnos ante el derecho, y si no hay derecho no puede haber derecho violado, y, por lo tanto, no puede haber delito. Agregan los contrarios a la punibilidad del suicidio, que en este caso los castigos son inocuos, desde el momento que quien debe sufrirlos ya ha muerto, y que la acción penal es imposible, pues no hay contra quién seguirla, razones estas últimas que pierden fuerza si sólo ha habido tentativa, es decir, si el suicida no ha conseguido su propósito, en cuyo caso podría castigársele y se le puede seguir la acción penal. Carrara suma otras razones, al decir que castigar el cadáver es un signo de barbarie, que ello implica aumentar la situación lamentable y la vergüenza de la familia, afligiéndola más, ya que se le debe conmiseración, y, finalmente, que castigar el suicidio o su tentativa es precisamente un motivo más para que los seres dispuestos a morir, tomen precauciones completas para que el hecho no quede a mitad del camino y obtener su consumación.

Corresponde tener presente aquí el distingo efectuado por Jiménez de Asúa[14], entre derecho a la vida y derecho sobre la vida; un distingo sutil pero aceptable. El derecho sobre la vida sería aquel que la persona tiene para disponer de ella, para perderla si quiere, mientras que el derecho a la vida es el derecho del sujeto de conservarla contra los ataques de los demás.

Ravà[15] dice que no puede hablarse de un derecho, pero sí de una facultad del hombre a disponer de su cuerpo en

[14] Luis Jiménez de Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir*, Buenos Aires, 1942

[15] Adolfo Ravà, *Los derechos sobre la propia persona*, Turín, 1901.

forma total, tanto de su vida como de partes de su cuerpo, en vida o después de muerto, disponiendo de su piel, de su sangre, de sus cenizas, de la forma como debe ser cremado. Al respecto cabe recordar que ya existen los famosos bancos de ojos, constituídos por ojos donados o vendidos en vida por sus dueños y que son posteriormente injertados en seres que han perdido la vista.

Se señala también el caso de personas que todos los días arriesgan su vida, como, por ejemplo, los pilotos de prueba; aquellos que se sacrificaron para hacer los experimentos necesarios en las primeras épocas en los submarinos; los que efectúan pruebas peligrosas en los circos; los domadores de fieras; los mineros. Todos ellos juegan prácticamente su vida en forma diaria, lo que parece lógico y muy natural, y a nadie se le ocurre discutirles el derecho de actuar en esos oficios peligrosos en grado sumo, pero se reconoce que casi todos estos casos tampoco tienen nada que ver con el suicidio, pues se arriesga la vida por amor a la ciencia, a la técnica, al arte y por necesidad, por la patria en la guerra o a impulsos de nobles sentimientos.

Pasa así a plano secundario la cuestión de si este derecho o facultad sobre la vida, o sea, este *jus in se ipsum*, es un derecho de propiedad, es un derecho a la personalidad, o es un derecho con modalidades *sui generis*. Lo que ya no ofrece dudas en el campo del derecho penal, es que el suicidio no es un delito.

En cambio se discute si el ser humano, al quitarse su vida, puede hacerlo con intervención de terceros, mediando el respectivo consentimiento, y si éste quita toda ilicitud al acto.

Ese consentimiento, por supuesto, debe ser prestado libremente por quien sea titular del bien jurídicamente protegido.

Quien mejor ha tratado este tema es el profesor italiano Grispigni, autor de un trabajo al respecto[16]. Considera que el consentimiento aquí es una institución jurídica autónoma, especial, pero no un contrato ni acuerdo de voluntades, así

[16] Filippo Grispigni, *Il consenso dell'offeso*, ed. Athenaeum, Roma, 1924.

como tampoco un acto unilateral. Uno puede querer una cosa y para eso basta una sola voluntad. Pero cuando uno consiente una cosa, se la consiente a un tercero; hay aquí un acto bilateral, porque ese consentimiento será aprovechado por otra voluntad. Grispigni lo define diciendo que es el permiso dado por una persona a un tercero o terceros, a fin de que puedan efectuar un acto objetivamente prohibido por la ley, del que puede resultar una lesión a un bien o a un derecho de quien lo concede, o poner en peligro ese bien o ese derecho. Vale decir, que el consentimiento es permisivo. Implica, si se quiere, un acto bilateral, pero no es un contrato ni acuerdo de voluntades, porque predomina la voluntad del que consiente, que será aprovechada por la voluntad del tercero. *Es una institución, entonces, autónoma, de tipo jurídico*, que justifica para el profesor italiano tanto el homicidio suicidio como el homicidio eutanásico. Este consentimiento no debe ser otorgado por un menor, demente o incapaz, ni arrancado por sugestión, o con violencia, amenazas o engaños, como establece el art. 579 del Código italiano.

Para Edmundo Mezger, en cambio, implica el abandono real o presunto de sus intereses por parte de quien legítimamente tiene facultad de disposición sobre un bien jurídico.

¿Cómo puede clasificarse el consentimiento dentro de las normas generales del derecho penal? No es una causa de inimputabilidad, ya que éstas se refieren al sujeto del delito y se basan en su falta o escasa capacidad mental. Tampoco es una causa de justificación, que están taxativamente enumeradas; no podemos confundir el consentimiento con la legítima defensa o la obediencia debida, ni tampoco con las excusas absolutorias, porque hay diferencias sustanciales entre éstas y aquél. No es excluyente del tipo ni elimina la antijuridicidad del hecho[17].

[17] Marcos A. Herrera, *El consentimiento en los delitos contra las personas*, en "Revista del Derecho Penal y Criminología", nº 3, 1968, ps. 38 y ss. Ver también Antonio Quintano Ripollés, *Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal*, en "Anuario de Derecho Penal", mayo-agosto de 1950, p. 321; José Severo Caballero, *El consentimiento del ofendido en el derecho penal argentino*, en "Cuadernos de los Institutos de Córdoba", año 1967, vol. XVII, nº 93, ps. 11 y ss.

¿Qué valor tiene entonces el consentimiento? ¿Hasta dónde se debe admitir que su existencia borra la ilicitud del hecho? Tiene valor con relación a algunas figuras que expresamente requieren que el hecho sea concebido sin consentimiento del interesado o contra su voluntad, como en la violación del domicilio (art. 150, Cód. Penal argentino), violación (art. 119, inc. 2) o rapto (art. 130). Pero esto nos llevaría a la distinción de bienes jurídicos disponibles (de interés privado) e indisponibles (de interés público). Por ejemplo, Antolisei le niega valor cuando están en juego intereses del Estado (personalidad del Estado, administración de justicia, administración pública), y la mayoría de los autores se lo niega cuando se trata de valores fundamentales como la vida, que está protegida, a diferencia de los bienes patrimoniales, no sólo como interés particular, sino también público. Además si contemplamos el problema desde el punto de vista de la víctima, cuyo consentimiento reúne todos los requisitos de validez, se llega rápidamente a la conclusión de que su muerte no es un hecho ilícito. Pero tenemos que colocarnos desde el otro punto de vista, el del tercero autor del hecho, para llegar a la verdadera conclusión. Pues en realidad, al consentir la víctima su propia muerte, está reemplazando a la sociedad o al Estado, ya que con ello evita, o perdona si se quiere, la represión, que en caso contrario, habría correspondido al acto cometido por un tercero, si no hubiese existido el consentimiento. La facultad de reprimir pertenece al Estado, y no a los particulares, contrariamente a lo que ocurrió en los orígenes del derecho penal, cuyas primeras etapas están señaladas por la venganza privada. Al aceptarse que el consentimiento borra la ilicitud del acto, se le priva al Estado la facultad de la represión; lo sustituímos por la voluntad individual, y eso no es admisible, pues aquél no puede delegar ni admitir que el particular por sí y ante sí se arrogue el derecho de represión o el del perdón; así, pues, en términos generales, el consentimiento no puede validar el homicidio consentido ni tampoco el eutanásico. En el mismo sentido, la Relación Ministerial del Código Penal italiano, decía que el bien de la

vida humana es un bien indispensable, por lo que el consentimiento no quita al acto su naturaleza ilícita.

Ésta es también la opinión de Florian[18], Gómez[19], Alimena[20], Puglia[21] y Vannini[22].

Este último autor sostiene que en tal caso no se lesiona un interés individual, sino uno estatal, público o demográfico, o sea el interés de conservar la existencia de los coasociados. Al dar su consentimiento, el hombre declina la condición de titular del interés a la conservación del bien legalmente protegido, y queda como mero objeto material del delito, pasando a ser sujeto pasivo el Estado. De modo que el sujeto pasivo es el Estado o la sociedad, titular del interés jurídicamente protegido; la objetividad jurídica es el incremento demográfico de la Nación; la materialidad del hecho es causar una muerte con consentimiento de la persona y el elemento moral es la voluntad de matar al que consiente. Por todo esto Vannini considera que el homicidio consentido es un delito contra la integridad de la estirpe. En cambio, para Maggiore, este hecho, más que lesionar un interés demográfico del Estado, lesiona un interés ético-religioso, ya que el consentimiento de la persona no puede hacer el milagro de trasferir de la persona a la sociedad la subjetividad del delito.

Además, el consentimiento del ser humano es un hecho relativo. ¿Qué sabemos nosotros de las fluctuaciones de su espíritu, de cómo reaccionará el ser que en un momento de desesperación o de fuertes dolores, da el consentimiento para ser muerto? ¿Qué pensará cuando llegue el momento de la ejecución? Una leyenda narra que mientras un viejo leñador cortaba leña y trataba de cargarla sobre sus espaldas, cansado de su tarea exclamó en voz alta: "¡Si viniese la muerte!". Ésta se le aproximó preguntándole para qué la quería, y el viejo le contestó entonces: "para que me ayudes a cargar esta leña". Así es el espíritu humano; la tendencia del hombre

18 Eugenio Florian, *Trattato di diritto penale*, Milano, 1935-37, t. I, p. 547.
19 Gómez, *Tratado de derecho penal*, cit., t. II, ps. 28, 30 y 31.
20 Alimena, *Dei delitti contro la persona*, cit., vol. IX, p. 436.
21 Puglia, *Delitti contro la persona*, cit., vol. IV, p. 60.
22 Vannini, *Il delitto di omicidio*, cit.

es vivir. En la lucha biológica, el ser se aferra a la vida, aunque más no sea por temor a lo desconocido, y precisamente esa tendencia natural, esa ley natural de aferrarse a la vida, es la que ha permitido la supervivencia de la humanidad.

La verdad es que las fluctuaciones del espíritu humano, las reacciones que siente el hombre a cada momento, son tan variables, tan incomprensibles e inesperadas, que mal podemos encontrar la justificación del homicidio-suicidio en el consentimiento de la víctima.

Otros creen encontrarla en el perdón judicial, solución que criticamos desde el punto de vista que aquél no es una causa de justificación, sino que se utiliza precisamente porque se ha considerado culpable al que mató con consentimiento de la víctima.

Pero creemos esto lo más acertado, partiendo de la base de que nadie puede privar de la vida a un semejante, ni aun a su pedido o ante su consentimiento y que ese acto es siempre punible. Mas el juez, teniendo en cuenta los móviles del tercero, la insistencia del pedido de la víctima, las razones que han mediado para llegar al hecho, podrá atenuar la pena y aun otorgar el perdón judicial, aminorando así la dureza de la ley, que sin embargo, con toda lógica, nos indica que el hecho es delito y que su autor, en principio, debe ser penado. Precisamente, nuestro Código Penal, en el último párrafo del art. 44, otorga al juez la facultad de eximir de pena al autor de un delito imposible.

En la práctica, parece difícil admitir la existencia del homicidio-suicidio —puede verse un fallo al respecto que publicamos más adelante—, pero hay casos en que por la imposibilidad física o moral de la víctima, dominada por el miedo o la cobardía, ésta se ve obligada a pedir a un tercero que tenga la fuerza suficiente que a ella le falta, y le dé muerte. Hay entonces tan sólo una tonalidad de diferencia entre el homicidio eutanásico y el homicidio consentido. En ambos, la víctima consiente su muerte; en ambos es un tercero el que da muerte a la víctima, pero la diferencia está en los motivos específicos del homicidio eutanásico con respecto al consentido. Decimos específicos, porque en éste también el autor

puede dar muerte a la víctima por piedad, pero el eutanásico exige siempre el motivo piadoso y que la víctima esté irremisiblemente condenada a morir y sufra dolores insoportables.

Recordemos asimismo, para perfilar con toda nitidez esta figura, que el homicidio-suicidio comprende dos aspectos: el homicidio consentido por la víctima, propiamente dicho, y la ayuda o instigación al suicidio. En ambas especies hay dos sujetos que intervienen: uno, el que va a morir, y otro el que coopera. En ambas hay un suicida que quiere morir; en ambas hay un tercero que mata o que contribuye o facilita la muerte del suicida. Pero las diferencias consisten en que en el homicidio con consentimiento de la víctima, el sujeto activo de la muerte es el tercero, mientras que en la ayuda o instigación al suicidio, el sujeto activo de la muerte es la propia víctima. La otra diferencia reside en el acto: en el homicidio consentido por la víctima, el tercero actúa consumando el hecho, dando muerte él a quien quiere morir; mientras que en la ayuda o instigación al suicidio, el tercero actúa tan sólo en los actos preparatorios, pero no ultima a la víctima, pues ésta se ultima a sí misma.

Naturalmente que es un poco sutil la diferencia entre estas dos especies; la hay muy poca entre aquel que facilita los elementos para que otro se mate, o lo instiga a ello, y aquel que directamente, a pedido de la víctima, le da muerte. Prácticamente la cooperación de ese tercero es la misma en uno y otro caso, y en ambos se requiere el consentimiento de la víctima. Tanto es así que el mismo Carrara pregunta qué diferencia se puede encontrar entre el caso de dos amantes que deciden morir juntos, para lo cual uno de ellos mata al otro y luego se suicida, y el de los otros dos que también buscan morir dejando de noche encendido un brasero. Si en el primer supuesto, quien mata a su compañero logra sobrevivir, será autor de un homicidio consentido por la víctima, pero homicidio al fin, mientras que en el segundo caso, aquel que sobrevive será un cooperador o instigador del suicidio del otro.

Aparentemente no hay mucha justicia en esta diferencia, sobre todo si tenemos en cuenta la distinta penalidad que da

la ley en uno y otro caso, pero se ha querido ver en la intervención más activa y más directa con respecto al resultado letal de quien mata con consentimiento de la víctima, una mayor peligrosidad, y por eso se considera que se trata de hechos distintos y deben ser castigados en forma diferente.

Hay también otra modalidad del homicidio-suicidio que resulta de una alianza, al parecer inexplicable, pero muy usual, entre el amor y la muerte: el homicidio-suicidio doble. Éste casi siempre tiene lugar entre amantes desgraciados, a veces matrimonios que luchan con tremendas necesidades económicas, que tienen problemas pavorosos para mantener su hogar, pero casi siempre los actores son seres no unidos en matrimonio; por eso mismo están expuestos a numerosas dificultades y deciden unirse en la muerte, ya que no pueden estar unidos en la vida. Es la pareja suicida, estudiada por Sighele[23], en la que se trata mejor este problema del homicidio-suicidio doble.

La casuística de este hecho es un poco complicada y nos mueve a señalar la relativa falta de lógica de la ley, cuando contempla en una sola norma situaciones y casos muy distintos, que merecen diversas penalidades.

Casi siempre se encuentra en el homicidio-suicidio doble un súcubo y un íncubo; casi siempre también, aunque aparentemente debiera ocurrir lo contrario, el íncubo muere a manos del súcubo. Y casi siempre, como lo indica Peco[24], se presentan tres casos: los dos que van a morir deciden darse muerte recíprocamente, o si no uno mata al otro y luego se suicida, o si no cada uno se mata a sí mismo.

Según los resultados surgen los problemas de encuadramiento penal. Si mueren los dos integrantes de la pareja en los tres casos, no aparece la cuestión, ya que el suicidio no es punible, y en el caso de homicidio consentido por la víctima, la muerte del actor impide la acción penal, pero el problema se presenta si alguno sobrevive. Por ejemplo, en el primer supuesto: si se deciden matar recíprocamente, y

[23] Escipión Sighele, *La pareja criminal*, 1909.

[24] Peco, trab. cit., p. 152.

alguno sobrevive, conforme a nuestra ley debe ser castigado como autor de homicidio consentido por la víctima, art. 79 del Código. Si sobreviven los dos, son castigados como autores de tentativa de homicidio consentido por la víctima, arts. 79 y 42. Segundo supuesto: si uno debe matar al otro y después suicidarse, pero no alcanza a hacerlo y sobrevive de su tentativa, esta última no es punible, pero en cambio será castigado como autor de homicidio consentido por la víctima, art. 79. Si la persona a la que él debe dar muerte es la que sobrevive y él fallece, tendrá que verse si hay responsabilidad del sobreviviente, porque a lo mejor éste es el que ha instigado o efectuado los actos preparatorios y de ejecución. No importa que el autor del hecho sea quien después se suicide, pues la *que debía ser víctima y sobrevive pudo tener participación en* el suicidio. Tercer supuesto: si cada integrante de la pareja decide suicidarse, aparentemente no habría delito, y lo lógico es que no lo hubiese, pero pudo haber ocurrido que previamente haya habido una recíproca ayuda, instigación o suministro de medios, lo que entonces haría encuadrar la actividad de quien sobrevive en el art. 83, que reprime con prisión de uno a cuatro años a quien instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

Los casos son, como puede verse, complicados, pues presentan una serie de modalidades y matices que en nuestra ley deben todos forzosamente desembocar o en el art. 83, que, como hemos visto, contempla la instigación o ayuda al suicidio, y que no abarca todos los supuestos, o en la norma general del art. 79, que es realmente exagerada por su penalidad.

Debe asimismo distinguirse el homicidio-suicidio doble del homicidio pasional, en el que el sujeto, después de matar, se suicida. En este segundo caso no hay concierto de voluntades, no hay una instigación al suicidio, y por supuesto, no hay homicidio consentido por la víctima. El homicida pasional mata por pasión, sin concierto previo con la víctima ni consentimiento de ella, y muchas veces, después de matar por pasión, se suicida. Lo hace ante el peso de su conciencia porque no la ha perdido; ella existe casi en su total integridad,

y es bajo la presión de su sentido moral que el homicida se da muerte a sí mismo en una autopunición.

Señalaremos, para terminar, que nuestra ley presenta serias deficiencias y omisiones con respecto a este tema. Recordemos que las Partidas y el Proyecto Tejedor incriminaban el suicidio y su tentativa, correspondiendo esto a un momento de la legislación en el que se interpretaba que el suicidio era un delito. Por supuesto que la instigación al suicidio también se consideraba delito —las Partidas contemplaban la ayuda al suicidio: Ley X, Título VIII, Partida VII—, pero como cooperación de un delito, no como delito *per se*.

En cuanto al homicidio-suicidio, coincidimos con Peco[25], en que se contemplaba en el Proyecto de Tejedor (art. 3, título 1, párrafo 6, libro primero de la Parte Segunda) y en el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García (art. 216), pues ambas disposiciones se refieren a quien ayude a la ejecución del suicidio cooperando personalmente.

Ahora, en nuestra ley vigente, el suicidio no es delito, y la instigación al suicidio, por lo tanto, se incrimina como delito *per se*, porque no se coopera a un delito, sino que esa simple actividad es un hecho ilícito, ya que el suicidio no lo es.

Precisamente, el art. 83 proviene del art. 114 del Proyecto de 1891. No había disposiciones en el viejo Código Penal que contemplaran la instigación o la ayuda al suicidio. Pero en cambio falta en la ley actual —como en el Código Tejedor— el homicidio consentido por la víctima, que, por lo tanto, debe ser castigado como homicidio simple. Es cierto que el juez, según las normas de los arts. 40 y 41, debe tener en cuenta el móvil que ha impulsado a cometer el hecho y todas las circunstancias que lo rodean, pero no podrá imponer menos de ocho años de prisión a quien ha matado, aunque haya sido por motivos nobles y a pedido de la víctima. Hay una sola salida, un solo resquicio para la interpretación judicial: la emoción violenta, si el sujeto ha matado a la víctima abrumado por el espectáculo de su dolor moral y guiado por el cariño que le inspira quien clama por la muerte liberatoria.

[25] Peco, trab. cit., ps. 130 y ss.

En esa forma se puede imponer una penalidad menor, conforme al art. 81, inc. 1, del Código, pero ésta resulta muchas veces una solución forzada, pues una cosa es interpretar el homicidio consentido por el lado de la emoción violenta, y otra es que la ley nos dé una solución directa para él, evitando la enorme penalidad vigente de ocho a veinticinco años de prisión.

Al respecto conviene señalar que tampoco está contemplado en nuestro código el homicidio eutanásico, que debe asimismo encuadrarse entonces en el art. 79, considerándose homicidio simple; ni la cooperación infructuosa al suicidio, pues para que la cooperación sea punible, de acuerdo con los términos del art. 83, el suicidio debe haberse tentado o consumado. Falta asimismo la cooperación culposa del suicidio, que aunque puede ocurrir en forma excepcional, es posible.

Casi todas estas omisiones han sido salvadas por el art. 114 del Proyecto Peco de 1941, cuyo segundo apartado, que se relaciona con nuestro tema, establece: "cuando le diere muerte con expreso consentimiento del interesado, la sanción será de tres a diez años".

El Proyecto de 1953 también prevé el homicidio consentido en su art. 137, que en uno de sus supuestos, el del inciso primero —el segundo se refiere a la ayuda o instigación al suicidio, incriminando al que determinare a otro al suicidio, reforzare a éste en dicho propósito o le prestare ayuda para cometerlo, siempre que la muerte se hubiera producido o intentado—, impone la pena de dos a ocho años de prisión al que matare a otro cediendo a sus repetidos y apremiantes requerimientos, pena que podrá atenuarse libremente si el agente hubiere obrado por móviles altruístas o a impulso de un sentimiento de piedad ante el dolor físico de la víctima, mediare o no el consentimiento de ésta, y si las circunstancias impidieren todo auxilio. Pero si se obrare por móviles egoístas, la pena será de cinco a doce años de prisión.

Como se ve, este Proyecto abarca también el homicidio eutanásico, si bien no en forma autónoma, ya que surge del consentido.

El Proyecto de 1960 contempla la instigación o ayuda al

suicidio y aplica las mismas penas cuando, concertado el suicidio común, ocurriere muerte o lesiones graves, aunque el hecho asumiere la forma del homicidio consentido (art. 114).

En la legislación extranjera se atenúa la pena en el caso de homicidio consentido en los códigos de Ticino (art. 302), de Holanda, de 1881 (art. 293), de Alemania, de 1871 (art. 216), de Bulgaria, de 1896 (art. 251), de Noruega, de 1902 (art. 235), de Japón, de 1907 (art. 202), de Rusia, de 1903 (art. 460), de Méjico, de 1870 (art. 559), de San Salvador, de 1904 (art. 360), y en los Proyectos austríaco de 1909 (par. 289) y suizos de 1908 (art. 65) y de 1916 (art. 105).

En cuanto a la jurisprudencia y doctrina francesa y belga, ante el silencio de sus códigos, consideran el hecho como homicidio simple.

Resumiendo nuestra posición, consideramos que si hoy en día, en virtud de un concepto moderno y de pronunciado contenido social, no se permite la amplísima disposición de los derechos patrimoniales, no es posible admitir que exista esa amplitud con respecto a la propia vida, cuya pérdida incide sobre la familia y la sociedad y puede perturbar la paz del Estado. Es cierto que determinados delitos, los de acción privada, y en principio los de instancia privada, pueden quedar sin sanción, si el particular damnificado no los persigue ante la justicia o desiste de la acción; es verdad también que en las excusas absolutorias, no obstante haberse atentado contra la propiedad, la ley resuelve el conflicto de intereses y derechos en juego, salvando la unidad y paz familiar. Pero ello no ocurre ni puede ocurrir con respecto al más sagrado de los derechos, superior a todos los restantes y en cuyo favor debe forzosamente resolverse todo conflicto: el derecho a la vida.

El suicidio no es delito, pero la ley penal no puede permitir que una persona quite la vida a otra con su consentimiento. Debe en cambio considerar este hecho como menos grave que el homicidio común y, en consecuencia, disminuír la sanción respectiva, llegando hasta el perdón judicial.

JURISPRUDENCIA.

Incurre en tentativa de homicidio voluntario simple, y no en instigación o ayuda a cometer suicidio, el que hiere a otro con el propósito de darle muerte, aunque medie para la ejecución del hecho el consentimiento o pedido de la víctima (C.C.C., "Fallos", t. 1, p. 505; "J.A.", t. 38, p. 852).

En el fallo se dijo que la calificación legal del hecho es la de tentativa de homicidio voluntario simple y que la única circunstancia especial en el caso es el consentimiento de la víctima, pero ese consentimiento no tiene valor jurídico porque el derecho a la vida no es un derecho renunciable. La mayoría de los tratadistas consideran a este homicidio como un homicidio simple y el Código Penal vigente no lo prevé como un delito especial. Todo el que mata a otro comete el delito de homicidio y le corresponde la pena fijada por el art. 79, si no tuviera otra pena fijada por el Código. Éste no fija otra pena distinta para el caso en que se da muerte a otro con su consentimiento. El autor, en consecuencia, comete para el Código, un homicidio voluntario simple.

El art. 83, que invoca la defensa, no es aplicable. En el homicidio con consentimiento de la víctima, el matador es el verdadero y único autor de la muerte; mientras que en la instigación o ayuda al suicidio, el verdadero autor de la muerte es el suicida y la participación del instigador o ayudante es una participación criminal *sui generis*, moral o material, pero que se presta siempre para la ejecución del proyecto por parte del suicida.

Capítulo XIV

HOMICIDIO PIADOSO

El homicidio piadoso[1] es también llamado "eutanasia", palabra que proviene del griego *eu*, bien, y *thanatos*, muerte, o sea, buena muerte. La eutanasia se diferencia de la eugenesia, en que en ésta no hay voluntad de morir por parte de la víctima y predominan en el autor propósitos egoístas, para eliminar a la larga caravana de enfermos, niños débiles y ancianos, que se convierten en carga para el Estado o ponen en peligro la fuerza de la raza, mientras que la eutanasia está inspirada en un móvil generoso, compasivo, y en ella se exige casi siempre como requisito el consentimiento de la víctima. Por su parte, eutanasia se contrapone a distanasia, o sea, larga e interminable agonía.

Como antecedentes históricos, vemos en la Biblia que un amalecita cuenta a David que ha dado muerte a su rey, Saúl, a su propio pedido, cuando estaba mal herido, después de una batalla. Otro caso interesante es el de la confesión efectuada por Napoleón en la isla de Elba, de haber ordenado matar a tres o cuatro de sus soldados durante la campaña de Egipto, previo informe médico, en virtud de que habían enfermado de peste y no tenía posibilidad de salvarlos.

[1] Ver además de la bibliografía del capítulo anterior, Fernando Gorriti, *Eutanasia por piedad*, en "Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal", año XVII, nº 97, 1930; Luis Alberto Bouza, *El homicidio por piedad y el nuevo Código Penal*, Montevideo, 1935; Carlos Salvagno Campos, *El homicidio altruista*, en "Revista de Derecho Penal", año VII, nº 4, 1951; Jean Graven, *Faut-il punir l'euthanasie?*, en "Revue de Criminologie et de Police Technique", vol. IV, enero-marzo 1950, Ginebra; Sergio J. Winocor, *Eutanasia y homicidio por piedad*, tesis presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (inédita), Buenos Aires, 1953.

Los chinos, australianos y esquimales mataban a sus padres ancianos, pero aquí influían, más que nada, prácticas religiosas y necesidades en cuanto a la dificultad de sustentarlos y, por lo tanto, serían más bien casos de eugenesia que de eutanasia. Como son casos de eugenesia las muertes de niños deformes a consecuencia de la ingestión por las madres de la droga thalidomida, lo que dio lugar a reacciones del Vaticano y procesos célebres como el llamado "de Lieja", de 1962, o de la nube tóxica de gas dioxina, escapada de un establecimiento situado en Seveso, Italia, 1976, como resultas de la cual se planteó nuevamente en ese país el problema de la legalización del aborto.

En la isla de Ceos se mataba a los habitantes al llegar a los 60 años, porque eran más una carga para la guerra que una ayuda. En la India, los enfermos incurables eran arrojados al Ganges, después de llenarles de lodo la boca y la nariz, a fin de que no pudiesen respirar.

Se habla también del vino de Moriani: era el líquido que se obtenía de las raíces de la mandrágora, utilizado por los griegos y romanos y que producía un sopor a los condenados a muerte, para adormecerlos y evitarles los últimos sufrimientos. Se dice que este vino fue dado a Jesús poco antes de expirar en la cruz, así como los que han estudiado la muerte de Jesús afirman que un soldado romano le alcanzó con su lanza una esponja mojada con vinagre y agua, que era el líquido que tomaban los legionarios para calmar la sed.

Vinculados, no ya a la eutanasia, sino a la eugenesia, podemos recordar otros antecedentes similares, como los referentes al Taigeto en Esparta, y la roca Tarpeya en Roma. En la Edad Media era llamado "misericordia" un puñal que se utilizaba para inmolar a la víctima y evitarle sufrimientos, y según Durkheim, en su libro *Le suicide*, los viejos godos se tiraban desde una roca, *la Roche des Aieux*, cuando llegaban a un estado de vejez que no les permitía colaborar con sus tribus.

Varios autores, desde muchos siglos atrás, vienen ocupándose de este tema tan importante. Epicuro, Platón en *La República*, Tomás Moro en *La Utopía*, Bacon, de quien se

dice que fue el primero en usar el nombre de eutanasia, y últimamente Del Vecchio, Jiménez de Asúa, Irureta Goyena, Ferri, Luis Alberto Bouza, etc., han tocado el tema y en su mayoría lo justifican.

Naturalmente que una vigorosa oposición está en la religión: uno de los mandamientos del Decálogo ordena: "no matarás". Los católicos no aceptan la muerte en esta forma, como no aceptan el suicidio.

Pero este problema presenta aspectos no sólo religiosos, sino también jurídicos y filosóficos. Hay quienes se oponen a la eutanasia con argumentaciones que no dejan de ser serias y deben ser analizadas. Dicen, por ejemplo, que si se sostiene que la eutanasia debe producirse en los últimos momentos de la vida del ser que sufre para evitarle ese sufrimiento, ¿qué se gana con quitarle pocos minutos de vida a esa persona? Al mismo tiempo se alega que si la eutanasia se comete en estado de agonía, precisamente el ser agónico no sufre ni siente, y, por lo tanto, no se le evita ningún dolor.

Hay quienes asimismo critican la eutanasia porque no puede hablarse de consentimiento de la víctima, ya que en esos momento no está con plena conciencia de sus facultades. Ese consentimiento es arrancado por el dolor, pero no es sereno, pesado, medido, firme, constante, como debe ser el consentimiento para que se admita su validez. Además se agrega que muchas veces, en los procedimientos eutanásicos, influye la impaciencia de los seres que rodean al paciente, dominados por el fastidio de una larga enfermedad. Es dable observar que primero los familiares cuidan con cariño al enfermo, pero trascurre el tiempo y las noches de vigilia, contemplando el espectáculo de una persona a la que se piensa que no se puede salvar, y ese sentimiento de cariño se trasforma en resignación y pasan después a sentir algo de fastidio. Es fácil entonces que los familiares, con los nervios quebrados, acepten el camino de la eutanasia, cosa que quizá no hubieran hecho en otra ocasión.

Otra argumentación que se hace es la de que la vida del hombre debe ser siempre tutelada por el derecho. A este

respecto nos remitimos a lo expuesto al tratar el sujeto pasivo en el delito de homicidio.

Dice Morselli[2] que es casi imposible determinar el carácter incurable de un mal. Hay un argumento más en contra del homicidio piadoso. Tal argumento consiste en la resistencia que se advierte en general en los médicos contra la eutanasia. Es curioso: quienes quizá debieran ser sus principales propagandistas, son sus adversarios. Difícilmente se encontrará un médico partidario de la eutanasia; en general no están de acuerdo con ella, a pesar de que ha habido una tendencia grande en su favor y se la ha incorporado o intentado incorporar a la legislación de varios países.

Hace años se representó una película, *Piedad criminal*, que trataba precisamente el problema eutanásico. Era el caso de un magistrado, correcto y reputado en la ciudad donde ejercía sus funciones, que llevaba veinte años de feliz vida matrimonial, hasta que se enteró que su señora, afectada por una lesión cerebral, estaba irremisiblemente condenada a morir a corto plazo. El problema psicológico del hombre es tremendo y decide terminar con la vida de ambos, provocando un accidente de automóvil, cuando ve que los ataques de su mujer son cada vez más terribles, insoportables, y el remedio que se le ha dado no consigue mitigar su dolor, pero él se salva.

Es procesado el magistrado por homicidio y se le hace una pregunta que es fundamental para el tema que hemos venido desarrollando. Se le interroga: "¿Obtuvo Ud. el consentimiento de su mujer para hacer lo que hizo?". Sorprendido porque no previó el punto, contesta que no. Se hace luego la pericia médica, intentándose salvar a este hombre que ha confesado que no hubo un accidente, sino que precipitó el automóvil contra un puente, para terminar el drama de su mujer y morir con ella. Resultó de la pericia que la víctima no había fallecido por el proceso de su enfermedad, pero sí en cambio por haber tomado una dosis exagerada de la medicina que se le había indicado. El juez entonces le dice:

[2] Enrico Morselli, *L'uccisione pietosa*, Torino, 1923.

"Usted es legalmente inocente, pero moralmente culpable".

Ése es el concepto de fondo que predomina en este caso e interesa destacar que los médicos, que han intervenido en el asunto, que han visto a la víctima durante la enfermedad, uno de ellos de íntima amistad del matrimonio, interrogados sobre su concepto acerca de la eutanasia, se manifiestan claramente contrarios a ella.

En cambio, los partidarios del homicidio piadoso dicen que si bien muchas veces la ciencia médica da sorpresas, y más que la ciencia médica, el organismo humano tiene reacciones inesperadas, pues cuando todo parece demostrar que está condenado a muerte, ese ser, según la expresión popular, nace de nuevo y se salva milagrosamente, esto ocurre muy pocas veces, ya que hay ciertas enfermedades con un proceso fatal y patológico que no admiten ningún cambio favorable.

Esas enfermedades, como la tuberculosis en último grado, la rabia, el cáncer en determinado estado, son incurables, y cuando se está en la última y definida etapa de esos procesos, para algunos puede llegarse a la eutanasia sin temor de arrepentirse.

Se ha buscado resolver el problema de la eutanasia con distintas soluciones que hemos analizado en el capítulo anterior. Algunos, como Grispigni[3], hablan del consentimiento de la víctima como causa de justificación; otros, como Ferri[4], del móvil que guía al autor que comete esta muerte piadosa, y determinados autores se fundan en el perdón judicial, que postulan Irureta Goyena, Bouza y Jiménez de Asúa. En general, son aplicables a este tema las distintas teorías que enunciamos al tratar el homicidio consentido.

Decíamos que algunas legislaciones han tratado el homicidio eutanásico. Se refieren a él el Código búlgaro de 1896 (art. 251), el antiguo Código de Rusia de 1903 (art. 460), el Código noruego de 1902 (art. 235), el español de 1928 (art. 517), el brasileño de 1928 y los de Letonia (art. 434),

[3] Grispigni, ob. cit.
[4] Ferri, ob. cit.

Uruguay (art. 37), Colombia (art. 364) y Costa Rica (art. 89). En estos códigos se acepta como atenuante la circunstancia de haber matado por piedad, pero después, en el Proyecto checoslovaco de 1926 (art. 271) y en el Código ruso de 1922 (art. 143), ya no se considera delito al homicidio por piedad. También lo contemplan el Proyecto de Manuel López Rey Arrojo para Bolivia (art. 434) y el Anteproyecto de Código Penal para el distrito y territorios federales de Méjico, de 1949 (art. 304, párr. final).

Asimismo ha habido proyectos al respecto en Alemania y en algunos Estados norteamericanos.

Nosotros en realidad no tenemos en el Código Penal ninguna disposición que se refiera al homicidio eutanásico, ni aun después de la reforma de 1967. Algunos han querido encontrarla en el art. 83, pero éste no se ajusta al hecho. El art. 83, como hemos visto, establece: "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado". Acá la ley se refiere al que ha ayudado a otro a cometer suicidio, mientras que en la eutanasia es el tercero quien debe matar a la víctima, la que acepta su muerte. Entre ambos casos existe la misma diferencia que la que ya explicamos entre el homicidio consentido y la ayuda o instigación al suicidio.

Ante esta laguna lamentable de nuestra ley, nos encontramos con que el homicidio eutanásico, como el consentido, debe ser castigado como un homicidio simple con una grave penalidad de ocho a veinticinco años de prisión o reclusión. Hay también aquí una sola salida para el magistrado, la de la emoción violenta, cuando el sujeto ha matado a la víctima apenado por sus sufrimientos, pero, como dijimos, es ésta una solución relativa y forzada en la mayor parte de los casos.

No contamos entonces con el art. 83, no solamente por las razones que expusimos, sino porque además su fuente, que es el Código italiano, en el artículo respectivo, no comprendía tampoco el homicidio piadoso, y en su Exposición de Motivos se hace la distinción entre una y otra cosa. De modo que no podemos invocar esta norma en nuestro Código.

El Proyecto de 1937 de los Dres. Gómez y Coll, en su art. 117, impone prisión de uno a seis años "al que lo cometiere —el homicidio— movido por un sentimiento de piedad ante el dolor físico de la víctima, si fuera intolerable, y las circunstancias evidenciaren la inutilidad de todo auxilio para salvar la vida del sufriente".

El Proyecto de 1941, debido al Dr. Peco, tiene una disposición más amplia (el art. 114), porque comprende no solamente el homicidio piadoso, sino la instigación o ayuda al suicidio, el homicidio consentido y el homicidio-suicidio doble, es decir, el llevado a cabo por dos personas, que es una de las formas de la figura anterior, que explicamos oportunamente. El tercer párrafo del art. 114 de este Proyecto es el que se refiere al homicidio piadoso: "si el autor obrare por móviles piadosos y en caso de consentimiento mediante instancias apremiantes del interesado, la sanción será de uno a tres años".

Peco, en la Exposición de Motivos de su Proyecto, nos explica que las palabras "móviles piadosos" tienen un sentido amplio y comprenden no sólo la enfermedad incurable, sino también la angustia moral invencible para salvar el honor del interesado y su familia. Como se ve, es muy elástico el concepto del motivo piadoso para permitir la forma atenuada de este homicidio, que tiene una sanción de uno a tres años de prisión.

Ya nos hemos referido al art. 137 del Proyecto de 1953, que comprende el homicidio eutanásico dentro del consentido, exigiéndose, eso sí, que las circunstancias impidieren todo otro auxilio y rodeándose de seriedad a esta figura para evitar todo peligro de abusos.

Por último, el Proyecto de 1960 sanciona en su art. 115 "al que, movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo o herido grave y probablemente incurable ante el pedido serio e insistente de éste. Se aplicará la misma pena aun cuando medie vínculo de parentesco".

Ha habido una serie de casos interesantes en materia de eutanasia. En 1913, una señora, en Nueva York, enferma de un mal incurable, pidió a su marido que le diese muerte. Aquél lo hizo y fue absuelto por la justicia.

En 1920, en París, una joven actriz polaca, Stanislawa Uminska, dio muerte a su novio, después de haberlo cuidado con toda dedicación y haber efectuado en su favor tres trasfusiones de sangre. El novio le pidió la muerte y ella aceptó.

El proceso de esta mujer ante los tribunales del Sena fue célebre. Prácticamente absuelta, pues fue condenada a una pequeña pena, adquirió una notoria celebridad, y se cuenta que cierta noche fue llevada al teatro y presentada al famoso actor Lucien Guitry; al preguntarle: "¿Cómo está Ud.?", Guitry le contestó con un cómico gesto de defensa: "Muy bien, señorita, no me pasa nada", agregando que cuando la gente ha tomado el gusto a matar con buen fin, ya no se detiene más.

En Rusia, en 1922, fueron fusilados por orden del gobierno ciento diecisiete niños atacados de terribles dolores y condenados a muerte segura por haber comido carne putrefacta. Otro caso interesante ocurrió también en Francia en 1930: un hijo dio muerte a su madre, afectada de cáncer, enfermedad prácticamente incurable. Acá, en nuestro país, tuvo lugar, en 1927, una tragedia ferroviaria en la localidad de Altapacal, en circunstancias que llegaba un delegación de cadetes chilenos para asociarse a una fiesta patria. Fue un desastre horroroso, pues volcaron varios vagones. Algunos pasajeros murieron, muchos resultaron heridos y como clamase uno de los cadetes chilenos para que se le diese el tiro de gracia, en virtud de que estaba carbonizado y mutilado, uno de los oficiales ordenó que se cumpliera con su pedido.

Ariosto Licurzi[5] cuenta un episodio ocurrido en Córdoba, el de una niña que es mordida por un perro hidrófobo: el tratamiento no dio resultado, la niña empezó a sufrir ataques de rabia tremendos, y por fin, ante la desesperación de todos, estando encerrada en un cuarto, gritando, entró un médico a darle una inyección salvadora. No se instruyó proceso.

José Ingenieros[6] narra el caso de un paisano que recogió

[5] Ariosto Licurzi, *El derecho de matar*, Buenos Aires, 1934.

[6] José Ingenieros, *La piedad homicida*, en "Revista del Círculo Médico Argentino y Centro de Estudiantes de Medicina", Buenos Aires, 1911, año XI, nº 118, p. 489.

a su viejo amigo, que estaba en la miseria, y padecía de una tuberculosis avanzada: lo tiene consigo, lo mantiene, lo cuida con todo afecto, hasta que este hombre, cada vez peor, comienza a pedirle insistentemente que lo mate. Día a día el enfermo empeoraba, hasta que aquél, como se dice en el campo, lo "despenó" e ingenuamente confesó haber cometido el hecho.

Precisamente el concepto de la palabra "despenar" coincide con el de la eutanasia, porque significa evitar la pena y se refiere a una forma, muy usual en el campo, de matar a animales enfermos o fracturados. Es, pues, un término que implica evitar sufrimientos a los seres humanos o a los animales.

Asimismo tuvo lugar en 1928 un proceso seguido contra una señora, de intachables antecedentes, que había dado muerte a su hija de trece años y se quiso suicidar al enterarse del diagnóstico médico de que aquélla estaba enferma de lepra. La justicia la absolvió, diciendo que había actuado en estado de enajenación mental motivado por un violento traumatismo moral.

En 1950, el médico Herman Sanders inyectó aire en las venas a una mujer moribunda atacada de cáncer, para abreviar sus sufrimientos, siendo absuelto por el jurado de Manchester, Estados Unidos, si bien no se tocó el problema de la eutanasia durante el juicio, pues la defensa hizo hincapié en que la enferma ya estaba moribunda. Sanders fue, sin embargo, expulsado de la Academia de Medicina y varios hospitales católicos anunciaron que no le permitirían ejercer la profesión en ellos.

También fue absuelta Carol Ann Paight por la Corte de Connecticut, Estados Unidos, en 1950, acusada de haber muerto de un tiro a su padre, enfermo de cáncer.

Pero en Pensilvania, Estados Unidos, en 1950, fue declarado culpable por homicidio voluntario, Harold Mohr, que mató a su hermano, ciego y canceroso.

En Roma, en 1952, el fiscal pidió el mínimo de la pena legal del homicidio para Edmundo Vastelegna, un hombre que, después de atenderla solícitamente durante cinco años,

dio unas pastillas somníferas a su mujer, gravemente enferma, para evitarle la agonía. Pero la Corte de Apelaciones de Roma atenuó aún más la sanción, considerando que había en el caso un homicidio consentido, y no voluntario, al aducir la defensa que la víctima había consentido y solicitado reiteradamente su muerte.

En Inglaterra se condenó condicionalmente a dos años de prisión a un hombre que había matado a su hijo enfermo de cáncer (1965) y parecido resultado tuvo otro proceso en París (1966) seguido contra quien mató a su esposa por igual motivo.

En los Estados Unidos ocurrió el caso de Karen Anne Quinlan, quien cayó en estado de coma el 15 de abril de 1975, después de ingerir píldoras tranquilizantes y bebidas alcohólicas, permaneciendo en ese estado durante más de un año, conectada con un aparato respiratorio. Su familia solicitó a la justicia que se autorizara la desconexión de ese aparato a fin de que se le permitiera "morir con dignidad", y la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey decidió el 31 de marzo de 1976 otorgarle a Karen Quinlan su derecho a morir y que se desconectara el pulmotor. Efectuado esto, la joven de 22 años continuó viviendo, en forma casi milagrosa, en un estado vegetativo crónico, suministrándosele antibióticos y siendo alimentada por vía intravenosa.

Se ha discutido cómo debe llegarse a la eutanasia; para algunos basta la sola opinión del médico de cabecera, pero puede obtenerse un diagnóstico equivocado, como en el caso de un cáncer pronosticado por un médico alemán a su novia, a la que aplicó la eutanasia, después de lo cual, hecha la autopsia, se comprobó que no había tal enfermedad y que la mujer pudo haber sobrevivido.

Se opina que es conveniente la opinión previa de un tribunal médico y que haya también juristas que analicen las posibilidades de la grave medida a adoptarse. Hay quienes sostienen que el peligro de la eutanasia reside en que frecuentemente es efectuada por los familiares de los enfermos, que no poseen conocimientos jurídicos ni médicos, y que no saben apreciar la verdadera gravedad de la enfermedad y posibili-

dades de curación. Por eso se acepta la eutanasia cuando la efectúan médicos, ya que además se dice que el médico no solamente tiene como función curar al enfermo, sino aliviarlo en su dolor, y si no es posible la curación, por lo menos puede ahorrarle una cruel agonía, dado que el concepto más aceptado de la eutanasia consiste en dar muerte a una persona que padece un mal incurable, con su consentimiento, y con el fin de evitarle una larga y cruel agonía.

Sin embargo, también se ha querido interpretar que la eutanasia comprende aquella muerte de seres indefensos o incapaces que no están en condiciones físicas ni psíquicas para la lucha por la vida, tesis que se fundaba en el derecho del más fuerte. Esa posición no es aceptada por la doctrina, ni la admite el derecho, porque precisamente esta ley del más fuerte fue uno de los fundamentos en que se basó la esclavitud, tema que dio lugar a famosas discusiones entre teólogos y juristas y que en España fue objeto de resoluciones en las Juntas de Burgos (1512) y Barcelona (1529). Por ella, el ser inferior estaba al servicio del superior, pero así como el derecho rechazó la esclavitud, debe rechazar esta interpretación de la eutanasia. Parte de la doctrina alemana ha aceptado esa posición y es así como Binding y Hoche dicen que la eutanasia se destina a aquellos enfermos incurables que sufren terribles dolores y también para aquellos que nunca curarán —el caso del demente—, pero que no están en peligro inminente de muerte y tal vez no sufren dolores[7].

Conviene recordar también aquí una jurisprudencia muy interesante publicada en la "Süddeutsche Juristen Zeitung" (Revista Jurídica de la Alemania del Sur), el 12 de agosto de 1947. Es un fallo del Oberlandesgericht (Tribunal Superior Regional) de Frankfurt, donde se analizó la responsabilidad que cabía a médicos y enfermeros a quienes se comprobó que habían dado muerte —conforme a un decreto secreto—, por inyecciones y gases, a una enorme cantidad de enfermos, prácticamente incurables, inútiles y perjudiciales por lo tanto para la lucha del pueblo alemán. El fallo de Frankfurt es

[7] Carlos Binding y Alfredo Hoche, *La autorización para exterminar las vidas sin valor vital*, Leipzig, 1920.

edificante en muchos sentidos, especialmente para la dignidad humana. Entre otras razones, dice el tribunal que resultaba evidente la necesidad de distinguir el homicidio eutanásico, que es discutido, del homicidio en seres no condenados a morir en plazo cierto, que no sufren dolores terribles, que hubiesen justificado el homicidio por piedad, y a los que simplemente por su condición de inútiles se quería eliminar del medio social en que actuaban. El problema, en cuanto a los procesados, consistía en que se amparaban en la existencia del decreto secreto antes referido, lo que se desechó, manifestándose que ni aun la suposición de la legalidad formal podía excluír la conciencia de lo antijurídico y el propósito criminal punible, ya que el hecho era contrario al derecho supralegal o natural.

Tal interpretación de la eutanasia es desechada en general, como ya hemos dicho, y, a nuestro modo de ver, encuadraría más bien en la eugenesia y no en la eutanasia. Recordemos al respecto que la eugenesia se diferencia en los móviles —deben ser piadosos en la eutanasia— y también se distingue en el sujeto pasivo, que en ella no es un ser condenado irremisiblemente a morir, que sufre una penosa agonía, lo que, por ejemplo, no le ocurre al demente.

Precisamente este problema tan interesante de la eutanasia se vincula también con el de la esterilización de los delincuentes, que ha sido objeto de proyectos legislativos —algunos de ellos sancionados— en muchos países, especialmente en los nórdicos y en Alemania, y en algunos Estados norteamericanos. Sobre este asunto presentamos un trabajo en el Segundo Congreso Latinoamericano de Criminología, realizado en Santiago de Chile en 1941, en el que una de las secciones trató el tema de la "Eugenesia y esterilización"[8].

El tema de la eugenesia está relacionado con el de la esterilización de delincuentes, porque ésta tiende a evitar que se reproduzca la raza sobre la base de enfermos, tarados o delincuentes, que tienen un gran porcentaje de posibilidades

[8] Ricardo Levene (h.), *La esterilización de los delincuentes*, publicado en la "Revista Penal y Penitenciaria", nº 19, enero-febrero-marzo de 1941 (en colaboración con R. C. Marante Cardozo).

de engendrar delincuentes; naturalmente, que es discutible esta postura por muchas razones que no podemos analizar aquí, pues nos alejarían de nuestro tema, y que hemos expuesto en la obra antes mencionada.

Agregaremos finalmente que no puede justificarse el homicidio eutanásico con los preceptos legales que eximen de pena a aquel que comete un delito para salvarse a sí mismo o a un tercero de un grave mal, porque precisamente en este caso no se está salvando la vida de un tercero, sino que se le da fin y, por lo tanto, como ocurre con el consentido, el homicidio eutanásico debe ser considerado un hecho menos grave que el homicidio común y merecer menor sanción.

JURISPRUDENCIA.

Nuestro Código no ha incluído en su articulado el homicidio por piedad; por lo tanto, el móvil piadoso no puede ser considerado como justificativo, pero sí puede servir de índice para valorar la falta de peligrosidad.

La calificación de infanticidio queda descartada cuando la misma imputada afirma que dio muerte a su hijo recién nacido, por piedad, por lástima, para que no siguiera sufriendo y porque lo creía agonizante, pero no expresa en algún momento que su móvil fuera ocultar la deshonra (Cám. Fed. B. Blanca, "L.L.", t. 29, p. 523; "J.A.", t. 1942-III, p. 473).

Capítulo XV

PSICOLOGÍA DEL HOMICIDA

Creemos conveniente, en un trabajo de la naturaleza del presente, dedicar especial atención al problema del hombre delincuente en relación al delito que estudiamos, si bien lo haremos en forma sucinta, no obstante el gran interés del tema.

Debe recordarse que la escuela clásica fijó su atención sobre el delito y la pena, y que con la aparición de la escuela positiva surge la trilogía del derecho penal, es decir, el estudio del delito, de la pena y del delincuente.

El hombre delincuente, hasta ese momento ignorado, cobra un relieve particular, en gran parte debido a los estudios de Lombroso y Ferri, y constituye en esta escuela la base de sus estudios. Después se ha seguido profundizando el problema, pues ha surgido otra disciplina: la criminología, sobre cuya autonomía mucho se discute, ya que algunos niegan que tenga objeto ni método propio, dado que ambos, el objeto y el método, son los elementos que caracterizan la autonomía de una ciencia.

La criminología, al estudiar la etiología del delito, su clínica y su terapéutica, ha tenido también como objetivo fundamental el estudio de la personalidad del delincuente, el medio ambiente que lo ha rodeado y donde ha vivido, es decir, los factores mesológicos; los factores físicos de clima y lugar; las causas del delito; los factores sociológicos, o sea, ambientales, la familia, la sociedad a la que pertenece y, sobre todo, la estructura psíquica y orgánica del delincuente, que integra los factores antropológicos. Es evidente, pues, que

no se puede eludir una referencia al delincuente homicida en este trabajo especializado.

Para tratar someramente el tema tenemos que basarnos en un trabajo fundamental de Ferri[1]. Es interesante ver como, a través de una obra, ha ido evolucionando la importancia del estudio del delincuente con respecto al delito. El libro de Ferri se llamó primero *El homicidio*; después, el autor, comprendiendo la importancia del sujeto activo, lo denominó *El homicida.*

En él hace estudios individuales de 1.700 personas, clasificadas en tres grupos: 700 delincuentes, 700 soldados (hombres normales de la misma edad, sometidos a la misma disciplina, de la misma jerarquía militar) y 300 enfermos mentales. Pudo hacer entonces esa triple clasificación y con este número de sujetos estudiados resultó un atlas antropológico de extraordinario interés. Ferri, en este libro, desarrolló una tesis, que por otra parte sostiene también en alguna otra obra, como *El delincuente en el arte*, consistente en la clasificación de aquél en cinco grupos. Es decir, en primer lugar, el delincuente nato: aquel que tiene una propensión al delito, o sea, menos resistencia para caer en él; hay una inclinación desde niño, hereditaria si se quiere, porque desciende de criminales, o de locos, sifilíticos o ebrios consuetudinarios. Segundo, el delincuente pasional, que comprende dos tipos: el delincuente propiamente pasional y el delincuente emocional, según exista el factor pasión, que se caracteriza por un sentimiento crónico, duradero, y el factor emoción, que es el que irrumpe de golpe en forma imprevista en la psiquis del individuo y lo hace obrar. Tercero, el delincuente loco: aquel que padece de psicopatías. Cuarto, el delincuente ocasional: naturalmente es el tipo que más abunda. Es el hombre que llega al delito en forma accidental, por ocasión. Son circunstancias ambientales, económicas, familiares, que hacen de un hombre, hasta ese momento normal, un delincuente ocasional. Por último,

[1] Enrique Ferri, *El homicida en psicología y en la psicopatología criminal*, Madrid, 1930. Puede consultarse también Altavilla, ob. cit., ps. 21 y ss., y Agostino Gemelli, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*, Apéndice *Los homicidas*, Milano, 1948.

delincuente habitual; éste es el hombre que va al delito nbién por miseria, por razones de medio ambiente. Casi mpre primero es ocasional, pero después la vida en la cárcel convierte en delincuente habitual, como consecuencia de las las compañías y el conocimiento de los trucos para vivir margen de lo honesto. Sale de la cárcel, se encuentra con compañeros de celda, y busca en la vida del delito su ico horizonte.

En la psicología de estos distintos tipos, destaca Ferri el erés que presentan el nato y el loco, a quienes les dedica mayor parte y las mejores páginas de su obra.

Indica el maestro italiano que la parte más difícil de udiar y conocer desde el punto de vista antropológico del lincuente, es el aspecto psíquico, porque el orgánico puede visto y analizado mucho mejor por la ciencia médica y rque no se pueden analizar los problemas de la psiquis del lincuente a través del criterio de nuestros sentimientos; no posible pensar en una explicación a través de nuestro terio de hombres honestos y normales. En esa forma no tenderíamos a un delincuente nato o a un loco. Es el caso e comenta Ferri, del individuo que se asombra porque otros s comen con un apetito extraordinario después de haber ıtado.

En el delincuente nato, en primer lugar hay una indife- ıcia absoluta con respecto al hecho, falta en él repugnancia la acción de matar. En segundo lugar no hay frenos mo- es. No interesan las consecuencias personales o sociales del lito, la detención, sanción, etc. Falta el sentido moral y la nciencia no trabaja en el sujeto, frenándolo, como actúa el ser normal. Ferri sostiene que el problema del senti- ento y de la pasión reside más en el corazón que en cual- iera otra parte del cuerpo humano, si bien opinan algunos e eso depende de las vísceras, o para otros de la médula ɔinal, de donde salen los nervios que influyen en la circu- ɔión sanguínea y respiración.

Como decíamos, el delincuente nato carece de sentido ɔral y es un desaprensivo en lo que se refiere a las conse- encias de su acción. El sujeto actúa sin importársele para

nada las consecuencias de la muerte que da a un tercero. Se caracteriza también por la indiferencia ante la muerte y la falta de repugnancia por la acción que comete. En muchos sujetos, la acción de matar causa una repugnancia física que disminuye en la muerte a distancia. La muerte cuerpo a cuerpo implica una insensibilidad especial, que se requiere para ver correr la sangre, o la agonía de la víctima. Ferri, por ejemplo, cuenta con qué frialdad un penado mató a una rata. Y cita otros casos de crueldades con animales por parte de menores que después se convirtieron en homicidas. Hay también en el delincuente nato una fría ferocidad en el modo de matar que lo acerca enormemente al salvaje, y una impasibilidad extraordinaria después de la muerte de la víctima. La fría ferocidad se distingue de la ferocidad conmovida y agitada con que mata el loco. El loco es feroz para matar, igual que el nato, pero la ferocidad del loco no tiene la frialdad que caracteriza al nato.

Existe un caso, publicado hace unos años en la "Revista de Derecho Penal"[2], de un cura, llamado Castro Rodríguez, que ocultó su estado marital, pues era casado y tenía una hija. La mujer mantenía correspondencia con él, y lo siguió al pueblo donde prestaba sus funciones. Queriendo evitar ser descubierto, decidió matarla. Le dio a su mujer atropina, y como tardara en morir, la ultimó a martillazos. Quiso eliminar luego a su hija, y a la fuerza la obligó a tomar veneno, presenciando impávido durante seis horas su agonía. Es éste un caso extraordinario de delincuente nato.

La impasibilidad posterior al delito, es también una de sus características. Hay al respecto una serie de casos interesantes. Por ejemplo, el de Collas, que se puso a tocar el violín, después de dar muerte a sus padres. Otro mató a su mujer, envolvió la cabeza en un trapo, y se paseó con ella en Londres durante un largo trayecto en ómnibus. Una persona es detenida por sospechársele autora de la muerte de la madre y de la tía; llevada a reconocer los cadáveres, negó tranquilamente conocerlos. Otro sujeto le dice a su mujer que había

[2] Dirigida por Eusebio Gómez, año III, 1947, 1ª sec., ps. 393 y ss.

dejado el hijo de ambos en una casa de expósitos, pero en verdad le había dado muerte, abandonando su cadáver en la playa, después de lo cual llegó a su casa y se fue a dormir. Esta impasibilidad extraordinaria hace pensar a veces en la semejanza entre el loco y el nato. Tanto es así, que la gente en general, en el sentido popular, cuando se refiere a un delincuente nato, dice que no tiene corazón ni conciencia y se usa la frase "mató a sangre fría". Efectivamente, en ciertas muertes, esta falta de motivos, que precisamente caracteriza al delincuente nato, hacen pensar en un estado de locura del sujeto y por eso se llega a dudar del estado de sus facultades mentales.

Como delincuente nato tenemos el ejemplo ya visto de un cabrero, en Italia, que mató a un compañero porque le había vendido cinco centésimos de leche a un cliente suyo. Cinco centésimos equivalían a la vida de un hombre. Otro mató a su amigo porque roncaba mucho de noche. Otro, también mencionado, se enteró que a su madre la llamaban en el pueblo *strega* (bruja). Comenzó a pensar que no debía ser llamado *figlio della strega* y la mató.

Estos casos dados por Ferri demuestran la casi inexistencia de motivos para matar. Es decir, estamos ante lo que nuestro Código Penal denominaba instinto de perversidad brutal.

El autor citado nos suministra casos ilustrativos acerca de otras características del homicida nato. Por ejemplo, la serenidad, la falta de temor con que va hacia el patíbulo. En las estadísticas de Corre (*Les criminels*), de 24 mujeres, 18 marchan sin demostrar ningún miedo o cobardía a ser ejecutadas, y de 64 hombres, 25 lo hacen asustados, 18 con serenidad y valentía, y el resto excitados o cínicos, o indiferentes.

Este tipo de homicida se caracteriza también por el fatalismo; muchos de ellos tienen tatuajes que dicen *pas de chance* o "nacido bajo mala estrella".

Otra modalidad es la traición al cómplice. Pocas veces el delincuente nato actúa con cómplices, y si los tiene, siente un desprecio total por el compañero. Casi siempre lo traiciona, denunciándolo, o lo mata con indiferencia, con toda

tranquilidad, sin importársele la colaboración que le ha prestado. Hay también una falta de remordimiento. Esto se percibe en forma directa o indirecta, dice Ferri, según se usen expresiones de burla para indicar el homicidio. Por ejemplo, *far morire colle scarpe* (hacer morir con los zapatos).

Hay formas directas de comprobar esta modalidad, cuando relatan el proceso sin darle importancia, o ponen de manifiesto el propósito que tenían de cometer nuevos delitos después de matar, lamentando no haberlos podido efectuar.

Interesa destacar que en ciertos delincuentes existe una especie de daltonismo o sentido moral para ciertas cosas, que se pierde en las restantes. Así, muchos homicidas desprecian, pues les parece un deshonor el robar y hurtar, y muchos ladrones no quieren matar para robar. Prefieren perder la ocasión antes que matar. Asimismo, entre los ladrones existen aquellos que admiten la violencia para sustraer cosas y aquellos que no la utilizan; sustraen sin dañar a nadie. Este daltonismo moral está guiado a veces por un instinto primitivo de justicia, porque también existen malhechores que roban a los ricos y no a los pobres, por quienes son estimados, pues les reparten gran parte de sus ganancias. Es el caso famoso de Robin Hood y su banda, en el bosque de Sherwood, en Inglaterra, que con sus compañeros, según es conocido, robaba sólo a los ricos señores y era querido por el pueblo con el que repartía el producto de sus asaltos.

Pero en todo esto puede haber, por parte del delincuente, un poco de interés calculado, porque al asegurarse en tal forma el agradecimiento de las clases menesterosas, evita ser denunciado o capturado.

Hay también, dentro de los homicidas, el tipo a quien le repugna matar insidiosamente o por codicia, porque lo considera deshonroso. Eso es otra forma de daltonismo moral.

Se caracteriza asimismo el homicida nato por su gran insensibilidad o analgesia física. Por ejemplo, Benincasa, jefe de bandoleros italianos, a quien se le cortan las manos, es llevado a cumplir la última pena. Camina perfectamente, come y duerme bien, y sube al cadalso con toda tranquilidad. Otros en cambio se preocupan por pequeñas cosas: los bichos

de la celda, la molestia de las esposas, etc. El cura Rodríguez, a quien nos hemos referido anteriormente, se preocupaba de que no le sacaran el dinero del banco para no perder sus intereses.

Como decíamos, podemos señalar también la ausencia de arrepentimiento. Éste no consiste simplemente en reconocer el hecho. Estriba en realidad en la recuperación de esos frenos morales que durante un momento se han perdido. Por un tiempo se pierde la repulsión al delito, pero después reaparece en el sujeto la conciencia de lo que ha realizado, y entonces se arrepiente. Ese arrepentimiento, cuando es sincero, es inmediato al hecho. En el homicida nato no hay nada de esto; por el contrario, piensa en esas circunstancias a que nos acabamos de referir. Narra con lujo de detalles el hecho, se ríe, hace bromas sobre el muerto, le pone motes, trata de tener comodidades en la cárcel, se preocupa para que le rebajen la pena, es decir, demuestra un gran egoísmo.

Se ha creído encontrar cierta relación entre el sentido moral, ausente en el delincuente nato, y el sentimiento religioso. Según Ferri, para el individuo hay un dios del bien y un dios del mal. Es más, muchas veces, dice, se llega al delito por fanatismo religioso, o sea, que la religión es un sentimiento que lógicamente contribuye al freno moral, pero que no basta para impedir el delito. Es así como narra la marcha de una columna de condenados hacia Siberia. En plena estepa pasa la columna frente a un Cristo. Dos terceras partes de los individuos —la mayoría iban por delitos contra la vida—, se descubrieron y rezaron una oración. Asimismo se encuentran en muchos delincuentes, rosarios, tatuajes religiosos, retratos de santos.

O sea, que el sentido moral es fundamental; ayudado por la religión frena enormemente más que si ésta no existiese. Pero la religión sola, aunque también es importante, sin sentido moral, no es suficiente.

Ahora bien, dentro de los delincuentes natos, pocos confiesan no ser religiosos, y muchos simulan tener fe una vez que están dentro de la prisión, ya sea para obtener una mayor

comodidad, o rebaja de pena, o para congraciarse con el guardián.

Otra característica de los natos reside en la impasibilidad con que asisten al juicio. Ferri cuenta el caso de unos individuos que jugaban a la morra mientras el fiscal los acusaba.

Asimismo se ha llegado a comprobar la ineficacia de la intimidación penal en el nato. Se observa, por ejemplo, que de 167 condenados a muerte en Bristol (Inglaterra), 161 habían presenciado ejecuciones anteriores. Vale decir, que ni siquiera el hecho de presenciar la pena capital, había servido como ejemplo que los inhibiese para delinquir.

La psicología del delincuente nato comprende también, según el autor citado, la vanidad, el egoísmo y la egolatría.

Es conocido el caso de jefes de bandoleros, especialmente en las zonas montañosas italianas, que se proclamaban a sí mismos generales, teniendo sus poetas y una especie de corte y vivían una aureola de heroísmo, admirados por la población que los quiere, ya que muy a menudo estos individuos realizan una justicia rudimentaria que consiste en robar al rico y regalar al pobre.

Asimismo casi el 30 % de los bandidos en Italia, tienen su origen en el odio y la venganza que se alberga y sabe esperar durante muchos años en el delincuente nato. Odio y venganza por motivos fútiles, lo que es un detalle interesante de destacar.

Se cuenta al respecto el episodio de un presidente de tribunal, que condenó a un individuo a cinco años de prisión, y nueve años después el condenado le dio muerte. Un guardián detuvo a un muchacho de once años y lo pisó sin querer. Diez años más tarde, el muchacho, convertido en hombre, lo mató.

Muchas veces está unido el nato a un problema erótico o alcohólico. El Congreso Internacional contra el Alcoholismo, reunido en París, señaló al mundo que el 50 al 60 % de los delitos se cometían bajo la influencia del alcohol.

En resumen, en el delincuente nato no existe el freno inhibitorio, el sentido moral, la repugnancia a la sangre y a matar. Hay una semejanza grande, en este sentido, destaca

Ferri, entre el nato, el niño y el salvaje. Al niño y al salvaje le faltan precisamente esos frenos inhibitorios. El nato es además un hombre que no ha meditado las consecuencias del hecho.

Dicho autor hace después en su obra un estudio de la psicología del delincuente loco. Locura, suicidio y delito —dice— constituyen una trágica trilogía, pues implican la *pérdida de la inteligencia, de la voluntad y del sentido moral*, respectivamente. Se trata ya de no mencionar la palabra locura, que inspira terror, repugnancia o pena; se habla de enfermos mentales, término más preciso, más humano, más lógico. Se habla de enfermos mentales como podríamos hablar de enfermos de estómago, de los nervios o del corazón. En lugar de *pazzi*, se dice *ammalatti di mente*. Se trata también de evitar la palabra manicomio y de reemplazarla por el término de instituto psiquiátrico.

El loco presenta algunas características parecidas al pasional en el momento del hecho, pero se diferencia en que el pasional, antes y después del hecho es un ser normal. Se ha señalado con justicia que hay más parecido entre el delincuente loco y el delincuente nato, que entre el loco delincuente y el enfermo mental que no delinque.

Dentro de la delincuencia de los enfermos mentales, es fácil entrever un enorme porcentaje de homicidas. Ferri destaca que en el manicomio judicial de Montelupo, de 350 enfermos mentales, alojados por haber cometido delitos, el 46 % eran homicidas, el 21 % autores de delitos contra la propiedad, el 13 % autores de lesiones, y el 7 % autores de violaciones.

Otros caracteres del homicida loco, dependen del proceso deliberativo del homicidio, según que la determinación se produzca por un proceso lento y reflexivo o bien por un impulso instantáneo.

El primer tipo nombrado, o sea, la invasión lenta de la idea homicida, encierra tres estados característicos del homicida loco, que son la ansiedad melancólica, la idea de persecución y la obsesión delirante, todos acompañados de alucinaciones que son casi siempre la causa determinante de la acción homicida.

Ferri nos da varios ejemplos de esta clase de homicida; comenta el caso de una madre que a cada período de menstruación tenía impulsos homicidas y al final mató a su hijo.

En algunos casos, el homicida tiene conciencia de esos impulsos y trata de alejarse o de advertir a la víctima. Es el caso del menor de doce años, que sintiéndose con deseos de pegar a sus compañeros, golpeaba las paredes y les advertía que se alejasen. O del pescador, que teniendo deseo de abrir el vientre de su mujer para ver su interior, y dándose cuenta de sus propósitos, realizó un viaje al África, pero regresó, creyéndose curado, y consumó el hecho. Otro caso es el del hombre que sintiendo el impulso de matar a su mujer, pidió ser encerrado en un hospicio. O el de aquella madre, que como sintiera el deseo de matar a sus hijos, pagaba a una persona para que la vigilase constantemente.

Así como Dostoiewsky pintó con mano maestra el caso de *Crimen y castigo*, Morado de Monty ha descrito el del joyero que tuvo el impulso homicida como consecuencia de haber leído la *Bête humaine*, de Zola. Dicho joyero se vio perturbado por una idea morbosa que le invadió al observar los instrumentos de trabajo de sus compañeros, idea que aumentó al finalizar la lectura de la obra de Zola. Consciente de tal obsesión, le pidió a su esposa que lo vigilara, dado que sus deseos de matarla aumentaban, y no conforme con esto, viendo que la idea llegaba a dominarle, se entregó a la policía solicitando ser recluído en un manicomio.

Este caso, como dice Ferri, pone en plena evidencia cómo la obsesión encuentra campo propicio en la enfermedad mental y es una característica suficiente para explicar la influencia de lecturas, influencia que en realidad existe, pero que solamente se hace sentir en individuos hereditaria o personalmente predispuestos a un estado de degeneración o debilidad de mente.

En otros enfermos mentales, el impulso homicida llega rápidamente, en forma volcánica, pues en ellos no existe odio, ni rencor ni idea de venganza.

Así es el caso del herrero que trabajando en la fragua con un compañero, le rompe la cabeza de un martillazo. O el

de la mujer alcohólica y epiléptica, que como todas las mañanas, enciende el fuego y repentinamente echa en él a su hijo de tres años.

El homicidio, en algunos locos, está acompañado a veces por canibalismo y otras por la pasión venérea.

Ferri comenta el caso de un demente que quedó dormido tranquilamente al lado del cadáver de una meretriz, que violó muchas veces contra natura. Varios son los casos de necrofilia, o sea, el de individuos, como el sargento Bertrand, que desenterraba cadáveres para luego violarlos.

Puede apreciarse cierta similitud entre el homicida loco y el homicida nato, que llegan algunas veces a confundirse. Así tenemos el caso —que cita Ferri— del que mató a su mujer e hijo y después de haber cometido el hecho, se quedó en la puerta de su casa fumando pacíficamente la pipa. O el de aquel individuo que después de haber delinquido, matando e hiriendo a once personas, comió con apetito, o el de quienes están tranquilos durante el proceso, o cuando son detenidos, o se les muestra el cadáver de su víctima.

Hay enfermos mentales que se distinguen por ciertas reacciones posteriores al delito, que no encontramos en otros tipos de delincuentes, por ejemplo, el sueño inmediato, hecho que resulta de una descarga nerviosa. Los nervios sufren un "shock", que hace dormir tranquilamente revelándose una insensibilidad extraordinaria para lo que se acaba de cometer.

Otro aspecto que puede destacarse es que el demente, al matar, no siente una satisfacción como el delincuente nato, sino una impresión de alivio o quietud. No está satisfecho de su acción, pero sí liberado de una opresión o peligro. Obra por una especie de necesidad; la curva ascendente del proceso homicida en esa mente enferma y desequilibrada, llega al cenit al dar muerte, y entonces, cuando sobreviene la descarga, se recupera la tranquilidad. Muchos dudan entre matar o suicidarse; los melancólicos optan casi siempre por lo segundo.

A veces caracteriza al delincuente loco la premeditación, que hace pensar que entonces no padece de locura. Pero puede afirmarse que la premeditación es admisible en los

locos. Veremos también que es admisible la premeditación en los pasionales, lo que no obsta a que asimismo se mate por pasión.

Otra característica es la ausencia de cómplices. A veces, dentro de los epilépticos, se busca la colaboración de terceras personas para consumar el delito. También podemos mencionar la imprudencia o falta de precauciones, ya que hablan del delito, o, mejor dicho, lo anuncian.

Son antecedentes muy importantes en este tipo, la herencia, es decir, la locura en los antepasados, las caídas durante la infancia y sobre todo un factor especial que es el alcoholismo, que ya hemos visto cómo influye en el delincuente nato, siendo asimismo una de las causas más importantes de la locura homicida. Se nota también en los sujetos de esta clase, que poco antes de cometer el delito, cambian sus costumbres y manera de ser, se vuelven abúlicos, melancólicos, y todo esto culmina con el furor, con el ataque homicida.

El homicida habitual presenta en general las características del nato, a las que nos remitimos.

Con respecto al delincuente emocional, Ferri ha hecho una clasificación, aclarando que hay dos clases de pasiones: unas, relativamente útiles o justificables, que tienen por base el amor o la fe, política o religiosa, a las cuales llama pasiones sociales, y otras, pasiones antisociales, que son aquellas movidas por el odio, la venganza, la ambición, etc. Naturalmente que al hablarse de homicidio pasional, opina el autor citado que debe limitarse a aquellos que se cometen por una pasión social.

Se destaca en el homicida pasional un doble tipo: el pasional propiamente dicho y el emocional. Ya veremos el tema más en detalle cuando tratemos el homicidio por emoción violenta, pero por ahora diremos que la pasión es un sentimiento que evoluciona lentamente, mientras que la emoción es un sentimiento que aflora, que irrumpe, que estalla bruscamente.

Algunas características de este sujeto, consisten en que casi siempre es joven y predominan las mujeres, lo que se explica, al parecer, porque la mujer, por lo general, da una

mayor importancia al amor que el hombre. Los antecedentes casi siempre son buenos; hay una relativa educación, cierta proporción entre el móvil y el delito, actúan en forma improvisada, sin prever las consecuencias del hecho, casi siempre lo realizan en público y lo confiesan, tienen remordimientos, piensan en la víctima, se conduelen, y muchas veces llegan al suicidio. Tales son las características del homicida pasional.

Se ha querido hablar de un tipo distinto, que es el homicida político. En realidad entra dentro de la clasificación anterior, porque el político es pasional, o es un homicida loco[8].

Se distingue el homicida político por antecedentes favorables anteriores al hecho, y cierta proporción entre el hecho y el móvil que lo impulsa a cometerlo. Ferri sostiene que casi siempre el homicida político actúa solo y confiesa con toda espontaneidad; únicamente le preocupa el propósito que lo guía.

Finalmente el homicida ocasional se caracteriza por la imprevisión con que delinque, por su falta de aprensión y de conocimiento del delito. Toma casi siempre el arma que tiene más a mano, pues muy pocas veces va armado. Es movido casi siempre por la ebriedad, por la provocación, por el estímulo de terceras personas o por el impulso que da en los individuos la muchedumbre, tema que hemos tratado, por lo que ya conocemos cuánto influye.

El maestro italiano resume la tesis de su notable libro diciendo que todo homicidio, salvo los justificados, es el efecto de un estado anormal, congénito o adquirido, permanente o transitorio, de la actividad psíquica individual. Desde el punto de vista social, la criminalidad es un grado de degeneración más profundo y peligroso que la locura. Entre los homicidas instintivos y psicopáticos, las diferencias de los caracteres psicológicos son más numerosas que las analogías. En su constitución psíquica y orgánica, no todos los delincuentes presentan los mismos caracteres. Los caracteres psíquicos del homicida instintivo se resumen en una expresión de egoísmo antisocial.

[8] Gómez, ob. cit., t. I, ps. 382 y ss.

En cuanto a la psicología del homicida culposo, señala Impallomeni que hay en él una deficiencia en el mecanismo de la atención, pero de cincuenta examinados, sólo se encontró en veinticuatro, signos de irritabilidad, constitución neuropática y enfermedades del sistema nervioso hereditarias. Considera el autor citado que el delincuente culposo tiene carácter rudo y escasa sensibilidad moral, brutal indiferencia, y no observa los cuidados debidos a las personas con quienes está en contacto. A veces, el homicidio culposo indica un debilitamiento del poder de atención, causado por una inferioridad mental orgánica o constitución psíquica inferior.

Capítulo XVI

HOMICIDIO CALIFICADO POR AGRAVACIÓN

El homicidio calificado por agravación[1] es de distinta clase, según exista entre la víctima y victimario una relación de parentesco, o por el modo de cometer el delito —la alevosía—, el medio que se emplea para cometerlo —el veneno—, y el móvil que determina a matar —por precio—; así como también la relación que puede haber entre el homicidio con otro delito.

Algunos códigos contemplan por separado, y lo castigan más severamente, el homicidio de personas a quienes la ley protege especialmente, pues por su función están expuestas a mayor peligro. Así, los de Rusia, Bulgaria, Venezuela y algunos cantones suizos, se refieren al funcionario público; los de Bulgaria y Friburgo, al ministro de culto, y el primero también al jefe de gobierno extranjero; el anterior de Rusia, al sacerdote y al centinela de guardia.

Se califica en estos supuestos el delito porque si ni el parentesco sirve de freno, menos detendrá al homicida su inexistencia; o porque todos temen ser víctima en algunos de esos casos; o porque se utilizan medios o modos que hacen imposible o difícil la defensa de la víctima. En una palabra, es mayor la alarma social.

Conviene también recordar que nuestro Código ha seguido en esta materia un criterio exhaustivo, fijando cada uno de los casos de agravación, a diferencia de otras legislaciones, como el Código Penal suizo, que opta por una

[1] Véase Jorge D. López Bolado, *Los homicidios calificados*, Buenos Aires, 1975.

fórmula genérica, o como los códigos de China, Dinamarca y Polonia, que no distinguen el homicidio simple del calificado. En efecto, el Código Penal de Suiza se refiere al delincuente que "ha matado en circunstancias o con una premeditación que revelaren" que aquél es "particularmente perverso o peligroso" (art. 112).

Dice así, en general, "circunstancias o con una premeditación", en una forma que realmente se presta a críticas, porque en primer lugar, la palabra "circunstancias" es una palabra imprecisa, ya que no sabemos si comprende los medios, los modos o los móviles del delito. Por otra parte, se habla de premeditación, y ¿por qué el Código suizo habla de premeditación, y no menciona también a la alevosía, al ensañamiento o a la insidia?

Similar criterio sigue el nuevo Proyecto de Código Penal sueco, según el cual, hay crimen cuando el conjunto de condiciones intencionales que rodean el acto criminal, tienen un carácter particularmente grave; por ejemplo, si el acusado ha matado para facilitar la comisión de otro delito o si la forma como ha cometido el acto denota un ingenio para el mal o una crueldad muy pronunciada.

De modo que este sistema ejemplificativo no es superior al del Código Penal argentino, como tampoco lo son los de las otras legislaciones que mencionamos, ya que en ellas se dice directamente que el homicidio es castigado con pena que va desde los 10 años de prisión a la de muerte, en China, o desde los 5 años a la de muerte, en Polonia, o desde los 5 años a la prisión perpetua, en Dinamarca. La casuística de la ley argentina es evidentemente superior desde el punto de vista técnico.

Dispone al respecto el art. 80, Cód. Penal, conforme a la ley 21.338, de 1976: "Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52 al que matare: 1) a su ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son; 2) con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso; 3) por precio o promesa remuneratoria; 4) por placer, codicia, odio racial o religioso; 5) por un medio idóneo para crear un peligro

común; 6) con el concurso premeditado de dos o más personas; 7) para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro, delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

"Cuando en el caso del inc. 1 de este artículo mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años".

Art. 80 bis: "Se impondrá pena de muerte o reclusión perpetua, al que matare: 1) a un miembro de los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial de la Nación o de las provincias o de los municipios, sus ministros o secretarios o a un fiscal o secretario judicial, con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones o que fuere víctima de la agresión por su condición de tal aunque no se encontrare cumpliendo actos relativos al desempeño de sus cargos; 2) a quien en el momento del hecho desempeñare un acto del servicio propio de las fuerzas armadas o de seguridad o policiales o penitenciarias o quien fuere víctima de la agresión por su condición de integrante de dichas fuerzas, aunque no se encontrare cumpliendo actos relativos a sus funciones o del servicio; 3) simulando un estado, oficio, empleo, profesión o cualquier circunstancia tendiente a desfigurar o alterar su personalidad de manera que pueda inducir a engaño a la víctima, privándola de la oportunidad de la defensa que naturalmente hubiera empleado en caso de no haber mediado aquella simulación".

La penalidad impuesta en el art. 80, en cuanto establece que se aplicará reclusión perpetua, o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, ha merecido con justicia la crítica de la doctrina.

Como lo destaca Soler[2], debe interpretarse esta parte de la norma en el sentido de que el juez puede resolver facultativamente que la prisión o reclusión perpetuas se cumplan en un paraje de los territorios del sur, porque otra cosa no

[2] Soler, ob. cit., t. III, ps. 58 y ss.

surge del artículo, ya que mal puede imponerse esta medida después de cumplida la condena perpetua.

Por otra parte, tampoco puede considerarse que la reclusión en un paraje del sur vendría a aplicarse al condenado, una vez que obtuviese la libertad condicional, porque no puede ser, conforme al espíritu de ese beneficio, que se tenga que cumplir esa libertad condicional en un lugar tan alejado.

De modo que eliminadas estas dos posibilidades, evidentemente lo que quiere decir la norma es que la pena puede cumplirse en un territorio de los parajes del sur.

Cabe destacar asimismo la rigidez de esta cláusula legal, en cuanto sólo permite optar al juez entre la reclusión y la prisión, penas, éstas, privativas de la libertad, que si bien encuentran su distingo en los arts. 6 y 9 del Código Penal, no lo tienen en la práctica, pues como es bien sabido, los recluídos no son empleados en obras públicas, y en los establecimientos carcelarios se somete a unos y otros condenados al mismo régimen de disciplina, trabajo y educación, razones, éstas, que nos han determinado a limitar a una sola —la de prisión— las penas privativas de libertad en los proyectos de 1953 y 1975.

Señalamos, finalmente, que la ley 21.338, del año 1976, de reformas al Código Penal, ha agregado a las primitivas circunstancias calificativas de agravación del homicidio, algunos incisos que, en realidad, comprenden varios nuevos supuestos: el matar por placer, por codicia o por odio, racial o religioso; el matar con el concurso premeditado de dos o más personas que intervienen en la ejecución del hecho; el matar a determinados funcionarios o a miembros de las fuerzas armadas o de seguridad y el que lo hace disimulando su personalidad para inducir en engaño a la víctima.

El homicidio por placer reemplaza al cometido por perversidad brutal y además se ha eliminado el caso de las sevicias graves. Veremos estos casos en los correspondientes lugares de la obra.

Capítulo XVII

POR EL VÍNCULO ENTRE LA VÍCTIMA Y EL VICTIMARIO

El art. 80, inc. 1, del Código Penal, contempla la conducta de aquel que diere muerte a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son. Estamos aquí ante la figura del generalmente llamado parricidio[1].

En la evolución cronológica de este término, encontramos que en el derecho romano se designaba así primitivamente todo homicidio del hombre libre ("par" - semejante), pero éste no provenía del "parens" (pariente); recién por la Ley de las Doce Tablas el parricidio se consideró como la muerte del padre por el hijo. La ley Pompeya de parricidio lo extendió a la muerte de la esposa, suegros, sobrinos, primos y amo, pero Constantino lo limitó a la muerte de ascendientes y descendientes. Este hecho se consideraba como algo absurdo e imposible, pues no podía admitirse que un individuo diese muerte al ser que lo había engendrado, y viceversa. Tanto es así que los persas declaraban que no existía el vínculo sanguíneo cuando se cometía este delito. Como decíamos, entre los egipcios, para castigarlo, se condenaba al matador de su hijo a permanecer en la plaza pública hasta que se le pudriese el cadáver entre los brazos, pues entendían que no podían dar muerte a quien quitaba la vida a un ser después de habérsela otorgado.

Nuestra ley contempla entonces el parricidio impropio, ya que comprende no sólo la muerte del padre a manos del

[1] M. Hernández Blanco, *El delito de parricidio*, Buenos Aires, 1954.

hijo, sino la de ascendientes en general, descendientes y cónyuges. El anterior Código se refería tan sólo al parentesco legítimo y natural. El Proyecto de 1891 suprimía la distinción y comprendía al benefactor, y el de 1906 al bienhechor. El art. 80 no abarca entonces a los suegros, nueras, yernos, hermanos, medios hermanos, padrastros, hijastros, ni el parentesco por adopción, ahora admitido aquí por la ley 13.252, y contemplado asimismo por los códigos de Francia, España (1850), Ginebra, Neufchatel y Rumania. El anterior de Rusia comprendía los tíos, y el de Suiza el padrino, tutor, maestro y toda persona bajo cuya autoridad se encuentre el autor.

Se discute en la legislación y en la doctrina si esta circunstancia de calificación se comunica a los partícipes del hecho. Las leyes dan distintas soluciones, y así el Código italiano admite sólo la comunicabilidad cuando las circunstancias han servido para facilitar la ejecución (art. 118). El nuestro resuelve el problema con lo dispuesto en el art. 48, según el cual no tienen influencia las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe; o sea, si éste conoce el vínculo de sangre, se le aplica el art. 80.

Desde el punto de vista doctrinal, para unos le alcanza al cómplice la agravante, pues él facilita el delito y éste es indivisible. Además, desde el punto de vista histórico, la ley Pompeya de parricidio y el derecho romano en general incluían al cómplice.

En cambio, para otros, especialmente Carrara, el cómplice no viola un deber de igual naturaleza que el pariente, y es injusto castigar más al cómplice que si hubiese sido autor directo y único del hecho, que entonces sería homicidio simple. Por otra parte, es más temible el pariente que no se frena ante el vínculo de sangre y mata, y que por lo tanto cometería el delito más fácilmente si no existiesen esos frenos, que el homicida que priva de su vida a un tercero.

Precisamente para los clásicos se debía agravar la penalidad en el parricidio por la alarma social que produce, mientras que para los positivistas, la mayor gravedad de las penas responde a la mayor peligrosidad del autor.

Uno de los principales problemas que plantea este agravante, es la clase de parentesco que comprende. El Código de Tejedor no requería la legitimidad del vínculo. Su autor entendía que la ley no podía castigar un delito referido a un *vínculo que no es el legítimo que ella misma ignora, pero en* su Proyecto se refería a los parientes legítimos o ilegítimos. Su Código se refiere al padre, madre o hijo legítimo o natural, a cualquier otro ascendiente o descendiente y al cónyuge (art. 94).

Para Soler, por ejemplo[2], el parentesco adulterino está excluído, pues conforme al Código Civil, los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tenían por las leyes padre o madre ni pariente alguno, ni derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad (art. 342), siendo prohibida toda indagación de paternidad o maternidad adulterina, incestuosa o sacrílega (art. 341).

Creemos, por el contrario, que el art. 80, inc. 1, del Código Penal, abarca toda clase de parentesco, pues no sólo aquella norma no distingue, sino que únicamente tiene en cuenta el vínculo de sangre entre el matador y la víctima, dado que un hecho semejante viola los más sagrados deberes de la naturaleza.

Además, el padre o la madre adulterinos pueden reconocer al hijo nacido de ese amor ilegítimo. Tanto es así que los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, reconocidos voluntariamente por sus padres, pueden pedirles alimentos hasta la edad de 18 años, siempre que estuviesen imposibilitados para proveer a sus necesidades (art. 343, Cód. Civil).

Y si la ley obliga a dar alimentos, ¿cómo no va a castigar más gravemente la muerte de un pariente adulterino que la de un simple tercero?

Por otra parte, Carrara hace una observación muy exacta, pues si no se admite el homicidio calificado en materia de parentesco adulterino para evitar la indagación de paternidad prohibida por la ley, lo que hace la ley es impulsar al sujeto a que pruebe precisamente esa clase de relación para evitar la agravante.

[2] Soler, ob. cit., t. III, p. 23.

Coincidiendo con la autorizada opinión de Carrara, Carmignani, Altavilla, Impallomeni, Gómez, Moreno, Jofré, Peco y González Roura, consideramos que la única razón de ser que agrava en este caso la penalidad, es el vínculo natural de sangre que se viola o menosprecia. Como ya se sostuvo en la Exposición de motivos del Proyecto de 1891, sobre la base de la legislación española, la ley no hace ninguna diferencia entre las distintas clases de parentesco. Por otra parte, este problema ha dejado de serlo, desde que la ley 14.367, de 1954, ha suprimido toda discriminación pública y oficial entre los hijos nacidos de personas unidas y no unidas entre sí por matrimonio, o sea, hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y las calificaciones que la legislación vigente establece respecto a estos últimos.

Hay algunos códigos que, a diferencia del nuestro, no admiten ninguna atenuación en materia de parricidio. Por ejemplo, el belga (art. 415) y el Código Penal francés, cuyo art. 323 dice en forma expresa: "el parricidio nunca es excusable", o sea que no admite ninguna circunstancia de justificación.

Sin embargo, el artículo siguiente, el 324, dice que la muerte cometida por el esposo sobre la esposa o por ésta sobre el esposo, no es excusable, si la vida del esposo o de la esposa que ha cometido el homicidio, no ha sido puesta en peligro en el momento mismo en que la muerte ha tenido lugar.

Otra de las más importantes cuestiones en este tema es la que se refiere a la prueba del vínculo. En principio, el vínculo debe probarse conforme lo establecen las leyes civiles, es decir, por la partida respectiva, salvo que no hubiera o se haya destruído, en cuyo caso se admitirá cualquier medio de prueba (arts. 96 a 98 de la ley de matrimonio). La realidad biológica (*substantia filiationis*) resultará de los instrumentos públicos que merecen plena fe hasta que son argüídos de falsos por acción civil o criminal (art. 993, Cód. Civ.). Esos instrumentos públicos serán legítimos en cuanto a sus formas externas, pero el juez podrá apreciar su valor probatorio frente a otros elementos de juicio, máxime cuando en el proceso penal se busca la verdad real, a diferencia del civil,

que va en pos de la formal. La prueba en contrario debe además admitirse atento a lo dispuesto por el art. 994 del Código Civil.

Todo ello sin olvidar la necesaria unidad de un orden jurídico, ya que nos encontramos con conceptos que como el de casa o domicilio pueden tener distinto significado en el orden civil y en el penal. Y lo mismo puede ocurrir con los de familia y parentesco[3].

Y que la filiación legítima se probará conforme al art. 114 de la ley de matrimonio, por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, donde exista, y a falta de éste, por la inscripción en el registro parroquial y por la inscripción del matrimonio en el Registro Civil desde la vigencia de esta ley, y en los parroquiales antes de ella.

A falta de inscripción o cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres o como de padres desconocidos, la filiación legítima puede probarse por todos los medios de prueba.

En cuanto a la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, conforme al art. 2 de la ley 14.367, se prueba por declaración ante el oficial del Registro Civil, formulada en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; por instrumento público o privado; y por disposición de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuare en forma accidental.

Varios tribunales, entre ellos los de la provincia de Buenos Aires, como veremos más adelante en la parte referente a la jurisprudencia, aceptan la sola confesión de las partes para dar el vínculo por probado. Los de la Capital Federal, unas veces han requerido la partida respectiva y otras se han conformado con la confesión. La Corte Suprema de la Nación ha requerido la prueba del Código Civil.

Este problema se relaciona con el del magistrado competente para resolver la cuestión del vínculo.

Es una cuestión previa, consistente en saber si hay o no un vínculo de parentesco entre el matador y la víctima.

[3] Juan Silva Riestra, *El parentesco y otros vínculos en el Código Penal*, "D.J.A.", 2 de noviembre de 1962.

Para unos (Hélie, Manzini), le corresponde resolverla a la justicia del crimen, pues el juez de la acción lo es también de la excepción. Para otros (Carrara), debe resolver el asunto el juez civil, evitándose así fallos antagónicos, o sea, que la prejudicialidad debe ser absoluta. Por último, otros sostienen que ésta debe ser relativa, es decir, que el juez tiene la facultad de pasar o no el asunto a otra jurisdicción.

Consideramos que el juez del crimen tiene todas las facultades necesarias para analizar y probar el parentesco que hay entre el matador y la víctima. Ésta no es una cuestión prejudicial, ya que no se encuentra entre las taxativamente enumeradas por el art. 1104 del Código Civil.

Naturalmente que el juez del crimen no podrá independizarse de las normas y disposiciones civiles que contemplan esa cuestión previa. Pero respetando las disposiciones legales de orden civil que rigen la cuestión, aquél es el juez competente para resolver todas las cuestiones civiles vinculadas a cualquier delito.

Problema interesante es si se considera o no que subsiste el vínculo matrimonial y, por tanto, si el homicidio es o no calificado, si hay o no separación o divorcio entre los cónyuges, y además, cuando el matrimonio es totalmente nulo o tan sólo anulable.

El divorcio que admite la ley argentina no rompe el vínculo matrimonial, que subsiste aunque los cónyuges estén separados. Habrá entonces homicidio calificado si el matrimonio es anulable, o si los cónyuges están simplemente separados de hecho o divorciados. Con la sanción de la ley 14.394, art. 31 —que disponía que trascurrido un año desde la sentencia que declaró el divorcio, cualquiera de los cónyuges podía presentarse al juez que la dictó pidiendo que se declarase disuelto el vínculo matrimonial, si con anterioridad ambos cónyuges no hubieren manifestado por escrito al juzgado que se habían reconciliado, en cuyo caso el juez haría la declaración sin más trámite, declaración que autorizaba a ambos cónyuges a contraer nuevas nupcias—, el divorcio fue legalmente reconocido y aceptado por un tiempo por el país y por lo tanto quedaron superadas temporalmente una serie

de cuestiones que se planteaban, especialmente con respecto a matrimonios celebrados en la Argentina y disueltos en alguno de los países signatarios del Tratado de Montevideo. En tal caso entonces el homicidio no era calificado. Al suspenderse esa ley, las cosas volvieron a su estado anterior y, por lo tanto, el homicidio del cónyuge divorciado por la ley argentina es *calificado*.

Más complicado es el caso del matrimonio nulo. En efecto, la ley de matrimonio civil establece en el art. 87, que si el matrimonio nulo hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges, producirá hasta el día en que se declara su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido, no sólo con relación a las personas y bienes de los cónyuges, sino también en relación a los hijos. Interesa destacar que esa norma precisa en "relación a las personas". Además, el art. 84 de la misma ley dice que es absolutamente nulo el matrimonio celebrado si subsiste uno anterior.

La jurisprudencia de los tribunales de la Capital ha interpretado, si se quiere demasiado extensivamente, este concepto del art. 87, llegando a declarar en un caso en que la víctima era de buena fe, que precisamente por tal circunstancia debía ser condenado por homicidio calificado el cónyuge ya anteriormente casado. Esta interpretación ha sido justamente criticada por Gómez y Soler.

Soler pone al respecto un claro ejemplo, pues dice que si se mata a la segunda mujer, habiéndose hecho lo mismo con la primera, de la que está separado el autor del hecho, con el criterio de que la segunda víctima era de buena fe, aquél puede ser condenado dos veces por uxoricidio, lo que no es posible[4].

En el caso citado[5], la mayoría dijo: "No es, sin embargo, necesario que el tribunal se pronuncie sobre la validez o nulidad de dicho matrimonio, toda vez que apareciendo como indudable que la víctima lo contrajo de buena fe, desde que nada hay que haga presumir lo contrario, y puesto que se hallaba subsistente en el momento del hecho, aun siendo

[4] Soler, ob. cit., t. III, p. 25.
[5] C.C.C., "Fallos", t. I, p. 491.

nulo para la ley, era válido respecto de la víctima. El reo, en consecuencia, ha muerto a su cónyuge, que es otra de las cuestiones planteadas, y lo ha hecho tanto en el sentido de la ley civil, como en el de la ley penal. En el sentido de la ley civil, porque los arts. 87, 88 y 89 de la ley de matrimonio son claros y terminantes al respecto. Y en la de la ley penal, no sólo porque el vocablo «cónyuge» se encuentra empleado en el art. 80, inc. 1, en el concepto y con referencia al alcance que aquélla le da, tratándose como se trata, de un término técnico correspondiente a una institución del derecho civil, sino porque concurre, en el caso, la razón de mayor peligrosidad, que la ley advierte en el quebrantamiento de los singulares deberes y responsabilidades inherentes a una institución que es fuente y base de la organización social.

"Tan serios son los deberes y tan graves las responsabilidades contraídas en la formación de la familia, que la ley civil, ante el conflicto planteado en el caso de bigamia, ha optado, mediando buena fe, por parte de uno o de ambos contrayentes y hasta la disolución del matrimonio, por considerarlo legítimo, y legítimos, por lo tanto, los hijos habidos, dándose así el caso de la dualidad de la familia legítima dentro del sistema monogámico adoptado por el legislador.

"Si, pues, mediando buena fe, el matrimonio es válido y si la validez del matrimonio se traduce en deberes y derechos correlativos y recíprocos, entre dos esposos, se traduce en lo primero, respecto al contrayente de mala fe. De ello resulta que en el caso el reo ha muerto a su cónyuge porque ha quebrantado los deberes legales libre y conscientemente contraídos al unirse a ella, burlando su buena fe y cubriendo la unión bajo el manto de la ley, cuyas ventajas procuró y cuyas sanciones por lo mismo ha debido aceptar, pues sería absurdo admitir que la malicia pueda ser fuente de beneficios que no le es permitido invocar al que se encuentra bajo la protección de la buena fe, lo que ocurriría si se negara al primero la causa de agravación derivada del vínculo que se computa al segundo.

"Y esto se hace aún más visible, recordando que el Código Penal ha extremado su reprobación al allanamiento

de los particulares deberes creados entre personas unidas para formar familia cuando en el art. 125 ha equiparado, en la agravante calificativa fundada en el vínculo entre los actores, la concubina a la esposa legítima".

A nuestro entender, en la postura correcta, el vocal Dr. Frías sostuvo en disidencia que "cuando la ley dice: «al que matare a su esposa sabiendo que lo es», se refiere necesariamente a la esposa legítima y que el acusado sabe que tiene este carácter ante la ley, lo que no sucede en el caso de autos, por cuanto el reo, siendo casado, sabía que no podía contraer legítimamente un nuevo vínculo mientras subsistiera el anterior con su primera esposa.

"Para él, este segundo matrimonio no tiene valor porque conoce la ley que lo prohíbe. Luego, ésta no es la situación que contempla la ley penal, como con razón lo establece la sentencia.

"Si la mente del legislador hubiera sido colocar en el mismo grado a la esposa putativa y a la concubina, lo hubiera dicho expresamente, como lo hace en el art. 125, cuando castiga el delito de corrupción de menores en que las equipara a los efectos de la pena".

Lo cierto es que el matador sabía que la víctima no era su esposa legítima, sino su concubina, aunque él fuese su marido legítimo para ella.

El nudo del asunto consiste en no olvidar las palabras finales que rigen el inc. 1 del art. 80 del Código Penal, en cuanto dice: "sabiendo que lo son".

Esa norma se refiere a los ascendientes, descendientes y cónyuges. El matador debe tener conciencia del vínculo de parentesco, conocer esa relación determinada con respecto a la víctima. Además, admitir la tesis del caso referido, implicaría extender por analogía (prohibida en materia penal) la situación de esposa a la concubina.

En conclusión, si el matrimonio es nulo, no se aplicará la agravante, salvo que ambos cónyuges, o al menos el homicida, fueran de buena fe.

La ley penal resuelve en forma distinta el conflicto de intereses en juego, teniendo en cuenta su importancia, pues

demuestra precisamente en esta circunstancia de agravación, su preferencia por la punición del delito, que atenta contra la vida, no obstante que en otro artículo, el 185 (excusas absolutorias), mantiene los lazos familiares, dejando sin efecto la penalidad de determinados delitos, como son el hurto, defraudación y daño, que afectan a la propiedad. También en el caso de encubrimiento se exime de pena a los consanguíneos y afines en línea ascendente y descendente, hermanos, cónyuges y afines colaterales en segundo grado (art. 279).

Como decíamos al tratar el elemento subjetivo, si se quiere matar a un tercero y se mata a un pariente, la ley se atiene a la intención y el homicidio es simple. En el caso inverso, cuando se quiere matar al padre y se mata a otra persona (error *in personam*), se considera también el hecho como homicidio simple, porque no se ha dado muerte a quien está ligado al autor por vínculo de sangre, aunque la intención haya sido ésa. Se requiere, pues, la coincidencia de las dos circunstancias, objetiva y subjetiva, para que proceda la agravación. En cambio, si queriéndose matar a un pariente se desvía el tiro y se mata a otro (*aberratio ictus*), según el grado de parentesco que exista con la víctima, habrá o no homicidio calificado. Así, si queriéndose matar al padre se mata a la madre, hay siempre homicidio calificado, porque ha existido la acción voluntaria de matar a una persona ligada igualmente por vínculos de sangre. Como recuerda Irureta Goyena[6], es parricida Orestes, que mata a su madre Clitemnestra, pero no lo es Edipo, que mata a su padre sin saber que lo era.

La agravante explicada produce graves consecuencias en el orden civil, ya que, conforme a lo establecido por el art. 3291 del Cód. Civil, son indignos para suceder los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge o contra sus descendientes, o como cómplices del autor directo del hecho, y esa causa de indignidad no puede ser cubierta ni por gracia acordada al criminal ni por la prescripción de la pena.

[6] José Irureta Goyena, *El delito de homicidio*, Montevideo, 1928.

La mencionada disposición tiene sus fuentes en el derecho romano y pasó del derecho francés (Cód. Civil, art. 727, inc. 1) al nuestro, a través del Proyecto de García Goyena (art. 617, inc. 1), y su razón de ser nace de lo absurdo que resultaría que el homicida pudiese heredar legalmente a su víctima. Nótese que la norma de referencia excluye el caso de que el delito se cometiera contra ascendientes[7].

Para terminar con el homicidio calificado por el vínculo de parentesco, conviene recordar que la reforma de la ley 21.338, al legislar sobre el homicidio cometido con emoción violenta, contempla allí expresamente el efectuado por el ascendiente, descendiente o cónyuge en ese estado, imponiendo en ese caso la pena de dos a ocho años de prisión (art. 81, inc. 1). Y conforme a aquélla, otro artículo del Cód. Penal, el 82, establece causas de atenuación relacionadas ahora con todas las de agravación.

Algunos autores, especialmente Soler, interpretaban que al referirse esa norma antes de la reforma de 1967, expresamente al inciso primero del art. 80[8], excluía de por sí la posibilidad de que pudieran jugar al mismo tiempo las circunstancias de atenuación que contemplaba con otras circunstancias calificativas de agravación, o sea, para usar los términos de la ley, tan sólo podía admitirse la emoción violenta y la preterintencionalidad en el caso del homicidio agravado por parentesco, pero no podía coincidir aquélla con las otras causas de agravación, por ejemplo el veneno, la alevosía, etc. Tal era la posición de parte de la doctrina, porque ya veremos al explicar el homicidio por emoción violenta, un caso muy interesante de homicidio con veneno, en el que la justicia admitió la citada atenuante.

Soler criticaba[9], a nuestro modo de ver con justa razón, la sanción excesiva que se imponía en los casos atenuados de homicidio por parentesco. El art. 82 fijaba la pena de 10 a

[7] Acdeel Ernesto Salas, *La indignidad para suceder por causa de homicidio*, "D.J.A.", nº 5478, 30 de octubre de 1953.

[8] Decía el artículo 82: "Cuando en el caso del inc. 1 del art. 80 concurriere alguna de las circunstancias del inc. 1 del artículo anterior (emoción violenta y preterintención), la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años".

[9] Soler, ob. cit., t. III, ps. 27 y 29.

25 años, o sea, una superior a la del homicidio simple, y el citado autor señalaba que en la mayor parte de los casos sometidos a los tribunales, los jueces optaban por el mínimo de la sanción y difícilmente se dictaba un fallo que imponía el máximo legal, lo que estaba demostrando la conveniencia de disminuír el mínimo y al mismo tiempo el máximo en los casos previstos por el art. 82.

Ahora, después de la reforma de 1976, tal como dijimos, concurre la preterintención con todas las agravantes del art. 80 y del art. 80 bis, no sólo la del parentesco, como ocurría antes, porque se ha entendido que la mayoría de aquéllas admite la posibilidad de una muerte preterintencional, y en tales casos, como se ve, la pena es inferior a la que fijaba el anterior art. 82. Y también se prevé la concurrencia del homicidio preterintencional con el cometido con emoción violenta, incluyendo el de los parientes, conforme a la actual amplitud del art. 82.

Pero, además, la reforma admite que cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años, o sea, la pena del homicidio simple (art. 80, *in fine*).

Los autores de la reforma de 1967, en la exposición de motivos, no especifican ni aclaran en qué consisten o cuáles son esas circunstancias extraordinarias de atenuación. Tan sólo dicen que queda excluída de ella la emoción violenta (lo que es lógico porque para eso está la previsión del segundo párrafo del inc. 1 del art. 81) y que "la práctica judicial ha puesto en evidencia, para este caso, la inconveniencia de una pena fija".

Debe interpretarse entonces que estas circunstancias extraordinarias de atenuación se deben referir a situaciones fuera de lo común y de especial gravedad, que resultarán de los motivos que impulsaron al agente a delinquir, de su arrepentimiento o conducta posterior al hecho, de la conducta provocadora de la víctima, de si la muerte es por piedad (homicidio eutanásico), etc. Son las que rodean aquellos hechos que sin llegar a la emoción violenta ni a la legítima defensa merecen ser tratados con menos rigor que el de la pena máxima del

art. 80. Es el caso del hijo que defiende a su madre maltratada de continuo por el padre, a quien mata, por ejemplo. Siempre servirán de pauta importante aquí las circunstancias previstas por los arts. 40 y 41 del Código Penal.

JURISPRUDENCIA.

Si bien la simple cohabitación, el concubinato, el trato mutuo de marido y mujer, no basta para la calificación penal de uxoricidio, no puede desconocerse que dichas circunstancias constituyen un motivo de agravación en el hecho cometido por la procesada (doctrina de la Cám. Fed. de Paraná) (Corte Suprema, "L.L.", t. 1, p. 459).

En materia penal, el matrimonio debe probarse conforme a las prescripciones del Código Civil, por tratarse de un contrato especial y solemne, de mutuo y libre consenso.

El vínculo en línea recta deriva de la naturaleza misma, y cuando la ley penal califica el homicidio en estos casos, lo hace *substantis filiationis*, por ley de naturaleza o generación. Basta así la prueba de confesión, sin perjuicio de requerirse la partida correspondiente (Supr. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 11, p.503).

Si el procesado ha reconocido expresamente que estaba casado con la víctima y separado de hecho, y de la cual habían tenido hijos durante el matrimonio, la parte acusadora no necesita traer la prueba del acto en la forma que establece la ley civil para calificar el homicidio (Cám. Apel. Com. y Crim. Mendoza, "L.L.", t. 11, p. 657).

En materia penal no rigen los preceptos que sobre prueba de parentesco contiene la ley civil, siendo suficiente para acreditar el vínculo, la confesión del acusado, máxime si ella aparece corroborada por otras constancias y no concurre motivo alguno capaz de suscitar dudas sobre el particular (Supr. Corte Buenos Aires, "Fallos", 17-II-288; "J.A.", t. 70, p. 200).

En materia penal no rigen las exigencias de la ley civil para la prueba del estado civil de las personas. Mediante el reconocimiento del procesado del matrimonio con la víctima,

resulta inadmisible el desconocimiento que de ese hecho efectúa el defensor (Cám. de Apel. Crim. y Com. Mendoza, "B.J.M.", 1945-XXX-12).

Siendo insuficientes, según lo dispuesto por el Código Civil, la confesión del reo y la declaración de varios testigos para considerar demostrada la calidad de hijo legítimo de la víctima que aquél se atribuye, corresponde condenarlo como autor de homicidio simple, y sin perjuicio de ello graduar la pena en su máximo en atención a la circunstancia de haber dado muerte a quien consideraba su padre, el abuso de su superioridad por razón de la diferencia de edades y a los malos antecedentes del procesado (Corte Supr. Nac., "Fallos", t. 203, p. 421).

No siendo arreglada a derecho la calificación legal del delito imputado, desde que no existe prueba del vínculo matrimonial entre víctima y victimario, recaudo indispensable para el uxoricidio, y tratándose en el caso de un sujeto que no obró como demente, ni como ebrio completo o involuntario, ni como epiléptico en estado de acceso e inconciencia ni en otras condiciones comprendidas en el inc. 1 del art. 34 del Cód. Penal, debe aplicarse en el caso el art. 79 (Corte Supr. Nac., "Fallos", t. 172, p. 374).

Basta la confesión del reo para acreditar su parentesco con la víctima (Supr. Corte de Buenos Aires, "Fallos", 17-X-347).

Para que encuadre la calificación del delito en lo dispuesto por el art. 80, inc. 1, del Cód. Penal, no basta la confesión del reo y la declaración de testigos, sino que es necesario probar el vínculo de parentesco de conformidad con lo estatuído al respecto por el Cód. Civil (Corte Supr. Nac., "Fallos", t. 213, p. 504).

La confesión del homicida no basta por sí sola para acreditar el carácter de hijo de la víctima y menos todavía en el caso de autos, donde el propio interesado, volviendo a su primera afirmación, dice que no le consta ser hijo de la víctima, y revela datos que dan cabida a la sospecha de que la creencia en que ha vivido carece de base cierta (Supr. Corte de Buenos Aires, "Fallos", 17-VI-93; "J.A.", t. 72, p. 89).

La Cámara del Crimen de la Capital ha tenido por acreditado el vínculo con el simple reconocimiento del acusado en algunas oportunidades (causas nº 6573, 30 marzo 1948; 3493, 5 mayo 1950, y 5080, 24 abril 1951), no considerándolo suficiente en otras, en que se condenó al autor por homicidio simple por no estar legalmente acreditado el vínculo (causas nº 3424, 3 julio 1953; 477, 28 agosto 1953); en algún caso (causa nº 201, 17 julio 1953) por faltar la legalización correspondiente de la partida de matrimonio.

La pena de la menor debe graduarse según su edad —16 años— y en atención a que obró bajo la poderosa influencia del marido de la víctima. Este último debe ser condenado a prisión perpetua por instigación del delito de homicidio alevoso de su cónyuge (Corte Supr. Nac., "G. del F.", t. 148, p. 115).

La agravante calificativa del art. 80, inc. 1, del Cód. Penal exige no solamente la existencia real del vínculo sino el conocimiento efectivo de éste por parte del agente en el momento de la comisión del delito, conocimiento incompatible con el estado de inconsciencia (Supr. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 17, p. 62).

Corresponde calificar el acto delictuoso —muerte de una mujer por una menor a instigación del marido de aquélla— del mismo modo, tanto para el cónyuge supérstite autor moral del homicidio, como para la concubina de éste, autora material, porque a ésta le constaba el vínculo conyugal. La circunstancia material de la alevosía se comunica a ambos partícipes, ya que la menor obró en presencia del marido de la víctima y a indicación de éste (Corte Supr. Nac., "G. del F.", t. 148, p. 115).

Debe computarse la agravante del vínculo en el homicidio cometido por el bígamo en la persona de su segunda esposa, si ésta había contraído matrimonio de buena fe (C.C.C., "Fallos", t. 1, p. 491).

El delito cometido por la madre que da muerte a un hijo de un mes y días de edad es el homicidio calificado previsto por el art. 80, inc. 1, del Cód. Penal, y probado que la autora tenía 19 años cumplidos cuando ocurrió el hecho,

corresponde aplicarle, en atención a la edad, buenos antecedentes de la procesada y la circunstancia en que cometió el delito, la pena de prisión perpetua de las que establece la disposición mencionada, ya que tratándose de penas fijas no cabe otra individualización posible que la de calidad cuando son paralelas (Corte Supr. Nac., "Fallos", t. 200, p. 415).

Homicidio tentado en la persona del cónyuge divorciado en Méjico (arts. 42 y 80, inc. 1, del Cód. Penal): si el divorcio decretado en el extranjero carece de validez para la ley nacional, concurre la agravante del vínculo (C.C.C., t. v, p. 29, 18 mayo 1943, antes de la sanción de la ley 14.394). La calificación legal dada al hecho por el referido fallo, que lo encuadró en los arts. 42 y 80, inc. 1, del Cód. Penal, es la que corresponde, en razón de que el vínculo matrimonial y, por lo tanto, el carácter de cónyuges que revisten, en el presente caso, el procesado autor y la víctima, respectivamente, del hecho de autos, está acreditado con una partida que carece de autenticación. En efecto, como lo sostiene fundadamente el señor fiscal, y lo preceptúa el art. 81 de la ley de matrimonio civil, el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos, y la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina no modifica la situación legal contemplada en el precepto aludido (art. 7), más aún si se tiene presente que los cónyuges reconocen haber ejecutado los actos previstos en el art. 71, última parte, y se advierte que el carácter de tales no se pierde conforme al art. 64 para fijar los efectos de un divorcio aun declarado en nuestro país conforme al capítulo x de la ley citada.

La carencia de recursos y de trabajo a que alude la procesada no excusa su responsabilidad por haber dado muerte a su hijo de pocos días de edad. Estas circunstancias se hallan previstas en el art. 41 del Cód. Penal como factores que deben valorarse para graduar la imposición de las penas cuando éstas son divisibles, o para determinar la elección de la clase de pena aplicable dentro de las paralelas y fijas que determinan las respectivas disposiciones del citado Código (Corte Supr. Nac., "Fallos", t. 217, p. 1008).

Comete homicidio simple —no agravado por razón del vínculo— la mujer que mata al marido, si el lazo que los unía fue contraído ocultando maliciosamente, de común acuerdo, la vigencia de su primer matrimonio, celebrado en el país y de conformidad a sus leyes (C.C.C., 21 set. 1956, "D.J.A.", 6 nov. 1956, con nota de Ernesto Raúl Viglino).

Aunque de la partida de nacimiento del inculpado sólo resulta que es hijo natural, pero no ha sido reconocido oficialmente por la víctima, debe considerarse acreditado el nexo de parentesco a los fines del art. 80, inc. 1, del Cód. Penal, si tal filiación surge indiscutiblemente de diversas constancias, tales como que esta última, refiriéndose al hecho antes de fallecer, expresa que ha sido herida por su hijo natural y si el inculpado y varios testigos se refieren a tal condición sin plantear dudas al respecto (Cám. Crim. de Concepción del Uruguay, 30 mayo 1957).

La confesión del procesado reconociéndose pariente de su víctima, es suficiente para tener por acreditado tal vínculo a los efectos de la calificación del delito (Supr. Corte de Buenos Aires, 18 nov. 1958 y 17 marzo 1959).

La agravante calificativa del vínculo de uno de los procesados con la víctima —esposa—, se comunica al coprocesado que conocía el ligamen (Cám. Crim. de Tucumán, 2 mayo 1960).

Como la agravante del art. 80, inc. 1, del Cód. Penal, tiene en cuenta una realidad biológica, los instrumentos públicos que acreditan el reconocimiento de la víctima como hija natural del homicida, son susceptibles de prueba en contrario, pues el funcionario público actuante no puede dar fe de la sinceridad o realidad de un hecho efectuado en vistas al matrimonio a celebrarse con la madre de la víctima (Cám. Crim. de Bahía Blanca, 24 oct. 1961, "D.L.L.", 2 nov. 1962).

El agregado del último párrafo al art. 80 del Cód. Penal, introducido por la ley 17.567, admitiendo causas extraordinarias de atenuación, debe interpretarse relacionándolo con los arts. 40 y 41 del Cód. Penal (Cám. Fed. de Bahía Blanca, 3 set. 1968, "D.L.L.", 11 marzo 1969).

Las situaciones extraordinarias atenuantes del art. 80 del

Cód. Penal vigente, ley 17.567, se refieren a situaciones fuera de lo común, de inusitada gravedad. En el caso, inconducta del padre, con su consuetudinaria y agresiva ebriedad, los malos tratos frecuentes a la madre, las amenazas de muerte materializadas en agresión armada a toda la familia, etc. (Cám. Apel. Mar del Plata, 13 agosto 1968, "D.L.L.", 19 marzo 1969).

Las pautas señaladas en el art. 41 del Cód. Penal a los fines de la graduación de la pena, aun cuando favorezcan al acusado, no son suficientes por sí solas para encuadrar su conducta en las "circunstancias extraordinarias de atenuación" del art. 80, apartado final, del mismo Código (Cám. Apel. de Dolores, 2 julio 1969, "D.J.A.", 10 nov. 1969).

No existe legítima defensa putativa cuando la procesada no obró determinada por un error de hecho esencial e inculpable.

La ley 17.567 no modifica el homicidio agravado por el parentesco, sino que establece una alternativa: prisión o reclusión de 8 a 25 años, cuando mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación.

Actúa como circunstancia extraordinaria de atenuación (art. 80, inc. 1, última parte, Cód. Penal) la falta grave en que incurre la víctima (infidelidad), ya que la actividad cumplida por el occiso, las condiciones personales de la acusada, sus antecedentes de buena esposa y madre y la alteración de su espíritu la colocan en una situación particular, no común sino excepcional.

Circunstancias extraordinarias de atenuación son aquellas cuya concurrencia haya colocado al agente en una situación vital en la que, por alguna razón, los vínculos tenidos en cuenta —conyugal o de parentesco— para agravar el delito, de hecho, hayan perdido vigencia en cuanto a la particular consideración que debían suponer para con una persona determinada (Cám. 4ª Crim. y Correc. Córdoba, 20 marzo 1970, "Diario de Jurisprudencia Argentina", 4 junio 1970).

Las circunstancias extraordinarias de atenuación, entendidas como juicio de valor de los hechos, se dirigen no a la culpabilidad del sujeto agente sino a la dimensión de su

responsabilidad y dicen de un sujeto menos peligroso a pesar de la gravedad del delito que se pone a su cargo.

La culpabilidad, *conditio sine qua non* para reprochar responsabilidad, no se modifica ni altera en lo más mínimo en cuanto se está siempre frente al autor del homicidio calificado por el vínculo sin desplazamiento del tipo penal definido por el inc. 1 del art. 80 del Cód. Penal.

La falta a los deberes conyugales por parte del occíso, el descuido del hogar, su indiferencia por la suerte de la mujer y de los hijos librados a la generosidad del padre de aquél, el abandono del hogar por aventuras amorosas, su retorno trayendo una enfermedad venérea, la ebriedad que sin ser avanzada era casi cotidiana por lo menos en los últimos tiempos, las dudas de la víctima sobre la paternidad de su hija más fingida que cierta con el fin de herir a la cónyuge, las agresiones físicas y verbales de que era objeto la prevenida y que culminan en los hechos ofensivos que ocurren en las vísperas de la ejecución del acto criminoso —muerte del marido—; todo ello si bien no justifica el haber matado constituye causas extraordinarias de atenuación (Cám. Crim. y Correc. Córdoba, 16 abril 1971, "Diario La Ley", 20 octubre 1971, t. 144).

No obsta a la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación el hecho de que se haya desechado la emoción violenta, si el procesado es persona de sana moral, hombre de trabajo, sin antecedentes judiciales, que goza de buen concepto, frente a la esposa siempre agresiva, de vida irregular, que salía frecuentemente con varios hombres cuya posibilidad de enmienda aquél vio alejarse definitivamente (Cám. 2ª Tucumán, 14 mayo 1971).

Es obstáculo insalvable para la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación que llevaría a la disminución de la sanción, el modo traicionero de dar muerte a su cónyuge, el cual pone de relieve mayor peligrosidad, por lo que resulta incompatible esa benignidad prevista por la ley al hacer más flexible la condena penal cuando median situaciones excepcionales y dignas de ser contempladas por el juez y que no constituyen causas exculpatorias o de justificación (Cám. 1ª Penal Tucumán, 26 octubre 1971).

Capítulo XVIII

POR EL MÓVIL O MOTIVO

a) Impulso de perversidad brutal o placer.

En principio, el homicidio responde a una pasión, a un móvil. Decimos pasión si seguimos la clásica distinción de Ferri entre pasiones sociales, lícitas o morales, y pasiones antisociales, ilícitas o inmorales.

Hay casi siempre sentimientos que impulsan a un hombre a dar muerte a otro hombre; sentimientos relativamente aceptables, como son la defensa del honor o una tendencia política definida; o inaceptables, como serían el lucro, el odio, la venganza, la codicia. Asombra con toda razón que pueda darse muerte a un semejante sin motivo, posibilidad que la ley preveía como homicidio cometido por impulso de perversidad brutal[1], pero que después de la reforma de la ley 17.567 y de la 21.338 se modificó y se denomina ahora homicidio por placer.

Esta forma de homicidio constituye una circunstancia agravante, ya que como bien dice Carrara, no basta ser pobre, ni prudente, ni no tener enemigos, pues lo mismo se está expuesto ante el impulso de perversidad brutal del sujeto que sin motivo mata a otro ser humano; todos lo están ante un individuo que mata en esta forma, lo que aumenta la peligrosidad del autor de este tipo de homicidio. El hecho se caracteriza por el móvil, pero más bien podríamos decir por la falta de motivo, como se caracteriza por el móvil también,

[1] Ver Juan P. Ramos, *El impulso de perversidad brutal*, en "Revista Penal Argentina", t. I, p. 177.

y eso lo hace más grave, el homicidio por precio o promesa remuneratoria, pero mientras que en éste hay un móvil, que es precisamente ese precio o promesa remuneratoria, en el impulso de perversidad brutal se mata sin causa, sin motivo, por vanidad, o prepotencia, o sed de sangre.

Tanto es así que durante mucho tiempo se ha discutido la posibilidad de que exista este tipo de homicidio. Cuesta aceptar que se llegue a matar a un ser humano sin razón alguna, lo que ha hecho pensar a parte de la doctrina (Vico, Carmignani, Alimena), que posiblemente quien en esa forma actúa, tiene que ser un anormal, que quien así obra debe ir a un manicomio y no a una cárcel, por lo que siempre es aquí conveniente y necesaria la pericia psiquiátrica del sujeto. Esto ha inclinado a Peco a suprimir tal agravante en su Proyecto de 1941, como también lo ha hecho el de 1937 y el Código Penal italiano de 1930. Pero hay que hacer el distingo de que, mientras el homicida loco mata por una necesidad, buscando una válvula de escape a su locura homicida, porque hace eclosión en él todo un proceso que deriva de su alcoholismo, de su epilepsia o de su melancolía —a cuyo respecto nos remitimos a lo ya explicado sobre psicología del homicida loco—, el delincuente que mata por impulso de perversidad brutal lo hace voluntariamente, casi siempre por darse un placer y sin que haya ninguna razón valedera por parte del sujeto activo y mucho menos por parte de la víctima.

De ahí que gran parte de los autores, a partir de Carrara y Crivellari[2], exigen que en el sujeto no haya el deseo de matar a una determinada persona, que no haya un odio a una persona, sino un odio general a la humanidad. El sujeto debe tener aversión a sus semejantes, y esa aversión genérica encuentra, de repente, la víctima que lo determina a llevar a cabo su propósito de matar.

El hecho ha llegado a discutirse en los tribunales argentinos, encontrando, a nuestro modo de ver, una justa solución. Consideramos que, como en el fallo de la Suprema Corte de

[2] Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte speciale, t. I, p. 329; Crivellari, *Il Codice Penale*, t. VII, p. 709.

la Provincia de Buenos Aires[3], al que vamos a referirnos, no es preciso el odio genérico a la humanidad, y que puede admitirse el deseo de matar a una determinada persona sin que esto excluya el impulso de perversidad brutal.

En ese fallo precisamente se hace el análisis de la doctrina que predomina y que es la que acabamos de citar, diciendo que el sujeto había decidido matar a la víctima, concretamente a esa víctima, lo que de por sí descartaba el propósito de perversidad brutal. Se argumentó que en esta clase de homicidio no interesa que se quiera matar a cualquiera o a determinada persona, sino que se mata sin causa. Basta, pues, como en este caso, que un sujeto quiera matar a una persona determinada, pero matarla sin razón, sin motivo, sin causa, para que se proceda con impulso de perversidad brutal.

Manzini adopta una postura más ecléctica, diciendo que el odiar a un sector entero o clase de personas de la sociedad configura la agravante, pero entendemos que odiar a un sector o clase no implica odiar a toda la humanidad.

Nuestro Código Penal ha tomado esta agravante de la legislación italiana. El viejo Código Penal italiano decía, por el solo impulso de *brutale malvagità,* por el solo impulso de maldad brutal.

La Comisión de 1891, que redactó el Proyecto de ese año, dice en su informe que tomó de la ley italiana esta agravante de matar por el solo impulso de perversidad brutal, pero al redactar el Proyecto suprimió el término "solo" y cambió "maldad" por "perversidad", quedando entonces por "impulso de perversidad brutal".

Aparentemente, habría entonces una contradicción —que no ha sido explicada— entre el origen del texto, las palabras de la Comisión en su informe y el proyecto de la Comisión. Del Proyecto de 1891 pasó esta agravante a la ley de reformas del año 1903, la nº 4189; es decir, se le dio fuerza legal. Se mantuvo en el Proyecto de 1906 y quedó en nuestro Código Penal, siempre sin la palabra "solo". Esto debe destacarse, ya que uno de los problemas más importantes que planteaba esta

[3] De 25 de mayo de 1939, inserto en "L.L.", t. 14, p. 1126.

agravante antes de la reforma de 1976, tenía relación, precisamente, con la palabra "solo" que existe en la legislación italiana y que fue suprimida —al parecer voluntariamente— en la legislación argentina.

Esa cuestión, de carácter fundamental, consistía en precisar si incluía también o no esta agravante el homicidio cometido por causa nimia o fútil. Altavilla nos cuenta al respecto el caso de un estudiante que corre para alcanzar a sus compañeros que le preceden, y al pasar frente a un zapatero que está trabajando, le voltea las herramientas. El zapatero le persigue y le da muerte. Además están los ejemplos clásicos; el individuo que quiere probar puntería y mata a un ser humano, o el que mata a su compañero de pieza porque ronca y no le deja dormir y los que dimos al tratar la psicología del homicida.

¿Hay o no, a pesar de estos pequeños motivos, impulso de perversidad brutal?

Éste es el problema que se planteaba en los tribunales, pues casi nunca llega al magistrado el caso del que mata sin ningún motivo, pero muchas veces estamos frente al del que mata por causas nimias, que para seres conscientes y normales son absolutamente incomprensibles. Sirva como ejemplo un hecho que tuvo lugar hace pocos años, en una confitería céntrica de Buenos Aires en las calles Santa Fe y Riobamba. Un joven encontró a un conocido y le dijo: "te he dicho que no te quería ver más por aquí", sacó un revólver y le dio muerte en el acto. Se planteó además otro problema muy interesante, porque se quiso alegar la inimputabilidad del sujeto, considerándose aplicable el art. 34, inc. 1, del Cód. Penal, pues se llegó a probar que el individuo tomaba en grandes cantidades bencedrina. La sentencia no admitió la inimputabilidad del autor, pero tampoco interpretó que había en el caso impulso de perversidad brutal, calificando el homicidio como simple.

¿La simple antipatía hacia el sujeto excluye la agravante? Para varios autores sí. Para parte de la doctrina, el tener antipatía a un ser, ya está demostrando la existencia de una causa en el homicidio que se comete. El odio, el rencor,

la venganza, por supuesto que excluyen la agravante. Serán móviles antisociales, si se quiere, pero hay en el caso un móvil. Y son ellos precisamente los que casi siempre llevan al delito. La codicia y la ambición en los delitos contra la propiedad; la venganza, la pasión, el amor, en los delitos contra la vida. Cada uno encuentra su válvula de escape y va a dar a un grupo de delitos determinados, según el móvil que inspira la conducta del sujeto. Por eso, expresar: "Te he dicho que no te quería ver más aquí", puede quizá revelar antipatía, aversión, y, por lo tanto, configurar un móvil concreto y determinado y excluír la agravante. Ello resultará de los antecedentes y circunstancias de hecho y la interpretación que se dé a cada caso.

Ahora, como hemos dicho, las leyes 17.567 y 21.338 han sustituído los términos "impulso de perversidad brutal" por el de "placer", por considerar aquéllos de dudoso contenido, y éste más comprensivo, es decir, que parecería que el supuesto del placer podría comprender el de la perversidad brutal, lo que no es muy fácil de entender, y sería más amplio que aquélla, pues no requiere un impulso. Tal la escueta explicación, sin otras razones que la fundamenten, que nos da la Comisión Revisora del Código, de la primera de las leyes citadas, razones que no compartimos y en virtud de las cuales nuestra ley hace abandono de sus fuentes en esta materia y de toda la correspondiente construcción jurisprudencial para encasillarse en un solo motivo concreto: el placer, como circunstancia calificativa de agravación.

Pero recordemos que la muerte por placer ya figuraba en el Proyecto de Soler de 1960 (art. 111, inc. 4), tomada del Proyecto alemán de 1958, originado a su vez en el Código alemán, párrafo 211, conforme a las leyes de 1941 y 1953, y que tuvo estado legislativo en nuestro país con el decreto-ley 4778, de 1963, derogado por la ley 16.648, de 1964. En este decreto-ley se mantuvo el impulso de perversidad brutal, que en cambio fue suprimido en el Proyecto de 1960.

La diferencia entre la vieja y la nueva fórmula del Código, estribaría en que en el impulso de perversidad brutal el homicida actúa en forma repentina, casi siempre sin motivo,

mientras que el homicida por placer obrará con refinamiento, lenta y pausadamente, buscando una agradable sensación, un placer o gozo antinatural que se obtiene destruyendo una vida humana, según los autores alemanes, con un sadismo que aproxima esta agravante —y a veces llegará a confundirla— con las de ensañamiento y alevosía.

Si se admite ahora la forma amplia en este supuesto, se mataría por placer, o por orgullo, o por vanidad, como aquel sujeto que quiere impresionar a sus compañeros, demostrándoles su arrojo y da muerte al primer transeúnte que pasa cerca de él.

Otro ejemplo típico de esta agravante es el caso Ciolli, contado por Carrara: un grupo de personas se había juntado para derramar todos los días sangre humana, y de noche salían a la calle y mataban al primer individuo que encontraban. Este caso sirvió para que el citado autor sustentara la teoría de que el impulso de perversidad brutal requiere un odio hacia la humanidad en general y que la víctima debe ser indiferente.

En nuestra opinión, la legislación argentina, antes de la reforma de 1976, comprendía el motivo fútil. Conforme a la ley italiana, los tratadistas de ese país, aunque a regañadientes, no incluyen el motivo fútil o nimio en el impulso de perversidad brutal, lo que es explicable, ya que, como dijimos, esa ley dice "por el *solo* impulso", o sea, es restringida en sus términos.

Siguiendo a los italianos, gran parte de nuestra doctrina, por ejemplo, Peco[4], Zuberbühler[5], etc., coincide en que la causa nimia era suficiente para excluír la agravante. Otros, como Soler[6] y Gómez[7], no están conformes con esta postura. Consideramos que sea cual fuere la razón que se ha tenido, el hecho es que nuestra ley suprimió en aquel momento la palabra "solo". No tenía entonces la restricción, la limitación o la

[4] José Peco, *El homicidio en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, 1936, p. 35.

[5] Carlos G. Zuberbühler, *Caracteres del impulso de perversidad brutal*, en "Revista Penal Argentina", t. VII, p. 189.

[6] Soler, ob. cit., t. III, p. 44.

[7] Gómez, ob. cit., t. II, p. 69.

exigencia de la legislación italiana y no se necesitaba recurrir al art. 41 para aumentar la pena. Nuestra ley daba así a la agravante una mayor elasticidad, una mayor amplitud, permitía incluír a los motivos fútiles o nimios que, en el fondo, no son motivos. De todos modos, con el objeto de poner fin a esta clase de dudas, en el Proyecto de 1953 agregamos al impulso de perversidad brutal los motivos fútiles (art. 133, inc. 4).

Téngase presente que aquí estamos hablando de motivos externos u objetivos, porque quien mata al sujeto que ve pasar por el camino para probar la bondad de su pólvora o la perfección de su puntería, no tiene una causa o motivo externo u objetivo para darle muerte, pero sí tiene una causa o motivo interno o subjetivo, que es el deseo de probar la pólvora o su puntería. La ley penal no contemplaba estas *razones subjetivas, sino las externas u objetivas, es decir, que* en aquellos casos había impulso de perversidad brutal.

También se sostiene, y lo recuerda Soler, que aparentemente en muchas oportunidades el individuo obra sin motivo. Pero lo que pasa es que obra sin motivo consciente, porque su subconciencia lo impulsa a esta forma de obrar por razones determinadas. Surgía entonces el problema de si debíamos atenernos a la existencia o inexistencia de motivos externos, o había que contemplar también si existían en el sujeto o no motivos subconscientes.

Evidentemente debía estarse a lo primero, porque si empezamos a hurgar en el interior del sujeto todos los impulsos, sugestiones o pensamientos, entraríamos directamente a un terreno que pertenecería a cualquier materia menos al derecho penal.

Los italianos hablan de homicidio *per libidine di sangue*, llamado antes, homicidio *ad lasciviam*; Alimena, de homicidio *per brutale malvagità*, e Impallomeni de homicidio brutal. Tales son las formas como se ha ido denominando esta agravante. No se puede hablar de homicidio bestial, porque como bien ha dicho el último autor citado, eso es hacerle una injusticia a las bestias, que siempre matan por defenderse, por

comer, por razones sexuales, es decir, que siempre obran por algún motivo.

Conviene advertir que muchas veces el acusado, creyendo mejorar su situación, aduce que cometió el hecho sin razones, sin causa, ocultando precisamente las que él, instintivamente, comprende que son antisociales, o antijurídicas, y en vez de decir que mató por odio, por lujuria, por codicia, prefiere decir que mató sin motivo, sin darse cuenta que en esa forma agrava su situación.

Además se ha sostenido, en gran parte con razón, que es difícil probar la inexistencia de causa, así como es difícil probar ese llamado odio a la humanidad que, como dijimos, para muchos autores es uno de los requisitos que integran esta agravante. Evidentemente, demostrar la falta de motivo es la prueba de un hecho negativo, es una prueba negativa difícil de obtener, como también es difícil acreditar ese odio genérico a la humanidad. Más fácil es probar que el sujeto odiaba a una persona determinada.

También debe tenerse presente que no puede considerarse que existe la agravante en el caso que no se alcance a demostrar, desde el punto de vista procesal, el motivo que ha tenido el sujeto para cometer el homicidio. A veces la prueba es insuficiente, pero ello no implica que el sujeto haya obrado sin motivo.

Digamos también que hay quienes sostienen que puede coexistir la premeditación con el homicidio cometido con impulso de perversidad brutal, así como algunos consideran que la palabra "impulso" descarta esa premeditación, que en cambio puede encontrarse en el homicidio por placer, por lo que esta agravante sería más amplia. Y que hay impulso en el caso de la venganza trasversal, o sea, cuando se mata a un ser querido por la persona a quien en realidad se odia. No se comete el homicidio directo contra el sujeto odiado, sino que se mata a una persona que es objeto de sus afectos, para herirlo o dañarlo más profundamente.

Pero no es del caso confundir la venganza trasversal, la *innoxii pro noxio*, legislada en San Marino y en el Cantón de Ticino, con la agravante del impulso de perversidad brutal,

porque si bien es cierto que el sujeto a quien se mata no es odiado por el autor, o sea, que el homicida nada tiene contra la víctima, no puede negarse que aquél actúa movido por un sentimiento de venganza, por odio, que no habrá sido provocado en forma directa por la víctima, pero sí por la persona vinculada a ésta. De modo que la venganza trasversal no puede incluírse entre los ejemplos del homicidio cometido con impulso de perversidad brutal.

No es lo mismo —y esto se ha especificado muy bien en un fallo de la Cámara Federal de Bahía Blanca[8]—, el homicidio que se comete con ferocidad, en forma brutal, con el cometido por impulso de perversidad brutal. En ambos, el término "brutal" es común, pero las situaciones son distintas. En el primer caso, el hecho es el cometido brutalmente. En el segundo, la falta de móvil es lo que está caracterizando la brutalidad del homicidio. Pero aquélla no implica o no requiere que el homicidio se cometa con brutal ferocidad. Puede efectuarse simplemente con un balazo, que da en el corazón de la víctima y que le evita todo sufrimiento. Pues no debemos confundir el acto físico o material de una muerte brutal con el aspecto subjetivo o psicológico consistente en que faltan móviles, lo que hace que el homicidio se califique por el impulso de perversidad brutal, o en que se mate por placer. De ahí que para aceptar esta agravante sea imprescindible ahondar no sólo la investigación del hecho en sí, sino también el proceso mental que lleva a la determinación delictuosa.

Solía decirse en doctrina que el estado de embriaguez excluye el impulso de perversidad brutal, como lo excluía el estado de locura; pero, refiriéndonos siempre a la embriaguez, hay quienes sostienen que todo depende de la intensidad de ella. Si ésta es total, no puede hablarse de impulso de perversidad brutal; siendo absoluta e involuntaria, la conducta del agente estaría encuadrada dentro del art. 34, inc. 1, del Cód. Penal. Pero si la embriaguez fuese incompleta, se decía que puede coexistir con el impulso de perversidad brutal y que, por el contrario, daría al homicida mayor ímpetu.

[8] "L.L.", t. 7, p. 438.

JURISPRUDENCIA.

No existe impulso de perversidad brutal en el homicidio de un recién nacido, aun cuando para matar no haya intervenido en los móviles de la acción el deseo de ocultar un deshonor, si tampoco hay motivo para desechar que el problema económico que implicaba la crianza del infante, haya sido el motivo determinante del crimen, como lo manifiestan los procesados (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 7, p. 435).

Hay impulso de perversidad brutal cuando el mal causado carece de motivo determinante, o cuando la causa que ha motivado al agente a delinquir es desmesuradamente desproporcionada con el daño producido (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 9, p. 929).

El uxoricida obró por impulso de perversidad brutal si no tuvo con su esposa incidente grave alguno, ni ofensa que vengar, sino que por el contrario, manifiesta que sólo tuvo rencillas familiares sin importancia, propias de todo matrimonio, y que no abrigaba sospechas acerca de la infidelidad de aquélla (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 9, p. 930).

Corresponde la calificación de homicidio por perversidad brutal y ensañamiento, si de las declaraciones de los procesados surge la fría decisión de matar sin causa alguna, ya que no se puede atribuír a ellos un estado vengativo o enemistad o animosidad para con la víctima, pues si bien existió entre ellos una incidencia previa, la misma había terminado cuando decidieron cometer el hecho empleando el fuego, para lo cual previamente condujeron a la víctima a un galpón, rociándola con kerosene y prendiéndole fuego, para repetir la operación más tarde, dejándola sola cuando ante su inmovilidad la creyeron muerta (Cám. Fed. de La Plata, "L.L.", t. 18, p. 1009).

La perversión brutal que se manifiesta por la inexistencia de motivos racionales, por simple instinto de ver sangre, no es computable cuando se obra *propter finem* para robar (Corte Supr. de Tucumán, "L.L.", t. 40, p. 100).

La circunstancia calificativa de perversidad brutal sólo

existe cuando el delincuente obra con estúpida ferocidad, por el placer del mal o tormento ajeno, por indiferencia absoluta respecto a las consecuencias inmediatas del acto que realiza, sin motivos que puedan fundar una explicación lógica del hecho criminal; *no es suficiente que el motivo sea mínimo* y el delito desproporcionado a la causa (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 47, p. 6).

La perversidad brutal se define por la fría, insensible perversidad bestial de quien mata por la sola fruición de matar (Corte Supr. Nac., "J.A.", t. 41, p. 561).

Los propósitos de venganza y el estado de animosidad encubierta entre la víctima y el victimario excluyen la calificación de homicidio por instinto de perversidad brutal (Cám. *Fed. de Bahía Blanca*, "J.A.", *t. 38, p. 131).*

En el homicidio perpetrado por el acusado en la persona de su concubina no concurre perversidad brutal si existe una causa explicable del hecho, aun cuando dicha causa sea inmoral o antijurídica, como son los celos, el despecho y la vanidad del homicida, por la circunstancia de que la víctima quería romper los vínculos que a él lo unían (Corte Supr. Nac., "J.A.", t. 41, p. 561).

Basta la existencia de un móvil fútil para descartar el homicidio calificado del art. 80, inc. 2, del Cód. Penal (Cám. Fed. de La Plata, "J.A.", t. 36, p. 80).

Obrar por impulso de perversidad brutal significa matar sin motivo, por mero impulso de perversidad; basta que exista un motivo, por fútil que sea, para que no proceda esa calificación (Cám. Crim. y Corr. 3ª de La Plata, "J.A.", t. 34, p. 1476).

El impulso de perversidad brutal se presenta cuando el crimen se dirige contra una persona determinada, sin causa que lo explique (Corte Supr. Buenos Aires, "L.L.", t. 14, p. 1126).

Debe considerarse por impulso de perversidad brutal, la tentativa de homicidio cometido por la fámula en perjuicio de sus patrones, mediante el empleo de veneno en la comida, cuando no existe en autos prueba alguna de la causa fútil

invocada —trato riguroso y recargo de tareas— (C.C.C., causa nº 1320, 23 abril 1949).

No es acertado equiparar la constitución perversa con el instinto de perversidad brutal, puesto que aquélla representa una condición personal y ésta es un simple estado de ánimo.

La futilidad de la causa no es suficiente para admitir el impulso de perversidad brutal (C.C.C., causa nº 6478, 16 marzo 1948).

Para calificar el impulso de perversidad brutal es imprescindible ahondar el proceso mental de elaboración de la determinación delictuosa, no bastando el interrogatorio acerca del desarrollo material del suceso. En el impulso de perversidad brutal no es la herida a la conciencia social, por grave que sea, el punto de vista que la ley ha adoptado, sino el regreso a la bestialidad sanguinaria, que resulta del examen del proceso volitivo del agente; es decir, que no es lo mismo la brutalidad en la ejecución que la perversidad brutal de la determinación (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 7, p. 435).

El homicidio por impulso de perversidad brutal es el cometido por el simple placer de matar; si existen motivos para el hecho, aunque poco explicables y fútiles, ellos descartan esa calificación (Cám. Fed. de Bahía Blanca, "L.L.", 18 febr. 1951, nº 29.170).

Surgiendo del hecho criminoso la fría e implacable decisión de matar sin causa alguna, el medio empleado y la forma original de cometerlo, ya que lo fue en dos etapas, provocando a la víctima, al par que un sufrimiento excesivo, una lenta agonía, hacen que el delito encuadre en la calificación de homicidio por perversidad brutal y ensañamiento (Cám. Fed. de La Plata, "L.L.", 18 julio 1940, nº 9517).

Existe impulso de perversidad brutal cuando el mal causado carece de motivo determinante, o cuando la causa que ha motivado al agente a delinquir, es desmesuradamente desproporcionada con el daño producido (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 11, p. 160).

No media impulso de perversidad brutal si el reo fue agredido previamente con unas piedras y un cabo de escoba, pegándole una de aquéllas en la boca, puesto que tal cir-

cunstancia requiere la ausencia de móvil (Cám. Crim. de Tucumán, 3 oct. 1956).

Obra con perversidad brutal quien mata sin causa, sin que medie un interés o una pasión al solo impulso del instinto; la existencia de un motivo fútil y lejano en el tiempo carece de eficacia excusante (Supr. Corte de Bs. Aires, 9 set. 1958).

No sólo se puede apreciar la presencia del impulso de perversidad brutal cuando no existe móvil o cuando la futilidad del móvil es tal que no justifica el ímpetu homicida, sino también cuando es perverso el móvil que lleva la acción, o más bien, la perversidad brutal está ínsita en la determinación que lleva a matar. Es posible la presencia del impulso de perversidad brutal en un hombre normal, o por lo menos no psicológicamente insano.

La perversidad brutal importa dar muerte sin causa, fuera de la sed brutal de sangre, cuando no media odio, ni pasión, ni lucro, y el hombre se dibuja como una fiera que actúe por odio al género humano.

La perversidad brutal, cuando no media anormalidad psíquica en el sujeto, revela un impulso inhumano, muestra al delincuente nato e instintivo y traduce un estado de máxima peligrosidad.

La calificante de perversidad brutal no existe cuando el delincuente obra con estúpida ferocidad, por el placer del mal, por tormento ajeno, por indiferencia absoluta respecto a las consecuencias inmediatas al acto que realiza, sin motivo que pueda fundar una explicación lógica del hecho criminal. No es suficiente que él sea nimio y el delito desproporcionado (Corte Supr. de Mendoza, 29 julio 1965, "D.L.L.", 13 nov. 1965).

La agravante calificada de "perversidad brutal" nada tiene que ver con la perversidad demostrada con la crueldad o brutalidad de la ejecución, ni corresponde tal calificativo al homicidio cometido aparentemente sin causa o cuya causa no haya sido establecida en el proceso. No es algo que deba presumirse ante la ausencia de un motivo determinante.

El impulso de perversidad brutal no se identifica con cualquier impulso malvado. La agravante calificativa concurre en

la bestial actitud de quien mata sin odio, sin pasión, sin provecho, por la sola sed de sangre; estúpida ferocidad del que mata por el solo placer del mal; malvada inclinación del temperamento que conduce a matar porque sí o por motivos nimios, o por desahogar el mal humor o probar la destreza con el arma.

No existirá esa agravante si el designio criminal, por malvado que sea, no proviene de ese estímulo infrahumano nacido en la propia mente del homicida y obedece en cambio a un motivo referible a la víctima (Cám. Apel. Mar del Plata, 30 agosto 1966, "D.L.L.", 20 dic. 1966).

b) Precio o promesa remuneratoria.

El homicidio por precio o promesa remuneratoria es, como el cometido por impulso de perversidad brutal o por placer, una forma de este delito calificada por el móvil, como lo es por el modo cuando media ensañamiento, o por el medio empleado cuando hay sevicias.

Este tipo de homicidio que pasamos a explicar es el que se conoció como verdadero y único asesinato desde el punto de vista técnico. Después, las distintas legislaciones fueron ampliando este concepto, y así, por ejemplo, en la ley francesa, es asesinato el homicidio conocido por "guet-apens", mientras que en la legislación española es asesinato el homicidio con ensañamiento, sevicias, veneno, premeditación, y el cometido por precio o promesa remuneratoria.

Se ha considerado también en un principio que integraba este homicidio calificado el simplemente realizado por mandato, es decir, el que se hace por cuenta de un tercero, pero actualmente la calificación ha quedado reducida al supuesto de que medie un interés económico.

Carrara hace provenir esta denominación de unos pueblos situados cerca del Monte Líbano, llamados asesinos, cuyo rey Arsacide conseguía, mediante recompensas, infiltrar gente entre sus enemigos, especialmente en los ejércitos cristianos que actuaban en las Cruzadas, a fin de producir bajas en las

tropas contrarias. Al parecer llegó a obtener los servicios de los propios cristianos, lo que motivó una bula del Papa Inocencio IV en contra de estas actividades.

Se hablaba asimismo en la vieja legislación romana de los sicarios. Esta palabra proviene de "sica", puñal. Sicario es el individuo pagado para matar, y la agravante tiene su razón de ser en que la actitud de los dos, el que paga y el que recibe el pago, pone de relieve cobardía, búsqueda de impunidad y hasta falta de motivos, todo lo que hace necesario la agravación de la pena. El que mata lo hace sin motivos personales contra la víctima, y el matador utiliza a un tercero para que lleve a cabo la acción. Por eso es agravante, tanto para el autor moral como para el autor material.

Se requieren dos personas, a quienes alcanza por igual la agravante, pero puede haber más de dos si el destinado a ser autor material encarga la comisión a un tercero, en cuyo caso pasa también a ser autor moral. A todos les alcanzará entonces la agravante.

Para Antolisei, si una persona encarga a otra que lesione a un tercero y éste es muerto por aquélla, que con eso cree hacer más méritos, la primera sólo responde por el homicidio preterintencional o lesiones, pues la acción del ejecutor es un *acontecimiento rarísimo, por lo que el partícipe no responde* del resultado, que no puede considerarse obra suya. Lo mismo es para Impallomeni: el mandante responde por homicidio culposo. En cambio, para Vannini, ambos responden por homicidio doloso.

Con respecto a este problema, el Proyecto de Código Penal de 1953 dispone en su art. 33 que "cuando el delito se integrare con la producción de un acontecimiento dañoso o peligroso, habrá dolo si además el agente quiso o aceptó el resultado de su acción u omisión, o si aun no queriendo ese resultado, lo aceptó al representárselo como consecuencia probable de su conducta. El resultado meramente posible por el medio empleado u otras circunstancias objetivas, sólo será penado en los casos expresamente determinados por la ley".

En general se considera que si el autor material no alcanza a dar muerte, sino que tan sólo hiere a la víctima, el

moral responde por las lesiones. Pero si el moral encarga tan sólo que se hiera y el material mata, el autor moral es responsable solamente de aquello que comisionó.

Se dice también que en el caso de que el homicidio dependa de ciertas condiciones, si éstas son ajenas al autor moral y al material, ambos son lo mismo responsables.

Si el autor moral desiste de su intención de dar muerte a la víctima y hace conocer a tiempo su desistimiento al autor material, queda exento de responsabilidad. Pero si hace conocer su intención después de cometido el hecho, es responsable por la muerte.

Un problema consiste en saber si el simple convenio, el simple apalabramiento de cometer la muerte, implica, de por sí, el comienzo del hecho y la configuración lisa y llana del homicidio calificado. Evidentemente no es así. Con las simples palabras no se comienza a matar. No obstante, la ordenanza francesa de Blois, de Enrique III, punía en 1579 el simple pacto.

Aquí deben aplicarse las normas generales. Se necesita algo más que un simple convenio. Para que pueda hablarse de homicidio calificado deben comenzar los actos de ejecución. Ni siquiera basta que el autor material adquiera armas o veneno. Rigen entonces los mismos principios que imperan en materia de tentativa, porque se puede comprar arsénico tanto para matar a un semejante como a animales. Deben iniciarse los actos de ejecución para que estemos en presencia de una tentativa de delito. El simple convenio verbal no es entonces suficiente para poder acreditar uno de los requisitos de esta calificante, o sea que el convenio entre las dos partes debe comenzar a ejecutarse.

El otro requisito es el precio o promesa remuneratoria, como dice el Código, o sea, el interés material, económico, o la esperanza de obtener un beneficio de tal naturaleza. Pero no la simple esperanza de conseguirlo porque el autor material se imagine que con su hecho obtendrá recompensa; no el convenio tácito de recompensa. Debe existir un convenio expreso. No se requiere entonces que se haya dado la recompensa material, basta la promesa.

¿Y en qué puede consistir este provecho económico que se recibe o se espera recibir después de una firme promesa, cuando se comienza o se ejecuta el hecho? Cualquier cosa que represente provecho económico puede ser objeto de este convenio: *dinero, documentos de valor, bienes, empleo o* cargos. No importa que el precio consista en una pequeña suma de dinero. Al contrario, ello implica una mayor peligrosidad y perversidad.

Dice Soler[9] que no puede considerarse que sea precio o promesa remuneratoria ofrecer la mano de un pariente que no llevará bienes al matrimonio, que no enriquecerá al matador por la herencia o por la dote. Sería otra clase de premio, pero no uno económico.

No basta que el sujeto afirme la existencia de un mandante. Debe ser conocido ese mandante, porque si no se lo conoce, puede ser que exista un propósito personal de dar muerte a la víctima. No basta decir, "Fulano me ha comisionado", ya que con ello puede disfrazarse el verdadero deseo de eliminar a aquélla.

Es posible también que coexistan intereses personales y directos del autor material de matar a la víctima, cuando además obra por precio o promesa remuneratoria.

Es ésta una de las formas del homicidio más repulsivas desde todo punto de vista, porque configura la abyección y la cobardía, tanto del autor material como del autor moral.

No influye la *aberratio ictus* ni el error *in personam* del mandatario, o sea, si mata a otra persona que la que le fue indicada. Lo mismo es un homicidio agravado, como dice Irureta Goyena, pues lo que vale es la muerte de un ser humano, cualquiera que sea.

Algunos viejos proyectos de la legislación italiana no incluían el precio y promesa remunerativa entre las circunstancias agravantes, porque consideraban que entraban dentro de la premeditación (el de 1870), o dentro de la participación criminal (el de 1883).

En la legislación actual hay un grupo de códigos que no

[9] Soler, ob. cit., t. III, p. 46, nota 83.

lo tratan, porque está dentro de la premeditación. Otras leyes, entre ellas la nuestra (art. 80, inc. 3), enumeran el precio o promesa remuneratoria por separado, máxime ahora, que no se contempla la premeditación.

En cuanto a la sanción, nuestro anterior Código Penal y su antecedente, el Proyecto de Tejedor, establecían la pena de muerte para esta circunstancia calificativa, mientras que los proyectos y leyes posteriores impusieron la prisión o reclusión perpetua.

JURISPRUDENCIA.

Es interesante referir sucintamente el proceso conocido como el caso Casielles[10].

El 2 de octubre de 1947 fue encontrado en la calle Agüero, entre las de Rondeau y Condarco, localidad de Wilde, provincia de Buenos Aires, el cadáver de Daniel Rojo Caminero, ex copropietario de la confitería "Jockey Club", situada en Cerrito y Sarmiento, de esta Capital, muerto de tres balazos.

De la investigación realizada, resultó que Ricardo Casielles, ex socio de la víctima, solicitó a José Ramón Suárez, que trabajó anteriormente con ellos dos, que le ayudara a vengarse de Rojo, en virtud de que éste había golpeado a su hermano en agosto de ese año. Suárez, por intermedio de Diego Farías, consiguió la colaboración de Lisandro Saldívar, Juan Ismael Díaz y Luis Cimino o Duval, conductor del taxímetro que, con un pretexto, se utilizó para llevar a Rojo, quien fue muerto en su interior.

Casielles sostuvo que sólo pidió que se le diera una buena zamarreada a Rojo, y la defensa reclamó su absolución en virtud de que el hecho querido —la paliza— no había tenido comienzo de ejecución, y porque se trataba de dos hechos independientes, el querido y el realizado, con distintas figuras delictivas que no formaban parte de la acción, sin elementos

[10] Causa nº 6764 del Juzgado de Sentencia, letra D, secretaría nº 27.

objetivos o subjetivos en común, exceptuando la identidad de la víctima. Sostenía también que aun suponiendo que Casielles pudiera ser considerado partícipe del homicidio de Rojo, su conducta encuadraría en el art. 47 del Código Penal y, en consecuencia, la pena debía ser la del hecho que se propuso hacer ejecutar, o sea, la correspondiente al delito de lesiones.

El juez de primera instancia, en su fallo, hizo el estudio de las cuestiones planteadas por la defensa de Casielles, o sea, la naturaleza de la acción instigada o deseada por el procesado y su relación con el hecho producido —llegando a la conclusión de que este procesado fue el instigador de la agresión a Rojo—, y la posibilidad de aplicar lo dispuesto en el art. 47 del Cód. Penal, con respecto a lo cual decidió, como ya lo había resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones de la Capital[11], que esta norma es sólo aplicable a los cómplices y que la conducta del instigador únicamente puede encuadrar en la última parte del art. 45 y sancionarse con la pena correspondiente a los ejecutores materiales del delito respectivo. En definitiva, dio por probado el nexo o relación causal entre la instigación de Casielles y el homicidio de Rojo y condenó a aquél a prisión perpetua.

La Cámara sostuvo que en el caso había dolo eventual, por lo que no se respondía por las circunstancias calificativas de agravación, y que Casielles había obrado con la representación o previsión de que el hecho podía concluír, como concluyó, con un resultado letal.

Condenó en definitiva a Saldívar y a Díaz por homicidio calificado a reclusión perpetua, aplicándole al primero la accesoria del art. 52 del Cód. Penal; a Cimino, a prisión perpetua, también por homicidio calificado, y a Casielles y Suárez a diez años de prisión por homicidio simple, absolviendo a Farías, por insuficiencia de pruebas.

Otro tribunal ha resuelto que los que toman parte en la ejecución de un delito en virtud de un acuerdo previo y en acción conjunta, son responsables de sus consecuencias, cual-

11 C.C.C., "Fallos", t. v, p. 440.

quiera que sea la extensión del daño que hubieran respectivamente causado. En el caso, el procesado es responsable de homicidio, por más que no fuera él, sino su cómplice, quien infirió a la víctima la lesión mortal (Supr. Corte de Buenos Aires, "Fallos", 18-X-110; "D.J.B.A.", 1944-VII-125).

La agravante de promesa remuneratoria alcanza tanto al mandante como al mandatario (Cám. Crim. de Tucumán, 2 mayo 1960). En igual sentido, C.C.C., 28 julio 1967, "L.L.", t. 128, p. 192.

c) CODICIA.

La reforma al Código efectuada por la ley 21.338, le agregó, tomándola del Código Penal alemán (párrafo 27, *a*), la agravante general del ánimo de lucro. Dice en efecto el nuevo art. 22 bis: "Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de quinientos mil pesos".

De esta manera —y a pesar de lo afirmado sin razones por los autores de la reforma de 1967 de que el concepto de codicia no se identifica con el mero ánimo de lucro— podría parecer sobreabundante la nueva agravante específica del inc. 4 del art. 80: matar por codicia, máxime cuando varios de sus casos podrían estar ya comprendidos en la otra circunstancia precedentemente vista del homicidio cometido por precio o promesa remuneratoria.

Cierto es que en este último se necesitan dos personas y que el sujeto activo es el que recibe el precio o promesa, mientras que en el nuevo supuesto mata directamente el que codicia en la mayoría de los casos; también es verdad que la multa de quinientos mil pesos que correspondería acumular a la pena no es la suficiente ni proporcional a un homicidio de esta naturaleza, y que si la codicia es el apetito desordenado de riquezas (se da el ejemplo clásico del que mata por heredar o para evitarse el pago de una deuda), el ánimo de lucro

estriba en el propósito de lucrar con el delito, en este caso el homicidio. ¿Y acaso no hay ánimo de lucro en el que mata por codicia?

Esta circunstancia también proviene del Código Penal alemán (párrafo 211), y como la referente al homicidio por placer figura en el Proyecto Soler de 1960 (art. 111, inc. 4), originado en el Proyecto alemán de 1958, y tuvo en nuestro país corta vigencia legal, gracias al decreto-ley 4778/63, derogado en 1964 por la ley 16.648 y nuevamente con el decreto-ley 17.567, derogado en 1973 por la ley 20.509.

d) ODIO RACIAL O RELIGIOSO.

Lo mismo que la circunstancia anterior, ésta del odio racial o religioso tuvo cabida en el decreto-ley 4778/63, derogado en 1964 por la ley 16.648, con fuente en el art. 111, inc. 4, del Proyecto de 1960, en el que se invoca la Convención que aprobó la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre genocidio, el 9 de diciembre de 1948, a la que la Argentina se adhirió por decreto-ley 6268/56, ratificado por el art. 1 de la ley 14.467, y nuevamente en el decreto-ley 17.567 hasta 1973.

Pero el modelo o base jurídica es diferente de la circunstancia que tratamos, pues el alcance del término genocidio es mucho más amplio que el de matar a una persona por odio racial o religioso, ya que aquél significa el exterminio colectivo o en masa de grupos raciales, religiosos o políticos[12]; vale decir, que es un delito contra la humanidad, de los llamados delitos internacionales[13], muy distinto del hecho singular de la muerte de una persona en forma aislada.

El nuevo supuesto no alcanza a cubrir, entonces, el verdadero genocidio, al que nosotros contemplamos en el Proyecto de 1953, dándole, a nuestro entender, el lugar debido

[12] Francisco P. Laplaza, *El delito de genocidio o genticidio*, Buenos Aires, 1953.

[13] Antonio Quintano Ripollés, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, Madrid, 1955, t. I, ps. 625 y ss.

(delitos contra la comunidad de las naciones, título I, delito contra la paz universal), tal como lo explicamos al tratar el sujeto pasivo del delito en el correspondiente capítulo de este libro.

Se ha dicho que la nueva agravante trata de eliminar las organizaciones extremistas, que son un factor de desequilibrio en la democracia. El móvil que inspira al autor del hecho es el odio racial o religioso. No se comprende al odio político.

Capítulo XIX

POR EL MODO DE EJECUCIÓN

a) Premeditación.

No obstante que la premeditación no constituye hoy en día para el derecho positivo argentino una circunstancia calificativa de agravación, el interés de su estudio radica no sólo en razones históricas, sino que también conviene conocer su concepto, dado que muchos lo consideran incluído en el de la alevosía.

Desde el punto de vista histórico, la premeditación fue conocida y contemplada por las leyes judías, no así por las de Grecia y Edad Media. Pero en la Carolina de 1523 se hace el distingo tajante entre el homicidio premeditado y el simple. Este último era castigado con pena de muerte, y el premeditado en la misma forma, pero con grandes torturas.

Se había llegado a interpretar que en el homicidio premeditado, el sujeto concebía la idea de matar antes de encontrarse en la pelea, mientras que en el impremeditado, durante la pelea surgía el ánimo de matar. Ése fue el distingo rudimentario en el que comienza a cobrar valor el elemento cronológico.

Quizá con razón ha dicho Pacheco que hay formas calificadas de premeditación dentro del homicidio, refiriéndose al veneno y a la alevosía. Ciertas leyes penales, como la alemana, le dan tanta importancia, que al tratar el homicidio hacen el distingo del cometido con o sin premeditación. En general, las legislaciones han adoptado distintos criterios a su respecto. Algunas, como lo señala Carnelli[1], se refieren

[1] Lorenzo Carnelli, *La premeditación*, en "L.L.", t. 4, p. 97.

a la premeditación en la parte general, como circunstancia calificativa de agravación para todos los delitos. Tal es el caso del Código de Austria y de los antiguos códigos penales del Perú y de la Argentina. Otras tratan la premeditación como causa de agravación del homicidio, como los códigos de Italia, Holanda y Alemania, y en Inglaterra, y por último, el tercer grupo de legislaciones se refiere a la premeditación como agravante general y además como calificante del homicidio. Es el caso de los códigos españoles de 1928 y 1932 y del Código Penal uruguayo de 1934, así como también el Código de Defensa Social de Cuba de 1936.

El Código Penal uruguayo de 1889 incluía a la premeditación junto con las circunstancias de astucia, fraude y disfraz. Pacheco decía al respecto que se llegaba a la premeditación precisamente por medio de esas circunstancias. Pero creemos que ellas más bien se relacionan con la alevosía.

Como expresa Peco[2], hay con respecto a la premeditación un criterio cronológico, otro ideológico y un tercero psicológico, ya mencionados por Carrara[3]. El cronológico es el que se refiere al tiempo entre la resolución criminal y su ejecución. El psicológico depende de la frialdad del ánimo, y el ideológico se vincula a la reflexión. Veamos si pueden ser aceptados o no como requisitos para que exista la premeditación.

Las leyes antiguas fijaban términos para considerar el hecho como premeditado. Por ejemplo, una bula de Clemente VII establecía un mínimo de seis horas entre la ofensa y el hecho criminal. Si trascurría ese plazo había premeditación. Las leyes venecianas exigían que pasase una noche. Una ley de Nápoles del 20 de mayo de 1808 fijaba doce horas; el Código brasileño de 1831, el de Portugal de 1852 y el Reglamento penal pontificio del 20 de setiembre de 1832, veinticuatro horas, y así podríamos seguir citando una serie de ejemplos que demuestran cuán difícil es sustentar este criterio cronológico. Resulta un poco arbitrario fijar términos cuando se

[2] José Peco, *El homicidio premeditado*, en "Revista Penal Argentina", t. I, nos. 5 y 6, p. 505.

[3] Francisco Carrara, *Opuscoli di diritto criminale. Omicidio. Premeditazione*, vol. VII, p. 319.

trata de la mente humana, del pensamiento recóndito del hombre, ya que no todos reaccionan de la misma manera, precisamente porque son hombres, y por lo tanto, distintos los unos de los otros.

Al tratar este tema Carmignani habla del *animo pacato*, o sea, la frialdad del ánimo, requisito expreso del Código de Ticino y del Proyecto italiano de 1868. Por eso se sostiene que el delincuente pasional no puede obrar con premeditación. También es criticable esta posición, si bien es forzoso reconocer que no todos los individuos tienen la misma frialdad de ánimo; mejor dicho, que no todos tienen frialdad de ánimo. Cabe señalar al respecto que la mayor parte de la doctrina acepta que el homicida pasional puede obrar con premeditación, y es más, como expusimos, se dice también que en el homicida loco puede haberla, tesis discutida, porque muchos niegan que el estado de locura sea compatible con la premeditación del hecho.

Se afirma asimismo que debe haber reflexión. Ésta en realidad es una circunstancia vinculada al trascurso del tiempo, pues el que media entre la resolución y la ejecución, permite reflexionar al sujeto.

Antes de adoptar esta resolución, hay en muchas personas una lucha interior, un vaivén psicológico —como dice Irureta Goyena—, una vacilación entre el odio, el amor, la codicia, o el deseo de realizar el delito, por un lado, y por otro, el temor al peligro, el miedo a la sanción, a la reacción social que pueden causar con su delito. Esa vacilación termina cuando el sujeto adopta la resolución criminal. Sólo entonces puede hablarse de premeditación. No confundamos a ésta con aquélla, por cuanto, partiendo de ese criterio, todos los delitos dolosos serían premeditados. La premeditación consiste, pues —según la tesis de Peco—, en la reflexión prolongada del hecho delictuoso una vez adoptada la resolución de cometerlo, o como dice Holtzendorff, la determinación de delinquir, persistente en el tiempo que trascurre entre ella y el delito[4].

[4] Holtzendorff, *Psicologia dell'omicidio*, en "Rivista Penale", vol. III, p. 125.

Por eso no puede hablarse de premeditación condicionada cuando, como en el ejemplo conocido, un individuo dice: "si fulano me vuelve a molestar lo voy a matar". En tal caso no hay premeditación.

Recalcamos los términos "reflexión prolongada", ya que todos sabemos que durante el día pueden cruzar por la mente del hombre muchos malos pensamientos, y eso no quiere decir que se esté premeditando y menos en el campo delictuoso. La premeditación requiere algo más que pensar, la premeditación exige que el hecho haya sido objeto de una reflexión que sea prolongada. No existe si el sujeto decide cometer un delito y lo ejecuta inmediatamente sin más vacilaciones, bastando un ligero propósito.

En la premeditación no es preciso que también se prevean las condiciones de tiempo, modo y lugar en que el sujeto va a cometer el delito. Ello implicaría exagerar su concepto, ya que no se requiere que sea condicionada, puesto que, como dijimos, basta la decisión de cometer el hecho y mantener esa reflexión en una forma relativamente prolongada.

No obstante lo que opina al respecto Impallomeni, creemos, como Alimena, que la premeditación es una circunstancia subjetiva, y, por lo tanto, incomunicable.

Se discute si la premeditación implica o no una mayor peligrosidad. Para algunos sí: por ejemplo, Carrara sostiene que la premeditación disminuye la posibilidad de defensa del agredido. Otros creen que la premeditación trae como consecuencia una mayor alarma social. Bentham considera que implica una mayor perversidad, en lo que está acompañado por gran parte de la doctrina. Sin embargo, González Roura opina que no siempre la premeditación disminuye las posibilidades de defensa de la víctima; que las estadísticas desdicen esta posibilidad y que precisamente el agresor pierde gran parte de su eficacia al premeditar, porque antes hay una lucha en su espíritu y en ese lapso piensa en las probabilidades que tiene en favor y en contra de cometer el delito, en asegurar su huída o su impunidad, en su familia, en fin, en todos los alcances que puede tener su acción.

Otra parte de la doctrina —Impallomeni, Holtzendorff,

etc.— considera que la premeditación no revela mayor peligrosidad; algunos dicen, para sostener esta posición, que el bien jurídico protegido es el mismo. Otros, que es difícil la prueba del elemento psicológico de la premeditación. No pueden aceptarse esos argumentos, por cuanto entonces no habría calificación agravante del homicidio, porque el bien jurídico es el mismo en el homicidio por parentesco, en el caso que se emplee veneno o que el homicida sea por perversidad brutal. En cuanto a la dificultad de la prueba, recordemos lo que hemos dicho al respecto en el caso de homicidio por medios morales o de tentativa de homicidio. Los positivistas sostienen que la premeditación significará un índice de mayor o menor peligrosidad, según que el homicidio se cometa por móviles antisociales o sociales, respectivamente. Por ejemplo, una cosa es premeditar un homicidio inspirado en la defensa del honor, y otra es premeditar un homicidio por codicia, por odio o por venganza. Siendo sociales los sentimientos, aunque se lleve a cabo el delito mediando premeditación, no revelará una mayor peligrosidad del sujeto; siendo antisociales, sí. Alimena sólo la considera agravante en caso de paridad de motivos sociales y antisociales[5]. Conforme a este distingo fundamental, la premeditación en sí no es un índice de mayor peligrosidad, sino que lo que importa son los móviles que llevan al delito.

Éste es el momento de destacar que no debe confundirse el móvil con la resolución prolongada o reflexiva que es la premeditación. Nada tiene que ver con ella el móvil. Puede haber inclusive un homicidio que se cometa sin él, como en el caso del homicidio por instinto de perversidad brutal: mientras que en la premeditación la base es la reflexión, que varía de hombre a hombre, pues los hay reflexivos, poco reflexivos e irreflexivos, y dado también que hay individuos que tienen frialdad de ánimo y otros no. Inclusive se ha llegado a afirmar que pueden llegar al homicidio premeditado delincuentes pasionales, que dominan por un tiempo su pasión y se revisten de una frialdad o de una serenidad que en el

[5] Bernardino Alimena, *La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto ed alla legislazione comparata*, Torino, 1887.

fondo no tienen[6]. La absoluta frialdad de ánimo es difícil encontrarla en el que delinque, salvo quizá en el homicida nato.

En nuestra legislación contemplaban la premeditación dos proyectos, el de Tejedor y el de Villegas, Ugarriza y García. Estaba también incluída en el antiguo Código Penal (art. 84, inc. 4), como circunstancia agravante genérica. En los proyectos posteriores de 1891, 1906 y 1917, así como en la ley de reformas al Código nº 4189, la premeditación fue eliminada.

Nuestro Código no la menciona especialmente, aunque el juez la puede valorar conforme a los arts. 40 y 41 del Código Penal, con lo que se soluciona el problema que existe acerca de su alcance, de sus requisitos y de su posible confusión con la alevosía. Confusión que a veces subsiste en materia jurisprudencial, como enseguida veremos. Eliminada como circunstancia calificativa de agravación autónoma, el concepto de la premeditación subsiste en la práctica, por lo que conviene conocerlo, pues puede estar incluído en alguna de las formas de la alevosía. Por eso no puede decirse en forma tajante y definitiva que la premeditación no se contempla, aunque no tenga autonomía como calificante.

La premeditación ha sido nuevamente legislada por el Proyecto Peco de 1941, pero tan sólo en el caso de motivos bajos o fútiles. Estos motivos, "motivos bajos", encuentran su antecedente en el Código Penal de Colombia (art. 363) y en el de Suiza (art. 112). Peco explica en su Exposición de Motivos que la premeditación no debe ser una agravante, salvo cuando vaya vinculada a motivos de odio o codicia, es decir, móviles bajos o pequeñas ofensas, motivos fútiles, que entonces revelan una mayor peligrosidad. En estos casos, según

[6] Conforme: Impallomeni, ob. cit.; Stopatto, *La premeditazione e l'impeto*; Ferri, *Provocazione e premeditazione*, en "Difese penali e studi di giurisprudenza", Torino, 1899; Longhi, *Provocazione e premeditazione*, en "Scuola Positiva", vol. XIV. En contra, Alimena, ob. cit., p. 558. Es ilustrativo al respecto el caso narrado por Impallomeni, consistente en una joven embarazada, a quien su amante golpea, insulta, calumnia y hace detener, por lo que vende unas ropas y compra un arma, se ejercita matando conejos en un bosque vecino y da muerte a su ofensor. Se calificó el hecho de homicidio premeditado.

ese Proyecto, la premeditación implica la privación perpetua de la libertad, salvo que circunstancias de menor peligrosidad permitan aplicar una pena de 10 a 25 años de privación de libertad (art. 112).

JURISPRUDENCIA.

El homicidio cometido con premeditación y alevosía por los procesados, la mujer que vivía maritalmente con la víctima y su amante, para lo cual se concertaron previamente, desarmando a la víctima y esperando a que estuviese dormida para atacarla con armas contundentes y cortantes, no admite atenuantes para la pena que fija el art. 80 del Cód. Penal. Por tanto, carece de eficacia lo alegado por la defensa respecto a los malos tratos que daba el occiso a su concubina, máxime si tales tratamientos tienen cierta explicación, si no justificación, ante la confesada infidelidad de ésta, debiendo agregarse, además, que hubo pago de la mujer para el crimen (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 1, p. 459).

Hay alevosía si el uxoricida premeditó su crimen, y esperando el momento propicio en la oscuridad de la noche, penetró en la habitación adonde se hallaba su esposa acostada, y dormida indudablemente dado lo avanzado de la hora, y después de asestarle los golpes mortales, la viste y la conduce envuelta al lugar donde fue encontrada sin vida.

La premeditación, si bien no la enuncia expresamente el Código vigente como circunstancia agravante en el delito de homicidio, no por ello debe dejarse de tener en cuenta, ya que se halla comprendida en las previsiones del art. 41 del Código citado (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 9, p. 929).

Si el reo esperó que la víctima se durmiera para darle muerte, el homicidio debe ser calificado de alevoso y premeditado (C.C.C., "Fallos", t. 1, p. 497).

No hay premeditación si el procesado, a raíz del incidente con la víctima del homicidio, fue a buscar un cuchillo a su domicilio situado a pocos metros y luego cometió el hecho (C.C.C., "Fallos", t. 1, p. 495).

La premeditación no es en nuestra ley penal una circunstancia calificativa del homicidio. Ni siquiera es, según la más generalizada opinión de nuestros autores, una condición indispensable de la alevosía (Cám. de Apel. de Rosario, Sala en lo Crim., "L.L.", t. 32, p. 315).

La premeditación no necesita largo lapso; basta que sea concebida, de inmediato prevista la ocasión y resuelta (Supr. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 33, p. 549; "Fallos", 18-X-263; "D.J.B.A.", 1944-VII-177).

La premeditación no es incompatible con la pasión (Cám. Apel. de Rosario, Sala en lo Crim., "R.S.F.", t. 14, p. 143).

La premeditación no es una circunstancia integrante de la alevosía (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 16, p. 447).

La deliberación premeditada revela la mayor peligrosidad del agente, haciendo en tales condiciones al delincuente más peligroso que el delincuente instantáneo (C.C.C., causa nº 8254, 18 oct. 1938).

b) ALEVOSÍA.

El Código de 1887 establecía en la parte general, art. 84, las circunstancias de agravación de los delitos. En el inc. 4, como ya dijimos, estaba la premeditación, y en el inc. 2 la alevosía. La crítica que surge de esta ubicación es que en realidad la alevosía no puede referirse más que a los delitos contra la vida y la salud.

Además, el viejo Código establecía la pena de muerte en el art. 95, inc. 1, para los homicidios que se cometían con alevosía. Este art. 95 fue derogado por la ley de reformas al Código Penal, nº 4189, del año 1903, pero en el art. 17, inc. 3, letra *a*, conservó dicha pena para el homicidio alevoso. No se consideraba en ella la premeditación, manteniéndose tan sólo la alevosia. Recordemos que al discutirse la ley de reformas nº 4189, varios diputados, entre ellos Cullen y Argerich, dejaron expresa constancia de que no había alevosía sin premeditación[7], pero consideraron innecesario cambiar

[7] Cámara de Diputados de la Nación, "Diario de Sesiones", 1910, t. 1, p. 1068.

aquel término por éste. Estas aclaraciones de los diputados nombrados tienen una razón de ser, pues se basaban en la legislación francesa, que contempla el *guet-apens*. Los legisladores quisieron evitar una redundancia, olvidando que nuestra alevosía no es la del sistema francés o lo que se llama en el brasileño "emboscada", sino que implica un criterio más amplio, que viene del derecho español, por lo que comprende otros supuestos. En efecto, el Código español de 1848 definía la alevosía como el hecho de dar muerte a traición y sobre seguro. El de 1850 exigía traición o sobre seguro. El Código español de 1848 exigía, pues, las dos condiciones, mientras que el de 1850 tan sólo cualquiera de ellas, empleando la disyuntiva. Nuestro Código Penal de 1887 *siguió la segunda de dichas leyes, al decir "a traición o sin* peligro para el agresor". Por su parte, Tejedor había definido la alevosía en su Proyecto, considerando que la muerte por medio de ella era asesinato. Decía el Proyecto que aquélla consistía en dar muerte segura, fuera de pelea o riña, de improviso o con cautela, tomando desprevenida a la víctima. No requería, como la mayor parte de la doctrina y las leyes penales, la falta de riesgo para el autor. Esto dio lugar a un caso de jurisprudencia muy interesante. Un epiléptico, Monges, atentó contra el presidente Roca cuando éste se dirigía al Congreso a inaugurar el período de sesiones, el 10 de mayo de 1886, casi al término de su presidencia; esperando el paso del presidente, le arrojó un ladrillo que lo hirió en la cabeza. Se le hizo proceso y se le condenó por tentativa de homicidio alevoso sobre la base de la definición de Tejedor, olvidando que faltaba un importante requisito, la inexistencia de peligro o riesgo para el autor, ya que éste fue salvado de una muerte segura gracias a la intervención de Carlos Pellegrini y de todas las fuerzas de la escolta y de la policía, que impidieron que fuese linchado por la multitud.

Desde la sanción de la ley 4189 en adelante, la jurisprudencia consideró que la alevosía llevaba implícita la premeditación. Podía existir ésta sin aquélla, pero no a la inversa, o sea, se incurría en el mismo error que el cometido por los diputados, que al discutirse dicha ley habían tenido presente,

principalmente, la legislación francesa. Posiblemente guiaba a los tribunales, al exigir ese otro requisito, el propósito de disminuír los casos de alevosía y la consiguiente aplicación de la pena de muerte.

En realidad, sobre la base de esa legislación, era perfectamente lógico que se considerase que la alevosía requería necesariamente la premeditación.

El Código Penal vigente suprimió en cambio como agravante a la premeditación y dejó tan sólo la alevosía, y casi toda la jurisprudencia, dando un vuelco exagerado, sostiene que nada tiene que hacer una cosa con otra, es decir, que la alevosía no implica la premeditación. Veremos, sin embargo, que éste es otro extremo igualmente criticable, porque hay casos de alevosía que requieren premeditación, si bien aquélla no lleva implícita la segunda en todas sus formas.

Históricamente puede hablarse de dos tipos de alevosía. Uno de ellos es el homicidio "proditorio" u homicidio a traición, llamado así respectivamente por las antiguas legislaciones italiana y española. En el homicidio "proditorio" el sujeto se gana la confianza de la víctima, o la sorprende de espaldas, o la saluda y una vez que ha vencido su desconfianza, le da muerte. Hay una ocultación moral, mientras que en el otro tipo de alevosía, el del homicidio *per aguato* de la ley italiana, o el *guet-apens* de las legislaciones francesa y belga, o la "emboscada" de la ley brasileña, hay un ocultamiento material o físico del sujeto. Éste se esconde, se embosca, esperando el paso de la víctima para darle muerte sobre seguro.

Con referencia al primer tipo, se suele mencionar como dato histórico curioso los contratos que celebraban en Italia las personas distanciadas entre sí o enemistadas, por los que se comprometían a no agredirse. A veces se hacían con intervención de familiares y ante escribano público, y también en otras oportunidades, el ofensor, previa la firma de ese contrato, pagaba cierta suma al ofendido, como demostrando sus deseos de no llegar a las vías de hecho, antecedente que nos hace recordar el *Wergeld* del derecho penal germánico.

Habiéndose firmado ese contrato, si una de las partes atacaba a la otra, cometía un homicidio "proditorio", porque

aquél tenía por resultado ganarse la buena fe de la otra parte contratante, a la que se daba la seguridad de que no había ninguna agresión.

En cuanto al *guet-apens*, señalemos que Soler lo hace provenir de *guet-apensé* (pensando antes)[8], mientras que la mayoría de los autores lo hacen derivar de *guet*, centinela, vigilancia, y de *apenser*, que significa premeditar.

Evidentemente, el sujeto que espera emboscado el paso de su enemigo a quien quiere matar, con ocultación física material, está actuando implícitamente con premeditación. Por eso, las legislaciones que consideran que hay alevosía tan sólo en el caso del *guet-apens*, pueden, quizá justificadamente, interpretar que la alevosía implica la premeditación. Y decimos quizá, porque hay un ejemplo clásico, que consiste en el sujeto emboscado por otras causas, por afición cinegética por ejemplo, que ve pasar a su enemigo y de improviso decide darle muerte, aprovechando su posición ventajosa. El homicidio es alevoso, pero en este caso no ha habido premeditación.

Naturalmente que este supuesto es la excepción a la regla y más aparente que real; pero es suficiente para no aceptar que siempre en el caso del homicidio *per aguato* o *guet-apens* hay premeditación, como no la hay siempre en la ocultación moral u homicidio "proditorio".

Por nuestra parte, creemos que la legislación argentina, a pesar de la reforma de 1976, que ubica la alevosía entre los procedimientos insidiosos (art. 80, inc. 2), siguiendo particularmente al Código español de 1870, que decía "sin riesgo para su persona", admite una interpretación más amplia de la alevosía que estos dos aspectos que acabamos de ver: el homicidio por acecho (ocultación material) y el homicidio proditorio (ocultación moral); tanto es así, que la jurisprudencia, lógicamente, ha establecido que existe alevosía en los casos en que la víctima estaba dormida, o indefensa, o de espaldas, o cuando estando enferma no podía ofrecer resistencia. Esta condición de la víctima hace innecesario que el autor del hecho tenga que obrar emboscado, ya sea en forma

[8] Soler, ob. cit., t. III, p. 35, nota 46.

material o en forma moral. No precisa hacer demostraciones de afecto, ni de amistad, ni hablar con la víctima cordialmente; tampoco precisa esconderse esperando su paso. Cuando se mata a una persona dormida, todo esto es innecesario y, sin embargo, hay alevosía, pues, como dice Peco, existe un estado de indefensión de la víctima, y eso solo basta para configurarla, si bien el autor citado exige otro recaudo, el aprovechamiento insidioso o pérfido de ese estado, por el homicida[9], en lo que coincide con la jurisprudencia de la Capital Federal, que por ejemplo, ha considerado que no hay alevosía en el hecho de dar muerte al recién nacido, no obstante su inhabilidad física para protegerse, pues no basta este estado de indefensión, sino que es preciso también que el agente tenga en cuenta tal circunstancia para obrar sin riesgo[10].

Así, a pesar de lo que tantas veces se ha sostenido, puede haber premeditación sin alevosía y alevosía sin premeditación. Un individuo puede pensar, decidir y reflexionar durante largo tiempo la muerte de su enemigo, pero puede darle muerte de frente sin necesidad de usar ningún medio insidioso, y viceversa, una persona puede encontrarse de golpe frente a su enemigo en situación tan favorable que no implique riesgo ni peligro para él, y matarlo.

La alevosía es objetiva, es una forma de ejecución, de origen, como dijimos, español, mientras que la premeditación es subjetiva y de raigambre germánica.

Conectado con este problema está el del caso de la víctima que es atacada por la espalda, sobre el que hay jurisprudencia contradictoria, como se verá más adelante. Casi siempre la muerte así producida se ha considerado alevosa, pero generalmente cuando ha ido acompañada de otras circunstancias: la sangre fría sin móvil conocido ni incidente previo (C.C.C., "J.A.", t. 44, p. 818); la ocultación del arma; la espera por parte del agresor (C.C.C., "J.A.", t. 62, p. 202); el sigilo y la premeditación del ataque (C.C.C., "J.A.", t. 20, p. 986).

De lo contrario, cuando no ha habido aprovechamiento

[9] Peco, *El homicidio*, cit., p. 26.

[10] C.C.C., causa nº 5080, 24 de abril de 1951.

del agresor (C.C.C., "J.A.", t. 1954-I, p. 88); cuando la víctima eligió no defenderse (Supr. Corte de Buenos Aires, "J.A.", t. 1954-I, p. 320); cuando no hubo búsqueda con el propósito de actuar sin riesgo (C.C.C., "Fallos", t. v, p. 30), se ha entendido que no ha existido alevosía.

En realidad esta agravante necesita estar acompañada del extremo psicológico que la caracteriza, es decir, que el sujeto espera o busca el momento o lo aprovecha para actuar sin riesgo, oculta el arma y su persona, busca actuar sobre seguro y la indefensión de la víctima, obra con sagacidad, artificio, traición, engaño, ocultación, astucia, perfidia, agazapamiento, acecho, celada, cautela, emboscada. No basta, pues, la cobardía del ataque o que éste sea inesperado.

Y viceversa, se ha aceptado la existencia de la alevosía cuando, siendo el ataque de frente, han concurrido las circunstancias antes indicadas, morales o materiales[11].

La alevosía queda excluída cuando el sujeto ha obrado en estado de emoción violenta que las circunstancias del caso hacen excusable conforme al art. 81, inc. 1, del Cód. Penal, ya que en tal caso aquél no actúa deliberadamente sino psíquicamente perturbado y no siempre existe aun cuando el agresor tenga medios ofensivos superiores a los de la víctima, si tal ventaja es un mero accidente de hecho y no ha sido intencionalmente procurada o aprovechada por el homicida. No basta, pues, acometer con un arma a quien se encuentra desarmado.

Pero la alevosía no es incompatible con la provocación de la víctima, si a pesar de ello el homicida preordenó el hecho, como, por ejemplo, si preparó la pelea con aquélla, provocándola hasta obligarla a atacar, conociendo que estaba en inferioridad de condiciones[12].

Tampoco lo es si la víctima puede reaccionar del ataque y aun intenta defenderse, pues el hecho delictual es unitario, aunque integrado por una serie de actos que no son desdo-

[11] Dictamen del fiscal de Cámara, Dr. Mariano Cúneo Libarona, en la causa Villani, Amílcar T., publicado en "D.L.L." del 11 marzo 1963.

[12] Mario I. Chichizola, *La alevosía en el homicidio*, comentario a fallo, en "D.L.L." del 17 julio 1962.

blables ni admiten una calificación independiente y múltiple como sostuvo la Cámara Criminal de Concepción del Uruguay en fallo del 14 de febrero de 1962, publicado en el "D.L.L." el 25 oct. 1963, siguiendo una jurisprudencia de los tribunales de la Capital Federal.

Agreguemos, para finalizar este punto, que puede haber tentativa de homicidio alevoso y que no hay alevosía culposa.

JURISPRUDENCIA.

Existe alevosía si el procesado con engaño llevó a la víctima del homicidio, primero a la casa en que se proveyó del arma y después al lugar solitario donde la ultimó y fue encontrado el cadáver.

Existe alevosía siempre que en la comisión del delito se procede en forma insidiosa, a traición, tomando a la víctima desprevenida e indefensa, asegurando así el éxito del propósito por la disminución de la capacidad de defensa.

El concepto de alevosía viene del derecho español y encierra los dos aspectos del ocultamiento moral y material.

La premeditación no es una circunstancia integrante de la alevosía (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 16, pág. 447).

La alevosía existe fuera de la premeditación, aun cuando pueda requerirse una cierta deliberación.

Existe alevosía aun cuando el prevenido hubiese sido amenazado de muerte por su víctima con anterioridad, y la tenencia del arma obedeciere a un propósito defensivo, si en el momento de cometer el homicidio, el agresor asume actitudes que en la doctrina penal, ya que el Código no la define, configuran aquella calificación (Cám. Crim. y Corr. Cap., "L.L.", t. 10, p. 444).

Existe alevosía si la víctima, de improviso y desde atrás, recibió un golpe de puño en la boca y al darse vuelta, una vez frente a frente, con su agresor, éste sin proferir palabra alguna, esgrimiendo un cuchillo, le infirió diversos tajos en forma rapidísima, que no le dieron tiempo a defenderse, atinando sólo a dar voces en demanda de auxilio.

La circunstancia de que las heridas de cuchillo las infiriera el acusado estando frente a frente con su víctima, no excluye la alevosía, si la agresión ya estaba en su desarrollo y ella fue alevosa, ya que no corresponde que mediando un solo hecho delictual, integrado por una serie de actos, se desdoble separadamente cada uno de ellos para calificarlos aisladamente (Cám. Crim. y Corr. Cap., "L.L.", t. 15, p. 873).

La alevosía no requiere para su existencia el concurso de la premeditación. Alevosía y premeditación son dos circunstancias independientes sobre cuya mayor o menor gravedad podrá discreparse, pero la segunda no es un elemento integrante de la primera (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 15, p. 457).

El concepto de la alevosía nace de los medios empleados, *del modo y formas de la ejecución, que tienden directa y* especialmente a asegurarse, sin riesgo para la persona del agente, que provenga de la defensa que pudiera oponer el ofendido.

No puede afirmarse que se empleó un medio insidioso, con el disimulo de la capacidad ofensiva, si el reo atacó de improviso, con furor y sañudamente, para incapacitar la defensa del contrario —que lo hacía objeto de continuada y enconada persecución en sus bienes—, pero de frente y a pocos pasos de la casa en que esperaban la autoridad y testigos para practicar un embargo.

Para juzgar la alevosía se exige un "antes" y un "después", pero es preciso una mayor deslealtad, objeto de la acción, perfidia del agente, conexidad presunta con otros delitos, cinismo, resolución despiadada (Corte Supr. Tucumán, "L.L.", t. 5, p. 88).

No hay alevosía, aunque el agente obrare con saña, si ésta no se aplicó con sangre fría, con perversidad reflexiva, sino bajo la influencia del alcohol y de los celos, obsesionado por la pasión y en circunstancias ocasionales (Supr. Corte de Tucumán, "L.L.", t. 11, p. 160).

Para declarar la existencia de la alevosía no basta lo inesperado del ataque ni la inadvertencia de la víctima, o que ésta se encuentre indefensa o parezca estarlo cuando se la acomete; es necesario que el reo realice su propósito criminal,

aprovechando de una manera oculta, insidiosa o felina, el estado particular de la víctima, que le impide defenderse; poniendo astucia, engaño, celada, traición o cualquier otro procedimiento que conduzca al mismo fin y que en ambas el reo actúe sin riesgo ni peligro para él (Supr. Corte Buenos Aires, "L.L.", t. 15, p. 847).

La alevosía no se caracteriza ya, desde la reforma penal de 1903, por la falta de peligro para el agresor.

Si no está probado que el reo esperó a su víctima, no puede reputarse alevoso el homicidio por una puñalada asestada de costado, casi de atrás, que dio a una muchacha encontrada en un camino, después de un cambio de palabras sobre asuntos íntimos.

Pero cabe aplicar la agravante de abuso de fuerza por el sexo de la víctima y el haberse hallado ésta inerme e indefensa (Cám. Apel. Tucumán, "J.A.", t. 7, p. 409).

Si bien hay formas de alevosía que implican forzosamente la premeditación, aquélla no la implica necesariamente en todas sus formas. Puede existir alevosía fuera de la premeditación, aun cuando pueda requerirse una cierta deliberación (C.C.C., "Fallos", t. I, p. 502).

La ejecución de un homicidio premeditado, sorprendiendo a la víctima desprevenida e indefensa en la oscuridad de la noche, circunstancias que aparecen haberse previsto por el reo, como medio de asegurar la consumación del hecho delictuoso, corresponde a la significación legal y jurídica de alevosía. Tal crimen cae bajo la sanción del art. 17, cap. I, inc. 3, letra *a*, en el caso, atento a lo dispuesto en el art. 83, inc. 8, del Código Penal (Corte Supr. Nac., "Fallos", t. 114, p. 404).

Debe calificarse de alevoso el homicidio cuando los autores, para tomar desprevenida a la víctima, encubren sus intenciones con demostraciones de aprecio y consideración personal, y repentinamente la atacan dándole muerte (C.C.C., "Fallos", t. IV, p. 361).

La alevosía trasforma el homicidio en asesinato y lleva a la imposición de una pena inflexible.

Sin insidia, sin perfidia, no hay crimen alevoso, y esto es lo que en cada caso hay que probar.

La alevosía supone siempre un alto grado de perversidad (Cám. 2ª Apel. de Mercedes, "D.J.B.A.", 1942-1-516).

Configuran la agravante de alevosía, la sorpresa, resolución, insidia y traición empleadas por los homicidas, al punto de haber salido indemnes en su persona y ropas, y de haber quedado en perfecto orden el escenario del crimen. Contribuyen a completar esa agravante las circunstancias de hora elegida, conocimiento de los lugares, vinculación con la víctima, y el empleo de las armas de ésta (Sup. Trib. de Entre Ríos, "J.E.R.", 1942-52).

La agravante de alevosía debe tenerse por acreditada cuando el homicida ha procedido sobre seguro por la imposibilidad de defenderse por parte de la víctima, y ha tenido en cuenta esa circunstancia al perpetrar su acción.

La existencia de la alevosía debe tenerse por acreditada si uno de los coautores del hecho asestó a la víctima la puñalada mortal cuando, pasado el primer episodio en que la hiere en el muslo, aquélla se encuentra caída e imposibilitada de toda defensa por la grave herida recibida y por hallarse aprisionada por el otro coautor (Supr. Corte Buenos Aires, "L.L.", t. 26, p. 414; "D.J.B.A.", 1942-I, p. 37).

La sola circunstancia de que la víctima se encontrase dormida cuando el procesado penetró en la habitación en la que aquélla se hallaba con su amante y le infirió la puñalada que le causó la muerte, no es suficiente para considerar que se obró alevosamente, pues se trata más bien de un acto riesgoso, producto de la ebriedad parcial del autor (Cám. Apel. Com. y Crim. de Mendoza, t. VI, p. 192).

Corresponde aplicar el art. 80, incs. 2 y 3, del Cód. Penal, si las características especiales del hecho acreditan su concurrencia al haberse colocado intencionalmente a la víctima en la imposibilidad de toda defensa, alejándose cualquier supuesto de riesgo, para el agresor: como también que el homicidio se consumó en esas condiciones para asegurar los resultados de otro propósito delictuoso, el del robo.

La ausencia de antecedentes en la delincuencia autoriza la aplicación de la pena de prisión y no de reclusión perpetua en el supuesto del art. 80, incs. 2 y 3, del Cód. Penal. Pues

la pena de reclusión debe dejarse para los casos en que además de su extrema gravedad, como el actual, medie una conducta anterior de frecuencia en el delito, que obliga a una represión mayor, la más severa de la ley penal (Cám. Fed. de Rosario, "R.S.F.", t. I, p. 189).

No bastan para convertir en alevoso un homicidio, el propósito, preconcebido, en forma abstracta, de vengarse y la circunstancia de consumarlo estando la víctima sola y desprevenida en su mesa de trabajo, si se obró a pleno día, en lugar céntrico, sin realizar el homicida acto alguno tendiente a eliminar riesgos para sí, ni hubo de su parte ocultamiento físico (de su persona) o moral (de sus intenciones) (Sup. Trib. de Entre Ríos, "J.E.R.", 1942, p. 1113).

La alevosía requiere que medie por parte del agente en la ejecución del hecho la astucia, el engaño, la ocultación, la traición, la felonía, el procedimiento pérfido, la emboscada, el acecho, etc.; asegurando por estos medios la consumación del delito sin riesgo para el autor.

No puede aceptarse como principio general y absoluto que un homicidio sea alevoso porque el occiso careciera de armas en el momento de ser agredido (Cám. Apel. de Rosario, Sala en lo Crim., "L.L.", t. 32, p. 315).

El hecho premeditado y ejecutado de improviso o a mansalva, sin peligro, constituye homicidio alevoso (Supr. Corte de Buenos Aires, "L.L.", t. 33, p. 549; "Fallos", s. 18, t. X, p. 263; "D.J.B.A.", 1944, t. VII, p. 177).

El hecho de esconderse entre los pastos a fin de aguardar a la víctima del homicidio, asegurando así el resultado con absoluta falta de riesgo personal para el agente, hace incurrir a éste en la agravante calificativa de alevosía (Cám. Crim. y Correc., Villa María, "L.L.", t. 34, p. 988).

No puede considerarse que el homicidio es alevoso, si no ha existido la reflexión serena, aunque a veces rápida, que exigen la insidia, la acechanza, el artificio o el engaño (Cám. 2ª Apel. de Mercedes, "D.J.B.A.", 1942, t. I, p. 516; "Rep. L.L.", t. IV, p. 611).

La ausencia de peligro no constituye, en sí mismo, un elemento de la alevosía, y sólo puede estimarse así, cuando

esta ausencia de riesgo o peligro ha sido considerada especialmente, astutamente, por el autor del delito. En la astucia, en el engaño, en la celada, es donde hay que buscar la raíz del mal (Cám. Apel. Mercedes, "D.J.B.A.", 1942, t. I, p. 516).

No debe calificarse de alevoso el homicidio, aun cuando el procesado haya esperado a la víctima, si esa espera no constituía ocultamiento físico tendiente a asegurar el golpe que aquél se proponía y al mismo tiempo seguridad para su persona (Cám. Apel. Rosario, Sala en lo Crim., "R.S.F.", t. 14, p. 143).

La circunstancia de que la víctima haya sido atacada por la espalda, no es suficiente, por sí sola, para inferir que se obró con alevosía, agravante que debe excluírse si el ataque no se llevó hallándose la víctima desprevenida ni la agresión fue buscada con el propósito de actuar sin riesgo (C.C.C., "Fallos", t. v, p. 30).

No media alevosía si las lesiones causantes de la muerte se produjeron de frente y en situación que no impidió la defensa de la víctima (C.C.C., "Fallos", t. v, p. 31).

En el mismo sentido, causa nº 14.280, que se tramitó en la Secretaría nº 23 del Juzgado de Sentencia, letra B, que estuvo a mi cargo.

Las circunstancias de que el acusado premeditara el delito, tomara medidas para asegurar su consumación, disminuyendo las posibilidades de defensa de la víctima, y aunque la atacara de improviso, no son suficientes para calificar de alevoso el homicidio si se comprueba que le hizo los disparos de frente y previniéndola con la voz de "arriba las manos" (C.C.C., "Fallos", t. IV, p. 357).

No corresponde imputar la calificante de alevosía si la prueba impide afirmar que el reo buscó la agresión con el propósito de actuar sin riesgo para su persona y en condiciones que no posibilitan la defensa del agredido (C.C.C., "Fallos", t. VI, p. 237).

En la causa nº 3491 de la Secretaría nº 30, Juzgado de Sentencia, letra B, resolví que había alevosía en un caso en el cual la autora había matado a su amante, que se hallaba dormido. La Cámara confirmó la sentencia.

No concurre la alevosía cuando el ataque es llevado de frente (aunque la víctima se encontraba sentada en el suelo y descuidada), por una persona en estado de ebriedad, estado que debe admitirse, impidió el claro proceso deliberativo que exige aquella agravante (C.C.C., causa nº 6278, 24 abril 1951).

Importa alevosía sorprender a la víctima por la espalda, desprevenida para toda acción defensiva, y después de haber madurado por largo tiempo la ejecución del delito (C.C.C., causa nº 3163, 9 mayo 1950).

La circunstancia de producirse la herida de frente, impide calificar de alevoso el homicidio, no obstante el seguimiento sigiloso, la forma sorpresiva, lugar y hora del ataque (C.C.C., causa nº 400, 22 marzo 1949).

No demostrado que los acusados tuvieran en cuenta el estado de indefensión de la víctima y de que podían herir a mansalva, no corresponde la agravante de alevosía (C.C.C., causa nº 3926, 4 junio 1954).

La alevosía requiere que el agente no sólo obre en situación que no represente peligro alguno para él, sino también que esa situación haya sido deliberadamente aprovechada (C.C.C., "D.L.L.", 4 junio 1955).

El haber llevado el agente a la víctima engañada a un lugar sombrío y elegido de antemano, amparándose en las sombras de la noche para consumar su propósito deliberado de darle muerte, en situación de ventaja, aprovechando la oportunidad para actuar sin peligro, y asegurándose su persona impidiendo que la agredida hiciera uso de medios para su defensa, constituye un caso típico de homicidio premeditado con la agravante de alevosía.

La alevosía supone actos externos hechos patentes, con astucia, engaño, ocultación, traición, felonía, perfidia o acecho, los que ponen de relieve la peligrosidad del individuo y la necesidad de relegarlo por bastante tiempo del seno de la sociedad (C.C.C., 30 marzo 1962, "D.L.L.", 17 julio 1962).

La determinación de ejecutar el crimen, el seguimiento de la víctima desde larga distancia, su ocultación para ejecutarlo observando desde lejos sus movimientos y los de su

familia, para hacer el disparo de atrás y de cierta distancia, permite aceptar que se obró con insidia y felonía, que caracterizan la alevosía (Cám. Crim. de Tucumán, 26 marzo 1962).

No todo ataque por la espalda es alevoso; es necesario para ello que el sujeto activo busque —artera y traidoramente— el estado de indefensión del sujeto pasivo para actuar sin riesgo con despliegue psicológico de audacia (C.C.C., 23 marzo 1962, "D.L.L.", 11 marzo 1963).

No puede llegarse a la calificación agravada de alevosía por más que la víctima haya sido muerta mientras dormía, si esa circunstancia no fue buscada por el reo para la ejecución del crimen, sino que resultó accidental, dado que el agente no tuvo en cuenta su indefensión, habiendo sido movido sólo por su perturbación alcohólica (Cám. Crim. de Tucumán, 12 abril 1961, "D.L.L.", 3 dic. 1962).

Si alguien fue muerto mientras dormía, concurre la agravante de alevosía, ya que los autores lo atacaron indefensos, planeando el hecho sin peligro para ellos (Cám. Crim. de Tucumán, 2 mayo 1960).

Si no hay en la causa prueba autónoma, inequívoca, que el autor obró a traición y sobre seguro, con aprovechamiento insidioso del estado de indefensión de la víctima, el delito debe ser calificado como homicidio simple (C.C.C., 3 set. 1963).

No constituye alevosía la conducta de quienes movilizan a la víctima para golpearla mejor, cuando ello es una contingencia de la lucha y no hubo insidia, traición, emboscada o acecho, ocurriendo el suceso a la luz del día; en tal caso el atacado no estaba en estado de indefensión o desprevenido, no obstante la superioridad física de sus agresores (C.C.C., 23 julio 1957).

La alevosía está determinada por circunstancias buscadas o creadas para obrar sin riesgo (Corte Supr. Buenos Aires, 2 julio 1957).

Hay alevosía si se obra sobre seguro, aprovechando la indefensión de la víctima, aunque medie premeditación (Supr. Corte de Buenos Aires, 1 set. 1959).

El ocultamiento moral vale tanto como el material para tener por perpetrado un hecho con alevosía.

Comete homicidio calificado con alevosía el sujeto que en medio de una conversación amable, con el pretexto de solicitar a su víctima haga entrega de un revólver a un tercero —dando cumplimiento a un designio anterior— lo extrae, hace puntería y dispara el arma a corta distancia (Cám. Crim. de Concepción del Uruguay, 14 febr. 1962, "D.L.L.", 25 oct. 1963).

La alevosía requiere no solamente el elemento objetivo del estado de indefensión de la víctima, de la posibilidad de que haya sido agredida por la espalda, o de que no haya tenido tiempo de extraer un arma para defenderse, sino que además es imprescindible que el autor del hecho obre precisamente aprovechando ese estado de indefensión para atacar a su víctima, sin mayor peligro, y contando, por tanto, en que su propósito se ha de cumplir sin mayores inconvenientes (C.C.C., 23 oct. 1959).

La agravante de alevosía exige una víctima que no esté en condiciones de defenderse o una agresión no advertida (en el caso, la víctima dormía junto a sus hijos).

Si lo que caracteriza el homicidio agravado por alevosía es el aprovechamiento insidioso de un estado de indefensión de la víctima, quien mata al que está durmiendo, aprovecha el extremo máximo de ocultamiento moral, si como ocurre en autos, la falta de riesgo fue tenida en cuenta como motivo determinante y decisivo para llevar a cabo la acción (Sup. Trib. Chubut, 29 mayo 1967).

La alevosía consiste en dar una muerte segura, tomando desprevenida a la víctima. Existe cuando los medios, modo y forma de la ejecución del homicidio tienden directa y específicamente a asegurar la comisión del hecho, lo que generalmente ocurre cuando la víctima se halla desprevenida e indefensa, y ese estado ha sido buscado, procurado o aprovechado. Es un modo de ejecución del delito en el que se aprovecha de una manera oculta, insidiosa o felona, el estado particular de la víctima que le impide defenderse (Cám. 2ª Crim. Salta, 27 dic. 1968, "D.L.L.", 6 agosto 1969).

Hay homicidio *criminis causa* con alevosía cuando los victimarios se ponen de acuerdo para despojar a la víctima

por la violencia de una suma de dinero, si para lograr ese objetivo en un descuido lo semiahorcan y luego, de seguro que no reaccionará en su contra, le clavan una puñalada en la garganta mientras el cuerpo yace indefenso tendido en el suelo, para ultimarlo con puntazos profundos en el tórax.

Objetivamente la alevosía exige una víctima que no esté en condiciones de defenderse o una agresión no advertida por la víctima capaz y en condiciones de hacerlo; pero subjetivamente, que es donde reside su esencia, la alevosía impone una acción preordenada para matar sin peligro para la persona del autor, proveniente de la reacción de la víctima o de un tercero; ha de añadírsele así, la cobarde finalidad del autor de obrar sin riesgo para su persona.

La alevosía requiere —como calificante del homicidio— no sólo el elemento objetivo derivado del estado de indefensión de la víctima, sino también —y de manera imprescindible— que el autor del hecho obre precisamente aprovechándose de tal estado de indefensión para atacar a la víctima sin mayor peligro (Corte Sup. Just. Tucumán, 29 nov. 1974, "Diario Jurisprudencia Argentina", 11 abril 1975).

c) Ensañamiento.

Lo mismo que la alevosía, el ensañamiento, contemplado en el art. 80, inc. 2, del Código, es un modo de cometer el homicidio que califica a este delito como circunstancia agravante.

En el antiguo Código Penal que rigió en nuestro país, el art. 84, inc. 3, hablaba, entre las causas de agravación genérica para todos los delitos, de "aumentar deliberadamente el mal, causando otros innecesarios para la ejecución". En este inc. 3 del art. 84, se ha creído encontrar el origen del ensañamiento en nuestra legislación penal. Es decir, que ya en el viejo Código Penal, y sobre la base de esa norma, se daba una preponderancia relevante al elemento psíquico, a la intención de causar deliberadamente males innecesarios para la ejecución del homicidio. Quien puede matar de un

golpe simple, y en lugar de ello hiere a la víctima, la deja indefensa y le sigue causando heridas cada vez mayores, la mata con ensañamiento.

Cabe recordar que ya el Proyecto Tejedor lo definía como aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido (art. 210), y el Proyecto de 1881 ampliaba la fórmula pues se refería al aumento deliberado, inhumano e innecesario de la aflicción de la víctima (art. 202).

Decíamos que es un modo de cometer el homicidio, y recalcamos esto, porque más adelante tendremos que hacer la diferenciación del ensañamiento con la sevicia, que es un medio. La acción reside en causar innecesariamente un mal mayor a la víctima, mutilándola o quemándola, rociándola con petróleo y prendiéndole fuego, por ejemplo, y para muchos ésta debe encontrarse inerme, en estado de indefensión, en la imposibilidad de defenderse. Cuando la víctima no puede hacerlo y el matador aumenta cruel e innecesariamente el mal necesario para darle muerte o, como decía Carrara, comete actos de barbarie, se obra entonces con ensañamiento.

Muchos han creído que la típica frase "coser a puñaladas" implica ensañamiento. Pero desde el primer momento debemos hacer un distingo fundamental. El ensañamiento se caracteriza por algo más que la acción de dar varios golpes a la víctima, haciéndola sufrir más que con uno o pocos golpes. El ensañamiento requiere una idea, una circunstancia subjetiva, que precisamente consiste en ese propósito deliberado de causar daño de más por crueldad. Por eso es un modo cruel de matar. Idea subjetiva que es independiente del propósito de dar muerte, que pertenece al dolo de todo homicidio, o sea, que no basta querer matar, sino que debe quererse matar con conducta perversa, en forma tal que se aumenten los males que se causan a la víctima. Hay entonces un requisito subjetivo, por lo que no debemos atenernos solamente a condiciones objetivas, como sería el número de las heridas causadas.

En los homicidios pasionales, por ejemplo, muchas veces el matador causa numerosas heridas a la víctima, cegado por su pasión, pero no lleva el propósito de hacerla sufrir más de

lo necesario. Es entonces cuando ocurre la ruptura de sus frenos morales y se manifiesta en esa forma brutal todo su amor, su despecho, su ira o sus celos, pero no lleva implícito el propósito de causar más males de los necesarios, y al contrario, casi siempre el matador pasional se arrepiente de su acción, lamenta lo hecho, quiere suicidarse y piensa en la víctima.

Esto nos permite eliminar la existencia del ensañamiento en aquellos golpes o heridas que se dan al cadáver, o sea, cuando ya se ha producido la muerte. No hay ensañamiento en estos casos. Como tampoco lo constituye descuartizar al cadáver para hacer desaparecer los rastros del crimen, como hizo hace varios años Bonini con Virginia Donatelli, en febrero de 1955, Jorge Eduardo Burgos con Alcira Metygher y, al parecer, en Mar del Plata, en 1968, Roberto Aníbal Ruiz con Héctor Luis Espiñeiras, según fue acusado. Esto podrá constituír o no otro delito, según las legislaciones, pero no el de homicidio con ensañamiento, el cual requiere que la víctima se encuentre aún con vida, y que ya indefensa, sufra por la acción del homicida dolores innecesarios, que no son imprescindibles para provocar la muerte.

Ahora bien, si el homicida cree que no está causando dolores o sufrimientos innecesarios, o si considera que esos dolores o sufrimientos son condición indispensable para poder dar la muerte, no estamos tampoco ante un caso de ensañamiento, porque según lo anteriormente explicado, debe existir una doble intención: una, la de matar, y otra, la de dar muerte en forma de causar sufrimientos superiores a los necesarios. Si el homicida cree que tal actividad es imprescindible para el homicidio, nos encontraremos frente a un caso de homicidio simple y no de homicidio por ensañamiento.

Este tipo de homicidio es conocido como una de las clases del asesinato, y así también se llama al que se lleva a cabo por medio de sevicias.

Podrá apreciarse, con la lectura de la jurisprudencia respectiva, que a veces los tribunales confunden sevicias con ensañamiento. Oportunamente haremos el distingo entre ambos conceptos.

JURISPRUDENCIA.

No existe ensañamiento en el homicidio perpetrado, como calificante de éste, aunque existan innumerables garrotazos en el cuerpo de la víctima, si este proceder señala la evolución preliminar del delito para facilitar su consumación y, desde luego, entra dentro de su concepto (Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 10, p. 840).

No apareciendo suficientemente demostrada la alevosía invocada por el ministerio fiscal, ni tampoco el ensañamiento, a cuyo efecto no basta el número, la profundidad y la gravedad de las heridas, debe condenarse como autor de homicidio simple a quien mató a otro porque eludía pagarle el importe de su trabajo (Corte Supr. Nac., "Fallos", t. 196, p. 625; "R.P.", t. 31, p. 341).

No constituye ensañamiento ni perversidad brutal, ni agrava la situación del homicida, el descuartizamiento de la víctima hecho con el objeto de hacer desaparecer los rastros del crimen y eludir la represión (C.C.C., "L.L.", t. 34, p. 373; "J.A.", t. 34, p. 1373).

Los diversos disparos de escopeta efectuados contra la víctima no presuponen la agravante de ensañamiento si no se indica cuáles son los hechos reveladores de ese propósito y no se ha acreditado el deseo de ocasionar sufrimientos innecesarios (Cám. de Apel. Bahía Blanca, "L.L.", t. 36, p. 388).

El ensañamiento atribuído al homicida no puede inferirse únicamente del número de heridas sufridas por la víctima, sino cuando con ellas se ha expuesto a sufrimientos innecesarios, prolongando su martirio (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 36, p. 835).

El ensañamiento consiste en inferir a la víctima lesiones, daños, tormentos innecesarios para la consumación del homicidio (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 41, p. 561).

No procede tener por probado el ensañamiento con la sola declaración de la víctima, de que después de caída por los proyectiles disparados por el prevenido, éste le infirió algunas lesiones con arma blanca, máxime si a pesar de esas

heridas pudo caminar y llegar al domicilio de un pariente (Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 38, p. 703).

No existe ensañamiento si el prevenido, después de hacer varios disparos contra su contendor a causa de las provocaciones de que fue objeto y habiendo sido también atacado por éste a tiros de revólver, al fallar su arma, preso de un estado de excitación y obrando bajo el impulso del instinto de conservación, atropella ciego de furor contra su contendiente, hundiéndole varias veces el puñal de que también estaba provisto (Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 39, p. 703).

Tampoco existe si el homicida aplicó a la víctima sólo dos golpes de machete, de los cuales, el último, que fue aplicado con evidente ferocidad, le ocasionó la muerte (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 41, p. 561).

No hubo ensañamiento si la acción homicida fue rápida, tormentosa y de efecto inmediato (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 55, p. 386).

El ensañamiento no surge del número y de la gravedad de las heridas que el victimario infiere a su víctima, sino de las sevicias con que actúa el homicida, prolongando la agonía de la víctima para gozar bestialmente con su lento dolor (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 55, p. 386).

La calificativa de ensañamiento no depende únicamente del número de lesiones inferidas, desde que ella consiste en los actos destinados a aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido o el mal, causando otros innecesarios para la ejecución del delito (C.C.C., "L.L.", t. 15, p. 873).

Sentencia del 7 de setiembre de 1911 de la Corte Suprema de la Nación: "para graduar la pena debe tenerse en cuenta que concurren las agravantes de premeditación, abuso de superioridad por fuerza de sexo y de nocturnidad (art. 84, incs. 4, 10 y 13, Cód. Penal), no debiendo hacerse cargo al reo del ensañamiento, el cual no resulta del simple hecho de la multiplicidad de las heridas causadas a la víctima en el momento y como medio de ejecución del homicidio, sino que se requiere, como lo expresa el art. 84, inc. 3, Cód. Penal, que se "aumente deliberadamente el mal causado, causando otros innecesarios para su ejecución", propósito que los autos

no permiten afirmar ni inducir en modo alguno" (Corte Supr. Nac., "Fallos", t. 114, p. 408).

No existe ensañamiento por el solo número de las heridas causadas (23) si no se percibe el propósito de causar un aumento deliberado, innecesario e inhumano del dolor del ofendido (C.C.C., causa nº 400, 22 marzo 1949). En igual sentido, Cám. 1ª Penal Tucumán, 16 mayo 1965, "J.A.", t. 1966-II, p. 432.

El número de disparos y heridas de arma blanca —más de 20— no implica ensañamiento si la víctima murió al primer disparo y la persistencia del ataque no llevó el propósito deliberado de ocasionar sufrimientos innecesarios y prolongar el martirio, sino el fin de asegurar la muerte (Cámara Penal de Tucumán, 25 abril 1969, "Diario La Ley", 9 marzo 1970).

d) PLURALIDAD DE AUTORES.

Los proyectos de 1937 (art. 116, inc. 5) y 1960 (art. 111, inc. 7) contemplaban ya esta circunstancia de agravación que tuvo cabida en nuestra ley positiva con el decreto-ley 4778/63, derogado, como ya dijimos, por la ley 16.648, de 1964.

Pero mientras en este último se dice: "cuando en el hecho intervengan dos o más personas", en la reforma de 1967 se expresaba: "Con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho"; y en la reforma de 1976 se ordena: "con el concurso premeditado de dos o más personas".

Es decir que aquí, como se explica en la exposición de motivos de la reforma, no se trata de una mera concurrencia, sino de un acuerdo para ejecutar el delito. El concurso debe ser premeditado, exige ahora la nueva ley, o sea, que los autores, antes de matar, deben haberse puesto de acuerdo para ello, y que no es el homicidio el que debe ser premeditado, sino, repetimos, el concurso. Si la colaboración que se presta es ocasional —impremeditada—, el homicidio será simple; salvo que medie otra circunstancia calificante.

La otra diferencia estriba en que en el decreto-ley 4778/63 y en la ley 21.338 se admite la intervención de dos o más personas como autores o partícipes, pues sólo requieren su intervención, mientras que todas debían intervenir en la ejecución del hecho, es decir, todas debían ser autoras de éste, según la ley 17.567.

En cuanto al número de personas que deben intervenir para que aquélla se configure, no obstante la opinión de uno de los autores de la reforma de 1967, para quien basta que participen dos o más personas[13], entendemos que al condenar el Código "al que matare, con el concurso premeditado de dos o más personas", está requiriendo que los autores sean tres o más, es decir, el que mata (autor principal), y los dos o más que lo ayudan o asisten[14].

Esta agravante, bien pudo ser la genérica para todos los delitos que la hagan posible (lesiones, hurto y robo —ahora se la prevé cuando lo cometen tres o más personas—, etc.), pero la Comisión proyectora de 1967 prefirió considerar específicamente los casos en que la pluralidad de autores tiene significado, según afirma en la exposición de motivos. Se funda en la mayor peligrosidad de los autores, que actúan respaldados por su número y en la mayor indefensión de la víctima ante la cantidad de sus agresores.

e) Disimulando la personalidad para inducir en engaño a la víctima.

El nuevo inc. 3 del art. 80 bis contempla otro medio de comisión que consiste en simular un estado, oficio, empleo, profesión, o cualquier otra circunstancia que desfigure o altere la personalidad del autor, en forma tal que pueda inducir a engaño a la víctima, que en tales circunstancias no se defiende

[13] Carlos Fontán Balestra, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1968, t. IV, p. 120.

[14] Conforme: Ricardo C. Núñez, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1965, t. III, p. 70; José María Orgeira, *Homicidio agravado por el número de partícipes*, en "Derecho Penal. Revista de doctrina y jurisprudencia", nº 1, año 1969, julio, p. 22.

como naturalmente lo hubiera hecho de no mediar aquella simulación del homicida.

La fuente textual de este precepto es el inc. 3 del art. 80 bis, incorporado al Código por la ley 18.953, de 1971. La ley 20.043, que suprimió el art. 80 bis, pasó este supuesto al art. 80 del Código Penal.

Señalamos la dificultad de poder apreciar cuando fue engañada la víctima que, como tal, ya no puede aclararlo; que también es difícil apreciar cuáles son las defensas naturales que se hubieran empleado, porque esto obliga al juez a trabajar por hipótesis, procedimiento peligroso y hasta prohibido en el campo penal; y que esta agravante puede ser subsumida en algunas ocasiones con la de alevosía en una de sus especies, es decir, el homicidio proditorio, en el que el sujeto se gana la confianza de la víctima y en el que hay una ocultación moral, con más razón después de la reforma de 1976, que ubica a la alevosía entre los procedimientos insidiosos, uno de los cuales puede ser el empleado en la agravante que comentamos.

Capítulo XX

POR EL MEDIO EMPLEADO

a) Sevicias graves.

Como en el caso de la premeditación, aunque las sevicias han sido suprimidas como circunstancia de agravación en la última reforma del Código Penal, vamos a referirnos al tema, no sólo porque tuvieron vigencia legal hasta hace poco, sino también porque su concepto se confunde y entremezcla con el de ensañamiento.

Sevicias graves, decía el Código al referirse a ellas, pero el adjetivo "grave" estaba de más, porque la gravedad va implícita dentro del sustantivo, ya que sevicias significa crueldad excesiva. Según la Relación al Rey, del anterior Código italiano, denotan que el autor es "un ser perverso y cruel".

Mucho se ha discutido, y en parte con razón, acerca de cuáles son las circunstancias que autorizan a considerar que las sevicias constituyen algo distinto del ensañamiento. Consisten en crueles tratos, en castigos inhumanos, en graves martirios y flagelaciones, lo que hace pensar también en el ensañamiento.

Parte de la doctrina hace el distingo basándose en puntos de vista distintos. Por ejemplo, para González Roura, las sevicias se cometen tiempo antes de la muerte, y se siguen efectuando hasta llegar a la muerte de la víctima, mientras que el ensañamiento coexiste con la muerte, se desarrolla en el momento que la víctima fallece[1].

[1] Octavio González Roura, *Derecho penal*, Buenos Aires, 1925, t. III, p. 29.

Para Soler, el distingo es otro[2]. Las sevicias se efectúan para cometer el homicidio antes que la víctima esté indefensa, mientras que una vez que aquélla se encuentra en ese estado, sólo entonces puede cometerse ensañamiento con ella.

Es decir, que para González Roura interesa el problema cronológico: el momento en que se comete el homicidio. Antes puede haber sevicias; en el momento de la muerte hay ensañamiento. En cambio, según Soler, interesa el estado de indefensión de la víctima. Antes de él puede haber sevicias; desde él en adelante hay ensañamiento.

Otros, como por ejemplo Peco[3], no encuentran diferencias.

En la Exposición de motivos de su Proyecto de 1941, este autor dice que, sea que los actos de sevicias tengan lugar en el mismo momento del homicidio, o sea que desde el punto de vista cronológico se desarrollen antes de él, lo cierto es que todo acto de sevicia termina en ensañamiento. Y agrega que puede haber ensañamiento sin sevicias, pero no puede haber sevicias sin ensañamiento. Porque, en efecto, estos crueles castigos, estas flagelaciones inhumanas, llevan implícito el propósito de aumentar el mal de la víctima. Por nuestra parte, agregaríamos que las sevicias, en su etapa final, cuando la víctima esté indefensa y por morir, se confunden con el ensañamiento.

En su Proyecto, el autor citado borra toda diferencia al suprimir las sevicias —que fueron introducidas en nuestro derecho por el Proyecto de 1906 (art. 84, inc. 2), tomadas de la legislación italiana, Código de 1887, art. 366, inc. 3, segunda parte, *ovvero con gravi sevizie*— y dejar el ensañamiento, lo que también hacen los proyectos de 1953 y 1960, y ha hecho la ley de reformas 17.567, de 1967, por considerar aquéllas de "dudoso contenido, superpuesto al de ensañamiento", según dice la exposición de motivos[4].

Lorenzo Carnelli es autor de un trabajo especial sobre

[2] Soler, ob. cit., t. III, p. 40.

[3] Peco, ob. cit., p. 31.

[4] Justo Laje Anaya, *Correcta supresión de las sevicias graves*, "D.J.A.", 16 dic. 1968.

el tema[5], donde hace el estudio del ensañamiento y las sevicias a través de las legislaciones extranjeras.

Recuerda que el Código Penal italiano contempla sólo las sevicias; el español el ensañamiento; el francés habla de "torturas y actos de barbarie", y que estos tres conceptos significan lo mismo: malos tratos, tratos inhumanos y el propósito de causar ese daño independiente del propósito de matar. El Código uruguayo, como antes el argentino, legisla las dos figuras.

Soler en cambio niega que sean la misma cosa, pues desde el momento que la ley los menciona por separado y pone en medio de ambas circunstancias al "precio o promesa remuneratoria", está demostrando el propósito de diferenciarlos[6].

Es cierto que, como dice Soler, debe tenerse cuidado cuando se estudia cada caso concreto de sevicias. Moreno, autor del Código, en su obra que lo comenta, da como ejemplo para las sevicias los frecuentes castigos a menores, sirvientes casi siempre, que causan su muerte[7].

Precisamente, Carnelli, en el artículo citado, cita un fallo que se refería a una mujer que tenía a sus órdenes dos menores, a las que castigó con un palo de un metro de largo, causando la muerte de una de ellas y graves heridas a la otra. En dicho fallo se estudiaba cuál había sido el propósito de la acusada al castigar a las víctimas.

Igual que en el ensañamiento, es requisito indispensable para la existencia de sevicias, el propósito de matar. De modo que no basta que como consecuencia de brutales castigos se produzca la muerte de una persona, aunque sea una criatura. Es preciso que el medio empleado haya podido causar la muerte y que la persona autora de los castigos no se haya detenido ante la posibilidad de producirla. O sea, es fundamental que haya dolo, el *animus necandi*, que debe presidir todo homicidio calificado, pues no es cuestión que interpretemos que estamos ante un homicidio calificado por la simple

[5] Lorenzo Carnelli, *El ensañamiento y la sevicia*, "L.L.", t. 16, p. 899.

[6] Soler, ob. cit., t. III, p. 38, nota 61.

[7] Rodolfo Moreno (h.), *El Código Penal y sus antecedentes*, Buenos Aires, 1923, t. III, p. 342.

forma de matar, si no ha existido la intención de dar muerte. El homicidio calificado lo es una vez que se parte de la base de la existencia de la figura simple del homicidio. Para que haya sevicias no basta castigar y matar, si no se quiso hacer esto último. Es una cuestión que señalamos especialmente, porque los tribunales han llegado a interpretaciones distintas, sobre todo cuando han tenido que tratar la situación de esos menores indefensos, mencionados por Moreno, en peligro de morir por los duros castigos que reciben. Si sólo ha habido *animus corrigendi*[8] o el deseo de lesionar, quizá estaremos ante un homicidio preterintencional, según el medio empleado, pero no ante este homicidio calificado.

Elementos valiosos de juicio serán, en estos casos, no sólo el medio empleado, sino también la duración de la acción, la edad de la víctima, las modalidades del castigo, etc., debiendo el tribunal verificar si ha podido haber un error de cálculo del agente, pues no es suficiente que obre legítimamente en el acto inicial y luego se exceda en los medios, sobre todo si aquél es trivial y el autor se ofusca o pierde el dominio de sus actos, sin propósitos correctivos o disciplinarios, y ya que si bien el ejercicio de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no constituyen como ilícito ningún acto (art. 1071, Cód. Civil), ese ejercicio está limitado en cuanto los padres deben corregir moderadamente a sus hijos (art. 278, Cód. Civil).

También debe admitirse que los malos tratos pueden ser una forma de instigar al suicidio. Una instigación no muy clara, y que puede consistir en hechos materiales que van causando la desesperación en la víctima inspirándole la idea de que la única forma de escapar a estas torturas es la muerte.

Cuando el propósito de quien ejecuta esos malos tratos, esas sevicias, es obtener la muerte de la víctima, nos hallamos en una línea fronteriza entre la instigación al suicidio por este medio, y el simple homicidio obtenido por sevicias o el homicidio por medios morales, que ya hemos explicado, y que, como se recordará, admitimos, aunque es difícil de probar.

[8] Sobre *animus corrigendi*, ver Ricardo Levene (h.) y Horacio S. Maldonado, *El delito de lesiones levísimas*, Buenos Aires, 1953, ps. 49 y ss.

JURISPRUDENCIA.

La agravación de sevicias parece corresponder al caso en el cual, para llegar a la muerte, que el agente se propone, se emplean medios conocidos y deliberadamente crueles, en los cuales el delincuente se complace. A diferencia del ensañamiento, en la sevicia la crueldad del medio aparece gradualmente desplegada hasta llegar a la muerte, en la que el proceso termina; en el ensañamiento, el mayor daño se produce cuando la víctima ya no está en condiciones de defenderse (Cám. Apel. Rosario, Sala Crim., "L.L.", t. 16, p. 899).

La agravación del homicidio por sevicias o ensañamiento se traduce cuando además de poderse discernir en el agente una clara voluntad tendiente a causar la muerte, obra con el propósito de causarla de una determinada manera que aumenta el mal y el sufrimiento de la víctima. El fundamento de la agravación reside en ese desdoblamiento de la voluntad, que separadamente se dirige a dos fines claramente discernidos, el de matar y el de hacerlo de determinado modo (Cám. Apel. Rosario, "J.A.", t. 68, p. 877).

En el homicidio con sevicias, la crueldad del medio aparece gradualmente desplegada hasta llegar a la muerte, en la que el proceso se termina; en el ensañamiento, el mayor daño que por complacencia el agente causa a la víctima, se produce cuando ésta ya no está en condiciones de defenderse. Después de un golpe mortal es posible ensañarse; antes de él es posible cometer sevicias (Cám. Apel. Rosario, "J.A.", t. 70, p. 898).

Prolongados, reiterados y crueles castigos corporales dados a una menor de siete años, que por su precario estado de salud, debieron determinar su muerte, como efectivamente ocurrió, constituyen sevicia grave, calificativa del homicidio así perpetrado, y hacen aplicable la agravante que se prevé en el artículo 80, inc. 2, del Cód. Penal (Supr. Corte Buenos Aires, "J.A.", t. 1949-I, p. 425).

Si la muerte se produce a consecuencia del debilitamiento físico y de las lesiones causadas por malos tratos y castigos prolongados y crueles, el hecho debe ser calificado de homi-

cidio cometido con sevicias graves y no de homicidio preterintencional. El tribunal no puede valorar supuestas intenciones que escapan al juicio de los magistrados, sino atenerse al hecho consumado y tangible (Supr. Corte Buenos Aires, "Fallos", ser. 19, t. 6, p. 57).

Si no medió la intención de producir la muerte, pero ésta se produjo por la gravedad de las sevicias aplicadas a la víctima a golpes de puño y puntapiés, el homicidio debe calificarse de preterintencional (C.C.C., "Fallos", t. 1, p. 480).

No puede calificarse como culposo el homicidio cometido en la persona de un menor, si la imputada lo castigó brutalmente como consecuencia de un hecho trivial, y en su propio relato expresa que se ofuscó, perdiendo el dominio de sí misma, lo que evidencia un rapto de ira, excluyente de toda finalidad correctiva (Supr. Corte Buenos Aires, 23 abril 1959, "D.J.A.", 10 set. 1959).

Debe calificarse de preterintencional y no ocasionada por sevicias graves o ensañamiento sólo cuando puede discernirse causada con malos tratos a una niña de corta edad, si no resulta probado que con ellos su guardador se haya propuesto como finalidad causar la muerte.

Las sevicias graves deben tener por finalidad causar la muerte; son medios para matar y no simplemente una forma de matar (Supr. Corte Catamarca, 1 agosto 1960, "D.J.A.", 10 nov. 1960).

En el homicidio concurre la agravante calificativa de sevicias graves o ensañamiento sólo cuando puede discernirse en el sujeto activo, además de una clara voluntad tendiente a causar la muerte, la existencia del propósito de causarla de una manera tal que aumente el mal y el sufrimiento de la víctima (C.C.C., 21 marzo 1961, "D.L.L.", 28 set. 1961).

Hay sevicias graves configuradas por los malos tratos, que al repetirse producen la muerte de la víctima y que subjetivamente son compatibles con el dolo eventual de homicidio. En el caso los padres lesionaron repetida y cruelmente a su hijo de 5 años, durante varios meses, arrojándole agua hirviente y haciéndolo vivir en condiciones subhumanas hasta que minada su salud se produjo su muerte. Actuaron con dolo

eventual de homicidio, ya que quisieron los castigos y conocían su efecto y asintieron a la posibilidad lógica y natural del resultado delictivo: la muerte (Cám. Pen. Mar del Plata, 6 agosto 1963, "D.J.A.", 8 febr. 1964).

b) VENENO.

El veneno actúa en muchas circunstancias y no tan sólo en las que prevé el Código Penal. Por ejemplo, los gases tóxicos de fábricas industriales, que producen envenenamiento, y el veneno utilizado por el suicida como medio para suicidarse, son hechos que no constituyen delito. Pero cuando el veneno sirve, como lo dice el inc. 2 del art. 80 del Código Penal, para dar muerte a una persona, es decir, cuando es un medio, estamos ante una circunstancia agravante del delito de homicidio. También en el capítulo 4 —delitos contra la salud pública— del título VII, que trata de los delitos contra la seguridad común, el subtítulo de ese capítulo habla de "envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas", indicándonos el art. 200 que "será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare, contaminare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas. Si el hecho fuere seguido de la muerte o lesiones gravísimas de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión. Si el hecho fuere realizado con fines subversivos y ocasionare la muerte o lesiones gravísimas de alguna persona, la pena será de muerte o reclusión o prisión perpetua".

En los hechos comprendidos por el título VII (delitos contra la seguridad común), se ponen en peligro los bienes o las personas en general, en forma indeterminada; no se conoce la víctima; en ellos no interesa matar. En principio, lo que interesa es envenenar o adulterar las aguas o medicamentos, sin que descarte el sujeto la consecuencia o la posibilidad de que su conducta acarree la muerte de terceros, ajenos al hecho.

En cambio, en el art. 80, inc. 2, el objeto es la muerte

de un sujeto, y se emplea el veneno como medio para obtener ese fin.

El veneno ha sido utilizado, casi puede aseverarse, desde los comienzos de la existencia del hombre en la tierra. Las flechas envenenadas fueron arma primitiva y principal de combate; cuando llegaron los descubridores a América, encontraron que en las organizaciones indígenas, rudimentarias o cultas, era la flecha envenenada el medio principal de ataque y de defensa.

El veneno alcanzó popularidad y uso extraordinarios en Grecia y en Roma. En el siglo XII aparecen los primeros libros que hablan del arte de envenenar. Cobra una gran importancia en los siglos XV y XVI, especialmente en Italia, quizá, más que nada, debido al uso que de él se hizo en la Corte de los Borgia.

Para el concepto popular, los especializados en filtros amorosos, brujerías y hechicerías, eran envenenadores.

El veneno pasa después a Francia, posiblemente llevado por Catalina de Médicis, y se populariza tanto allí, se abusa tanto de él y son tantas las muertes que ocasiona, sobre todo en los siglos XVII y XVIII, que los reyes de Francia tuvieron que dictar varias ordenanzas persiguiendo implacablemente su uso y Luis XIV creó la llamada Corte de los venenos, o Cámara ardiente, descrita por Victorien Sardou, tribunal especializado y destinado a perseguir el uso de ese medio, que tantas víctimas causaba[9].

Pero, felizmente, en el siglo XIX aparece una nueva ciencia: la toxicología. Ella ha hecho en beneficio de la humanidad mucho más que todas las cortes de los venenos y la represión legislativa. Nos permite hoy no solamente una mejor apreciación de los hechos y un mejor análisis del veneno utilizado, sino también usar contravenenos y salvar de ese modo personas destinadas a morir.

Como medio, ha calificado y califica el delito de homicidio, no sólo porque causa una mayor alarma social, sino porque en parte entraña la premeditación y la alevosía, como

[9] Juan Alberto Iriarte, *El envenenamiento a través de la historia*, conferencia dada en la Sociedad Argentina de Criminología el 2 de julio de 1969.

veremos oportunamente y además implica una mayor cobardía y una mayor abyección moral, porque el sujeto toma desprevenida a la víctima y muchas veces le hace ingerir así el veneno.

Por otra parte se habla de una mayor indefensión de la víctima, del peligro genérico que puede ocasionar el veneno colocado en la comida o en una bebida, pues no se sabe quiénes ni cuántos van a ingerirla y ser víctimas de su empleo. Todo eso ha determinado, con justicia, que se considere un agravante el uso del veneno; si bien ahora, por los motivos antes indicados, se sostiene que ya el veneno ha dejado de tener las peligrosas características que presentaba hasta el momento en que surgió la toxicología, porque actualmente son mejores y más eficaces los contravenenos y se conocen mejor las sustancias venenosas: la ciencia, en una palabra, puede luchar hoy en día más eficazmente contra él.

Los romanos, que como dijimos hicieron uso de este medio, hablaban de *venenum bonum* y *venenum malum*, diciendo que veneno era toda sustancia extraña a la naturaleza humana, y si la absorción de esta sustancia la modificaba favorablemente, el veneno era *bonum*, y *malum* si los resultados eran desfavorables.

Aún hoy en día, después de esos conceptos, hay quienes, como Claudio Bernard, sostienen que, en realidad, toda sustancia que se incorpora al organismo siendo extraña a la constitución química de la sangre, prácticamente puede ser veneno o medicamento. El veneno causa una evolución o una trasformación desfavorable en el organismo, mientras que el medicamento produce, por el contrario, mejorías en éste.

Pero tanto una sustancia puede ser veneno como medicamento, porque hay algunas que participan de las dos propiedades; por ejemplo, el alcohol, suministrado en pequeñas dosis, es utilizado a menudo para mitigar algunos malestares, y en cambio, en grandes dosis, puede causar la muerte. El arsénico tiene propiedades terapéuticas, naturalmente dado en dosis mínimas y bajo el control médico, y es, sin embargo, uno de los venenos más poderosos y terribles. El ácido cianhídrico, asimismo, tiene propiedades terapéuticas, según se lo aplique,

y la misma morfina es administrada directa y públicamente bajo vigilancia médica aprovechando sus condiciones, por todos conocidas, para mitigar dolores. Todo depende, pues, de cómo se aplican ciertas sustancias.

Carmignani sostiene que el veneno, para ser tal, requiere el empleo de pequeñas dosis y que debe obrar rápidamente. No estamos de acuerdo con estas dos exigencias, precisamente por lo que se acaba de explicar y porque todo depende de cómo se suministre el veneno, ya que según la cantidad, la sustancia será o no venenosa y no podremos afirmar que hay veneno tan sólo cuando se da en pequeñas cantidades, porque, a veces, en pequeñas dosis la sustancia no obra como veneno. Además, no sólo se mata con veneno cuando la muerte se produce rápidamente, sino que hay numerosos ejemplos de individuos que han ido envenenando poco a poco a la víctima para disipar sospechas y para desorientar a los médicos.

Otro problema interesante es la exigencia de gran parte de la doctrina (Carrara, Irureta Goyena), por la cual el veneno debe obrar químicamente en el cuerpo de la víctima y no física o mecánicamente. La cuestión se plantea precisamente con respecto al vidrio molido, que actúa ulcerando los tejidos y produciendo desgarramientos en las paredes del intestino, provocando la muerte.

El vidrio molido ¿es o no veneno? Para aquellos como Groizard, que sostienen que toda sustancia ajena al organismo y capaz de dañarlo, constituye veneno, el vidrio molido, naturalmente, lo es, aunque actúe físicamente[10], pero para los que opinan que sólo es veneno la sustancia que produce alteraciones químicas en el organismo, mezclándose, fundiéndose con la sangre, con los jugos y con las secreciones, aquél entonces no es veneno. Determinaría en todo caso la comisión de un homicidio calificado por insidia, por alevosía o por sevicias, dado el sufrimiento enorme de la víctima por la forma como se le destroza el intestino, pero no sería veneno en el concepto técnico.

Desde el punto de vista médico legal, podemos afirmar

[10] Soler, ob. cit, t. III, p. 49.

que toda sustancia nociva para el organismo constituye veneno. En Francia, ha habido un caso de jurisprudencia, precisamente vinculado a este asunto. En el año 1855, el Tribunal de Riom tuvo a estudio el proceso de un mucamo, Dumas, que había suministrado vidrio molido a sus patrones, los Pellisier, matándolos por ese medio. Se discutió si éste era asesinato o envenenamiento y se llegó a la conclusión que siendo el medio físico, no era envenenamiento sino asesinato.

Otro que podemos mencionar es el de la señora de Moreau, que sabiendo que su marido era aficionado al alcohol, lo mató, haciéndole ingerir una gran cantidad. El Tribunal de Poitiers, al estudiar el caso, en 1870, decidió que en él no había envenenamiento, por no ser un veneno el alcohol. El vacío que había en la legislación francesa, ha tratado de llenarse por medio de una ley de 1832, según la cual se castiga todo suministro de sustancias que lesionen o dañen el organismo. En esta forma se intentó compensar la estricta concepción del término veneno, que ha surgido de la jurisprudencia francesa.

Debe agregarse que veneno puede ser toda clase de sustancia mineral, animal o vegetal, capaz de actuar dañosamente en el organismo, sea matando o alterando la salud, que se suministra en forma gaseosa, sólida o líquida, por inyección, por vía anal, oral, vaginal o por inhalación, como cuando se usaban en tiempos de los Borgia flores envenenadas.

Ha habido una evolución en el uso de los venenos; del arsénico se pasó al fósforo y luego a los alcaloides. Es interesante destacar que la mayor parte de las veces —se dice que en proporción de 7 a 3—, el veneno es usado por las mujeres más que por los hombres. Se intenta explicar esta circunstancia, no porque haya una mayor perversidad en las mujeres, sino porque se indica que ellas están más en contacto con el manipuleo de alimentos o de sustancias en las que se vierten los venenos, teniendo, por lo tanto, mayor facilidad para podérselos dar a la víctima, a lo que se agrega que desconocen más que el hombre el empleo de las armas, que no saben generalmente cómo se usa un arma de fuego y tienen menos fuerza para usar un cuchillo. Todo esto las lleva a

preferir el veneno, como medio para dar muerte. También éste es el medio más utilizado por la gente inculta y es más marcado su empleo en la campaña que en las ciudades.

¿Cuándo comienza la tentativa de homicidio por este medio? La doctrina está acorde en que la simple adquisición del veneno no constituye tentativa de homicidio calificado, y ello es evidente porque puede adquirirse, tanto para dar muerte a un semejante como para matar animales. Ocurre igual que con la simple adquisición de un arma de fuego.

El problema aparece en otra etapa, que se pone como ejemplo en la doctrina: ¿colocar el veneno en la comida es ya o no un principio de ejecución? ¿Estamos o no ante la tentativa? No se discute que dar esa comida con veneno a la víctima, implica ya un comienzo de ejecución. La cuestión surge en la etapa anterior. Casi todos opinan que no.

Disentimos con esa opinión[11]; creemos que poner veneno en la comida destinada a la víctima, aun antes de ofrecérsela, implica un acto inequívoco que es lo que la ley requiere. ¿Para quién está destinada esa comida?, ¿para quién se hace la comida? Lo lógico es que en principio se destine a seres humanos; nadie hace comida para tirarla, sino para dársela a quienes la necesitan o la piden, de modo que en tal caso estaremos ante un principio de ejecución.

Con respecto al desistimiento, quien prepara veneno y lo retira o quita de la comida antes de suministrarla a la víctima, cae bajo la norma del art. 43 del Código Penal: "El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito". Naturalmente que se requiere que ya se esté ante la tentativa del delito. Retirar la comida envenenada, no darla a la víctima, o si se puede, separar la sustancia venenosa, sacarla, implica de por sí un desistimiento de la tentativa, que evita la penalidad al sujeto.

Ahora bien: la otra cuestión es la de suministrar el veneno, dejar que lo ingiera la víctima, y darle después a ésta un antídoto. Ésa es una situación distinta. Se aplicará siempre el art. 43 citado, porque para que se consume el delito, según

[11] Conforme: Altavilla, ob. cit., p. 128, y Gómez, ob. cit., t. II, p. 79.

los términos de nuestra ley, se requiere la muerte de la víctima por medio del veneno; mientras no haya muerto estamos todavía ante la tentativa, vale decir que aun cuando haya ingerido el veneno, si se suministra un antídoto y éste obra eficazmente, habrá una tentativa desistida, que eximirá de pena al autor.

Distinta es la situación en algunas otras legislaciones, como la francesa, belga, portuguesa y alemana, para las cuales el delito consiste en suministrar veneno y no en matar con veneno. El simple suministro constituye un delito *per se*. El delito de envenenamiento se produce sin que interese el resultado, lo que importa es que el veneno se haya suministrado; es decir que, relacionando este principio de la legislación francesa con el ejemplo que acabamos de dar, en Francia, suministrar el veneno ya constituye el delito, y si el autor da después, arrepentido, un antídoto, no hay una tentativa desistida, porque el delito se consumó con el suministro de la sustancia. Esto tiene importancia porque separa en tal aspecto a la legislación francesa de casi todas las demás. Sería exactamente igual, en Francia, dar el antídoto, como si después de cometido un hurto el autor se arrepintiese y devolviese lo hurtado al propietario; el hecho se ha consumado; no hay tentativa sino delito consumado.

Otro grupo de legislaciones, como el Código alemán, al que siguen los códigos de Holanda y Hungría, no consideran agravante el uso del veneno y establecen que el hecho es un homicidio simple, como si fuese por garrote o cuchillo, y que únicamente determina la agravación de la pena la existencia de premeditación.

Por último está el grupo de legislaciones italiana y argentina, que consideran que el uso del veneno es una circunstancia calificativa de agravación.

Es interesante hacer resaltar en qué forma debe ser suministrado el veneno. Para Carrara y la mayor parte de la doctrina, debe darse en forma insidiosa. Debe haber una traición a la víctima, un abuso de confianza y, al mismo tiempo, una alevosía, es decir que el autor debe buscar una seguridad o actuación sin riesgo, pues no obra de frente sino que —para repetir el ejemplo clásico— coloca el veneno en

los alimentos que la víctima inocente y confiadamente ingerirá. El autor citado llega a decir que puede haber fuerza en el momento de envenenar, pero siempre que vaya acompañada por insidia, y nos cita el caso de aquel que mata con un estoque envenenado, sin que la víctima lo sepa. Una simple estocada puede no causar la muerte; pero la estocada recibida con veneno es letal. De lo contrario, matar con veneno a la fuerza, sería igual que el homicidio cometido por medio del garrote o arma de fuego.

Con Carrara, decíamos, coincide la mayor parte de la doctrina, como Vannini y Groizard; pero algunos, como Irureta Goyena, creen que puede cometerse el delito, aun con fuerza, y en ese sentido concuerda con Pessina, Puglia y Crivellari. Sirve para robustecer esta última postura el ejemplo del cura Castro Rodríguez, quien, después de haber dado muerte a su esposa, obligó a la fuerza a su hija a ingerir veneno y así la mató. Entre los autores nacionales, Soler[12] y Peco[13] se pronuncian asimismo por que este medio requiere una víctima engañada, o sea, excluyen el caso de que se le haga ingerir a la fuerza el veneno. El Código sólo puntualizaba ese medio, mas no indicaba el modo particular de usarlo. Ahora, después de la reforma de 1976, ha tomado partido por la primera posición, pues habla de "veneno u otro procedimiento insidioso", aunque entendemos que esta fórmula no puede excluír el homicidio proditorio y debe comprender toda conducta que implique ocultamiento (sea del arma, como en el ejemplo de Carrara, sea de la intención o de la propia persona), o ventaja.

Consideramos que no se debe confundir ni yuxtaponer la alevosía con el veneno; precisamente la alevosía constituye una agravante distinta y el Código Penal, aun ahora después de su reforma, contempla estas dos situaciones por separado. Nada tiene que ver una cosa con la otra; la existencia de una no configura o no requiere la existencia de la otra, pues aunque, como decimos, en la mayor parte de los casos el veneno se suministra en esta forma pérfida y alevosa, ello no

[12] Soler, ob. cit., t. III, p. 50.
[13] Peco, ob. cit., ps. 41 y ss.

implica que siempre se tenga que dar de tal manera. Además, es una circunstancia calificativa de agravación el envenenamiento, porque el uso de este medio encierra un peligro general para mucha gente y porque implica una mayor perfidia y cobardía del sujeto, que siempre, o casi siempre, encuentra en estado de indefensión a la víctima. Hasta aquí podríamos, aceptar que es requisito el suministro del veneno en forma insidiosa, pero no olvidemos que el veneno es también circunstancia calificativa de agravación porque demuestra una mayor peligrosidad en el sujeto que llega a utilizar ese medio y, además, casi siempre produce en la víctima crueles dolores y sufrimientos. Estas dos últimas razones no requieren la existencia de la perfidia o insidia. Por eso no tenemos por qué exigir que esta circunstancia calificativa exista tan sólo en los casos de muerte insidiosa o pérfida.

Claro está que este punto de vista ha quedado relegado al terreno doctrinario después de la reforma de 1976 de nuestro Código.

Este problema tenía importancia en nuestra legislación, ya que de su solución dependía que hubiera o no agravante. En cambio no tendría ninguna importancia la forma como se suministra el veneno en la legislación francesa, donde el simple suministro es un delito *per se*.

Como decíamos, la toxicología, que aparece en el siglo XIX, ha ido disminuyendo las consecuencias fatales de la muerte por veneno. La ciencia ha luchado, cada vez con más éxito, contra este delito. Hay menos muertes, los antídotos son cada vez más eficaces y mejores. Por eso, ha ido perdiendo un poco la importancia y la trascendencia que tenía su empleo. Pero una cosa es que se haya perdido su importancia desde el punto de vista objetivo o científico y otra es que la haya perdido en cuanto pone de manifiesto una mayor peligrosidad del sujeto. En este sentido, el homicidio por veneno merece continuar figurando en el Código Penal como circunstancia calificativa de agravación[14], pero no obstante nuestra opinión, por las razones contrarias que se han expuesto, fue suprimido

[14] Conforme, Gómez, ob cit, t. II, p. 73.

como tal en el Proyecto de 1953, si bien reapareció en el de 1960, pero dentro de los procedimientos insidiosos, como en el Código actual.

Desde el punto de vista patológico podría haber un homicidio por veneno que fuera culposo; pero no existe la figura desde el punto de vista penal puesto que, como ya se dijo, todas las circunstancias calificativas de agravación requieren el *animus necandi*, o sea, que suministrar el veneno por imprudencia, no sería nunca el homicidio calificado por veneno, sino lisa y llanamente un homicidio cometido por imprudencia.

Un problema más, reside en la existencia, dentro del organismo, de sustancias tóxicas llamadas leucomainas, que pueden producir repentinas intoxicaciones y confunden a los médicos que hacen el análisis del cadáver, buscando la sustancia venenosa que pueda haber originado la muerte. A ello se agrega que después de la muerte, durante el proceso de descomposición cadavérica, aparecen otras sustancias llamadas ptomainas, que también coadyuvan a este proceso de descomposición y actúan en el organismo como si fuesen alcaloides, desorientando al químico y al médico, y que hay algunas sustancias, como los hongos venenosos, que desaparecen del organismo rápidamente, casi sin dejar rastros, y se verá cuán difícil es la labor del perito, sobre todo, según la forma en que se haya suministrado el veneno y especialmente cuando se lo ha ido dando espaciadamente en pequeñas dosis, lo que contribuye a desorientar a aquél. El perito entonces no debe limitarse al análisis químico, sino que debe estudiar los efectos fisiológicos del uso del veneno y asimismo los signos anatómicos, y reuniendo de tal manera los antecedentes químicos, anatómicos y fisiológicos podrá hacer un diagnóstico más preciso.

La premeditación en esta agravante es excepcional. Sin embargo, Carrara narra un caso ventilado en 1864 ante el Tribunal de Lucca; se trataba de un subalterno, a quien da traslado su superior como castigo, y que, con súbito enojo, siendo la hora de la comida, le echó al vino ácido sulfúrico, que no alcanzó a tomar la presunta víctima.

Con respecto al móvil, casi siempre el sujeto actúa guiado

por móviles antisociales; pero se cita el caso de una niña, María de los Ángeles Ruiz de Zaragoza, que, movida por un misticismo extraordinario, intentó disuadir a su mejor amiga de que contrajese matrimonio, para que se dedicase a la religión. Como no pudiera convencerla, la envenenó junto con su novio.

Otro caso interesante, pero totalmente opuesto por el móvil, es el del famoso Luis Castruccio. En 1878 llegó Castruccio a la Argentina; trabajando como mucamo en La Plata, se dedicó a leer obras de filosofía y comenzó a pensar en obtener el beneficio de una póliza de seguros puesta a su nombre, haciendo desaparecer al titular. Trató de convencer a dos o tres mucamos de su servicio y no lo consiguió, pero, por fin, obtuvo que otro, llamado Bouchot, a quien le dio a leer libros sobre seguros y convenció de las ventajas del sistema, se asegurara en 10.000 pesos en la compañía "La Previsora", poniendo el seguro a su nombre, y diciendo que aquél era su cuñado. Una vez que lo hubo hecho, se dispuso a ejecutar el plan; primero trató de aplicarle cloroformo, después arsénico en varias oportunidades y finalmente, como resistía su organismo, lo ahogó con las ropas de la cama mientras agonizaba por los efectos del veneno que le había hecho ingerir. Pero Castruccio, inmediatamente, habló a la compañía de seguros solicitando que le pagaran la cantidad prometida. Esto despertó la sospecha de los aseguradores y fue procesado; confesó el hecho, pero más tarde se retractó; se lo condenó en 1889 a la pena de muerte que finalmente se le conmutó por la de prisión perpetua. Es éste uno de los casos de homicidio por medio del veneno más famosos, como lo es también el del cura Rodríguez, que hemos mencionado.

JURISPRUDENCIA.

No corresponde la calificación de homicidio con instinto de perversidad brutal al perpetrado por el amante que, instigado por la esposa, mata al marido por medio del veneno. Tal hecho encuadra dentro del art. 80, inc. 2, del Cód. Penal

y debe reprimirse con prisión perpetua (C.C.C., "J.A.", t. 35, p. 161).

c) MEDIO IDÓNEO PARA CREAR PELIGRO COMÚN.

Pasemos a considerar dentro del inc. 5 del art. 80 otro supuesto, el que se refiere al que matare por un medio idóneo para crear un peligro común —fórmula simple y resumida que ya utilizamos en nuestro Proyecto de 1953 (art. 133, inc. 5)—; o, como antes decía el Código, por inundación, incendio, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos. Señalamos aquí que antes de la reforma, primero la ley ejemplificaba pero después finalizaba el inciso en forma genérica, refiriéndose a cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos. En esto se diferenciaba del Código anteriormente vigente, que tan sólo trataba el incendio y el descarrilamiento (art. 95, inc. 1). Observemos también que aquí el delito fin es el homicidio, que se comete por cualquiera de estos medios, o sea, hay entonces una relación de medio a fin. Cualquier medio capaz de crear un peligro común, es decir, cualquiera que pueda poner en peligro en forma indeterminada gran cantidad de vidas o de bienes, sirve para cometer el homicidio. Por eso este homicidio es calificado, pues no solamente se mata a la víctima, sino que se ponen en peligro otras vidas y otros bienes al matar por medio de un estrago.

Éste, para ser tal, requiere un daño de grandes proporciones. Precisamente esta parte del inc. 5 tiene relación con el título VII del Código Penal, "Delitos contra la seguridad común". Ya nos hemos referido al punto al hablar del veneno. El capítulo I se refiere a incendios y otros estragos, y en él, los arts. 186, 186 bis y 187 comprenden a los que causaren incendios, explosiones, liberación de energía nuclear, inundaciones, desmoronamientos, derrumbes de edificios o cualquier otro medio poderoso de destrucción, que serán reprimidos con distintas penas y según los casos. Así, en el inc. *c* de los arts. 186 y 186 bis se dice: "De diez a veinticinco años de

reclusión o prisión, si el hecho fuere la causa inmediata de lesiones graves o gravísimas o de la muerte de alguna persona".

Los arts. 190 y 190 bis, correspondientes al capítulo II, del mismo título VII, que se refiere a los delitos contra la seguridad de los medios de trasporte y de comunicación, incriminan al que pone en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante, aeronave, tren, alambrecarril u otro medio de trasporte destinado al uso público, y si resulta la muerte de alguna persona le imponen de diez a veinticinco años de reclusión o prisión.

Es decir, que los hechos son los mismos, pero la finalidad es distinta. En el art. 80, que es al que nos toca referirnos, el fin es la muerte de un sujeto determinado y el medio es cualquiera de estos estragos, y en cambio, en el título VII del Código, el delito lo constituye el estrago en sí, cometido casi siempre como atentado terrorista. Pero si al llevarse a cabo este delito se ocasiona la muerte de alguna persona, la pena se agrava.

El estrago, decíamos, requiere grandes proporciones. Así, el incendio no es el simple fuego. No habría entonces esta agravante si se quisiese matar a una persona quemándola viva; ése podría ser un homicidio por sevicias pero no sería matar por incendio, dado que éste debe tener proporciones tales que ponga en peligro muchas vidas. Se da el ejemplo clásico de matar a la víctima que se sabe encerrada, sola, en una casa o choza, prendiéndole fuego a ésta y se dice que allí no hay incendio. Creemos que puede haberlo o no, pues todo depende de la situación de la casa; si está en un descampado, en un claro, y no hay peligro de que el incendio alcance a otras vidas o propiedades, en ese caso evidentemente no existe tal agravante, pero si se trata de una casa situada en la ciudad, donde el incendio puede poner en peligro la vida o los bienes de los moradores de las casas vecinas, entonces habría un homicidio calificado por este medio.

La inundación no significa matar a una persona ahogándola en una pileta o bañadera, donde aquélla no es posible porque el agua de la pileta es poca, está contenida y no hay

peligro para nadie, mientras que es otra cosa muy distinta, romper o hacer volar diques para matar una persona.

Por lo tanto, el problema es de fácil solución, pues si para matar se ha sometido a riesgo bienes o vidas de personas ajenas al hecho, si ha habido un riesgo común, podemos decir que el homicidio es calificado, y si no, no; habrá posiblemente otra agravante.

Igual que el veneno o las sevicias, todos estos estragos, el incendio, el descarrilamiento, etc., configuran circunstancias calificativas de agravación por el medio empleado por el autor del homicidio.

JURISPRUDENCIA.

Por no tratarse simplemente de homicidio por imprudencia, sino de estragos, corresponde estar a la calificación dada en la última parte del art. 189, Cód. Penal, para declarar la prescripción (C.C.C., causa nº 6783, 12 oct. 1954). (Un edificio de 18 departamentos se derrumbó una noche de tormenta y cayó sobre el techo de la casa vecina, donde mató a una persona y lesionó a dos o tres. Se lo encuadró en el art. 189 respecto del ingeniero que dirigía la obra).

Imputándose a los procesados haber causado por imprudencia y negligencia el derrumbe de un edificio en construcción, y como consecuencia, la muerte de ocho personas y heridas de otras nueve, aparte de los perjuicios materiales consiguientes, debe considerarse el hecho de los previstos y reprimidos en el art. 189, comprendido en el título VII, libro II del Código Penal (delitos contra la seguridad pública) concordante con el art. 311, Código Penal italiano (título VII, libro II, *Dei delitti contro l'incolumità pubblica*), del que fue tomado. El objeto específico de la tutela ejercida por el art. 189, citado, es "el bien jurídico de la incolumidad pública contra el peligro común emergente del incendio, explosión, inundación, inmersión, naufragio, ruina u otro desastre ocasionado por la conducta culposa, no por la voluntad dolosa" (ver Manzini, *Diritto penale*, t. VI, p. 398). Con un hecho

de tal naturaleza no se atenta, así, contra persona determinada, no se ataca su seguridad individual, por lo que no cabe calificarlo como delito contra las personas. Si la palabra "estrago" significa ruina, daño, destrucción, en derecho y doctrina, debe entenderse indispensable que el hecho revista, por razón de su naturaleza, una particular gravedad como peligro común o como perjuicio actual, y la apreciación de esa gravedad queda librada al criterio del juzgador en cada caso. No basta para configurar el delito el simple desprendimiento de una cornisa (C.C.C., causa nº 7848, 23 agosto 1938).

Capítulo XXI

POR CONEXIÓN CON OTRO DELITO

Veamos ahora la última de las circunstancias calificativas de agravación del art. 80. Es la contemplada ahora en el inc. 7 (antes 3) del art. 80 del Código Penal, que se refiere al que matare a otro "para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad, para sí o para otro, o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito". Esto es lo que se denomina homicidio *criminis causa*, que anteriormente se llamaba latrocinio. En el derecho antiguo se denominaba así el homicidio que se cometía para robar; el ladrón mataba para consumar el hecho, para facilitarlo.

Es necesario distinguir la primera parte del inciso, en cuanto se refiere al hecho de matar para preparar, facilitar, consumar, etc., el otro delito, de la segunda, o sea, cuando se mata por no haberse obtenido el resultado que se proponía el sujeto.

Soler hace un claro distingo entre la relación de medio a fin que existe en el primer supuesto, es decir, una conexidad final, de la conexidad causal que existe en el segundo[1].

En la primera parte del inciso hay, en efecto, una relación de medio a fin, y en la segunda lo que existe es una causa que lleva al homicidio y, precisamente, cuando la ley dice "para preparar, facilitar, etc.", otro delito, nos está indicando que no es preciso que este otro delito se haya consumado, ni siquiera intentado, ni tampoco se requiere la realización de

[1] Soler, ob. cit., t. III, ps. 53 y ss.

algunos actos preparatorios; no es necesario entonces que este otro delito tenga principio de ejecución, bastando que en la mente del sujeto exista la idea de que es preciso matar para preparar o facilitar el otro delito, para que nos encontremos ante esta figura calificada de homicidio.

Es decir, que tiene una importancia muy grande el elemento psicológico, y aquí, como al tratar otras circunstancias calificativas de agravación, debemos hacer presente que estamos ante un doble elemento psicológico, el común a todos los homicidios dolosos, consistente en la voluntad de matar, en el *animus necandi*, y el especial, que en este caso es el de querer matar para cometer otro delito. Si falta el nexo psicológico habrá dos delitos distintos a los que se aplicarán las reglas del concurso, como dice Puglia, pero no un homicidio calificado por la conexión.

Podríamos decir que hay una doble intención, un doble propósito del autor, como es el de matar y el de cometer otro delito y, en este caso, el homicidio es el delito medio, mientras que el otro delito, el que se propone el sujeto, es el delito fin. Este último no puede ser, por lo tanto, un delito culposo, porque se requiere la voluntad de cometerlo.

Además, este segundo hecho no puede ser una contravención, como ocurriría si se matase para burlar la ley de juegos, para efectuar jugadas prohibidas de quinielas, o para evitar ser sorprendido en la ejecución de estos actos, pues éstas son contravenciones policiales. La ley, al usar el término preciso de "delito", indica que en esos casos no corresponde la agravante, que requiere que se mate para cometer otro delito, no una contravención.

Un ejemplo del que mata para "preparar" un delito sería el caso de quien da muerte a una persona que posee los planos o las llaves del lugar a donde se pretende penetrar para cometer el robo. Para "facilitar", sería dar muerte al individuo que vigila la caja de caudales y para "consumar" el delito sería matar al sujeto que aparece repentinamente, en el momento que se está violentando dicha caja.

Para "ocultar" otro delito, sería el caso de dar muerte a un testigo presencial, y para "asegurar sus resultados o pro-

curar la impunidad", sería, por ejemplo, en el momento de la fuga, dar muerte al que quiere impedirla. En estos últimos supuestos el otro delito que ya se ha cometido, sí puede ser culposo.

"Por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito", dice la última parte del inciso; es lo que se llama homicidio por despecho, en el que el sujeto actúa movido por un sentimiento de este tipo; es el supuesto del que luego de haber violentado la caja de caudales, da muerte al dueño de la misma por no encontrar dinero en ella, o el caso del que, habiendo intentado violar a una mujer, le da muerte ante la imposibilidad de conseguir su propósito. Aquí no hay relación de medio a fin, sino de causa a efecto; la causa es no haber logrado su propósito, y el efecto, la muerte de la persona sobre quien se hace sentir el despecho. En este segundo caso, a diferencia del primero, el hecho debe haber sido intentado, cuando menos, porque aquí la ley nos dice claramente: "al intentar otro delito", mientras que, como decíamos, en la primera parte del inciso no es preciso que el delito se haya consumado, ni siquiera intentado; basta que esté en la mente del sujeto.

Es ésta una diferencia fundamental, además de la psicológica que acabo de señalar.

Se indica que basta que el individuo crea que va a cometer un delito y que mate para ello, para que ya se dé por configurada la agravante. Esto no es ya sostenido por toda la doctrina y se cita el caso del extranjero que no conoce la ley y que mata, para ocultar o consumar un supuesto delito, que no lo es en el lugar del hecho y que por lo tanto no incurre en la calificante.

Asimismo, esta agravante se configura como tal, sin entrar al análisis de las excusas absolutorias que rodean al segundo hecho; por ejemplo, hay homicidio calificado, cuando el sujeto mata para ocultar el hurto cometido en perjuicio del padre. Aquéllas están previstas en el art. 185 del Código, por medio del cual la ley sale en defensa de la unión familiar, dejando de lado la protección de los bienes y el perjuicio que ha sufrido el damnificado. Pero para el caso que estamos analizando,

si el hijo quiere ocultar este hecho matando a un testigo, lo mismo se comete el homicidio calificado, porque nada tiene que ver esa circunstancia especial, pues igualmente se ha configurado el otro delito.

No interesa en esta agravante que el segundo delito se intente o se consume, sino que ella depende de que se haya perpetrado el homicidio. Vale decir, que si el homicidio se ha consumado, aunque el otro delito no se haya cometido, lo mismo estaremos ante el hecho previsto por este inc. 7, y viceversa, si no se ha consumado el homicidio, aunque sí el otro delito, sólo estaremos ante una tentativa de homicidio calificado. Lo que importa aquí, lo que juega, es el homicidio, porque es ésta una figura que se refiere al homicidio conexo con otro delito.

Este segundo delito puede ser de cualquier naturaleza, lo mismo contra las personas que contra la propiedad, basta que lo sea, pues ya señalamos que no puede ser una contravención; no sólo puede tratarse de un robo, como ocurre comúnmente, sino que se puede dar muerte para violar o para matar, es decir, para consumar otro delito de homicidio. Rigen entonces las reglas del concurso.

En el art. 80, inc. 7, se presenta un importante problema, ante la existencia del art. 165 del Código Penal.

Este último se refiere al robo agravado e impone reclusión o prisión perpetua o reclusión o prisión de 10 a 25 años si, con motivo u ocasión de robo, resultare un homicidio.

Estamos aquí ante elementos comunes, por lo que nos vemos obligados a analizar el caso convenientemente.

¿Qué objeto tiene que la ley establezca dos penalidades para hechos que al parecer son de la misma índole? Hay una diferencia que salta a la vista, por lo que importa más que nunca la distinción de ambos supuestos, y ella es la de la pena, que en un caso puede ser de 10 a 25 años y en otro es de reclusión o prisión perpetua.

Se ha considerado que la disposición del art. 165 es específica porque, como acabamos de decir, se refiere tan sólo y únicamente al robo, mientras que la del art. 80, inc. 7, es genérica, porque comprende no sólo al robo, sino a cualquier

otro delito conexo con el homicidio, vale decir, que en un caso concreto que sea robo, habría que aplicar la norma específica y no la genérica, lo que redundaría en beneficio del robo con respecto a cualquier otro delito, por la menor penalidad[2]. Además puede haber un hurto —y no robo— posterior al homicidio, que no tenga ninguna conexión con éste. Un sujeto mata a otro por cualquier sentimiento o motivo que no sea el robo, y después de darle muerte se le ocurre sustraerle la cartera y lo hace. No hay conexión entre el homicidio y el hecho posterior, que es el hurto, de modo que no podemos hablar de robo ni de homicidio calificado por conexión con otro delito.

Como decíamos, la mayor parte de los casos que se presentan en los tribunales son de homicidio conexo con robo; muy pocas son en la práctica las personas que matan a otra para cometer un homicidio o para violar, pues casi siempre se mata para robar.

Se ha interpretado que el robo agravado comprende una forma accidental de homicidio. Pero el término "accidental" es inconveniente desde el punto de vista jurídico, porque el homicidio accidental nos está haciendo pensar en el homicidio fortuito, o en el culposo, o en el preterintencional, no en el homicidio doloso.

[2] Mi dilecto amigo y eminente penalista Francisco Blasco Fernández de Moreda, en el comentario a un fallo que cito en la nota 3 de este capítulo pareciera atribuírme que en posición objetiva estricta me haya propuesto resolver la cuestión acudiendo al principio de la "especialidad", que rige supuestos del denominado concurso aparente de leyes, entendiendo que dicha tesis es inadmisible (nota 16).

Basta leer detenidamente el párrafo mío que origina esta nota para poderse apreciar que la tesis aludida no es la que sustento, sino que la expongo en homenaje a la verdad y debido respeto a todas las opiniones, aun las contrarias a las propias.

Asimismo, en el trabajo citado, ese autor critica a quienes requieren un dolo preordenado o premeditado de homicidio, como delito medio para cometer, ocultar, etc., otro, considerando a esa tesis minoritaria en la ciencia y *praxis* nacionales. Entendemos lo contrario, no sólo por la simple lectura de los autores y fallos que cita el articulista, sino por su propia definición en cuanto sostiene que la médula de la figura del artículo 80, inc. 3, del Código Penal "radica en el elemento subjetivo del tipo del injusto que le es propio, a saber, el dolo directo, *preordenado o no* (la bastardilla es nuestra), o el dolo eventual de matar para preparar, facilitar, consumar, etc., un robo u otro delito".

Por eso, para una mejor delimitación del tema, es preciso recordar los antecedentes nacionales y los campos de acción de ambas disposiciones legales, como se hizo en un fallo[3].

Por lo pronto el homicidio *criminis causa* no figura en el Código Penal de Tejedor; aparece por primera vez en el Proyecto de 1891, que tiene su fundamento y su raíz en el art. 366, incs. 5 y 6, del Código Penal italiano de 1889. Del Proyecto de 1891 pasó a la legislación vigente, por medio de la ley de reformas nº 4189.

En cuanto al robo agravado por homicidio, es una figura que tomamos del Código español de 1850, art. 425, inc. 1; de allí pasó a nuestro Código Penal de 1886, art. 187, y se mantuvo en el Proyecto de 1891, art. 200, inc. 1, pero modificándose en forma notable. /La Exposición de Motivos expresa que esa disposición del Proyecto tenía en cuenta el caso que el homicidio fuese un resultado accidental del robo.

Aquí aparece la palabra "accidental" y, consecuente con esa expresión, la Comisión redactora del Proyecto rebajaba notablemente la pena que correspondía al robo agravado por homicidio; tanto es así que la fijaba en 3 a 15 años de penitenciaría, mientras que para el homicidio simple la pena era de 10 a 25 años de penitenciaría (art. 110). Vale decir, que esta pena tan baja, corrobora que la idea de la Comisión que redactó el Proyecto de 1891 consistía en que el homicidio en estos casos era pura y simplemente accidental, con respecto al robo, lo que daba pie para pensar que se trataba de un homicidio fortuito o culposo o un homicidio preterintencional. Por eso el homicidio simple se sancionaba con más rigor.

La ley de reformas nº 4189, que contempla por primera vez el homicidio *criminis causa*, elimina en cambio esta figura del robo agravado por homicidio del art. 187 del antiguo Código, que reaparece en el Proyecto de 1906, dos de cuyos redactores eran, a su vez, dos de los tres miembros autores del Proyecto de 1891, que no mantuvieron la posición anterior, considerando el hecho accidental y fijándole una pena relativamente pequeña, sino que equipararon el robo agravado

[3] Supr. Corte Buenos Aires (voto del Dr. Pedro J. Alegre), "J.A.", t. 73, p. 65.

por homicidio al homicidio simple, imponiéndole a ambas figuras la pena de penitenciaría de 10 a 25 años (arts. 83 y 180).

Este criterio se mantuvo en el Proyecto de 1917, pero con una modificación que implicaba una agravación de la pena del robo calificado con respecto al homicidio simple, porque disminuyó el mínimo fijado para éste de 10 a 8 años, mínimo mantenido por la ley penal vigente, que sanciona el homicidio con prisión de 8 a 25 años, mientras que al robo agravado por homicidio le impone entre 10 y 25 años.

Eliminada así, a través del estudio de los antecedentes legislativos, la característica de accidentalidad que tenía este robo agravado por homicidio, que se originó en el despacho de la Comisión del Proyecto de 1891, y que mantuvo gran parte de la doctrina y de nuestra jurisprudencia, tenemos entonces que concretar las diferencias existentes entre el inc. 7 del art. 80 y el art. 165, diciendo, en primer lugar, que el primero se refiere a un delito de homicidio y el segundo a un delito de robo. Hay además un factor psicológico fundamental en el homicidio agravado por delito conexo; el sujeto se propone matar y luego robar; mata para robar; cree que es necesario para consumar el robo, matar, "para consumar, o para facilitar, o para procurar la impunidad del robo", no faltando quienes consideran que el propósito preordenado de matar no es necesario, pues basta el dolo eventual, si la acción que provocó la muerte, querida o no, fue voluntaria y directa, y medió representación de ese resultado. En tanto que el art. 165 no requiere que esté en la mente del sujeto, cuando va a efectuar el robo, la idea de matar, aunque vaya preparado, aun con armas, porque, precisamente, esas armas se utilizan para configurar la violencia, o la intimidación, que están dentro de la naturaleza del robo; esas armas se llevan para asegurar el éxito, para asustar, para paralizar a la víctima, pero no hay el propósito y la premeditación del individuo de matar para poder robar. En una palabra, el autor robaba y mató. Cuando el sujeto ha pensado matar antes de cometer el hecho, estamos, sí, ante el homicidio agravado, pero si la muerte ocurre durante el robo,

no ha sido planeada antes y resulta en forma imprevista, o incidental, como dijo Rodolfo Rivarola, o como expresa Soler, ocasional, si es consecuencia culposa ocasionada por el torpe manejo de medios, de los que, por lo general, no se pueda inferir que pueden ocasionar la muerte o sean aptos para causarla, nos encontraremos entonces ante el robo agravado y no ante el homicidio calificado de que habla el art. 80. Aquél, insistimos, exige que la muerte no sea querida, ni por dolo eventual, sino que sea el resultado imprevisible de un modo de obrar que normalmente no debe producir ese resultado. En él, tanto la acción objetiva como la postura subjetiva tienden al robo, y no al homicidio.

Por ejemplo: un sujeto planea un robo, sabe que hay un sereno que está al cuidado de la caja fuerte de la fábrica y está dispuesto a matarlo para robar. Si lo hace, será de aplicación el art. 80, inc. 7. Pero si el individuo sabe que el sereno recorre el lugar y calcula el tiempo que puede demorar mientras efectúa el robo, pensando que mientras viola la caja, aquél ha de encontrarse en otra parte, y si mientras está dedicado al robo, el sereno lo sorprende, lo ataca y lo quiere desarmar y el hombre se defiende y le da muerte, evidentemente estaremos en el caso previsto por el art. 165 del Código Penal, porque no existe aquí el propósito de matar para consumar el hecho —relación de medio a fin— sino que este homicidio ha sido el resultado ocasional del robo. Aquí, la precisión de los términos tiene gran importancia, ya que las penalidades que determinan uno y otro artículo, son de muy distinta gravedad.

Podríamos también referirnos a un factor psicológico —la premeditación— y a un factor cronológico que nos marcarían la diferencia entre una y otra figura. Si premeditamos la muerte, estaremos en el caso del art. 80, inc. 7. Si hay una diferencia de tiempo entre esa premeditación y el hecho, se aplicará la agravante calificada, pero si no se la ha premeditado y el homicidio se comete sin diferencia de tiempo, estaremos ante el robo calificado y no ante el homicidio calificado.

Por eso los tribunales han utilizado términos que muchas veces no son aceptables: "el procesado se vio obligado a ma-

tar" o "mató para defenderse". Esto no sería el caso de la legítima defensa, pues aun cuando el sujeto, en el momento que fuerza la caja, se viera atacado por el sereno de la fábrica, faltarían algunos requisitos del art. 34, inc. 6, del Código, aunque en verdad su vida estuviese amenazada.

Lo importante es eliminar el concepto de accidentalidad que en este caso perturba, y aplicar el de incidentalidad, de Rivarola o, con más precisión, el de conexión ocasional de Soler, sostenido por Groizard y Viada.

Si el homicidio se comete para consumar una violación, la diferencia de este hecho con el de la violación seguida de muerte (art. 124, Cód. Penal), radicará, objetivamente, en que en aquél se viola matando, mientras que en ésta se viola y la víctima muere al lograrse ese propósito, y subjetivamente, en que en aquel delito se tiene conciencia y voluntad de violar y de matar, y en el otro sólo se quiere la violación, y la muerte sólo acaece como un resultado, no querido por el agente, que califica el delito[4].

Soler toma de Pacheco un ejemplo para la aplicación del art. 165, o sea, cuando varios sujetos cometen un robo del que resulta una víctima, sin que pueda atribuírse la muerte a una persona determinada.

Consideramos que el ejemplo es poco ilustrativo, porque si en los planes de los sujetos entra la posibilidad de matar, existiría la agravante y se aplicaría la comunicabilidad de ella, según lo dispuesto en el art. 48 del Código Penal. O sea, si el delito es cometido por varios individuos que se deciden a matar, no sólo le alcanza la agravante al autor, sino a todos los demás.

El art. 8 del decreto-ley 4778/63, de reformas al Código Penal, en vigencia desde el 28 de junio de 1963, intentó resolver el problema suprimiendo el art. 165 del Código.

Mientras duró esa reforma, el homicidio cometido en ocasión del robo fue considerado como robo en concurso con homicidio preterintencional o culposo, en que podría haberse incluído, según los casos (por ejemplo, ver el fallo de la Cám.

[4] Ernesto F. Ure, *Los delitos de violación y estupro*, Buenos Aires, 1952.

Nac. Crim. y Corr., 3 nov. 1964, "D.L.L.", 27 abril 1965), si bien en un fallo en minoría del tribunal de la Capital Federal se sostuvo que, asimismo, el supuesto de robo con homicidio comprende no sólo la muerte culposa y la preterintencional, sino también la dolosa, "como cuando el agente ejerce violencia" (C.C.C., 18 abril 1961, "D.J.A.", 18 dic. 1961).

El decreto-ley 4778/63 fue derogado por la ley 16.648, de 30 de octubre de 1964, por lo que el art. 165 del Cód. Penal recobró su vigencia, pero como sus previsiones no figuraban tampoco en el Proyecto de 1960, que en cambio mantuvo en el art. 111, inc. 8, el art. 80, inc. 3, sin dar razones de esa supresión, se pensó que siendo su autor uno de los que prepararon las reformas de la ley 17.567, volvería a ser suprimido *en ésta; sin embargo, ello no ocurrió así y, por tanto, deberán* seguirse superando las usuales dificultades de interpretación y aplicación derivadas de la existencia de las dos normas legales, muchas veces en aparente conflicto, como podrá apreciarse por la simple lectura de la jurisprudencia sobre el tema, que sigue más adelante[5].

Tampoco fue suprimido en la reforma de 1976, que tan sólo modificó su penalidad.

Téngase presente que, como se recuerda en una nota a un fallo, la ley argentina, lo mismo que la brasileña (art. 121, nº 2, inc. v, y art. 157, nº 3), costarricense (art. 184, inc. 3, y art. 270, inc. 1), cubana (arts. 431, inc. 7, y 517, inc. 1) y ecuatoriana (art. 426, incs. 8 y 9, y art. 528, *in fine*), da cabida a los dos sistemas: el del homicidio calificado por concurrir con otro delito y el del robo agravado cuando resultare un homicidio con motivo u ocasión de éste.

Mientras que las legislaciones italiana (art. 576, nº 1), alemana (par. 211), francesa (art. 304), colombiana (art. 363, incs. 3 y 4), dominicana (art. 304), haitiana (art. 249), panameña (art. 313), paraguaya (art. 338, inc. 2), peruana (art. 152) y uruguaya (art. 312, inc. 4), se enrolan en el primer sistema, la española (art. 501, inc. 1), chilena (art. 433, inc. 1), guatemalteca (art. 388, inc. 1), hondureña

[5] Ver Ricardo Levene (h.), *Robo*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. XXV, ps. 47 y ss.

(art. 499) y salvadoreña (art. 457, inc. 1) lo hacen en el segundo.

De ahí que entre los primeros comentarios sobre la reforma penal de 1967, que han aparecido, existe alguno que critica el hecho de que no se haya suprimido el art. 165, como se ha hecho con el 166, inc. 1 (lesiones graves o gravísimas causadas con las violencias ejercidas para realizar el robo), puesto que con esa supresión entrarían a jugar los principios generales del concurso de delitos cuando la muerte fuere, en el caso del robo, preterintencional o culposa, y se evitaría un sistema complicado y contradictorio, como es el adoptado por nuestro Código[6].

JURISPRUDENCIA.

Si para preparar y facilitar el robo, los reos atacan a la víctima, enceguecióndola primero con una linterna, y como no lograsen reducirla con un garrotazo, le disparan dos tiros, dándole muerte, éste es un hecho concomitante con aquél, y hay dos delitos distintos, siendo indiferente que el delito fin se consume o no a los fines del art. 80, inc. 3, del Código Penal (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 8, p. 91).

En el homicidio para robar u ocultar el robo, la disposición penal tiene en mira el índice de peligrosidad específica del criminal, perfectamente definida en su intención y resultado, ya que el ladrón es un asesino en potencia, que defiende lo robado o su impunidad, con ideas personalísimas sobre el concepto de defensa propia (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 15, p. 619).

Para agravar o calificar el homicidio, nuestro Código Penal no sigue el sistema de concomitancia, simultaneidad o relación cronológica de los hechos, sino el de su correlación causal: homicidio como medio para asegurar el provecho o para obtener la impunidad (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 16, p. 612).

[6] Raúl E. Cossio, *El delito de robo. Reformas introducidas al capítulo II del título VI del libro II del Código Penal por la ley 17.567*, en "D.L.L." del 9 dic. 1968.

La calificación del delito previsto en el art. 80, inc. 3, del Cód. Penal, se funda en consideraciones de índole subjetiva —propósito del agente—; en consecuencia, la unidad objetiva de la infracción no obsta a su diversa calificación legal con respecto a los distintos copartícipes (Supr. Corte Buenos Aires, "Fallos", s. 17, t. IV, p. 481; "J.A.", t. 73, p. 65).

La aplicación del art. 80, inc. 3, Cód. Penal, está reservada a los casos en que, juzgando los hechos a través de su objetividad, puede reputarse probado que el propósito homicida fue elaborado y adoptado antes de iniciar el delito fin, es decir, para aquellos casos en que la idea homicida aparezca predeliberada y anterior a los actos de robo.

La aplicación del art. 80, inc. 3, Cód. Penal, no se altera porque el agente desista del delito fin, después de cometido el homicidio (Supr. Corte Buenos Aires, "L.L.", t. 21, p. 831; "Fallos", s. 17, t. VI, p. 5).

Existe homicidio calificado (art. 80, incs. 2 y 3, Cód. Penal) si la víctima, socia de ambos acusados, fue muerta mientras dormía y el móvil del delito fue la apropiación de los bienes que tenía en el lugar explotado por la sociedad (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 18, p. 382; Corte Supr. Nac., "Fallos", t. 186, p. 927; "R.P.", t. 28, p. 122; "J.A.", t. 70, p. 177).

En el homicidio *criminis causa* hay un delito perfecto en su materialidad y en la intención; objetividad jurídica y voluntad de los agentes (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 45, p. 65; "J.A.", t. 1946-IV, p. 734).

No debe confundirse el supuesto del art. 165, Cód. Penal —homicidio resultante con motivo u ocasión de robo—, con el homicidio calificado del art. 80, inc. 3, pues en aquél la muerte proviene de la violencia con que el robo se cometió; violencia que racionalmente pudiera provocar la muerte, como sería el abandono de la víctima maniatada en lugar y circunstancias propicias (Supr. Corte Tucumán, "J.T.", t. XVII, p. 37; "L.L.", t. 15, p. 619).

Hay tentativa de homicidio *criminis causa* si el asalto fue para robar, con lo que se fija la intención de matar al asaltado, atento a la forma de herir, con arma adecuada para

matar en parte del cuerpo sumamente vulnerable (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 39, p. 474).

Existiendo el propósito de robo —que hasta puede surgir en el momento mismo del hecho—, debe computarse el homicidio *criminis causa* de quien da muerte al chofer de taxi para el cumplimiento de aquel fin de despojo y todavía con medio aleve (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 40, p. 100).

Comete homicidio *criminis causa* quien, para violar un niño de seis años e impedir que se oyeran sus gritos, le da golpes tan fuertes que producen la muerte del ofendido por contusión traumática (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 39, p. 469).

Si el homicidio fue para consumar y ocultar una violación, entra en funciones el art. 80, inc. 3, del Cód. Penal, no porque haya concurso ideal de delitos, sino por la conexión entre ambos, siendo uno el móvil determinante del otro (Supr. Trib. Entre Ríos, "J.E.R.", 1945, p. 301).

Si medió acuerdo previo, el acusado, aunque se haya reducido a actuar de "campana", es responsable en los términos del art. 80, inc. 3, del Cód. Penal, por el homicidio perpetrado para facilitar y llevar a cabo el delito de robo que orientaba la acción de los delincuentes (Supr. Corte Buenos Aires, "L.L.", t. 35, p. 924; "D.J.B.A.", 1944-IX, p. 565; "J.A.", t. 1944-IV, p. 297).

Corresponde encuadrar el hecho en la previsión del art. 80, inc. 3, del Cód. Penal, si la muerte y lesiones inferidas en el mismo acto, no aparecen como una consecuencia accidental del robo, sino como un hecho ejecutado a conciencia para asegurar el resultado del apoderamiento ilegítimo y la impunidad del sujeto activo (Sup. Trib. Entre Ríos, "J.E.R.", 1944, p. 99).

La sanción del art. 80, inc. 3, del Cód. Penal, debe reservarse exclusivamente para los casos en que el agente, revelando un profundo desprecio por la vida humana, decide por anticipado, fría y reflexivamente, la eliminación de un semejante con el fin de realizar otro delito, porque esa premeditación del homicidio constituye un claro índice de la extrema temibilidad del agente. En cambio, el art. 165, Cód. Penal,

es aplicable cuando el homicidio, aunque vinculado y conexo a un robo, se produce ocasionalmente durante el curso de éste, como un resultado eventual e instantáneo que no entraba en los planes primitivos del delincuente (Supr. Corte Buenos Aires, "J.A.", t. 73, p. 65).

Comete homicidio calificado quien hace un disparo mortal con el propósito de abrirse camino para la fuga luego de perpetrarse el robo.

Para que proceda el encuadramiento en el art. 165, Cód. Penal, la muerte debe ser el resultado ocasional e incidental del robo (C.C.C., "Fallos", t. v, p. 279).

La pena establecida por el art. 165 del Cód. Penal se refiere al caso en que el homicidio fuere un resultado accidental del robo y no el caso en que fuera un medio de consumarlo, perpetrarlo u ocultarlo (Corte Supr. Nac., "J.A.", t. 30, p. 18).

Tuvimos oportunidad de estudiar detenidamente este punto en la causa nº 14.459, tramitada en el Juzgado de Sentencia letra B, secretaría nº 23, en la que el procesado asaltó al conductor de un automóvil de alquiler, que había tomado y que no obedeció su orden de detención, por lo que, cuando aquél giró bruscamente, perdió el equilibrio y al asirse de la puerta del vehículo con la mano izquierda, simultáneamente se produjo el disparo del arma que tenía ya amartillada, hiriendo a la víctima. Consideramos el hecho como robo calificado, en grado de tentativa, lo que fue confirmado por la Cámara.

Encuadra en el art. 165, Cód. Penal, la conducta del que ya satisfecho su propósito de venganza, después de haber maniatado y amordazado a la víctima, decide retirarse; pero surgiendo en él la idea del apoderamiento, regresa al dormitorio y lo consuma; dejando luego a la damnificada, con vida aún, en las mismas condiciones de inmovilidad e indefensión en que se hallaba en el momento del apoderamiento, e incomunicada de todo auxilio exterior, que termina con su muerte (C.C.C., causa nº 5469, 9 set. 1947).

Pudiendo la muerte de la víctima surgir en cualquier etapa del *iter criminis*, como necesidad impuesta por las cir-

cunstancias, no es necesario, para encuadrarla en el inc. 3 del art. 80 del Cód. Penal, que el homicidio haya sido preordenado por el agente antes del robo; basta a estos efectos que los supuestos calificativos se cumplan objetivamente evitando toda investigación subjetiva.

Según ello, debe considerarse que el resultado ha sido querido y buscado; y en consecuencia, encuadra en la disposición citada, la conducta del que sabiendo que la víctima se hallaba en el dormitorio, se dirige a éste, y a botellazos la desmaya. Luego, después de cometido el robo vuelve al mismo lugar, y encontrándola con vida, la ultima con una plancha (C.C.C., causa nº 6155, 12 dic. 1947).

No es el resultado accidental de la tentativa de robo, sino homicidio calificado, el disparar el arma contra la víctima, para hacerla callar, por temor a que sus voces en demanda de socorro, pudiesen motivar la llegada de otras personas (C.C.C., causa nº 4382, 1 julio 1947).

Si el homicidio tuvo como único fin impedir que la víctima, que se hallaba dormida, gritara o se defendiera, mientras el acusado se dedicaba a revisarle las ropas, el hecho encuadra en la disposición del art. 165, Cód. Penal (C.C.C., causa nº 4778, 3 junio 1947).

Concurre formalmente el delito de violación (cometido antes de dar muerte a la víctima) con el de homicidio agravado (cometido para ocultar otro delito), valedero para todos los homicidios *criminis causa*, tanto que se trate de robo-homicidio o de violación-homicidio (C.C.C., causa nº 5566, 3 set. 1954).

La persecución de la víctima por el reo, después de haber resuelto apoderarse de sus bienes, el hecho de armarse por si fuera necesario; el ataque sorpresivo y el haber ultimado a la víctima con nueve puñaladas, encontrándose ya herida en tierra, demuestra que la muerte fue el medio para la ejecución del robo, al operarse éste después de estar seguro que aquélla se produjo (Cám. Pen. Tucumán, 5 set. 1964, "D. J.A.", 12 junio 1965).

La diferencia entre el homicidio *criminis causa* y el homicidio con motivo u ocasión del robo, debe buscarse en el

propósito que guía al autor; procede la primera calificación si el objetivo perseguido fue el de matar a la víctima para robarle; corresponde la segunda si el reo se propuso el robo y al cometerlo se presentaron circunstancias ajenas al plan criminoso, que dio lugar al homicidio (Supr. Corte Buenos Aires, 4 oct. 1966, "D.L.L.", 26 dic. 1966).

Configura el delito previsto en el art. 80, inc. 3, del Código Penal, la conducta de quien dispara y causa la muerte al funcionario policial que le impartió la orden de detención al sorprenderlo descendiendo de un automóvil robado (C.C.C., 2 set. 1966, "D.L.L.", 5 dic. 1966).

Debe estimarse que se da el homicidio agravado por el móvil, si se mata para evitar ser detenido al evadirse del lugar en donde se acaba de cometer otro delito (Cám. Pen. Tucumán, 22 abril 1965).

Todos deben responder por homicidio agravado, si hubo pacto para robar, llegando al hecho con armas mortíferas, aunque uno de ellos sea el que use de su arma dando muerte a un asaltado, sin que la alegación de que no tuvieron propósito de matar influya en la calificación legal, teniendo en cuenta que previamente se buscaron y compraron las armas que se repartieron en el instante del atraco (Cám. Pen. Tucumán, 22 abril 1965).

No es necesario el propósito preordenado de matar para la consumación del delito de homicidio agravado del art. 80, inc. 3, del Código Penal.

El desenlace fatal aludido en el art. 165 del Código, es el homicidio ocurrido como resultado incidental, no querido, como consecuencia solamente culposa ocasionada por el empleo de medio en la ejecución del robo del que normalmente no se sigue ni se infiere o supone que pueda producir la muerte.

Comete homicidio calificado (art. 80, inc. 3) y no robo calificado (art. 165), el sujeto que se introduce en morada ajena, espera las primeras luces de la mañana para realizar su propósito, y a pesar de comprobar la existencia de gente en el dormitorio, penetra en él, arrojándose, al ser sorprendido,

sobre la víctima que se oponía a su designio de sustraer dinero y efectos (C.C.C., 28 mayo 1963, "E.D.", 14 enero 1964).

En el homicidio *criminis causa* basta la intención dolosa de matar para facilitar el otro delito; no es preciso que el delito-fin se consume, ni siquiera que se intente. La última parte del art. 80, inc. 3, se refiere al homicidio movido por un desengaño. En el art. 165, el agente deliberadamente resuelve robar e incidentalmente mata, sobreviniendo el homicidio en el curso del robo (Sup. Trib. San Juan, 12 abril 1966, "D.L.L.", 24 agosto 1966).

Comete homicidio agravado en concurso ideal con robo (arts. 80, inc. 3; 164, y 54, Cód. Penal), el que mata para asegurar sus resultados o lograr su impunidad aunque no existiera el propósito preordenado de ocasionar el deceso de la víctima (C.C.C., 18 abril 1961, "E.D.", 20 marzo 1962).

Hay robo agravado cuando en ocasión de un robo resultare un homicidio; en este caso, la relación es de medio a fin; en el robo calificado no existe en la conciencia del culpable el desdoblamiento intencional de fin a medio que agrava el homicidio.

Deben responder como coautores del hecho todos los delincuentes que concurrieron al mismo, prestando diferentes ayudas, asintiendo en la muerte resuelta por uno de ellos en ese acto (Cám. Crim. Tucumán, 28 febr. 1963, "D.J.A.", 17 febr. 1964).

En la configuración del homicidio agravado (art. 80, inc. 3) no es requisito necesario la existencia del propósito preordenado de matar para consumar el delito de que se trate, para asegurar sus resultados o para lograr su impunidad.

La figura delictiva prevista en el art. 165, Cód. Penal, se refiere al homicidio cuando es el resultado incidental, no querido, consecuencia meramente culposa ocasionada por el empleo de medios en la ejecución del robo de los que comúnmente ni se sigue, ni se infiere o supone que puedan producir la muerte; pero no cuando el homicidio constituye un acto doloso, enderezado inequívocamente y con la necesaria representación del resultado a silenciar de modo brutal a la víctima.

Tal es el caso ocurrente en el cual a la víctima inmovilizada, atada de pies y manos, se le coloca una nueva mordaza con tanta fuerza que no podía suponerse otra cosa que aquélla muriera por estrangulación, por lo que el resultado no excedió a la intención (C.C.C., 18 abril 1961, "D.L.L.", 30 set. 1961).

En el homicidio *criminis causa* no es necesario que el delito de robo se perfeccione o se consume, y mucho menos que se agote y se realicen totalmente las intenciones que tuvo en mira el agente (Cám. Pen. Tucumán, 6 mayo 1964, "D.L.L.", 9 dic. 1964).

Para que tenga aplicación el art. 80, Cód. Penal, no es necesario que exista el propósito preordenado de matar y no es tampoco requisito que haya habido concierto previo entre los ejecutores, si voluntaria y conscientemente deciden matar para consumar el delito de que se trata o para asegurar sus resultados o la impunidad.

El art. 165 del Cód. Penal alude al homicidio, cuando éste es el resultado a que se llega con motivo u ocasión del robo, pero resultado incidental, no querido, consecuencia meramente culposa de un obrar no informado por el propósito de matar o por el empleo de medios en la ejecución del robo de los que comúnmente no se sigue ni se infiere o supone que puedan producir la muerte (C.C.C., 18 abril 1961, "D.J.A.", 18 dic. 1961).

Si el propósito de los agentes fue tener relaciones intersexuales contra natura con un menor, y le dan muerte para llegar al fin propuesto, hay homicidio agravado por el móvil.

Basta que el procesado haya intervenido en el hecho, aunque no haya sido el de la iniciativa del mismo ni haya llegado a la violación, para que responda como copartícipe (Cám. Crim. Tucumán, 4 dic. 1961).

No cabe encuadrar el homicidio en la previsión del art. 80, inc. 3, del Cód. Penal, si no puede inferirse que la muerte de la víctima del robo fue querida ni siquiera prevista o previsible, quedando el hecho del homicidio como ajeno y por ello no imputable a título de dolo directo o eventual (C.C.C., 3 nov. 1964, "D.L.L.", 27 abril 1965).

Aun cuando el acusado por el delito de homicidio calificado (art. 80, inc. 3, Cód. Penal) en concurso ideal con el de robo (art. 164), no haya sido el ejecutor material de la presión manual en el cuello de la víctima, provocadora del hecho, es coautor, pues en el caso colaboró activamente y de manera consciente y voluntaria en la perpetración del suceso, cuyas circunstancias fácticas le son, por ello, comunicables.

No tiene poder desincriminante como coautor de homicidio calificado la circunstancia de no haber portado armas ni tenido el propósito de matar el enjuiciado, si éste estuvo presente y consintió en el empleo, por otro, de un medio previsiblemente mortal. No es indispensable la existencia del propósito preordenado de matar; basta el dolo eventual y, en el caso, la conexidad ideológica entre el homicidio y el robo que se enlaza formalmente en aquél (art. 54, Cód. Penal).

No cabe imputar a uno de los enjuiciados los excesos en los medios de ejecución en que incurrieron los coprocesados, si mediante la norma beneficiante del art. 13 de la ley ritual, puede admitirse que aquél sólo quiso cooperar en un hecho de menos gravedad —robo simple, en el caso—, para cuya ejecución concurrió sin armas y recomendó, con insistencia, no emplear violencia (C.C.C., 12 mayo 1967, "D.L.L.", 15 mayo 1968).

Es de aplicación el art. 124, Cód. Penal, si como consecuencia de la violación y aunque el agente no lo haya querido, ocurre la muerte de la víctima, pues es esta última circunstancia la que califica el delito (Supr. Corte Buenos Aires, 7 mayo 1968, "D.L.L.", 3 oct. 1968).

Para la tipificación del homicidio calificado del art. 80, inc. 7, Cód. Penal, no es indispensable la existencia del propósito preordenado de matar, sino que basta con la conexidad ideológica entre el homicidio y el restante delito y es suficiente el dolo eventual.

Comete el delito de homicidio calificado el sujeto que en compañía de otro, luego de apuntar con revólver, requiere la entrega de objetos a la víctima, y cuando ésta reacciona

dispara su arma para dar finiquito a tal resistencia y al desapoderamiento violento (C.C.C., 18 julio 1969, "D.L.L.", 8 octubre 1969).

Cuando la muerte de la víctima es realizada por el autor con perfecta conciencia de que de esa forma eliminaba el obstáculo que se erguía ante sus claros designios de robar, la figura tipificada es la del art. 80, inc. 7, Cód. Penal; la ideológica conexión que media entre el homicidio *criminis causa* y el robo consumados por el mismo agente, no quita autonomía a ambos hechos, y de consiguiente la regla concursal es del Cód. Penal, art. 55 (C.C.C., sala de Cámara, 31 marzo 1970).

Si bien la muerte se debería a un proceso de neumonía, según el forense, la herida sufrida por la víctima en ocasión del robo no interrumpió la concatenación causal, por lo que el agente debe responder por homicidio. El deceso se produjo antes de las 36 horas de la internación del occiso, por lo que el proceso neumónico no abre una serie causal con capacidad propia y autónoma independiente de las graves lesiones inferidas por el agente.

Si la violencia no fue desplegada con el fin de homicidio, sino para robar, corresponde aplicar el art. 165 del Cód. Penal, y no el 80, pues allí reside la diferencia entre las figuras del homicidio *criminis causa* con este otro delito y el robo con más resultado homicidio.

Las causales de agravación son de interpretación estricta y restrictiva.

El homicidio *criminis causa* requiere que la muerte aparezca preordenada para asegurar el desapoderamiento. Tiene que haber una relación de medio a fin. La muerte es el recurso para la sustracción.

La portación de armas y la posibilidad de su empleo sólo constituiría dolo eventual con relación al homicidio, lo que no basta para que se dé la norma del art. 80, inc. 7, del Cód. Penal (Cám. 7ª Crim. y Correc. Córdoba, 27 dic. 1971, "D.L.L.", 19 julio 1972, t. 147).

El art. 165 del Cód. Penal, que reprime el homicidio cometido en ocasión de robo, es el receptáculo de todos esos

hechos en los cuales no es posible afirmar que el autor de la muerte, en el momento de inferirla, tuviera por delante la preparación de la consumación o la ocultación del delito. La muerte es el resultado previsible pero eventual, que no ha entrado en los planes del autor del robo (Supr. Corte Buenos Aires, 28 dic. 1971, "D.L.L.", 29 agosto 1972).

Los hechos deben ser calificados de homicidio simple y hurto simple en concurso real (arts. 55, 79 y 152, Cód. Procesal), y descartarse el homicidio agravado previsto en el art. 80, inc. 3, si el procesado no concurrió al domicilio de la víctima para darle muerte con propósitos de robo, sino que se la causó con motivo de ofensas de que fue objeto, consumando luego el apoderamiento de efectos del occiso a consecuencia de un nuevo y autónomo propósito (C.C.C., 30 julio 1974, "D.L.L.", 25 oct. 1974).

Si el hecho del autor va más allá del dolo del partícipe o se aparta diametralmente de éste, se estará ante casos de exceso, cuantitativo el primero, cualitativo el segundo, donde cada cooperador responderá por su propio dolo y en la medida en que lo aportó. Si no hay dolo partícipe tampoco habrá responsabilidad partícipe.

Si dos de los coprocesados sólo quisieron contribuír en un robo, sólo por esa cooperación deberán responder, ya que ése es el alcance y medida de su dolo. Del homicidio cometido por otro de los coprocesados —homicidio que sólo éste quiso y produjo— aquéllos no responden (Sup. Corte de Bs. As., 23 set. 1975, "D.L.L." del 3 febrero 1976).

Capítulo XXII

POR LA CONDICIÓN DE LA VÍCTIMA

La ley 21.338 agrega al Código Penal, como hemos dicho, el art. 80 bis, que en sus dos primeros incisos califica *el homicidio por la condición de la víctima, ya que el primero* menciona a los miembros de los tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), tanto de la Nación, como de las provincias o municipios, agregando a importantes funcionarios de la justicia, como son los fiscales o secretarios judiciales. Obsérvese que no se incluye entre los nombrados a los defensores oficiales, ni a los asesores. En cuanto al segundo inciso, comprende a los miembros de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, tanto como que se encuentren desempeñando un acto de servicio propio de aquéllas en el momento del hecho, cuanto fueren víctimas por su condición de integrantes de ellas, aunque no estuvieren cumpliendo actos de servicio en el momento del hecho.

El primer inciso califica el hecho sin efectuar el distingo del segundo inciso, ya que rige la agravante aunque la víctima no esté cumpliendo actos relativos al desempeño de su cargo. El art. 244, también reformado por la ley 21.338, exige que el desacato se cometa "a causa o en el ejercicio de sus funciones".

Ya hemos dicho que los códigos de algunos países califican por agravación al homicidio de personas a quienes la ley protege especialmente, en razón de que están expuestas a mayor peligro por las funciones que desempeñan. Y es así que el anterior Código de Rusia se refería al sacerdote y al centinela de guardia; y los de Rusia, Bulgaria, Venezuela y

algunos cantones suizos al funcionario público. Nuestros proyectos de 1937 y 1953 se refieren también al funcionario público. En estos casos, como en los otros de homicidio agravado, también se considera mayor la alarma social.

En la legislación argentina encontramos como fuente del supuesto que tratamos a la ley 18.953, de 1971, que también agregaba un art. 80 bis al Código Penal, imponiendo pena de muerte o de reclusión perpetua a quien matare a un juez o fiscal o a quien desempeñare un acto del servicio propio de las fuerzas armadas o de seguridad. Pero en este segundo caso se requería que el homicidio no hubiese sido precedido de un grave abuso de sus funciones, vejaciones o apremios ilegales por parte de la víctima. Se buscaba aquí sancionar con más rigor a quienes atentaran "contra quienes tienen la misión de cuidar el orden y administrar justicia", como dice el mensaje de elevación del Proyecto de la ley 18.953. La ley 20.043, que suprimió el art. 80 bis del Código Penal, pasó los dos supuestos antes referidos al art. 80.

Nótese que el inc. 1 del actual art. 80 bis es más extenso que su fuente, ya que comprende, además de algunos miembros del Poder Judicial, a los del Ejecutivo y Legislativo, tanto de la Nación como de las provincias y municipios, y también a sus ministros y secretarios. Y que también la penalidad es más grave que la del art. 80, ya que optativamente comprende la de muerte o reclusión perpetua, mientras que en aquél la pena puede ser de reclusión perpetua.

Capítulo XXIII

AGRAVANTES DEL HOMICIDIO EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Nuestro Código Penal establece para el homicidio común una pena de ocho a veinticinco años de prisión o reclusión. Para los homicidios calificados por circunstancias agravantes corresponde la prisión o reclusión perpetua y puede aplicarse además lo dispuesto en el art. 52 del Código Penal. En los últimos proyectos de reformas ha habido cierta tendencia a disminuír al menos la cifra mínima que corresponde al homicidio simple. Así, el Proyecto Peco fijó una pena de prisión de 6 años como mínimo y un máximo de 20 años. No obstante, el Proyecto Coll-Gómez de 1937, impone la pena de 10 a 25 años para el homicidio simple. El de 1951 la de 6 a 20 años, el de 1953 la de 8 a 25 años y el de 1960 la de 6 a 20 años.

El Proyecto de Coll-Gómez impone para el homicidio calificado por agravación, reclusión perpetua, salvo menor peligrosidad del agente, en cuyo caso se le aplicará la pena del homicidio simple, y el de Peco establece la privación perpetua de libertad, pero en caso de menor peligrosidad, esta privación de libertad será de 10 a 25 años. El de 1951 fija la de 20 a 30 años y el de 1953 prisión de 25 a 30 años o perpetua, fórmula, ésta, más elástica. El de 1960 reclusión perpetua.

Pasando ahora a las distintas circunstancias de agravación, el Proyecto de 1937 establece algunas que son nuevas y que consisten en el homicidio cometido en la persona de un funcionario público, gobernante extranjero, que se hallare en

el país, o representante diplomático acreditado, si el delito se cometiere a consecuencia del ejercicio de sus funciones o por odio y desprecio a la autoridad, y además cuando el homicidio fuere cometido por dos o más sujetos, considerando que en ambos casos el agente pone de manifiesto mayor peligrosidad.

El mismo Proyecto de 1937 elimina la agravante del impulso de perversidad brutal. Dentro de la corriente positivista, que ya hemos explicado, se interpreta que el impulso de perversidad brutal está demostrando en el sujeto la presencia de un estado de alienación.

En lo que respecta al Proyecto Peco, de 1941, suprime también esta agravante, por las mismas razones, y el caso de sevicias por los motivos que oportunamente señalamos al tratar este punto.

El autor citado incorpora en su Proyecto una circunstancia desterrada de nuestro actual Código Penal: la de la premeditación, si los motivos son bajos o fútiles.

Este Proyecto, en su último inciso, el 7 del art. 112, agrega otra agravante, penada también con privación de libertad perpetua, tomada del Código Penal uruguayo, y que se refiere a los casos en que haya concurso material o reincidencia de homicidio, o de tentativa de homicidio —simple o calificado— cuando el sujeto obrare por móviles bajos.

El Proyecto de 1951 admite el homicidio parental aun cuando el vínculo fuere ilegítimo o nulo.

En el Proyecto de 1953 se suprime el veneno y las sevicias como circunstancias calificativas, pero en cambio se agrega el homicidio del funcionario público, gobernante extranjero que se hallare en el país o diplomático acreditado, cuando el hecho se cometiere a consecuencia del ejercicio de sus funciones, y el móvil fútil, con lo que, como dijimos, se ponía fin a una disparidad de criterios en lo que respecta a la extensión que se puede conceder al impulso de perversidad brutal, vale decir, si él implica tan sólo la falta total de motivos o si comprende también el motivo nimio o fútil.

Finalmente, en vez de mantener la entonces fórmula del Código vigente en lo que respecta a los estragos, este Proyecto

se refiere simplemente a cualquier medio capaz de causar peligro común para las personas o los bienes.

Por último, el Proyecto de 1960 elimina el impulso de perversidad brutal; agrega al veneno todo otro procedimiento insidioso; incorpora las agravantes de placer, codicia, odio racial o religioso y para excitar o satisfacer deseos sexuales y el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho.

Capítulo XXIV

HOMICIDIO CALIFICADO POR ATENUACIÓN. HOMICIDIO EN ESTADO DE EMOCIÓN VIOLENTA

El primero de los supuestos que contempla el art. 81 del Código es el estado de emoción violenta; el otro es el infanticidio. Ahora, después de la reforma, el art. 82 prevé el preterintencional.

Todos estos casos se refieren a la figura central del homicidio. No estamos de acuerdo con que el infanticidio es delito autónomo, *per se*. El infanticidio es una forma de homicidio, pero se lo califica como una circunstancia de menor gravedad y, por tanto, se le aplica menor pena, por las razones que veremos cuando lleguemos a su estudio.

Los dos primeros supuestos son sancionados con prisión de uno a seis años, y el último con reclusión o prisión de uno a seis años.

Como se ve, la ley determina la clase de pena más grave, la de reclusión, para este caso de atenuación, lo que es criticable, pues no hay relación entre una y otra pena ni motivo para aplicar la de reclusión a hechos que, precisamente, están demostrando la necesidad de atenuar la penalidad. Es sabido además que la diferencia entre reclusión y prisión es teórica, pues no existe en la práctica.

Homicidio en estado de emoción violenta.

El campo inmenso de la vida afectiva comprende una serie de manifestaciones que, para algunos, ofrece una pola-

ridad a través de sentimientos que tienen cada uno de ellos su contraparte; el dolor y el placer; el amor y el odio; la tristeza y la alegría; la exaltación y la depresión[1].

Por supuesto, casi siempre son distintas las emociones de un hombre y de otro, tanto que no se tienen exactamente las mismas reacciones.

Para muchos, todo deriva del sistema endócrino-simpático. Y ello ha dado motivo a estudios muy interesantes sobre el problema endocrinológico. Así, para Gregorio Marañón depende del factor endócrino-vegetativo la mayor o menor predisposición emotiva.

Se puede admitir la influencia de dos glándulas principales sobre las emociones: la tiroides y la suprarrenal. La primera prepara el organismo y la suprarrenal actúa, partiendo precisamente de ese trabajo previo, sobre un terreno ya apto, y desencadena la emoción.

Conviene destacar, también, que la tiroides trabaja mucho menos en el hombre que en la mujer. En ésta actúa casi permanentemente. Por eso es más sensible y emocionable. Hay en ella una predisposición emotiva continua.

La emoción produce reflejos fisiológicos: la palidez, el temblor de las manos o labios, escalofríos, sudación, enrojecimiento, y alteraciones urinarias, taquicardia o latir acelerado del corazón. Aristóteles hablaba de un hervidero en la región cardíaca.

Es así como la emoción se refleja en la fisonomía y en todo el aspecto del sujeto.

Se ha querido hacer un distingo entre pasión y emoción. La primera es un deseo violento para Aristóteles, una sensación para Epicuro, una emoción para Kant, una enfermedad moral para W. James[2].

Los positivistas, por su parte, hablan de pasiones sociales y pasiones antisociales, así como ya antes Carrara distinguía las pasiones ciegas de las razonadoras.

Serían pasiones sociales aquellas inspiradas por el amor,

[1] Soler, ob. cit., t. III, ps. 68 y ss.

[2] R. Mitkovitch, *Le crime passionel*, en "Revue de Criminologie et de Police Technique", Ginebra, vol. III, nº 3, julio-setiembre 1949.

el honor, por sentimientos políticos o religiosos. Y pasiones antisociales las guiadas por el odio, la codicia, la lujuria.

Para el positivismo penal, estas pasiones antisociales se descartan del tema que estamos desarrollando. Tan sólo es pasional quien delinque por una pasión social. Pasión fue el término usado por los filósofos, como Aristóteles, Descartes, Santo Tomás de Aquino, Bossuet, etc., mientras los psicólogos usaron el de emoción. Descartes trataba de ahondar en las pasiones primitivas: el amor, el odio, la tristeza, la alegría, y veía en ellas dos elementos: uno, espiritual, que eleva al hombre, y otro físico que lo degrada. Kant ha dado quizá uno de los ejemplos más precisos para tratar de obtener esta difícil distinción. Ha considerado la emoción como el agua que corre por el lecho del río, que rompe de pronto su dique, y a la pasión como un torrente que ahonda sin cesar en su lecho. Se ha dicho también que la primera es una borrachera y la segunda una enfermedad, que la pasión es el género y la emoción la especie.

En general se ha aceptado que la pasión se caracteriza por ser un sentimiento prolongado y estable, que puede intelectualizarse, y la emoción por ser un sentimiento súbito, breve, intenso, episódico, que irrumpe repentinamente en el sujeto. Ambos son estados psíquicos del individuo, y por supuesto influyen en su actuación.

¿Hasta qué punto conviene hacer el distingo entre emoción y pasión? Naturalmente que si admitimos la diferencia de género y especie y tenemos presente que el Código Penal habla tan sólo de emoción, excluiríamos a la pasión. Pero es que en realidad, tanto las pasiones como las emociones son sentimientos que pueden encuadrar dentro de la disposición penal. Todo depende, porque no se puede hablar de pasiones o emociones excusables y de pasiones y emociones inexcusables, ya que ciertamente lo que va a determinar la justificación no es la propia pasión o emoción, sino las circunstancias que rodean al hecho vinculado a esa pasión o emoción en un momento y en un caso determinado.

Por eso son de poca utilidad las clasificaciones abstractas. Sean pasiones o emociones, la excusa no está en ellas mismas,

como dice Soler, sino en las circunstancias que rodean al hecho.

Tampoco puede admitirse la diferencia de la intensidad para distinguir la pasión de la emoción, porque nuestro código exige una emoción violenta, o sea, de una gran intensidad. Y para que la confusión entre emoción y pasión sea más patente, tengamos presente que puede haber una pasión que de repente se trasforma en emoción, es decir, volviendo al ejemplo de Kant, ese río que va cavando hondo en el espíritu humano, de pronto se convierte en torrente avasallador, que rompe los diques que siempre respetó; en una palabra, puede ser el caso de la gota de agua que rebalsa el vaso. Como se ve, aquí la vida del sentimiento cobra una complejidad y una importancia extraordinaria, y si en algún aspecto del derecho penal el sujeto debe ser estudiado a fondo, si en algo tenemos que agradecer la influencia de la escuela positiva, que incorpora al estudio del delito y de la pena el estudio del delincuente, es precisamente en este tema del delito cometido en estado emocional, porque aquí lo fundamental es el estudio del sujeto, de su psicología, de sus antecedentes, de su actuación anterior, concomitante y posterior al hecho, así como al estudio de sus antecedentes familiares. Todo esto cobra un valor extraordinario. Ya veremos que no es lo mismo la bofetada aplicada a un palurdo que a un caballero; decirle "ramera" a una prostituta que a una madre honesta. El factor personal cobra fundamental importancia, un relieve insospechado. El juez debe tratar de bucear hondo y conocer todos los antecedentes, circunstancias y reacciones humanas.

Debe ser al mismo tiempo jurista y psicólogo, sin guiarse por rígidos postulados, pues la emoción no puede nunca manifestarse de igual manera en todas las personas, aunque las causas provocantes sean aparentemente las mismas, ya que nada es más difícil que medir o sopesar, con elementos objetivos, el grado y calidad de los sentimientos y, en particular, de los estados emocionales.

Los sentimientos no están únicamente valorados en el inc. 1 del art. 81 del Código Penal. Recordemos que el art. 174, inc. 2, se refiere a aquel que se aprovecha de las pasio-

nes de un incapaz; en el art. 34, inc. 2, del Código Penal hay referencias al temor; y asimismo, en el art. 81, inc. 2, en el infanticidio, se habla de la mujer que mata a su hijo para ocultar su deshonra.

De modo que las pasiones y las emociones están contempladas en el Código Penal. En una palabra: los sentimientos tienen cabida en nuestra ley de fondo.

Actualmente ella nos presenta un panorama simplificado al abarcar con el término emoción violenta una serie de cuestiones que antes se contemplaban en varias disposiciones heterogéneas, y en parte contradictorias. Téngase presente, para llegar a la explicación de lo que se acaba de afirmar, que en un principio se admitió que el cónyuge o padre podía dar muerte a su mujer o hija sorprendida en el acto de acceso carnal con un tercero. El uxoricida por adulterio no era penado en las viejas legislaciones, como la longobarda, la goda, la griega, etc. Aquéllos podían matar cuando sorprendían yaciendo a la mujer o a la hija. Lo mismo pasaba en Roma, y desde la ley Rómulo en adelante se permitía al marido matar tanto a su mujer como a su cómplice de adulterio, siempre que este último fuese esclavo, porque de lo contrario tenía como pena el destierro. Esta facultad de matar, sobre todo cuando el cómplice era esclavo, tuvo por objeto, como dice Carrara, tratar de evitar que las matronas romanas se entregasen a sus esclavos. Se exigió, además, la sorpresa en el domicilio conyugal, lo cual significaba la defensa del tálamo. Pero estas dos condiciones fueron eliminadas con el tiempo de la legislación romana, permitiéndose matar tanto a la esposa como al cómplice, cualquiera fuese su condición, y sin necesidad de que el hecho ocurriese en el domicilio conyugal.

Las Partidas admitían asimismo la facultad de matar en favor del cónyuge ofendido.

Con el tiempo, algunas legislaciones, como las de Perú, Portugal, Bélgica y de Estados alemanes, aceptaron también el beneficio para la mujer.

Entrando en nuestra legislación, diremos que Tejedor proponía una corta pena de uno a tres años en el caso del

marido que encontraba yaciendo a su mujer y mataba a su cónyuge o a su cómplice, o a ambos, indistintamente. Pero basándose en las legislaciones belga, española y chilena, la Comisión Revisora, constituída por Villegas, Ugarriza y García, que estudió el Proyecto Tejedor, propuso la exención de pena, siempre y cuando no hubiese provocado el sujeto con su mala conducta el hecho de su consorte. Un agregado asombroso, como se ve, porque implícitamente justificaba la comisión del delito de adulterio.

Mientras no se sancionaba el Proyecto de Tejedor, las provincias fueron dictándose sus códigos penales. En Córdoba, que adoptó el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, el hecho que estudiamos no tenía pena. Otras provincias, como Buenos Aires, Corrientes y Catamarca, dictaron como código propio el Proyecto de Tejedor, y por lo tanto el homicidio por adulterio era castigado con la pena que dicho Proyecto establecía.

Cuando ese código se sancionó, en el año 1887, se siguió el punto de vista de la Comisión Revisora, es decir, el hecho se eximió de pena. Y se eximió de pena también al padre o al hermano que matara a la persona que encontraba yaciendo con su hija o hermana menor de 15 años (art. 81, incs. 12 y 13, respectivamente).

Al mismo tiempo, el viejo Código Penal contemplaba, como circunstancia que atenuaba la pena —tres años de prisión— la provocación con injurias u ofensas ilícitas y graves (art. 97).

El Proyecto de 1891 mantuvo, igual que el Código, la eximente de pena en favor del cónyuge, padre o hermano (art. 59). La ley de reformas nº 4189 incorporó algunos supuestos, complicando más la situación, pues, por ejemplo, tomó en cuenta el caso del padre o hermano que daban muerte a la hija o hermana mayor de 15 años, castigando el hecho con pena de penitenciaría de 3 a 10 años. Hasta que al estudiar el asunto la Comisión que redactó el Proyecto de 1906, predominó la opinión de uno de sus integrantes, el Dr. Rodolfo Rivarola, quien sostuvo que la disposición vigente otorgaba un verdadero derecho de matar, opinando que ese

derecho a matar tan sólo podía aceptarse en el caso de que estuviese en peligro la propia vida del sujeto, pero que no podía darse ese derecho cuando el sujeto descubría a su cónyuge en adulterio. Abunda en razones la Comisión, influenciada por Rivarola, que había integrado también la de 1891, decidiendo que lo más conveniente era establecer una pena elástica, de 3 a 6 años, y facultando asimismo al magistrado para eximir de pena al acusado. Así quedó en el Proyecto de 1906, así pasó al Proyecto de Rodolfo Moreno, de 1917, y así también fue aceptado por la Comisión de la Cámara de Diputados de la Nación. Pero la Comisión del Senado modificó esta disposición, teniendo en cuenta fundamentalmente el Proyecto suizo de 1916, que contemplaba el tema en el art. 105.

Esta Comisión recordaba precisamente las palabras de Rivarola, de que se concedía un derecho de matar, y aceptó el Proyecto de 1906, suprimiendo la última parte, en cuanto facultaba al juez para eximir de pena al matador. De modo que quedó el hecho punible y castigado con una pena de 1 a 3 y de 3 a 6 años, según fuese respectivamente de prisión o reclusión.

Debe señalarse, pues se vincula a lo antes explicado, que la Comisión usó la palabra pasión, como la usó el Proyecto Tejedor, lo que recalcamos, para que se vea lo difícil que es hacer la distinción sostenida por parte de la doctrina, entre pasión y emoción.

La Comisión del Senado que tuvo a estudio el Proyecto del Código Penal, después sancionado, ante la existencia de una complicada legislación vigente, que consistía en las normas del Código Penal entonces en vigencia, referentes al hecho de encontrar yaciendo a la esposa, hija o hermana y a la provocación por un lado, y por el otro lado las normas incorporadas por la ley de reformas nº 4189, especialmente la que disponía la atenuación de pena para el caso de padre o hermano que mataba a la hija o hermana mayor de quince años, decidió simplificar todas estas disposiciones y teniendo a la vista el Proyecto que venía de Diputados (art. 81), que comprendía cuatro incisos, uno de ellos referente al infanti-

cidio, otro al homicidio preterintencional, otro al homicidio provocado por la víctima y, finalmente, el cuarto, destinado al homicidio por ilegítimo concúbito, resumió estos dos últimos casos en uno solo, dándole una fórmula amplia que comprendía toda la casuística. Ésa fue la fórmula de la emoción violenta.

Se dejó así de lado nuestra tradición legislativa, consistente en autorizar la muerte de la persona a quien se encontraba yaciendo ilegítimamente, ya fuese esposa o hija o hermana del matador, y a su cómplice. Se inició así una corriente que, como lo destaca Peco en la Exposición de motivos de su Proyecto de 1941, fue seguida con el tiempo por varios códigos: el español de 1932, el uruguayo de 1934, el chino de 1935, el colombiano de 1936 y el ecuatoriano de 1938. Todos estos modernos códigos consideran que la conducta de quien mata, aun hallando en ilegítimo concúbito a su mujer, o si es el padre a su hija, es punible. Pero, en realidad, tal posición adoptada por esas leyes, encuentra en la doctrina sus defensores e impugnadores. Pocos son los códigos que conservan esta clase de impunidad: por ejemplo los de Paraguay, Chile y Panamá.

Ya hemos dicho que Rodolfo Rivarola sustentó la posición contraria en nuestro país; consideraba que el derecho de matar sólo existe cuando se halla en peligro la propia vida. Julio Herrera agregaba, por su parte, que si bien el dolor y la emoción embargan el espíritu, no llegan a hacerle perder al sujeto la conciencia de sus actos.

Otros opinan que va perdiendo importancia el adulterio, que pronto dejará de ser delito. El autor del código, Rodolfo Moreno, dice que mantener ese permiso para matar, implicaba facilitar a algún marido que preparase escenas con el propósito de extorsionar.

Algunos fundamentan este derecho a matar en el derecho natural. Otros en el justo dolor o en la reparación del honor ultrajado. Otros en que este hecho es la única solución en aquellas legislaciones que no admiten el divorcio, el que podría ser el remedio lícito autorizado por las leyes. Todas éstas son razones que conviene concretar en una solución que ha

sido dada por el Código uruguayo, consistente en establecer una penalidad menor que para el caso del homicidio simple entre cónyuges y autorizar para casos excepcionales el perdón judicial, que ha sido incorporado por Irureta Goyena a ese Código.

En definitiva, el texto vigente dispone: "Se impondrá prisión de uno a seis años: 1) al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable. En el caso del inc. 1 del art. 80 u 80 bis la pena será de dos a ocho años de prisión" (art. 81, inc. 1).

Ese texto, que era ya el del Código, salvo en lo que se refiere al segundo párrafo y a la penalidad, fue mantenido al efectuarse la reforma de la ley 17.567, de 1967, y de la ley 21.338, de 1976. Sin duda se quiso conservar todo el rico material, producto de la interpretación científica y tribunalicia, que en forma exhaustiva ha incursionado en el campo de esta atenuante, como podrá apreciarse en la parte dedicada por este capítulo a la jurisprudencia.

Como ya hemos dicho, el problema de la emoción violenta exige un profundo conocimiento del espíritu humano y, sobre todo, un estudio meditado de las circunstancias que rodean al hecho. Precisamente nuestro código contempla la emoción violenta siempre que las circunstancias la hicieran excusable. Adopta así la fórmula suiza, que usa las palabras emoción violenta, alejándose de nuestros antecedentes nacionales que se refieren a la provocación, de la vieja fórmula de raigambre italiana del justo dolor, de la fórmula china de la justa indignación y de la húngara y austríaca de la sobreexcitación nerviosa.

Ramos[3] ha efectuado el estudio de los antecedentes del término "emoción violenta" a través de la discusión del Proyecto suizo de 1916, porque, como ya explicamos, al tratarse el Proyecto de Moreno, de 1917, el asunto sufrió un cambio profundo cuando pasó de Diputados a Senadores, donde se

[3] Juan P. Ramos, *Significación del término "emoción violenta" en el homicidio*, en "Revista Penal Argentina", t. I, nº 2 (1922), p. 156, y tres años después en "J.A.", t. 16, p. 818.

tuvo en cuenta, por primera vez, el Proyecto suizo. Por eso Ramos hizo el estudio de los antecedentes de la legislación suiza, especialmente los de la Segunda Comisión de Expertos, que trabajó desde abril de 1912 hasta marzo de 1915, haciendo resaltar las dificultades que existían para el estudioso que no dominara el francés y el alemán, pues en esa forma no podría seguir paso a paso la discusión de dicha Comisión. El autor citado llega a sostener que la Comisión de Códigos del Senado no ha podido conocer bien estos antecedentes suizos porque no le ha sido posible disponer de los nueve tomos que comprendían los debates de las sesiones efectuadas, afirmación que para otros no tiene razón de ser, pues no hay motivo alguno para que las personas que integraban la Comisión no hayan podido tener a mano todos los elementos de juicio necesarios para cumplir su cometido.

En los debates de la Comisión suiza, Gautier, desde un principio, señaló que la emoción violenta había dado lugar a escandalosas absoluciones del jurado.

Otro de los peritos que intervino fue el destacado penalista Thorman, cuya propuesta fue, precisamente, según Ramos, la que triunfó. Consistía en que la emoción debía ser justificada por las circunstancias que hagan aparecer el hecho como excusable por motivos éticos. De ahí arranca Ramos en su interpretación de que la emoción violenta del Código Penal argentino debe basarse en motivos éticos, haciendo el estudio de los antecedentes suizos. Considera además, entre otras conclusiones, que no toda emoción califica el homicidio pasional; que éste debe cometerse en estado de emoción violenta; que el arrebato pasional debe coincidir con el acto delictuoso; y que los autores de estos hechos son muy peligrosos.

Aclara también que son a su juicio motivos éticos, aquellos que mueven adecuadamente una conciencia normal. Tales conclusiones no han sido compartidas por toda la doctrina, que no acepta como condición para la emoción violenta, que esta emoción se base en motivos éticos.

Dijimos que una misma emoción o pasión pueden justificar la atenuación de la pena como pueden no justificarla,

pues según dice Soler, la emoción no excusa por sí, sino que a su vez tiene que ser ella misma excusada[4].

El autor citado sostiene[5] que no se pueden clasificar las pasiones y emociones en éticas o no éticas. Ellas rompen el freno inhibitorio y todo depende de las circunstancias que rodean al hecho. Si esas circunstancias son excusables, la emoción actúa entonces plenamente. Si las circunstancias no lo son, de nada vale que la emoción sea o no de raíz ética.

El clásico ejemplo es el de aquel paisano que está al anochecer en la pulpería. Sus amigos le despiertan la imaginación, hablándole de fantasmas; decididos a hacerle una broma, salen antes que él. Ya de noche, y envuelto en una sábana, uno lo espera a mitad del camino. Se le aparece, y el paisano, asustado, saca su arma y lo mata.

Si vamos a exigir los motivos éticos a través de la interpretación de la discusión del Proyecto suizo de 1915, prácticamente reproducido en el Proyecto suizo de 1916, cuyo art. 105 fue el que tuvo como base de su estudio la Comisión del Senado, no hay en el caso emoción violenta, porque el miedo, el temor, no pueden ser considerados como motivos éticos. Pero en realidad nuestro Código Penal no exige que la emoción sea ética, sino simplemente que las circunstancias hagan excusable esa emoción.

La ley requiere, ante todo, la existencia de la emoción, vale decir, que aunque las circunstancias sean excusables, si el individuo no actúa emocionado, aquéllas no pueden servir de atenuantes de pena. Esa emoción no puede ser la simple emoción o la emoción fisiológica, que perturba la capacidad de síntesis y tiende al automatismo con inhibición voluntaria. La emoción violenta, sin llegar a suprimir la conciencia ni la memoria, es más intensa que la anterior; deben eliminarse, entonces, la serie de sentimientos que no alcanzan a superar las situaciones normales del espíritu, y por eso, un relato claro, preciso, pormenorizado y coherente de los hechos permite descartarla. De ahí que la ley exija una emoción violenta. Pero

[4] Soler, ob. cit., t. III, p. 74.

[5] Soler, ob. cit., t. III, ps. 68 y 77 y ss.

tenemos que cuidar que ésta no desemboque en la inconciencia o emoción patológica.

Pues una cosa es la emoción violenta que sirve para atenuar la penalidad y otra la inconciencia o pérdida de las facultades mentales que convierten al sujeto en inimputable, aunque el acto sea delictuoso. Naturalmente aquí predomina en forma fundamental la pericia médica. Ella podrá comprobar si el individuo actuó o no en estado de emoción violenta; hasta qué grado llegó la emoción violenta y si la misma alcanzó o no a privarle de sus facultades mentales.

Carrara dice que una gran emoción puede no matar, pero sí privar de la razón. En casos excepcionales quizá una gran emoción puede matar. Interesa ver entonces en cada caso particular, qué intensidad tuvo la emoción.

Nerio Rojas, en su trabajo sobre "Lesiones", toca el tema de la emoción violenta y sostiene que este estado puede causar una pérdida momentánea de las facultades mentales.

Aquí nos encontraríamos frente al problema de si se admite o no la locura transitoria. En principio, nuestros tribunales no la admiten. En segundo lugar, tendríamos que ver si esa emoción violenta ha producido el doble efecto que requiere nuestro art. 34, inc. 1, del Código: el elemento psiquiátrico, es decir, la pérdida de las facultades mentales, y el elemento psicológico, consistente en no comprender la criminalidad del acto y no poder el sujeto dirigir sus acciones. Reuniendo estos dos requisitos tendríamos el estado de inimputabilidad.

En el caso planteado en nuestros tribunales, del que, avisado por teléfono, encontró a su mujer en situación comprometida con otra persona y les dio muerte, dijo la Cámara, que aceptó la atenuante de la emoción violenta, que por el hecho de que el homicida no recordase el número de disparos y si cerró o no con llave la puerta, no podía concluírse en que había perdido la razón. La amnesia debía ser total, y en este caso se limitaba a los episodios mencionados.

Naturalmente que en este aspecto de la emoción violenta tienen una importancia fundamental la naturaleza, la psiquis, el físico mismo del sujeto. No todos los individuos reaccio-

nan de igual manera, ni todos sienten con igual intensidad y con idéntico carácter las mismas reacciones, según lo hemos dicho. El miedo, el dolor, la alegría, el afecto, no se reflejan en la misma forma y operan en los individuos de modo igualmente diverso. Por eso, en algunas naturalezas, la emoción resultante de las mismas circunstancias tiene efectos distintos.

En el ebrio, por ejemplo, hay predisposición a magnificarlo todo, a aumentar la ira, el dolor, el temor. Naturalmente que la ley no exige que se tenga que ser hipermotivo. No se necesitan naturalezas ni psicologías excepcionales. La ley está hecha para el común de los hombres, para los individuos normales, para la mayoría de las personas que deben someterse a ella. Basta una emotividad normal, diríamos natural, para que pueda jugar esta causal de atenuación.

Se ha sostenido que ciertas circunstancias, como son el alcoholismo, la epilepsia, etc., juegan en forma muy importante en la reacción del sujeto. Así, el *surmenage* puede provocar un *shock* nervioso; las guerras son otro importante factor, pues van dejando un saldo considerable de hombres afectados por ellas.

Ya hemos explicado cómo se manifiestan las emociones. Reflejos psicológicos externos y hasta faciales son consecuencia de esos estados anímicos. Hay rotura de los frenos inhibitorios. La inteligencia se obnubila, pero no del todo. Algo queda borrosamente dentro de ella: siempre se conservan recuerdos confusos. Hay en parte automatismo y primitivismo de la conducta y brusca alteración de la efectividad. La diferencia con la locura consiste en que el loco obra sin querer obrar, mientras que en la emoción violenta se obra queriendo, pero impulsado por esa rotura de los frenos.

Como dijimos, la emoción violenta es fundamental para que juegue la agravante. Pero el intérprete tiene que atenerse a una serie de datos, además, naturalmente, del informe médico, para poder apreciar si el sujeto actuó o no en estado de emoción violenta y si las circunstancias las hacían o no excusable.

Y aquí interesa destacar el intervalo de tiempo entre la emoción y la reacción, el medio empleado, la naturaleza del

sujeto y el conocimiento anterior que pudo haber tenido del hecho[6].

En lo relativo al intervalo de tiempo, conviene recordar la explicación dada al hablar de premeditación. Podríamos decir que estamos ante la antítesis de la premeditación. Así como al tratarla mencionábamos las viejas legislaciones que fijaban determinados plazos para que se pudiera hablar de premeditación (6 horas según la bula del papa Clemente VII; 12 horas en el Código de Nápoles de 1808; 24 horas en el Código del Brasil del año 1831; etc.), aquí se plantea una situación de hecho: ¿qué plazo debe trascurrir entre la emoción y la reacción? ¿Deben ser ambos simultáneos? ¿Deben coexistir? Todo depende de cómo se reacciona, de qué emoción se ha recibido, porque naturalmente cuanto mayor sea ella, más durarán sus efectos. De modo que habrá más posibilidad de poder actuar emocionado. No se puede exigir de ningún modo la simultaneidad. No se puede exigir al marido agraviado que proceda en el mismo momento del adulterio. A veces puede obrarse durante, y otras veces después del acto provocador.

Eso no quita a la reacción su condición de excusable. Por lo mismo debe concederse al hecho una elasticidad que el magistrado tendrá que apreciar en cada caso. Así, la justicia no ha admitido la reacción del sujeto cuando la incidencia fue por la mañana y aquél encontró y agredió a la víctima por la tarde. Ni tampoco cuando el incidente ha sido en un almacén y la reacción se produce en el camino de regreso. Ni cuando son dos hermanos, que al tener conocimiento de que la hermana ha sido raptada, se dirigen de Córdoba a Buenos Aires a buscar el raptor, que era el tío, y le dan muerte.

En cambio, se ha admitido la atenuante en el caso del arriero que con un joven peón conducía ganado; por la noche, al disponerse a descansar, el mayor se aproximó al muchacho con el cuchillo en la mano, impidiéndole toda resistencia, y lo violó. La víctima guardó su afrenta, esperó que el otro se durmiera, y entonces lo acribilló a puñaladas.

[6] Soler, ob. cit., t. III, ps. 71 y ss.

Pues todo depende de la naturaleza del sujeto, del agravio inferido y de la posibilidad que tenga de desencadenar su emoción. Porque muchas veces ésta no se puede desencadenar de inmediato. Es preciso en ciertas ocasiones esperar el momento más propicio, como en el ejemplo citado. Por eso el plazo resulta un factor muy elástico. Lo que interesa es que el sujeto obre bajo los efectos de la emoción, del *raptus* emotivo, dominado por el "huracán psicológico", como dicen los positivistas, que avasalla la conciencia e inhibe la voluntad. Sin admitirse el cálculo o propósito premeditado, no es menester la simultaneidad entre la ofensa y la reacción.

Por eso, frente a algunos autores que conceden al factor "tiempo" un papel decisivo, ya que si no hay coincidencia o inmediatez entre la emoción y la reacción, niegan la aplicación de la atenuante, hay otros que le dan a ese factor un valor sólo relativo, considerándolo subordinado al proceso emocional en el cual se inscribe y del que sólo representa una modalidad operativa[7].

En cuanto al medio empleado, destaca Soler que casi siempre, por el estado de emoción, el sujeto no busca medios complicados ni maneras complejas de dar muerte. Se obra súbitamente, sin tiempo para organizar ni preparar el delito. Pero eso no quiere decir que el modo de consumar el hecho no pueda ser brutal. Precisamente por el súbito furor se dan muchas veces varias puñaladas o hachazos que demuestran la descarga de la emoción del sujeto.

El temperamento del individuo también es fundamental. Por él se sabrá si ha obrado en estado de emoción violenta o no. Si es un individuo sereno quizá no podrá hablarse de un homicidio en estado de emoción violenta. Como el caso de aquel que contaba con toda tranquilidad el cometido fríamente en la persona de dos indios que le habían robado mercaderías. Evidentemente, no hubo en el caso emoción violenta.

Y tampoco esta atenuante es una ventaja que se concede en favor de los intemperantes, iracundos o hiperemotivos, aunque tales temperamentos no dejen de ser un elemento de

[7] Vicente P. Cabello, *Reacciones diferidas en los delitos por emoción violenta*, "D.L.L.", 25 oct. 1962.

gran valor a los efectos de comprender el estado de emoción violenta en esos sujetos, ni nada impide que éste les sea aceptado.

También es interesante saber qué conocimiento anterior al hecho puede tener del mismo el autor, pues el factor sorpresa juega aquí un papel fundamental. A veces, antes de reaccionar, el individuo ha sospechado el agravio o la ofensa. Pero debe admitírsele el derecho a comprobarlos previamente, y si lo hace, no puede afirmarse que no obró con emoción violenta. Si en cuanto posee las pruebas procede, debe aceptarse este estado.

Por eso debemos recordar lo que hemos dicho anteriormente. A veces la provocación viene a actuar sobre una pasión que ya ha trabajado en su espíritu al sujeto, y ese agravio es la gota de agua que rebalsa el vaso, es la que lo hace reaccionar, trasformando la pasión en emoción.

En cambio no podrá alegar la atenuante aquel individuo que conociendo el adulterio, finge salir, para regresar y sorprender a su esposa. Obrará por despecho o por venganza —relativamente justificable si se quiere—, pero no en estado de emoción violenta.

Lo que interesa, pues, es que se obre bajo el estado emotivo.

Además, el magistrado debe tener en cuenta que el individuo puede sufrir en su espíritu un efecto distinto, según que el agente externo provoque en él una depresión o lo impulse a la acción. Cuando el agravio deprime, el sujeto queda en actitud pasiva o casi siempre se vuelve contra sí mismo, lo que se traduce en el suicidio, mientras que cuando la reacción externa incita al sujeto a obrar, lo hace dominado por la ira, por la venganza, por la afrenta recibida, y entonces nos encontramos frente a un sujeto con una reacción dinámica y no depresiva.

Casi siempre en este terreno los factores que impulsan a la emoción violenta, provienen de dos fuentes: el ímpetu de ira y el justo dolor, como se llaman desde tiempo atrás. El ímpetu de ira es la llamada provocación en nuestro viejo Código Penal, que tenía sanción de tres años de prisión. Esa

provocación —como dice Carrara— es personal; se dirige al sujeto que reacciona y puede ser de obra, de hecho, de palabra o verbal y escrita. La provocación juega aquí el mismo rol que la agresión en la legítima defensa. Prácticamente, hay una provocación en la legítima defensa, como la hay en la emoción violenta. Es elemento común de ambas y se afirma que aquellas circunstancias que no permiten encuadrar el hecho en la legítima defensa, pueden tener cabida en la emoción violenta[8]. Al hablar de la provocación estamos ya ante las circunstancias que hacen excusable el hecho.

Decíamos que el juzgador debe considerar en la provocación una serie de factores, lo mismo que en la otra causal, la del justo dolor, factores que comprenden las circunstancias de modo, tiempo y lugar y el estudio de las personas, el agraviante y el agraviado, o sea el provocador y el provocado. Una broma, una futileza, un simple chiste, no puede considerarse siempre una provocación que las circunstancias hacen excusable, pues todo depende del lugar en que esa broma se hace, de la persona a quien va dirigida y de la persona que la dirige.

Por ejemplo, no aceptar beber en la ciudad no es ninguna ofensa, pero puede serlo en la campaña; como puede serlo no aceptar el mate que se ofrece como prenda de amistad a la visita. Un insulto dicho en la campaña puede resultar risible, y pronunciado en un salón puede ser una grave injuria. Ese insulto, entre gente sin educación, puede ser casi diariamente intercalado en las conversaciones normales, pero entre otra clase de personas puede ser la provocación exigida o requerida por la ley para justificar el estado de emoción. Por ello, toda esa serie de factores: modo, tiempo, lugar, sujeto activo y sujeto pasivo, son fundamentales y deben analizarse en cada caso, para ver si la causal constituye o no provocación suficiente, y, por lo tanto, si se puede o no encuadrar el caso en el estado de emoción violenta.

En cuanto a la otra circunstancia, el justo dolor, dice Carrara que es aquella que se dirige, no hacia la persona

[8] Gerardo Peña Guzmán, *El delito de homicidio emocional*, Tucumán 1943.

que reacciona, sino hacia los seres que son objeto de sus afectos. Es ocasionado por el caso típico del ilegítimo concúbito, el adulterio sorprendido por el marido o por el hecho de encontrar el padre o hermano a la hija o a la hermana yaciendo con un tercero[9]. En realidad, Peña Guzmán sostiene que mientras no hay acuerdo en materia de afecto o cariño, no se puede pretender la fidelidad ni tampoco se puede exigir la correspondencia del amor. No habría entonces circunstancia excusable en el caso de la mujer que mata por despecho, porque el hombre no quiere casarse con ella. Pero una vez que se forma la pareja, surge ya una obligación de fidelidad por dos razones: una, interna e inmediata, que es la correspondencia del cariño, y otra externa, que nosotros llamaríamos *más bien social, pues el olvido de esa fidelidad implica* para el traicionado el ridículo y el descrédito social. Hay entonces un doble motivo, que obliga a esa fidelidad y a esa correspondencia, que son superiores cuando la pareja se ha integrado conforme a las leyes, o sea, que se ha constituído en matrimonio, y son menores cuando vive en concubinato, el que no obstante, a nuestro juicio, siempre exige la correspondencia de fidelidad.

Así, no puede alegar emoción violenta el marido que sabe que su mujer lo traiciona y ejerce la prostitución (art. 561, Cód. Penal italiano), aunque en un momento determinado reaccione, pero sí podrá hacerlo, si simplemente sospecha, el día que tenga conocimiento cabal de la situación y reaccione, pues sospechar no es conocer[10].

Carrara señala que hasta los comienzos del siglo XVII no se admitía la vigilancia del marido a la mujer, como hecho previo al estado de emoción violenta, pero después del caso de Pedro Imbert, producido en Francia en 1604, se resolvió que ese derecho de vigilancia existía. Ya explicamos que no se requiere una mente en blanco: el sujeto puede tener conocimiento de parte de la verdad y sospecharla en todos sus alcances, y aun conocerla[11] y perdonar, después de lo cual,

[9] José Peco, *El uxoricidio por adulterio*, Buenos Aires, 1929.
[10] Altavilla, ob. cit., p. 143.
[11] "D.J.A.", nº 4035, 3 nov. 1949.

ante un nuevo agravio, reacciona, pues de lo contrario, como se ha dicho en cierto fallo, se vería favorecido el que mata de primera intención al cónyuge infiel y perjudicado el que fue indulgente, movido por el cariño a los hijos y la consideración del hogar, que sin duda cuesta más conservar que destruír. En este caso, el autor conocía las ilícitas relaciones de su esposa, pero la mató cuando ésta le dijo que era otro el padre de la que creía su hija. Lo que sí puede ocurrir es que una nueva incidencia haga estallar un dolor adormecido o un estado pasional latente.

El problema de la emoción violenta exige entonces una íntima relación entre los hechos y las circunstancias que rodean al homicidio. No se puede afirmar en forma total que una simple reacción no es una provocación. En nuestros tribunales hubo un caso famoso, el de Ruffet[12], en que el autor mató a aquel que le acababa de ganar ante los estrados judiciales la tenencia de la hija, cuando el vencedor de la contienda lo miró dirigiéndole una sonrisa irónica. El problema que venía soportando el sujeto, la lucha que entablara ante la justicia para conservar a su hija, estalla, hace eclosión, cuando ve la sonrisa irónica del que acaba de quitársela, y eso determina el estallido incontenible de su emoción. Los tribunales aceptaron el estado de emoción violenta en un fallo muy comentado.

En realidad, recordemos que la ley admite la atenuante porque una cosa es matar cuando la víctima no ha dado motivo para la muerte, y otra cuando la víctima ha causado en alguna forma su propia muerte, ha provocado de alguna manera al matador.

El art. 82 del Código Penal presentaba un serio problema por su penalidad[13]; él se refería a los dos primeros casos contemplados —antes de la reforma de 1967— en el 81, es decir, al inc. 1, letras *a* y *b*, o sea, las circunstancias de atenuación de pena por emoción violenta y preterintención, cuando el hecho era cometido entre parientes. Si concurría alguna de las circunstancias de atenuación con la de agra-

[12] C.C.C., "G.F.", 1926, p. 49.

[13] Peco, *El uxoricidio por adulterio*, cit., y *El homicidio*, cit, ps. 55 y ss.

vación, la ley establecía una pena que iba de los 10 a los 25 años de reclusión o prisión, vale decir, superior a la del homicidio simple.

En la mayoría de los casos, el homicidio parental en estado de emoción violenta era castigado con el mínimo de la pena, 10 años. Esta realidad judicial nos estaba demostrando que ese mínimo era demasiado elevado, y por otro lado, que el máximo de 25 años era absolutamente innecesario. Porque si se condena con 25 años de prisión una muerte cometida en estado de emoción violenta, se da la sensación de que no se tiene mucha seguridad sobre su existencia.

La penalidad era exagerada, sobre todo si la comparamos con las antiguas legislaciones, inclusive con la nuestra, ya que tradicionalmente el hecho ha sido considerado exento de pena, porque casi siempre el homicidio en estado de emoción violenta entre parientes que se plantea, es por causa de adulterio; la sorpresa del adulterio es, por lo general, el motivo de la emoción violenta que tenemos en la realidad judicial. Así, por ejemplo, la ley italiana, que comprende al cónyuge, padres y hermanos, le impone reclusión de 3 a 7 años (art. 587).

Adviértase las incongruencias que podía plantear esta penalidad del art. 82. Si se mataba al cómplice de la adúltera, la pena como mínimo era tan sólo de 3 años de prisión o 6 de reclusión; pero si se mataba a la esposa causante del adulterio, que es la que en realidad debe fidelidad conyugal y mantener el buen nombre y honor del marido, la pena podía ser hasta de 25 años de prisión. Si el individuo reaccionaba ante el insulto de una bofetada, podía tener 3 años de prisión como máximo o 6 de reclusión, pero si reaccionaba en defensa de su honor ofendido, podía tener hasta 25 años de prisión y como mínimo 10. Si el hermano mataba a la hermana en defensa del honor familiar, por encontrarla yaciendo con un tercero, tenía una pena de 3 a 6 años de prisión o reclusión, respectivamente. Y cuando el concubino mataba a la concubina por emoción violenta, siendo esta mujer compañera de toda una vida, tenía como máximo, 3 años de prisión y 6 de reclusión; pero si mataba a la esposa, así sea

recién casada, a la que se sorprendió en ilegítimo concúbito, se tenía la pena tantas veces recordada de 10 a 25 años de prisión[14].

Todo esto llevaba a efectuar la crítica del art. 82, que hicimos en la anterior edición de esta obra, porque bastaba la casuística y ejemplificar un poco para que se pudiera afirmar la inutilidad e inconveniencia de una penalidad tan elevada, sobre todo si la realidad nos indica que casi todos los casos por emoción violenta entre parientes se producen por haber sorprendido uno al otro en ilegítimo concúbito.

La injusticia de tan elevada penalidad ha sido reparada con la reforma efectuada al Código en 1967, ya que el art. 81, inc. 1, tiene ahora este segundo párrafo: "En el caso del inc. 1 del art. 80 (homicidio calificado por el vínculo) u 80 bis, la pena será de dos a ocho años de prisión". Aquí el máximo es el mínimo del homicidio simple. O sea, que prevalece la atenuante de la emoción violenta sobre la agravante del parentesco o las otras agravantes del art. 80 bis.

Resta agregar que la víctima debe ser hallada colaborando en el ilegítimo concúbito y no ser ella víctima a su vez de una violación. Pero para eso, el marido debe darse cuenta que se la está forzando.

Ya hemos dicho que, según Soler[15], la única agravante que admite una posible atenuación en el homicidio, es la del parentesco, o sea, no es admisible la coexistencia de la emoción violenta con un homicidio cometido, por ejemplo, por medio del veneno.

Es más; el autor citado sostiene que basta la existencia de otras circunstancias de agravación, junto con la del parentesco, para que ya no pueda ser de aplicación la emoción violenta. Así, si un pariente mata a otro con veneno, en estado de emoción violenta, el hecho de emplear veneno elimina la posibilidad de atenuación de la pena; o sea, descarta la emoción violenta. Otra parte de la doctrina sostiene que todas las circunstancias calificativas de agravación pueden coexistir con la emoción violenta y siempre regirá la

14 Peco, *El homicidio*, cit., ps. 56 y ss.

15 Soler, ob. cit, t. III, ps. 27 y 84.

atenuante, pues tan sólo en el caso de parentesco se agrava la pena expresamente, conforme al art. 82, cuando hay emoción violenta.

Viene al caso como ejemplo, el de una mujer que se encontraba con el amante en una isla del Tigre y que era objeto de continuos insultos, menosprecios y malos tratos; desesperada, después de una incidencia con el amigo, en estado de emoción violenta, decidió echarle en la bebida cianuro que encontró a mano, y así lo mató.

El juez del crimen de la ciudad de La Plata, Dr. Cháneton, que tuvo a su cargo el asunto, optó por la atenuante, sin atenerse a la circunstancia de agravación, o sea, el empleo de veneno. Estamos de acuerdo con esta posición[16], porque nos parece que en el caso de duda debe estarse ante el elemento psicológico, que es el que ha impulsado al sujeto, que actuó con el primer medio que tuvo cerca. Él sólo desea dar muerte, sea o no una muerte calificada, porque en su *raptus* emotivo no puede distinguir; tiene que echar mano a lo primero que encuentra. Lo dice el propio Soler; el sujeto en estado de emoción violenta no puede elucubrar ni imaginar un medio o modo homicida complicado, pues actúa con cierto torpe automatismo; simplifica la acción[17]. No olvidemos que ese sujeto emocionado rompe sus frenos morales. Se produce una descarga interna que le disminuye la inteligencia, lo nubla, debilita su pensamiento y el control de sus acciones, por lo que aquél no puede obrar como un ser normal y elige el primer medio que encuentra. Si es un medio común, bien; y si es uno que implica una circunstancia agravante, no lo hace porque lo quiera así. Estamos en presencia de un ser que en ese momento es casi anormal. Por ello debe predominar el aspecto subjetivo sobre el medio o modo, que son objetivos.

La reforma de la ley 17.567 no ha sido consecuente en este punto, ya que si bien limita la concurrencia de la emoción violenta con el caso del homicidio calificado por el vínculo (art. 81, inc. 1, *in fine*), y con los del art. 80 bis, admite en

[16] Conforme, Altavilla, ob. cit., p. 129.
[17] Soler, ob. cit., t. III, p. 72.

cambio la concurrencia de la preterintención con cualquiera de las circunstancias de agravación del art. 80 (art. 82, segundo párrafo) y del 80 bis e incluso con la otra atenuante de la emoción violenta.

Sólo nos resta agregar que dado que la emoción violenta constituye un estado psíquico, o sea subjetivo, no se admite la comunicabilidad de esta atenuante. El ejemplo clásico es el de quien ofrece su revólver al individuo que encuentra a su mujer yaciendo en adulterio. Este tercer sujeto que facilita el homicidio no puede alegar la emoción violenta del autor del hecho.

JURISPRUDENCIA.

No constituye emoción violenta, ni el súbito furor, ni el propósito —aun inmediato al acto de provocación— de hacer expiar una afrenta.

Si el procesado ha buscado, calculada y voluntariamente, sorprender a su esposa en algún acto de infidelidad para hacerla expiar su falta, dándole muerte, no existe emoción violenta (C.C.C., "L.L.", t. 6, p. 468).

Si el procesado, que había perdonado el delito de adulterio en que sorprendió a su esposa pocos días antes, la busca para hacerle llegar recursos, y al encontrarla es objeto de insultos con epítetos denigrantes, dándole muerte en el acto, debe concluírse que reaccionó ante la injuria procaz, lo que caracteriza el estado de emoción violenta (Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 6, p. 703).

La humilde condición de los protagonistas no borra la magnitud de la injuria y debe admitirse que hubo emoción violenta en el homicidio del capataz realizado por el peón, cuando aquél le amenazó con azotes en presencia de sus compañeros de trabajo, ofensa *sine jure*, que produjo la reacción violenta y ocasional del reo, que alzó de la caja del carro que cargaba, una estaca de algarrobo para dar un garrotazo a la víctima que se acercaba a caballo (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 7, p. 209).

El miedo o temor infundado que motiva un homicidio, si bien no puede equipararse al temor totalmente inhibitorio que puede conducir a la inimputabilidad ni al exceso en la defensa a que lleva el espanto, no deja de ser una grave afección del ánimo que priva de los normales controles inhibitorios que, mediando circunstancias excusantes, atenúan poderosamente el homicidio (Cám. Apel. Rosario, "L.L.", t. 6, p. 843).

Para que exista emoción violenta a los efectos del art. 81, inc. 1, *a*, del Código Penal, es menester que el autor haya cometido el hecho en virtud de un estado especial de sus sentidos, al cual hubiera llegado por la impresión brusca y profunda de un suceso inesperado. Impresión que debe afectar la conciencia de un hombre en estado normal y que no existe tratándose de un ebrio (1ª instancia, firme, Jujuy, "L.L.", t. 19, p. 364).

La circunstancia de que el procesado no sea de constitución emotiva o hiperemotiva, no es suficiente para descartar el estado emocional en el homicidio que se le imputa.

Cabe la calificativa de homicidio, por emoción violenta, en un menor, de 14 años, que no obstante su temperamento no emotivo, reacciona violentamente llegando hasta el delito, al descubrir a la hermana en acceso carnal en el lecho del padre, con el amigo, a quien la familia había amparado en momento de necesidad (C.C.C., "Fallos", t. 1, p. 507).

No puede rechazarse la emoción violenta de un hombre bueno, trabajador, jefe solícito de su hogar, que mata a su esposa ante el espectáculo de su infidelidad. Tampoco falta el carácter ético por la circunstancia de que dejara llegar a su casa al sobrino sospechado y expulsado de ella; otra vez lo había amenazado y corrido sin éxito, y es explicable que deseara obtener pruebas claras de su traición para separarse de la madre de sus hijos, pero la crudeza del bochornoso episodio debió perturbarle en grado máximo. Si le hubiera interceptado el paso, nada habría probado ni nada hubiera impedido en el futuro, pues las circunstancias demuestran que su sobrino era recalcitrante violador del hogar de su tío y protector, y como éste y sus hijos tenían que salir diariamente

al campo, justo era el temor del agravio y burla en la ausencia (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 17, p. 364; "J.A.", t. 69, p. 291; "G.F.", t. 144, p. 235)

No es dable exigir a un individuo golpeado gratuitamente en distintas partes del cuerpo, con los efectos fisiopsíquicos de tal castigo, la misma reflexión del que contempla hechos pasados, sin el peligro del momento y con el ánimo aquietado. El homicidio cometido bajo las circunstancias expresadas en primer término se atenúa por mediar emoción violenta excusable (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 21, p. 874).

La exaltación provocada por la lucha aún exacerbada por la agresión inicial de la víctima, es el resultado del encono y la ira que mueve los contendientes a la riña y no puede admitirse como justificación moral del delito inspirado por el estado emocional que prevé el art. 81, inc. 1, del Cód. Penal (C.C.C., "Fallos", t. 1, p. 511).

Si el homicida sabía y admitía que su concubina mantuviera relaciones sexuales con otro hombre, no es admisible que su delito haya obedecido a móviles éticos capaces de producirle un estado de emoción violenta, al confirmarle aquélla el mantenimiento de esas relaciones (C.C.C., "Fallos", t. 1, p. 512).

Debe aceptarse que la acusada se hallaba en estado de emoción violenta al dar muerte a su esposo, cuando se trata de una menor de edad que lleva poco tiempo de casada, sufre malos tratos y vejaciones y tiene repugnancia a su marido, el que la golpea en el momento del hecho porque se niega a acostarse con él (C.C.C., "Fallos", t. 1, p. 483).

La negativa de la víctima de volver al lado de su marido —el uxoricida— y la actitud de aquélla al "salivar en su dirección" no puede de ninguna manera ser el motivo ético que permita invocar la atenuante calificativa de emoción violenta, cuando el acusado resulta ser un hombre que no sólo soportó de su mujer tremendos agravios al honor, que no conmovieron su conciencia, sino que hasta habían encontrado en él amplia tolerancia (Supr. Corte Buenos Aires, "L.L.",

t. 26, p. 771; "D.J.B.A.", 1942, t. I, p. 161; "J.A.", t. 1942-III, p. 52).

El estado de inconciencia no se aviene con la emoción pura, normal, aunque intensa. Para hallarlo se requiere la intervención simultánea de un factor patológico.

El Código actual no reconoce el derecho de matar y encaja en la emoción violenta excusable el homicidio perpetrado por el cónyuge que sorprende a su consorte en flagrante adulterio (Supr. Corte Tucumán, "Jurisprudencia de Tucumán", t. 15, p. 33).

Los insultos verbales de la víctima, concubina del reo, no justifican su reacción violenta, que no se apoya en motivos éticos sino en impulsos de ira (Supr. Corte Buenos Aires, "D.J.B.A.", 1942, t. II, p. 837).

Si el procesado relata los hechos con lucidez, suministrando los pormenores y antecedentes, aun de otros ocurridos con mucha anterioridad, no puede admitirse que existe el estado emocional excusable del art. 81, inc. 1, *a*, del Cód. Penal (Cám. Apel. Dolores, "D.J.B.A.", 1942, t. I, p. 604).

Es condición indispensable de la emoción violenta, que la ofensa y la vindicación sean inmediatas, pues uno de los motivos de la atenuación de la ley, es lo repentino de la acción, la falta de tiempo durante el cual pueden recobrar todo su imperio las facultades reflexivas (Cám. 2ª de Apel. Mercedes, "D.J.B.A.", 1942, t. I, p. 516).

No hay emoción violenta si la reacción no se presenta como provocada por el agravio recibido sino por otras causas (Supr. Corte Buenos Aires, "D.J.B.A.", 1942, t. I, p. 5).

Dos son las situaciones que pueden contemplarse en el estado pasional; una, la del delincuente por emoción súbita y aguda, y la otra, dentro de la categoría del homicidio pasional, se determina por el incentivo gradual de la pasión; pero sólo entra en el incentivo de una ley, cuando un acontecimiento, un hecho, de orden externo y de concurrencia inmediata anterior, concomitante con el acto delictuoso, origine en el agente la exacerbación que trabaja su ánimo, provocando incontenible el estallido y la descarga de esa energía contenida que, excediendo el poder de inhibición normal en el

individuo, lo arrastra al delito en un arrebato que anula totalmente ese poder. El trascurso del tiempo entre el primer conocimiento del agravio y la ejecución del delito, no siempre es un índice cierto para desestimar la emoción violenta (Cám. 3ª Crim. Córdoba, "L.L.", t. 30, p. 617).

El art. 81, inc. 1, del Cód. Penal contiene un elemento objetivo, material, matar a otro, que se traduce en un cambio del mundo exterior; el elemento subjetivo del tipo: "en estado de emoción violenta", que atañe al sujeto activo, ubicado en su espíritu, o sea, el estado de conciencia que da tono a la acción; a lo que se agrega un elemento normativo, que precisa un juicio valorativo jurídico, cultural: "que las circunstancias hicieren excusable" (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 31, p. 88).

Sin que corresponda establecer un esquema de las llamadas pasiones buenas y malas, hay que reconocer sus profundas diferencias en cada caso individual, estudiando los motivos específicos del acto delictuoso, por lo que, contemplando el caso excepcional de una personalidad estrechada entre el estigma y la conciencia, es justo imponerle el mínimo de pena en la tentativa de homicidio que realizó (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 31, p. 88).

Las circunstancias que hacen excusable la emoción violenta, son las que rodean a ésta, y no el homicidio cometido (Supr. Corte Buenos Aires, "D.J.B.A.", 1943, t. VI, p. 845; "J.A.", t. 1943-IV, p. 96).

Incurre en homicidio en estado de emoción violenta, quien al ser agredido a balazos por un asaltante nocturno, lucha con él hasta sujetarlo con ligaduras y luego, oyendo las quejas de su padre, herido desde el primer momento por el atacante, preso de súbito furor, aplica a éste una puñalada mortal (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 35, p. 103; "J.A.", t. 1943-III, p. 479).

No existe emoción violenta en la tentativa de homicidio cometida en la que mediaron las siguientes circunstancias: el acusado sentía una inclinación afectiva extraordinaria por la víctima, quien ejercía sobre su voluntad y sentimientos una gran influencia, hasta el punto de renegar de todas sus ideas;

trataba de inclinarlo al homosexualismo, requiriéndole continuamente se entregara a las prácticas invertidas; se sentía agraviado por esta conducta, pero también muy débil para resistir a la acción del amigo; los compañeros de trabajo interpretaron la situación como una efectiva inversión sexual y lo hicieron motivo de sus burlas hirientes; para desencadenarse del íncubo, le asaltó la idea de matar a quien consideraba autor de su desintegración moral y avisó tal propósito a sus propios compañeros, quienes lejos de disuadirle, pareció que le acuciaban con sus burlas hirientes; adquirió el arma, fue con ella al negocio y sin incitación seria inmediata de la víctima —sólo medió un gesto o un guiño— aprovechó que ésta se dio vuelta para conversar con alguien para disparar su revólver, hiriéndole gravemente (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 31, p. 88).

Un golpe de puño en plena lucha, no es bastante para originar un estado emocional (Corte Supr. Buenos Aires, "Fallos", 18, t. VII, p. 76; "D.J.B.A.", 1943, t. IV, p. 235).

El arrebato pasional por la negativa de la víctima a seguir teniendo relaciones con el prevenido, no puede constituír el motivo ético que autoriza encuadrar el caso dentro de la calificativa atenuante del art. 81, inc. 1, *a*, del Cód. Penal cuando las acciones de aquél constituían un permanente delito de adulterio, ya que la víctima era mujer casada que convivía con su esposo, aunque éste conociera y hasta consintiera tales relaciones. En cambio, tal sentimiento afectivo podría, según las circunstancias, justificar o atenuar la acción de un esposo o de un concubino, con quien se hubieran mantenido relaciones permanentes y exclusivas (Sup. Trib. Santa Fe, "L.L.", t. 36, p. 910).

No existe emoción violenta en el homicidio cometido por el procesado al verse burlado por su concubina en su propia casa. El impulso de ira o de dolor podrá ser idéntico en el caso del concubino defraudado o en el adulterio, pero las circunstancias del impulso no son iguales. La concubina no está ligada a su amante por un deber de fidelidad y esta libertad la conoce el concubino burlado. Además, la burla no incide sobre el honor del concubino, en tanto que es ruina

para el honor y la dignidad del esposo para la consideración social. (Este fallo fue confirmado por la Corte). (Cám. Fed. Bahía Blanca, "J.A.", t. 1945-I, p. 817).

Encuádrase en el inc. 1 del art. 81 del Cód. Penal, el homicidio que resulta del estallido incontenible de un estado emocional, provocado por la constante y agotadora vejación de la víctima, que comienza castigando al procesado en su misma casa y prosigue en la calle, donde le aguardaba, ultrajándolo en términos hondamente lesivos para su honor y asegurándole que en adelante su hogar estará bajo su voluntad y su jefe quedará, por tanto, subalternizado y escarnecido, en todo lo cual existe no sólo concurrencia de injurias graves, tanto de palabra como de hecho, sino también la manifestación de un designio inmoral que debía producir, como produjo, una reacción apoyada en motivos puramente éticos (C.C.C., "L.L.", t. 43, p. 330; "J.A.", t. 1946-II, p. 809; "G.F.", t. 183, p. 381).

Para el concepto legal, los impulsos éticos son tales cuando la conciencia social, el común consenso, así los considera. Esto y no deformaciones subjetivas y de complacencia para consigo mismo es lo que debe tenerse en cuenta si se quiere entrar en el campo jurídico del concepto de la emoción violenta (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 46, p. 439; "J.A.", t. 1947-II, p. 90; "G.F.", t. 188, p. 129).

A pesar de la excitación del reo, que se consideraba ofendido por la mujer, la emoción violenta invocada no puede considerarse, dada la forma baja y humillante con que demostró su venganza, lacerando principalmente los órganos genitales de la víctima (Supr. Corte Tucumán, "J.A.", t. 66, p. 1042).

La excusabilidad del estado emocional se excluye si el acusado, con su actitud anterior, contribuyó a crear la situación de hecho que desencadenó la reacción emocional (C.C. C., "Fallos", t. v, p. 176).

Una expresión injuriosa de poca entidad, pronunciada en el calor de una discusión, no excusa la reacción homicida, aun cuando ésta haya sido violenta y el acusado obrara en estado emocional. Tampoco la excusa el temor que pudieron inspi-

rarle al inculpado el mero tono amenazante de las palabras de la víctima (C.C.C., "Fallos", t. v, p. 180).

Para que exista emoción violenta se requieren móviles éticos capaces de determinar adecuadamente las reacciones de una conciencia normal, de manera tal que el hecho aparezca excusable y no solamente explicado por las circunstancias que mediaron para su producción (C.C.C., "Fallos", t. I, p. 510).

El miedo ante un peligro grave e inminente, perturba las facultades mentales y rompe los frenos inhibitorios, como puede hacerlo el furor o la ira ante una grave ofensa inferida al honor. En ambos casos el agente obra bajo el influjo de una emoción violenta. La intensidad del miedo a perder la vida que pudo determinar al sujeto a cometer el delito, es difícil de precisar y medir, porque depende de las condiciones personales del agredido y del grado de peligrosidad que se atribuye al agresor (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 7, p. 768).

En la figura del estado emocional, la excusa de la ley no es un homenaje al hecho de estar emocionado, conmovido o agitado, sino que lo que tiene poder de atenuación son las circunstancias motivantes. La ley no excusa al que se encuentra en circunstancias que determinan una emoción, sino al que es llevado al estado subjetivo de emoción por circunstancias que lo hagan excusable.

La emoción no excusa por sí, sino que tiene que ser excusada. Para buscar la excusa no debe partirse, pues, del estado emocional, sino llegarse a él, comenzando por el análisis de la situación objetiva. Cuando se trata de injurias proferidas por un anciano, pobre, manco, y con dedos amputados de la mano restante, la excusa emocional sólo podría admitirse si el procesado sólo hubiera respondido con una cachetada, no obstante el desequilibrio de la fuerza, pero nunca cuando ha contestado acometiendo furiosamente con una navaja de afeitar y ha producido dos grandes heridas.

También en las reacciones provocadas debe haber cierta proporción, pues si no se guarda esa medida de prudencia, se corre el riesgo, al juzgarse, de caer en un subjetivismo desenfrenado, ante el cual toda reacción emotiva es excusable (Cám. Apel. Rosario, Sala en lo Crim., "L.L.", t. 10, p. 728).

El agente de policía que hiere por exagerado temor al presunto autor de un desorden, mientras estaba en cama sin ofrecer resistencia, no puede alegar la excusa de emoción violenta (art. 81, inc. 1, *a*, del Cód. Penal), dado que el policía que supuso la intención de la víctima de sacar armas, debe mantenerse sereno, según se desprende de los reglamentos de la institución, y, además, no media conmoción sorpresiva por un hecho inesperado, que priva del control inhibitorio (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 18, p. 992).

Se halla en estado emocional que atenúa las consecuencias legales del hecho cometido, el que "temblando de miedo" por inducir que iba a ser víctima de una agresión ilegítima, semejante a las que antes había soportado de manos del occiso, dispara contra éste el arma, hiriéndolo de muerte (C. C.C., causa nº 9010, 29 abril 1952).

No es excusable la conducta del que entregado con frenesí a una pasión ilegal, mata a la que era objeto de ella, por la sola razón de que la víctima pretendía romper la ilícita vinculación. La emoción, para ser excusable, debe estar unida a un súbito estallido emocional que inhiba los controles volitivos y morales, constituídos por un violento impacto de un justo dolor, un lacerante agravio a la dignidad, pero no hay la emoción violenta en un iracundo o un sádico (C.C.C., causa nº 2859, 30 junio 1953).

Una de las circunstancias o hechos que caracterizan la perturbación de la conciencia, es la amnesia posterior respecto a los hechos ejecutados (Cám. Apel. Dolores, "D.J.B.A.", 1942, t. 1, p. 557).

En la causa nº 3958 del Juzgado letra B, Secretaría nº 22, aceptamos la atenuante en favor de una persona que mató a su novia, con la que a los pocos días iba a contraer enlace, después de lo cual intentó suicidarse, en virtud de que aquélla le manifestó repentinamente que tenía otro hombre y que no se pensaba casar con él. Consideramos que al formarse la pareja surgía la exigencia de fidelidad, aun en el concubinato, pues también en éste estaba en juego la honra sexual. Las partes eran novios desde hacía años y las manifestaciones de la víctima produjeron en el victimario un estallido emo-

cional que lo movió a matarla, dado que el estímulo fue poderoso y provocó un justo dolor, es decir, una perturbación psicológica, que anuló la inteligencia y libertad de acción. Hubo en el caso pasión desbordante, furia y reacción instantánea, características todas de la emoción violenta. El fallo fue confirmado por la Cámara.

No juega la atenuante de emoción violenta si pese a la conducta precedente de la víctima respecto de la hija del imputado, éste no aparece obrando en el hecho como consecuencia de un súbito arrebato, que perturbando su conciencia y su voluntad le hiciera perder el control de sus actos (C.C.C., 24 nov. 1961, "D.L.L.", 5 mayo 1962).

En la emoción violenta no es la situación a que llegó el procesado lo que atenúa el hecho sino las causas que la determinaron las que deben apreciarse para justificar la conducta del sujeto.

Para la justificación en la emoción violenta es necesaria la presencia en el detonante de un algo de ética o de un todo de lícito (C.C.C., 13 abril 1962, "D.J.A.", 30 agosto 1962).

Cabe destacar la atenuante de la emoción violenta si el acusado hace un relato circunstanciado del hecho, lo que indica que no sufrió una grave perturbación de su conciencia que le impidiera el normal juego de los frenos inhibitorios de su voluntad (Cám. Crim. Bahía Blanca, 24 oct. 1961, "D.J.A.", 2 nov. 1962).

Con la emoción violenta que configura la figura atenuada específica del delito no se otorga un privilegio a los sujetos accesibles a la cólera, ni la excusa de la ley es un homenaje al simple hecho de estar emocionado, conmovido o agitado, o al despechado, sino del que es llevado al estado subjetivo de emoción violenta por circunstancias que la hacen excusable, dado que la emoción no excusa por sí, sino que a su vez tiene que ser excusada ella misma por algo distinto y para buscar la excusa no debe partirse del estado emocional, sino llegarse a él comenzando por el análisis de la situación objetiva.

Es característica de la emoción violenta excusable el que ella se desencadena por el obrar súbito del factor que la

provoca, que por sorpresivo aparece inesperadamente, sin excluírse el que estalle sobre un fondo efectivamente predispuesto por situaciones vitales preexistentes. Debe mediar entonces una provocación por parte de la víctima y esta provocación ser la causa desencadenante del estado de emoción —ofensas o injurias graves al sujeto en el obrar de la víctima— de inusitada intensidad como para desencadenar el estado de perturbación excusable, o sea, de provocar un verdadero *shock* en el ánimo del hombre normal y el inmediato obrar incontenible (Cám. Crim. Concepción del Uruguay, 31 julio 1957).

Debe admitirse la emoción violenta, aun cuando el autor conociera la infidelidad de su concubina —a quien perdonó por el gran cariño que le profesaba—, si la nombrada reincidió en tal proceder momentos antes del hecho, lo que tiene que haber repercutido en el ánimo del procesado al sentirse víctima de una tragedia amorosa, estado que hizo crisis emocional cuando la mujer, luego de contestarle violentamente a sus justas recriminaciones, lo agredió ilegítimamente con una silla, perdiendo el acusado el control de sus frenos inhibitorios (Cám. Crim. Tucumán, 28 dic. 1956).

A pesar de que el acusado haya conocido efectivamente la infidelidad de su mujer, debe considerarse que al percibir con sus ojos una nueva manifestación de esa infidelidad, al verla en compañía de un hombre en horas de la noche, ello haya provocado en él —psíquicamente predispuesto—, según referencias de autos, un estado de emoción violenta que lo impulsó a la agresión de quien lo agraviaba en sus legítimos sentimientos, al mismo tiempo que afectaba el control de su impulso (C.C.C., 24 mayo 1966, "D.L.L.", 29 set. 1966).

No basta la sola invocación del reo de que hubo motivaciones suficientes que lo impulsaron a su reacción homicida para que juegue la atenuante de emoción violenta, sino que es preciso también que las circunstancias que rodearon al hecho demuestren inequívocamente que obró con profunda perturbación de su conciencia que le impidió controlar los frenos inhibitorios de su voluntad.

Si el procesado estuvo separado de su esposa desde dos

años atrás sin haber intentado reconciliarse, el haberla visto en situación amorosa con quien la frecuentaba, es circunstancia que no puede haberlo conmovido en tal forma como para originar una eclosión emotiva súbita e incontrolada que caracteriza la emoción violenta.

El relato claro, pormenorizado, preciso y coherente de los hechos por parte del acusado es incompatible con el estado emocional que contempla el art. 81, inc. 1, *a*, del Cód. Penal (Cám. Crim. Tucumán, 12 febr. 1961, "D.L.L.", 29 enero 1962).

El criterio rector de la excusación de la emoción no es el de la moralidad, sino el de la justificación, pues la emoción debe responder a una causa provocadora eficiente y respecto de la cual el autor debe ser inculpable.

El homicidio emocional requiere la existencia de un hecho sorpresivo, súbito, que conmueva una conciencia normal y haga perder al sujeto exaltado, o por mejor decir, emocionado, los frenos inhibitorios de la voluntad (Corte Just. Salta, 3 junio 1965, "D.J.A.", 12 nov. 1965).

No es suficiente que el sujeto haya estado emocionado, sino que es necesario que la descarga emotiva coincida con la ejecución misma del hecho, es decir, que se encuentre emocionado mientras lo realiza, porque la excusa radica en que por la emoción haya perdido el pleno dominio de sus facultades o frenos inhibitorios al extremo de impedirle comprender la criminalidad del acto o comprender sus acciones, como lo exige el art. 34, inc. 1, Cód. Penal.

Para aceptar la excusa emocional tiene importancia casi fundamental que la situación a enfrentar por el sujeto revista para él un carácter completamente sorpresivo, así como también que se dé al mismo tiempo que aquélla (C.C.C., 14 abril 1961, "D.L.L.", 3 agosto 1961).

Si el hecho fue precedido por una discusión previa, que autoriza a pensar que existió en el autor un proceso elaboratorio de la acción, resulta inaceptable el estado de emoción violenta excusable (Cám. Crim. Tucumán, 6 marzo 1961, "D.L.L.", 29 enero 1963).

Los agravios reiterados, graves y groseros, son capaces de

atenuar la conducta homicida y hacer aplicable la atenuante de emoción violenta, aun cuando provengan del cónyuge, pues por esta circunstancia son susceptibles de una mayor repercusión espiritual y emocional (Cám. Crim. Tucumán, 1 abril 1960).

Para que la emoción sea excusable debe mediar proporcionalidad entre el acto provocante y la reacción (Supr. Corte de Buenos Aires, 23 dic. 1958; ídem, Cám. Crim. Tucumán, 8 junio 1959).

No puede admitirse la emoción violenta si al prestar declaración indagatoria el procesado relata pormenores del hecho que revelan la plena conciencia con que actuó, aunque pudiera hallarse muy excitado.

Para que la emoción violenta constituya atenuante es menester que se produzca en el momento mismo del hecho; la que pueda producirse más tarde, como consecuencia del hecho ya realizado, carece de influencia (Supr. Corte Buenos Aires, 8 nov. 1960).

La emoción violenta puede consistir en una perturbación psíquica o irritación del ánimo, y como todo proceso de la psiquis que carece de corporalidad exterior, su prueba es dificultosa; por ello, el juez no sólo debe tener presente los síntomas característicos, sino también la conducta precedente, concomitante y *post facto*, las causas para delinquir y demás circunstancias del hecho (Sup. Trib. La Rioja, 18 agosto 1959, "D.J.A.", 1 dic. 1960).

La emoción violenta, sea inmediata al estímulo que la provoca, sea retardada o diferida, importa siempre, en términos del art. 81, inc. 1, *a*, una perturbación del equilibrio psíquico, con la consiguiente inhibición, siquiera parcial, del intelecto y de la voluntad. Cuando la empresa criminal es un acto deliberado y libremente resuelto por el agente, aun cuando lo fuere para liberarse y bajo el influjo de los sufrimientos y vejámenes que le imponía la víctima, no cabe estimar concurrente el estado violentamente emotivo, susceptible de eliminar la culpabilidad de la conducta (C.C.C., 23 dic. 1957, "D.L.L.", 11 enero 1959).

Configura el delito de homicidio en estado de emoción

violenta, la acción del acusado que da muerte a su amigo que en altas horas de la noche y en paños menores golpeó la puerta de la habitación en que reposaba el prevenido en compañía de su concubina, y que al ser interpelado no pudo explicar lo que hacía o se proponía (Cám. Fed. Resistencia, 14 julio 1960, "D.L.L.", 28 abril 1962).

La discontinuidad demasiado prolongada entre el hecho provocante inmediato que le permitió serenarse y la reacción homicida del procesado, descarta el estado emocional, máxime por haber realizado aquél durante ese lapso, actos no compatibles con las actitudes torpes y desordenadas de la emoción violenta (Cám. Crim. Tucumán, 11 junio 1958, "D.L.L.", 30 set. 1959).

La emoción a que se refiere el art. 81, inc. 1, *a*, no excusa por sí misma sino que debe ser excusada a su vez por las circunstancias de hecho que la rodean, ya que, precisamente, esa excusabilidad depende de la justificación causal, subjetiva y objetiva, de la emoción.

El factor sorpresivo o el lapso entre la causa provocadora y la reacción delictiva no pueden computarse siempre como elementos esenciales y constitutivos de la emoción violenta (C.C.C., 7 febr. 1961, "D.J.A.", 21 abril 1961).

Comete homicidio con atenuante de emoción violenta el procesado que encontrando a su mujer en brazos de otro, le pide explicaciones y por único resultado recibe insultos y provocaciones por parte del acompañante de su esposa, que lo llevan a dar muerte a éste (C.C.C., 27 oct. 1967, "D.L.L.", 24 enero 1968).

La compra del arma poco antes del hecho, la actitud serena y hasta amable observada con las víctimas hasta el momento mismo de la agresión y el relato efectuado instantes después de cometida ella, exponiendo en forma circunstanciada los motivos de su accionar, son pautas concluyentes que indican la imposibilidad de que el agente se dejara arrastrar por un impulso emocional susceptible de ser considerado violento y satisfacer, en ese aspecto, las exigencias legales de la figura privilegiada del art. 81, inc. 1, *a* (C.C.C., 31 mayo 1968, "D.L.L.", 2 dic. 1968).

El relato del procesado de lo acontecido, claro, preciso, coordinado, sin lagunas mentales reveladoras de un *raptus* emotivo que afectó la nitidez de la memoria, hace presumir que en el momento del hecho actuó con control y dominio de las facultades mentales.

Si el homicidio no aparece como una reacción adecuada a una gravísima ofensa que hiere gratuitamente los más íntimos sentimientos del ser humano, sino inspirado por propósito vengativo, resulta inconciliable con la emoción violenta excusable (Cám. Pen. Tucumán, 24 marzo 1966).

La sorpresa no es un requisito de la emoción violenta, pues ésta no excluye la posibilidad de que un estado más o menos durable o anterior posibilite la reacción emotiva siempre que en el momento mismo del hecho concurra un factor desencadenante (Supr. Corte Buenos Aires, 27 nov. 1962, "D.J.A.", 28 marzo 1963).

La emoción violenta es inconciliable con la premeditación y resolución del crimen (Cám. Crim. Tucumán, 26 marzo 1962).

No puede aceptarse el estado de emoción violenta excusable, cuando el hecho en que se funda no puede ser creído y es desmentido por la prueba de autos, a lo que se agrega que durante los tres días anteriores el acusado merodeó por el domicilio de la esposa, de la que estaba separado (Cám. Crim. Tucumán, 14 febr. 1962).

Debe aceptarse la calificación de homicidio en estado de emoción violenta excusable para la muerte de la esposa por el marido al ser sorprendida en los brazos de otro hombre en actitud deshonesta, ya que la conducta de la occisa afectaba a la honra sexual fundada en la fidelidad de los esposos.

La conducta incorrecta y ofensiva de la esposa violatoria de la fidelidad del matrimonio, derechos y deberes impuestos por la ley civil y reprimida por la penal, forman parte del respeto y decoro personales que sirven para valorar excusable el estado emocional.

La intensidad de la emoción debe aceptarse si se mata en el instante de la ofensa de infidelidad conyugal e inmedia-

tamente a una lucha sostenida con el amante de la esposa (Cám. Crim. Tucumán, 20 nov. 1961).

Quien disparó contra un grupo de personas matando a tres e hiriendo a las restantes, no se encuentra en estado de emoción violenta si no ha presenciado el cuadro que vio su hermano al llegar a su casa y sólo lo conoció por referencia del último, pues aun cuando se haya concluído que su hermano se encontraba en estado de emoción violenta, esta atenuante es incomunicable (Cám. Crim. Mercedes, 17 set. 1963, "D.J.A.", 26 febr. 1964).

La excusabilidad de la emoción violenta supone su justificación desde un triple punto de vista: causal, subjetivo y objetivo.

Es necesario que la causa desencadenante de la emoción sea de suficiente relevancia como para mover la reacción traducida en la conducta que quiebra la norma jurídica.

Ni desde un punto de vista subjetivo u objetivo puede encuadrarse en la causal de emoción violenta la acción del sujeto que al verse descubierto en sus ilícitas relaciones con una mujer casada —que impuso a su esposo este hecho— ataca a ésta con un cuchillo dándole muerte (Sup. Trib. La Pampa, 9 set. 1964, "D.J.A.", 27 oct. 1964).

No existe emoción violenta que las circunstancias hagan excusable si el sujeto obró impulsado por un resentimiento hacia la víctima, estado anímico que aunque movido por motivos éticos, es de vieja data, lo que resta vehemencia actual que impida el control de la razón y de los frenos morales inhibitorios (C.C.C., 4 abril 1961, "E.D.", 29 marzo 1962).

Ha consumado homicidio emocional quien mata a su esposa al sorprenderla con su amante en una casilla abandonada, cuyo único mobiliario es una cama, si no obstante no estar desprevenido sobre esta traición, al tener la vivencia misma de la infidelidad ha experimentado un violento impacto emocional, constituyendo circunstancia excusante el hallazgo de su esposa en esas condiciones, máxime cuando la tolerancia habida antes en relación a la conducta de su cónyuge, lo fue en aras de la integridad del hogar y el bienestar de la prole, con el propósito de que retorne al buen camino.

En el delito emocional son dos las indagaciones que ha de practicar el juez para adquirir un conocimiento cabal de la situación, constituyendo la primera la realizada en el campo de los fenómenos naturales, con el fin de establecer con certeza razonable si en el momento de cometer el delito el sujeto se hallaba violentamente emocionado; mientras que la segunda será una valoración normativa de las circunstancias, con el objeto de decidir si éstas hacen que la susodicha emoción violenta sea excusable (Cám. Pen. Mercedes, 21 julio 1964, "D.J.A.", 25 agosto 1964).

El tiempo trascurrido entre el hecho que se invoca como desencadenante de la emoción violenta y el homicidio (tres horas), y el recuerdo preciso de todos sus movimientos durante ese lapso, excluye la concurrencia de aquella atenuante calificada (Supr. Corte Buenos Aires, 22 oct. 1962, "D.J.A.", 14 enero 1963).

La emoción violenta requiere que las circunstancias la hagan excusable, y ello es inaceptable cuando se obra con ira, en reacción desproporcionada y no en ímpetu de justo dolor.

Las injurias para ser consideradas como causantes de un estado emocional, deben ser apreciadas conforme a las condiciones y situación personal de los protagonistas.

No puede hablarse de estado de inconciencia ni tampoco de obnubilación total patológica de origen emotivo, porque para que ésta tenga lugar, a igual que la primera, requiere también un estado de amnesia (C.C.C., 30 agosto 1968).

No puede ampararse en la figura privilegiada de la emoción violenta quien con relativa anterioridad al acto homicida ya habría manifestado que eliminaría a su esposa si no se reintegraba al hogar (Cám. Fed. Bahía Blanca, 3 set. 1968, "D.J.A.", 22 enero 1969).

La conducta del homicida, quien continúa disparando sobre el cuerpo inanimado del occiso, es demostrativa de por sí del *raptus* emocional que impulsaba al agente. La ira que no excusa es la que tiene su origen en la propia conducta del agente, pero cuando es generada por una conducta generadora eficiente de la que es ajeno, configura el más típico estado emocional, justificante de la pena atenuada. No es

obstáculo para ello que el procesado haya estado tranquilo momentos antes del hecho y luego del mismo, puesto que el estado emocional debe existir en el momento de cometerse el delito (Cám. Crim. y Com. Córdoba, 25 junio 1968, "D.J.A.", 16 mayo 1969).

El haber conocido y tolerado las relaciones de su amante con otro hombre y el desamor de ésta, no obsta a que a la postre el acusado reaccionara por celos, venganza, ira o propósitos de que la mujer expiara el insulto inferido; pero este estado de ánimo, común a todo delito pasional, no es comparable al justo dolor de quien confirma sospechas y advierte la inutilidad de su tolerancia.

No puede alegarse el estado emocional, si no hubo ofuscación del acusado que le hiciera perder la noción de sus actos, no hubo descarga emotiva ni brusca alteración de la afectividad, ni oscurecimiento de la conciencia, ni reacciones automáticas, en las cuales poco cuentan las representaciones conscientes (C.C.C., 29 oct. 1968, "D.L.L.", 4 junio 1969).

El homicidio puede encuadrarse en la atenuante de la emoción violenta, aun cuando se lo haya cometido mediante una puñalada por la espalda durante un procedimiento judicial motivado por el juicio de divorcio entablado entre víctima y victimario, si de la prueba aportada surge en forma inequívoca que la víctima mantenía relaciones íntimas con otro hombre y que de ello tenía conocimiento el homicida, lo que le produjo un desequilibrio mental que relajó sus frenos inhibitorios (Cám. 1ª Crim. Salta, 6 dic. 1968, "D.J.A.", 6 agosto 1969).

La reflexión en el actuar es inconciliable con un estado emocional súbito y obnubilante; la actitud reflexiva degrada y empaña la emoción violenta. La venganza, los celos, el odio, son sentimientos que la ley no ampara (Cám. 1ª Penal Tucumán, 18 nov. 1968, "D.J.A.", 2 oct. 1969).

La emoción violenta del homicida, para tener efectos atenuantes, debe existir en el alma del agente durante la ejecución del hecho, y son por ello las circunstancias que lo han rodeado en forma directa e inmediata las que deben ser

consideradas en primer término para inferir, en virtud de ellas, la concurrencia o no de aquel particular estado subjetivo del autor.

No ha obrado con emoción violenta el homicida que sigue el automóvil de su víctima en su propio vehículo hasta dentro de un taller mecánico, la toma de un brazo haciéndola dar vuelta y a empujones la hace retroceder hasta un paredón lindero, después de lo cual empuña un revólver, y cuando el occiso levanta los brazos en actitud imploratoria, lo ultima de dos balazos.

Las sospechas anteriores al hecho y no probadas que el homicida habría tenido con respecto a la conducta del occiso con su hija, y la angustia posterior al hecho cometido revelada por la pericia, no configuran emoción violenta (Trib. Sup. Córdoba, 1 oct. 1969, "D.L.L.", 13 febrero 1970).

No puede alegar emoción violenta quien luego de cometido el hecho relata de manera clara, precisa, pormenorizada y coherente detalles anteriores, concomitantes y posteriores al acto incriminado; describe con lujo de detalles la causal y dónde, cómo y por qué cumplió el acto, y no se observa defecto psicomotriz, ni obnubilación, ni hipomnesia, ni amnesia lacunar, ni falta alguna de posición judicativa, ni antes ni durante ni después de infringir la ley penal.

La emoción violenta pasional no ha sido admitida en nuestra legislación penal ni como eximente de pena ni como atenuante (Cám. 1ª Penal San Isidro, 21 abril 1970, "D.L.L.", 27 agosto 1970).

El conocimiento de que sus hijos eran homosexuales pasivos, junto a las pullas que con ese motivo le hacían los vecinos, aumentó un estado de perturbación que tuvo eclosión al encontrarse frente a quien consideraba uno de los presuntos o auténticos corruptores y que rodean de circunstancias excusantes la actitud homicida del acusado (C.C.C., sala de cámara, 7 abril 1972, "D.L.L.", 4 oct. 1972).

Es inaceptable la atenuante de emoción violenta excusable, si ni de la indagatoria del procesado ni de ningún otro elemento de juicio, se advierte en el agente un estado de agitación espiritual tan profundo que haya podido debilitar

su capacidad inhibitoria, haciéndole perder el control de su voluntad.

La emoción violenta excusable es incompatible con la actitud de quien acepta un desafío utilizando arma mortífera, o persigue a su rival dispuesto a trabarse en pelea (Cám. 1ª Penal Tucumán, 15 mayo 1972).

Si el acusado es un hiperemotivo que venía siendo sometido a un estado de tensión ansiosa que obligó a su tratamiento y es un impulsivo que trata de dominarse sin conseguirlo, y porque conforme al sentido común puede suponerse cuál sería su estado de ánimo ante la posibilidad de concretarse la enajenación de sus bienes que trata de impedir en medio de una discusión violenta y desconsiderada para con su persona y sus sentimientos, no debe descartarse la existencia de una conmoción profunda que dio lugar a un estado de emoción violenta que las circunstancias hacen excusable (C. C.C., sala de cámara, 14 junio 1972).

El problema acerca de la realidad de la emoción violenta y el de su excusabilidad no es materia en la cual el juez deba ceñirse a la opinión de los peritos médicos, como si se tratara de algún morbo causante de inimputabilidad; no se duda, en estos casos, que el imputado actúa consciente y responsablemente y debe responder de un delito cometido con dolo, sino que se trata de saber si medió excusable disminución —no carencia— de la facultad de dirigir sus acciones. Los médicos, en tales supuestos, sólo pueden, a lo sumo, asesorar al magistrado sobre la presencia de alguna base constitucional que acentúe en forma particular la probabilidad de un estallido emocional que, en todo caso, es posible como fenómeno nada patológico en el más normal de los sujetos.

Nuestra ley no limita la naturaleza de los hechos que pueden constituír la causa del estado emocional, pues no mira a su aspecto sino a su eficacia, como factores de la agitación del ánimo del autor; de ahí que no quepa afirmar la imposibilidad de que ciertas causas operen a distancia, lenta pero efectivamente, sobre el ánimo del autor y que lo venzan, sin que ese vencimiento se manifieste ligado a "un hecho desencadenante".

La figura jurídica de la emoción violenta se refiere a un fenómeno no anormal, dable en sujetos normales, y ningún rasgo de hiperemotividad es exigible para una conmoción emocional intensa ni para que ésta sea excusable.

No puede dejar de admitirse por no creíble o no excusable —aunque se ubique el juzgador en la posición de que la motivación ética es indispensable para la atenuación del homicidio previsto por el art. 81, inc. 1, Cód. Penal— que la mujer que se ve convertida de novia a objeto de baja lujuria pierda el pleno control de sus actos, en algún momento de la serie de insistentes agravios y mofas a que fue sometida; de ahí que en presencia de ese cuadro fáctico no quepa excluír el estado de emoción violenta, máxime si en el momento en que la imputada efectuó los disparos mortales con el arma que siempre portaba por razones de servicio, se hallaba en el interior de un vehículo conducido por la víctima, que había reanudado la marcha, y el occiso, en la ocasión, entre risas e ironías, la trataba de mujer inservible para él y para todo hombre y le anunciaba que daba por terminada su vinculación.

No cabe considerar que el homicidio se ha cometido en estado de emoción violenta si no se ha probado que existiese en el espíritu de la acusada una turbación subitánea de tal magnitud que perdiera el control de sus actos, determinando en ella una reacción incontenible y tampoco se ha justificado la tenencia previa del arma homicida, ni las circunstancias de tiempo, lugar y modo de actuar alegados (C.C.C., 11 agosto 1972).

La realidad de una emoción violenta "en el momento de cometer el hecho" no importa necesariamente una pérdida de la conciencia, ni una obnubilación profunda de ella, pues tales circunstancias trasladarían la hipótesis a distinto encuadre jurídico.

Tratándose de homicidio en estado de emoción violenta, no debe buscarse una proporcionalidad matemática entre la chispa provocadora y el delito cometido, puesto que no se trata de una causal justificante, sino tan sólo de una circunstancia atenuante.

No cabe desconectar del hecho que culminó con el letal desenlace, por más que hayan trascurrido algunas horas, el episodio durante el cual el procesado, a consecuencia del puñetazo que le propinó el occiso, sufrió la rotura de sus anteojos y lesiones en el dorso de la nariz, si en el momento del evento que se juzga medió renovación de las injurias y maltratos (C.C.C., 29 agosto 1972).

El relato del acusado, la futilidad del factor determinante de la decisión homicida inidóneo para desencadenar un violento estallido emocional, su frialdad, tranquilidad y falta de arrepentimiento puestas de manifiesto luego de consumar el crimen, resultan francamente incongruentes con la causal de atenuación invocada (Cám. Nac. Crim. y Correc., sala de cámara, 13 marzo 1973, "D.L.L.", 6 julio 1973).

El hecho debe calificarse como homicidio cometido en estado de emoción violenta, si el autor, un joven que había sido amenazado por la víctima, hombre irascible y pendenciero de mayor edad y corpulencia, obró movido por el miedo; debe tenerse en cuenta también la rusticidad de la gente de campo y la soledad en que se hallan en la provincia donde acaeció el hecho.

El miedo es un estado de conmoción orgánica provocada por la representación de un peligro; se lo define como la perturbación angustiosa del ánimo ante un riesgo o mal que realmente amenaza o que finge la imaginación (Sup. Trib. Santa Cruz, 6 junio 1973, "Diario El Derecho", 12 set. 1973).

La emoción no excusa por sí sola, sino que debe, a la vez, ser excusada por las circunstancias determinantes (C.C.C., sala de cámara, 26 junio 1973).

No existe emoción violenta excusable por las circunstancias, si el reo en su indagatoria no habla de un estado de perturbación profunda de la conciencia que le hizo perder el control de su voluntad y el dominio de sus actos, sino de una crisis de nervios que se concilia más con un estado de ira o de venganza, que con la emoción violenta del ánimo que debilita los frenos inhibitorios impulsándolo al crimen, máxime cuando relata el hecho con nitidez y coherencia revelando que no ha perdido el control de sus facultades.

Tampoco si no hubo el factor sorpresa que le haya provocado una situación de justo dolor, pues el victimario manifiesta en su declaración que últimamente se había enterado por comentarios que su concubina mantenía relaciones con el occiso, agregando más adelante que prácticamente se había separado de ella porque la notaba un poco liberal y dudaba de su conducta.

Del mismo modo no existe emoción violenta excusable si el desarrollo de la acción criminosa del agente aparece muy prolongada en el tiempo y circunscrita a lugares diferentes, lo cual es inconcebible con el estado de exaltación transitoria y súbita que caracteriza el *raptus* emotivo (Cám. Primera Penal, Tucumán, 18 set. 1973).

La atenuante privilegiada de emoción violenta no es aplicable al sujeto, reiteradamente ofendido por un compañero de trabajo, que decide esperarlo a la mañana, arma en mano, y entonces lo desafía a que lo insulte como lo había insultado el día anterior.

Aunque medie emoción violenta por provocaciones injustas, ofensas innecesarias y aun reiteradas, ella no opera como atenuante si no existió inmediatez tempo-espacial entre la estimulación y la acción reactiva.

No implican emoción violenta excusable las reacciones tardías, extemporáneas, por venganza, odio, iracundia, enojo, indignación, desequilibrio y alteraciones nerviosas, repulsa o destinadas a escarmentar, por más explicaciones criminológicas que tengan y por más ingredientes victimológicos que reúnan (C.C.C., 9 nov. 1973, "D.L.L.", 1 marzo 1974).

Cabe admitir que el homicidio fue cometido en estado de emoción violenta si el agente, enterado por su hijo de la infidelidad de su concubina y luego de haberle ésta ratificado la existencia de tales relaciones, de negarse a volver al hogar y de dirigirle palabras injuriosas, le da muerte de doce puñaladas. Tales antecedentes pueden crear una situación conflictiva y un natural desasosiego y explicar, por duda, la "emoción jamás experimentada" alegada por el reo, máxime cuando ese estado emocional lo detecta el médico forense aun veinte horas después de ocurrido el hecho.

El recuerdo más o menos claro del suceso no es suficiente para descartar la emoción violenta (Cám. Crim. Santa Fe, 20 mayo 1974).

No se compadece en absoluto con cuanto impone el estado de emoción violenta que las circunstancias tornan excusable, la conducta de quien enterado que la mujer liviana con quien mantuvo una situación sentimental instándola a cambiar de vida y creyendo incluso haberlo logrado, al enterarse por un tercero que ello no había sido así, sin reaccionar de ninguna manera contra quien le confiesa haber yacido con su amante, se cita con la infiel, provisto de un cuchillo que habitualmente usa como medio de defensa, y en el interior de un hotel por horas interpela a la víctima, y al admitirle ella sus relaciones con otros hombres, exasperado, le clava el cuchillo en el estómago, se lo retira de inmediato y seguidamente, fuera de sí, con desenfrenado furor homicida continúa apuñalándola sin conservar noción de ello, para retirarse luego del lugar colocando sobre el cadáver una leyenda que reza "el que las hace las paga", y advirtiendo al personal del alojamiento que se abstuvieran de dar aviso a la policía. Tal conducta, en efecto, evidencia claramente que se trata de un homicidio pasional, pero no que el victimario hubiese obrado en estado de emoción violenta.

El delito de homicidio en estado de emoción violenta requiere la existencia de un factor desencadenante, súbito, sorpresivo y concomitante con el hecho y de entidad suficiente para provocar el violento estallido que caracteriza la atenuante en cuestión.

Si el ataque mortal se inicia con plena conciencia de lo que se hace y la obnubilación sólo se produce al insertar la segunda puñalada sobre la occisa, corresponde excluír la cualificante de la emoción violenta en el homicidio.

Si las ochenta y una heridas que registra la occisa revelan —como no parece ser de otra forma— la presencia de un furor homicida desatado súbitamente cuando el procesado de boca de su amada escucha expresiones de mofa, de sarcasmo y de afrenta, y si parece imposible que en ese furor se premedite o conciba fríamente, puesto que tal frenesí y semejante

saña no se pueden aparentar o fingir, corresponde —al menos por la vigencia del principio de la duda beneficiante— calificar el hecho como homicidio cometido en estado de emoción violenta, y no como homicidio simple (C.C.C., 27 set. 1974).

No actúa bajo emoción violenta el homicida cuya conducta no resulta de un súbito estallido emocional, sino de una espaciada persecución pasional vulgar de la mujer que lo llevó al crimen, que inopinadamente comete luego de vigilarla, caracterizando su acción por impulsividad iracunda (C.C.C., 10 oct. 1975).

Capítulo XXV

INFANTICIDIO

En la antigüedad se mataba a los niños recién nacidos cuando escaseaban los alimentos, o se los inmolaba en ceremonias religiosas. Tampoco era delito matarlos cuando eran deformes o tenían un físico tan pobre que evidenciaba su futura ineptitud para la guerra, y de ahí que se los precipitase desde el Taigeto, en Grecia, y desde la roca Tarpeya, en Roma, a lo que se agregaba que en esta última, el *pater familias* tenía derecho de vida o muerte sobre los hijos. Posteriormente es castigado el infanticidio como homicidio simple en el derecho griego y romano, esbozándose una diferencia entre aquel delito y el homicidio en el Código Justiniano, hasta que por fin se lo considera, por influencia del derecho germánico, un delito *sui generis* en la Constitutio Carolina y en edictos dictados al respecto por Enrique II, Enrique III y Luis XIV, pero para poderse atenuar la pena se exigía la viabilidad de la víctima.

La atenuación por el motivo de honor comenzó a aceptarse en el siglo XVIII, hasta que el Código austríaco de 1803 la consideró decididamente una figura atenuada del homicidio, teniendo en cuenta las condiciones físicas y psíquicas de la mujer durante el parto, resolviendo de tal manera el conflicto planteado por la prevalecencia del honor o del instinto maternal.

La ley, al tratar el infanticidio, sea en forma autónoma o mitigada, reconoce que el nacimiento de un nuevo ser, si éste es el resultado de acciones ilegítimas o irregulares de la madre, puede implicar su deshonor y exponerla a ella y a

su amante a terribles venganzas. El temor a tales consecuencias puede perturbar la conciencia de la mujer o la de sus parientes más cercanos y llevarlos, con el propósito de hacer desaparecer la prueba de su culpa, a procurar el aborto, el abandono o la muerte del fruto inocente de sus amores, debiéndose tener presente que, en general, el honor referente al hombre es el patrimonial, y el de la mujer el sexual, o sea, el recato, la honestidad, el pudor femenino. Aquí, pues, no se toma la palabra honra en su concepto común, de buena opinión o fama adquirida por la virtud o méritos, sino como sinónimo de honestidad o recato. De ahí que los códigos en general acepten como atenuante el aborto, el abandono de persona y el homicidio por causa de honor, si bien en el que nos rige falta la primera de estas circunstancias, omisión que ha sido suplida en el Proyecto de Código Penal de 1953.

Como bien decía Carrara, no puede encontrarse la diferencia entre la muerte del recién nacido con la del hijo pequeño, ni en el vínculo de sangre, ni en la premeditación, ni tan siquiera en la indefensión del primero, ya que todas estas circunstancias son perfectamente aplicables en ambos casos. De ahí, pues, que en realidad la razón de ser de la atenuación resida en el móvil, en el deseo de evitar la deshonra, que no cabría en el caso de un niño pequeño, pero de cierto tiempo y, por lo tanto, conocido por terceros.

Ello no obstante, el inc. 2 del art. 81 de nuestro Código Penal, además del móvil determinante —el honor— contiene otro requisito de orden temporal, pues exige que el acto se cometa durante el nacimiento o mientras la mujer se encontrare bajo la influencia del estado puerperal, circunstancia ésta de orden fisiológico. La existencia de ese doble criterio, el psicológico y el fisiológico, ha sido criticado, no sin razón, por parte de la doctrina. Es claro que si se considera que esta norma tiene tan sólo un criterio psicológico, su aplicación sería más restringida que si se admitiera un fundamento fisiológico o psicopatológico, en cuyo caso la atenuación podría alcanzar a toda madre, aunque no delinca para evitar la deshonra.

La *honoris causa* excluye otros motivos, como la mi-

seria, el deseo de asegurar una herencia, la imposibilidad de sustentar la criatura, el temor de la madre a perder el empleo, etc., motivos todos éstos que, si bien no encuadran en la norma que explicamos, podrían permitir la aplicación de otra atenuante del homicidio, el estado de emoción violenta (art. 81, inc. 1).

A este respecto se requiere, como es natural y dijimos, que la mujer goce del concepto de honrada desde el punto de vista sexual, y que ese concepto sea externo o público, en el ambiente donde actúa, aunque carezca de él en la intimidad y, por lo tanto, la atenuante alcanzará también a la que ha sufrido condenas por delitos de otra naturaleza, por ejemplo contra el patrimonio, y no a la conocida o condenada por prostituta. Ese concepto social, integrado por el respeto y la estima que cada uno merece, pesa a veces en forma tal, que lleva a la mujer al suicidio, y en cuanto a la honestidad, no debe confundirse con la virginidad ni con el pudor, tomados con criterio anatómico o psíquico, respectivamente.

Es más: se ha sostenido que no es indispensable la existencia real de la honra sexual, y que basta que se la suponga en el medio en que actúa el agente.

No interesa que la mujer sea soltera, casada o viuda. Puede ser entonces el caso de la mujer casada que ha tenido el hijo con un hombre que no es su marido; el de la mujer violada, siempre que se considere deshonrada; y el de la madre que ignora que el hijo ha sido denunciado y lo mata. Son, pues, factores decisivos para poder apreciar la existencia o inexistencia del honor sexual, no sólo la edad y el estado civil de la mujer, sino también su conducta anterior al hecho, su educación, la clandestinidad o publicidad de sus relaciones sexuales y la forma en que haya ocultado su embarazo.

Así, no podrá invocar la atenuante, la mujer que con anterioridad tuvo hijos ilegítimos públicamente, salvo que esto haya ocurrido en otro lugar, o sea desconocido, ni si se da a luz en una maternidad. Claro está que no siempre pierde la honra quien ha tenido un hijo natural. Mucho influirá la conducta posterior de la mujer y el concepto que de ella se tiene en el lugar donde se radica y actúa, la ocultación del nuevo

embarazo y parto, el conocimiento o ignorancia que tenga de la notoriedad de su deshonor y, en una palabra, la circunstancia de que haya rehecho su vida. Interesa el concepto de la mujer en el lugar donde nace el niño y no en el de origen, pues, aunque en éste sea malo, procederá la atenuante si en el nuevo lugar donde vive tiene buena fama. Lo fundamental es entonces que haya ocultado, o al menos crea haberlo hecho, sus relaciones sexuales ilegítimas, su estado de gravidez y el parto.

La ley comprende entonces la lucha de conciencia de la mujer que se vuelve infanticida *ex ímpetu pudoris*, por temor a la intolerancia social, y de ahí que "una vez más en derecho penal se admite como excusa el hecho de no haberse comportado heroicamente cuando ello era necesario para no delinquir"[1].

Si falta la *honoris causa*, el hecho resultará agravado por el parentesco y, por lo tanto, encuadrará en el art. 80, inc. 1, del Cód. Penal.

Como decíamos, la ley determina en qué momento y hasta cuándo puede cometerse el hecho, beneficiándose el autor, pues cuanto más tiempo pasa, no sólo disminuye el estado emotivo de la mujer y el instinto de maternidad adquiere más fuerza, sino que es más fácil que el nacimiento sea conocido por terceros.

El anterior Código, así como la ley de reformas nº 4189 y los Proyectos de 1891 y de 1906, establecían un plazo de tres días, fijando así de manera bien restringida el tiempo durante el cual, a contar del parto, se podía cometer el delito. Se seguía de tal manera al Código bávaro de 1813, el español de 1848 y el anterior Código italiano, por el cual el hecho podía cometerse contra un niño todavía no inscrito en el Registro Civil —como el Código napolitano— o dentro de los primeros tres días del nacimiento. El Código de Portugal eleva el plazo a ocho días; el actual Código italiano requiere que la muerte se produzca inmediatamente después del parto y el Código alemán dice "durante el nacimiento o inmediata-

[1] Soler, ob. cit., t. III, p. 98.

mente después", como el toscano y el brasileño de 1940, que se refiere al parto, y no al nacimiento. El de 1942 dice: "durante el parto y luego de éste". El venezolano se refiere al recién nacido (*nouveau né*, según el Código Napoleón), que para unos es el niño que aún no ha mamado, para otros el que se le cicatrizó el ombligo y para la mayoría el que no ha sido aún visto, exceptuándose a la madre y sus cómplices.

La ley vigente argentina exige que la muerte tenga lugar, como dijimos, durante el nacimiento o mientras la madre se hallare bajo la influencia del estado puerperal, siendo aquí su fuente el art. 108 del anteproyecto suizo de 1916.

Si el hecho ocurre durante el nacimiento, como es natural se requiere que el niño no se encuentre todavía en el útero materno y que no se lo expulse violentamente, pues de lo contrario se cometerá un aborto, y no un infanticidio. El feto debe haber empezado a recorrer el trayecto úterovaginal y al ser expulsado termina el nacimiento y se convierte en recién nacido. Para Soler, durante el nacimiento comprende "desde el comienzo de los dolores del parto hasta el momento de la completa separación"[2], o sea, puede cometerse el infanticidio antes de la separación del cuerpo de la madre, tesis, ésta, que no compartimos por las razones antedichas, y que en parte se comprende si se tiene en cuenta que el autor citado sostiene el carácter autónomo del infanticidio[3], mientras que para nosotros, como ya lo hemos explicado, éste constituye un caso de atenuación del homicidio y deja de haber aborto y hay en cambio homicidio cuando el niño se separa del seno materno, aun antes de cortarse el cordón umbilical. En la práctica suele requerirse también que la víctima respire, lo que casi siempre puede comprobarse por la docimasia pulmonar[4], empleada ya por Schreger en 1862, la vascular o la abdominal, ya que es presupuesto fundamental que el niño haya nacido vivo, y al respecto nos remitimos a lo que dijimos sobre vida y vitalidad, al tratar el sujeto pasivo del homicidio.

[2] Soler, ob. cit, t. III, p. 91.
[3] Soler, ob. cit., t. III, ps. 100 y 101.
[4] V. Balthazard, *Manual de medicina legal. Infanticidio*, Barcelona, 1933.

La fórmula de la influencia del estado puerperal es muy criticada por su oscuridad e imprecisión cronológica, y con ella se ha intentado sustituír al ya mencionado plazo de tres días del Código de Tejedor, no obstante que tal supresión no surge del informe de la Comisión de Códigos del Senado que estudió el actual Código, ya que aquél se refiere tanto a la antedicha fórmula, de origen suizo, como al mencionado plazo.

El estado puerperal —concepto psicopatológico para algunos, como el de la emoción violenta, que encierra además una cuestión de tiempo, con lo que agrava su ambigüedad[5]— (*puerperio* deriva del latín *puerperium*, tiempo de parto), es el tiempo que sigue al parto, o sea, el puerperio, o como dice Soler, el "conjunto de síntomas fisiológicos que se prolongan por un tiempo después del parto"[6], o como sostuvo la Cámara del Crimen de la Capital, es "el conjunto de condiciones en que se encuentra la mujer después del alumbramiento y hasta la vuelta a su estado anterior al embarazo"[7]. Hay, sin duda, un estado de agotamiento de la mujer, causado por los sufrimientos físicos del parto y la debilidad, que es consecuencia de la pérdida sanguínea. Como consecuencia sufre durante horas y aun días trastornos de conducta psicopáticos y su conciencia se oscurece sin llegar a anularse en ese estado puerperal.

En el período puerperal los órganos genitales de la mujer evolucionan desde el momento del parto hasta que es nuevamente apta para la fecundación. Ese período finaliza al reaparecer su menstruación. Todo ello modifica su equilibrio hormonal, sin olvidar también que el embarazo puede producir graves trastornos nerviosos de orden tóxico. Ese estado puerperal no debe confundirse con la locura puerperal, que en realidad se refiere a verdaderos estados de alienación que aparecen durante el embarazo o el puerperio y que se exteriorizan por confusiones mentales, manías, depresiones melancólicas, etc., que encuadran dentro del art. 34, inc. 1, del Cód. Penal. No es un estado de alienación mental; no es una

[5] Emilio F. P. Bonnet, *Estado puerperal*, "D.L L.", 13 mayo 1965.
[6] Soler, ob cit., t. III, p. 93.
[7] C.C.C., "Fallos", t. I, p. 481.

psicosis, sino un cuadro de menor gravedad e intensidad, que algunos autores califican de estado de semialienación mental transitorio[8].

Al redactarse el Proyecto del Código Penal de 1953, se consideró conveniente volver a la fórmula del plazo fijo y objetivo de tres días, puesto que la cláusula que comentamos es demasiado elástica e imprecisa, y que convenía eliminar el problema temporal, evitando así interpretaciones dispares, tanto es así que se discute si el estado puerperal, que actualmente ha perdido gran parte de su importancia por los progresos de la asepsia moderna, dura hasta el período de la lactancia o hasta que vuelve a aparecer la menstruación. De tal manera se había hecho coincidir este supuesto con el art. 107 vigente antes de la reforma de 1976, referente al abandono de personas, que también fijaba el plazo de tres días.

La reforma de 1976 ha mantenido el concepto de "estado puerperal" del Código, entendiendo, según se dice en la exposición de motivos de 1967, que en su interpretación "ha prevalecido el correcto criterio de atribuírle significado temporal". No coinciden en esto penalistas y médicos legistas, según puede verse en el trabajo citado en la nota 5 de este capítulo.

La atenuación de la pena alcanzaba asimismo a determinados parientes de la madre antes de la reforma de 1967, que el Código —cuya fuente en esta parte era el Proyecto de 1891 y la ley 4189, pues el anterior sólo hablaba de padres— enumeraba taxativamente: padres, hermanos, marido e hijos, que asimismo debían obrar movidos por el deseo de ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, ya que el honor de la mujer es también patrimonio familiar. No se beneficiaban, pues, los abuelos, no obstante que los abarca el inc. 1 del art. 80, ni el amante, ya que, como dice Rocco, con su propia conducta ha provocado la situación afligente de la madre.

Si obraban faltándoles el móvil de honor, podía ser de aplicación el art. 81, inc. 1, *a*, siempre que actuaran en estado

[8] Bonnet, ob. cit.

de emoción violenta, o de lo contrario, el art. 82, según el parentesco.

Aunque la ley no lo decía expresamente, se sostenía que ellos debían actuar siempre, como la mujer, durante el nacimiento o mientras durase el estado puerperal de ésta, pero además del móvil, el Código exigía que cometiera el delito en estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable —requisito que no rige para la mujer—, lo que dio lugar a críticas de la doctrina, que consideraba incompatible este estado, en el que la razón ha sido perturbada, con un propósito preciso, cual es el de la defensa del honor, que exige claridad de juicio. Se ha intentado explicarlo, aduciéndose que los parientes no pueden estar afectados por el estado puerperal.

Es claro que aplicar por interpretación a los parientes el plazo que la ley acuerda a la madre, implicaba la posibilidad de soluciones injustas, como resultaría del caso de aquel que se enterase tres o cuatro meses después del nacimiento y matara al niño en estado de emoción violenta para ocultar la deshonra[9].

Ahora, con la reforma de la ley 17.567, dos son las modificaciones efectuadas en esta materia: la pena, en la que no se fijaba mínimo legal para la reclusión —era de reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años— ha sido elevada (de uno a seis años de prisión), y los parientes han sido excluídos del privilegio. En ambas se han tenido en cuenta, según dicen sus autores, "los profundos cambios sociales ocurridos en los últimos cuarenta años, en cuanto a la censura y aun el repudio que la maternidad irregular acarreaba. De dicho cambio es fuerza deducir que este homicidio es hoy mucho menos excusable y que en ningún caso debe serlo para terceros".

Sin duda aquéllos han debido tener en cuenta el reconocimiento que ha hecho la ley de los hijos extramatrimoniales, y al que nos referimos en el capítulo XVII.

[9] Juan P. Ramos, *El infanticidio*, "Revista Penal Argentina", t. I, nº 4, p. 377.

Y en la supresión deben haber influído también las referidas críticas a la exigencia de que los parientes obren en estado de emoción violenta, que para algunos era específico, pues debía inspirarse en el móvil de honor.

Agregaremos que, no obstante lo opinado por Carrara, consideramos con Alimena, Puglia y Vannini que no hay infanticidio culposo en virtud de que se requiere el móvil *honoris causa*, y que como es éste un homicidio atenuado[10], los partícipes no se benefician con la menor pena, conforme a lo dispuesto en el art. 48 del Código Penal, según el cual, "las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuír o excluír la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan", y por lo tanto responden por homicidio simple. Soler, conforme a su tesis de que el infanticidio es un tipo autónomo, sustenta la opinión contraria[11].

Mencionaremos para terminar este punto, algunos datos que tomamos de un trabajo efectuado sobre el tema. Las autopsias practicadas en un período de veinte años, de 1928 a 1948, dieron por resultado 762 fetos a términos, de más de ocho meses, que fueron recogidos en la vía pública o encontrados en el sitio donde se produjo el parto. De ellos, 154 murieron por falta de cuidados en general, ya que no tenían rastros de violencias externas ni lesiones internas; 70 por hemorragia meningo cerebral; 39 por fractura de cráneo y hemorragia cerebral; 28 por hemorragia de las cápsulas suprarrenales, lo que coincide con un estado de asfixia, consecuencia de un parto prolongado sin dirección, o de sofocación, estrangulamiento, etc.; 34 por asfixia; 32 por estrangulamiento; 23 por sofocación; 7 por degollamiento; 8 por heridas cortantes; 1 por sumersión; 1 por descuartizamiento. En el mismo período, hubo 542.994 nacimientos, de donde resulta un pequeño porcentaje de infanticidios y abortos, comprensibles, si se tiene en cuenta la gran cantidad de estos casos que no llegan nunca a conocimiento de las autoridades y que

[10] Gómez, ob. cit., t. II, p. 115.

[11] Soler, ob. cit., t. III, ps. 100 y 101.

en estos delitos contribuyen a integrar, en mayoría, la llamada "cifra negra" de que hablan los criminólogos.

Destácase también que en la ciudad ocurre un número menor de infanticidios que en la campaña, porque en aquélla la mujer usa más medios anticoncepcionales, y hay clínicas donde se interrumpe el embarazo. En aquel lapso sólo fueron detenidas en la cárcel por infanticidio 33 mujeres, no incluyéndose en esa cifra las procesadas que quedaron en el hospital, con lo que se pone en evidencia, si se compara ese número con el de fetos hallados, la elevada cantidad de casos que quedan impunes[12]. Es de hacer notar también que en materia de delincuencia femenina, el infanticidio es uno de los delitos más corrientes y que la mayor parte de sus autoras no tiene idea de los alcances de su acción, lo que induce a pensar que se delinque tanto o más por irresponsabilidad o imprudencia, que por insuficientes defensas psíquicas o sociales.

JURISPRUDENCIA.

La calificación de infanticidio queda descartada cuando la misma imputada afirma que dio muerte a su hijo recién nacido, por piedad, por lástima, para que no siguiera sufriendo y porque lo creía agonizante, pero no expresa en algún momento que su móvil fuera ocultar la deshonra (Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 29, p. 523; "J.A.", t. 1942-III, p. 473).

No corresponde computar la atenuante calificativa del art. 81, inc. 2, del Cód. Penal, si de autos no surge que la acusada haya procedido con el propósito de ocultar su deshonra (Supr. Corte Buenos Aires, "Fallos", s. 18, t. VI, p. 345; "D.J.B.A.", t. 1943-III, p. 158).

[12] Juan José Caride, *El delito de infanticidio*, "Anales de la Sociedad Argentina de Criminología", t. XII, 1947-48. Véase también José Irureta Goyena, *Delito de infanticidio*, "Obras completas", Montevideo, 2ª ed., 1929, p. 295; y José Rafael Mendoza, *Infanticidio por móvil de honor*, "Revista de Derecho Penal", año IV, 1948, 1ª sec., p. 143.

Siendo egoísta y calculada la resolución de la madre de matar al recién nacido, no media causa de honor ni es aceptable la emoción violenta (se trata de una multípara a quien el patrón le aseguró permanencia en su casa, siempre que fuera sola y observara buena conducta, y que para no ser descubierta prefiere suprimir al hijo) (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 29, p. 59).

La causa de honor en el infanticidio no desaparece por la simple comprobación de otro parto, si en el medio familiar en que actuó últimamente la víctima se desconocía un desliz anterior.

Debe calificarse de infanticidio el hecho si la decisión de la madre no fue tardía, pues dio muerte al hijo durante el nacimiento, procurando borrar huellas y ocultar el feto, tratando de disimular su estado de embarazo, emanado de relaciones reservadas con un pariente que la desatendió por completo; lo que debió tener decisiva influencia en su ánimo y obrar como poderoso estímulo en su determinación (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 28, p. 403).

Si no medió el propósito de ocultación de la deshonra, no existe infanticidio específico, aunque el delito haya sido cometido en el período puerperal (Corte Supr. Nac., "L.L.", t. 28, p. 537; "Fallos", t. 192, p. 117; "J.A.", t. 1942-II, p. 119).

Para que la muerte de un recién nacido sea calificada de infanticidio se requieren dos condiciones: *a*) que se cometa para ocultar la deshonra, y *b*) que lo sea durante el nacimiento o en el estado puerperal. La primera resulta del estado de soltera, clandestinidad de relaciones carnales y ocultamiento del embarazo, por la madre autora del delito. Estado puerperal es el conjunto de condiciones en que se encuentra la mujer hasta la vuelta al estado anterior al embarazo (C.C.C., "Fallos", t. I, p. 481).

La circunstancia de tratarse de una mujer soltera, madre por segunda vez, no obsta la calificación de infanticidio del art. 81, inc. 2, del Cód. Penal, si los motivos expuestos por la procesada como excusas para cometer el hecho, encuadran dentro de los que contempla la disposición legal citada, y el

nacimiento del primer hijo ilegítimo sólo era conocido por los familiares de aquélla (Cám. Apel. Rosario, Sala en lo Crim., "L.L.", t. 24, p. 349).

Siendo el fin del infanticidio salvar el honor, tal delito sólo puede ser cometido por la madre para salvar el propio honor o por las personas y en las condiciones taxativamente enumeradas por la ley: padres, maridos, hermanos e hijos. Es una excusa estrictamente personal e incomunicable a copartícipes extraños.

El asentimiento de la madre —que bajo la influencia del estado puerperal procura salvar su propio honor— para que personas extrañas den muerte a su hijo recién nacido, no hace acceder su culpabilidad a la de éstas, pues si el hecho es común la culpabilidad es individual (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 42, p. 482; "J.A.", t. 1945-V, p. 492).

La doctrina óptica de Bouchet y la docimasia hidrostática pulmonar son insuficientes para afirmar que existe infanticidio, si el cadáver se halla en estado de putrefacción (Cám. Apel. Rosario, Sala en lo Crim., "R.S.F.", t. 7, p. 83).

Procede la calificación de infanticidio, aun cuando ciertas circunstancias particulares de éste pueden inducir a desechar el privilegio del motivo del honor, ya que para concederlo es preciso que la mujer fuera tenida por honrada en el medio social de su actuación, y que, además, haya obrado durante el puerperio con la exclusiva finalidad de mantener la honra en ese aspecto externo, si aparece como circunstancia que debilita aquella opinión la tenaz negativa de la gravidez que la acusada oponía a las preguntas de amigos y vecinos, actitud que pudo hacerle creer que había logrado ocultar su deshonor (C.C.C., "L.L.", t. 43, p. 25; "J.A.", t. 1946-II, p. 659).

A falta de prueba de la existencia de una fiebre o psicosis puerperal, depresión u otras circunstancias demostrativas de un estado de emoción violenta, corresponde declarar culpable del delito de homicidio calificado por el art. 80, inc. 1, Cód. Penal, a la madre que dio muerte a su hija recién nacida, si bien no procede agravar la pena por falta de recurso acusatorio (Corte Supr. Nac., "Fallos", t. 204, p. 577).

Si no medió el propósito de ocultación de la deshonra, no existe el infanticidio específico del art. 81, inc. 2, Cód. Penal, aunque el delito haya sido cometido durante el período puerperal (Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 25, p. 355).

La homicida de un hijo natural de 14 días, debe penarse con el *mínimum* de la pena aplicable, si se tiene en cuenta que la procesada ha nacido y se ha criado en un mal ambiente moral; que vivía en la miseria al lado de su madre natural, quien le habría significado que debía abandonar la casa porque no podía mantener a un ser más, refiriéndose a la recién nacida, sin saber dónde podía ir, situación crítica que, agravada por los efectos de su estado puerperal, pudo inducirla al delito, en ausencia del control de sentimientos morales y siquiera de un rudimentario desarrollo intelectual (Corte Supr. Nac., "J.A.", t. 69, p. 252).

Producida la muerte del neonato durante el puerperio, la falta de invocación de la excusa de honor, por parte de la madre, no obsta a que el tribunal la tenga por existente, si ella resultare acreditada del examen atento de las constancias del proceso (C.C.C., causa nº 5018, 9 set. 1947).

Desechado el motivo de honor, la conducta de la acusada encuadra en la disposición relativa al homicidio emocional excusable (arts. 81, inc. 1, *a*, y 82, del Cód. Penal), habida cuenta de que el alumbramiento ocurrió cuando la madre se hallaba en su habitación, carente de todo amparo, lacerada por el sufrimiento físico y extenuada por los trabajos agobiadores del parto (C.C.C., causa nº 5149, 23 set. 1947).

Al quedar excluída la causa del honor, por vivir la acusada en público concubinato con el padre de la víctima, con el cual tiene otra hija de 15 meses de edad, la calificativa que corresponde a la madre natural que mata a su hija de 6 días, es el art. 80, inc. 1, del Cód. Penal (C.C.C., causa nº 8705, 5 oct. 1948).

Para configurar el delito de infanticidio es indispensable justificar que el niño nació con vida (Sup. Trib. San Luis, 28 junio 1956).

En la figura atenuada del art. 81, inc. 2, del Cód. Penal es requisito esencial el móvil de ocultar la deshonra.

No ampara la defensa del honor a la madre, que teniendo ya otra hija extramatrimonial, se aleja del hogar materno para evitar nuevos disgustos por el nacimiento de otro vástago, y después de descuartizar al recién nacido, concurre a la noche siguiente a un espectáculo público con su amante (C.C.C., 20 dic. 1957).

Las manifestaciones de la imputada, madre natural de la víctima, al expresarle a su madre con relación al recién nacido: "No lo quiero... mátalo", y aun la notoriedad del embarazo obstan a la calificación de infanticidio (Cám. Crim. Concepción del Uruguay, 12 julio 1957, "D.L.L.", 20 set. 1959).

Comete el delito de homicidio calificado por el vínculo (art. 80, inc. 1, Cód. Penal) y no de infanticidio (art. 81, inc. 2), la madre que da muerte a su hijo durante el nacimiento, no con el propósito de ocultar su deshonra, sino por temor a que aquél llorara y despertara la atención de los vecinos (C.C.C., 1 set. 1959, "D.L.L.", 31 marzo 1960).

Quien siendo conocida públicamente como madre soltera, mata durante el nacimiento a su segundo hijo, no puede ampararse en la atenuación específica del infanticidio *honoris causa*.

El desamparo en el momento del alumbramiento puede generar un temor traducible en un violento estado emocional excusable.

La exclusión de la figura del infanticidio *honoris causa* no implica necesariamente la condena por "parricidio impropio" (Cám. Crim. Mercedes, 23 oct. 1962, "D.J.A.", 10 dic. 1962).

Ha consumado infanticidio la mujer que mató a su hijo recién nacido con el propósito de ocultar su deshonra, pues en todo momento trató de evitar que sea conocido su embarazo durante el cual, y en el momento del parto, no fue atendida por persona alguna, sin que obste a ello la circunstancia de que anteriormente haya tenido otra hija.

El estudio del móvil de ocultar la deshonra a que alude el art. 81, inc. 2, del Cód. Penal, implica un doble análisis: conceptuación de la honra en el medio social en que se desa-

rrolló el hecho, y conceptuación de la honra en la mente de la autora del hecho, en cuanto implique un juicio de valor social y no individual.

En el infanticidio se trata únicamente de la honra sexual y la faz que interesa es la externa o social y aun dentro de ese plano el concepto de que goce el agente en el medio del lugar de la comisión del hecho.

En un medio limitado por una población escasa, el concepto social de honestidad gravita con mayor grado, pues no es lo mismo para una mujer dar a luz un hijo natural en un pueblo que en una gran ciudad (Sup. Trib. La Pampa, 14 nov. 1963, "D.J.A.", 19 marzo 1964).

Capítulo XXVI

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Sin intentar entrar en explicaciones que corresponden a la parte general del derecho penal, señalaremos que en nuestro Código, el único delito que sin lugar a dudas admite la forma preterintencional —*praeter*, del latín, significa más allá— es el de homicidio. Ello no es óbice para que encontremos una disposición referente al aborto, el art. 87, que ha dado lugar a grandes discusiones, pues algunos interpretan que contempla, precisamente, un caso de preterintención, ya que se refiere a aquel que ejerce violencia sobre la mujer embarazada, sindo notorio o constándole ese estado, cuando esta violencia le provoca el aborto. Acá el aborto no es querido por el autor de las violencias; por eso se sostiene que ellas son dolosas y el aborto resultante es culposo, por lo que se estaría en presencia de un aborto preterintencional.

También suele hablarse de lesiones preterintencionales; y realmente, la inexistencia de una norma especial al respecto produce consecuencias absurdas, desde el punto de vista de la penalidad, pues lo cierto es que si un sujeto agrede a otro con el propósito de lesionarlo, desde el punto de vista de su interés personal le conviene darle muerte si el resultado va más allá de la intención, ya que si no lo mata y lo hiere gravísimamente, puede sufrir hasta diez años de prisión, mientras que si lo mata, la pena no podrá exceder de seis años de reclusión o prisión. Es cierto que se sostiene que no hay lesiones preterintencionales, porque es difícil prever el resultado de una agresión. En realidad la cuestión consiste en ver qué clase de lesión se propone efectuar un sujeto. Quizá podría llegarse a

la solución del problema en la misma forma como se lo ha resuelto desde el punto de vista del homicidio, si se alcanza a probar la intención y si el medio razonablemente empleado no debía causarle una lesión gravísima al sujeto pasivo.

El art. 82 (antes de la reforma de 1976, 81, inc. 1, *b*) del Código, se refiere "al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionarla". ¿Cómo caracterizar el homicidio preterintencional? Esto ha dado lugar a una serie de doctrinas, algunas aceptadas por los códigos y otras por los tratadistas.

Los antiguos códigos italianos hablaban de *ferimento seguito da morte* (heridas seguidas de muerte), nomenclatura utilizada posteriormente por la legislación y doctrina alemana, pero en el moderno Código Penal italiano se ha creado la figura del homicidio preterintencional, que es el adoptado por nosotros, así como también por el Código Penal uruguayo. Además de seguir la nomenclatura italiana, hemos incorporado un elemento elaborado por la jurisprudencia española, o sea, que el medio empleado no debiera razonablemente causar la muerte.

Desde el punto de vista del elemento subjetivo, para algunos autores hay aquí un dolo preterintencional. Ésa es la clásica posición italiana, seguida por la mayor parte de nuestros tratadistas. Es un dolo preterintencional, porque hay en el sujeto un propósito de cometer un acto contrario a la ley, como dice Eusebio Gómez. Esta posición la han adoptado de Carrara en adelante la mayor parte de los autores italianos, clásicos y positivistas, como por ejemplo, Florián, que habla de dolo indirecto. En nuestro país coinciden en ello Gómez y Molinario. Jiménez de Asúa critica esta tesis en uno de sus trabajos[1] y considera que debe desterrarse de los códigos tal forma de culpabilidad.

Hay también quienes (Irureta Goyena, Puglia, Vannini y Finzi) consideran que hay una mezcla de dolo y de culpa en

[1] Luis Jiménez de Asúa, *El delito preterintencional*, "L.L.", t. 22, p. 163. Ver también Marcelo Finzi, *Il delitto preterintenzionale*, Torino, 1925.

este delito. Se habla de dolo y de culpa, porque al comienzo de la figura, es decir, en las lesiones, hay dolo; existe la intención de herir, de causar daño, y hay culpa en el resultado, o sea, la muerte que sobrepasa la intención.

Aquélla se separa del homicidio culposo en que el sujeto tuvo voluntad de ofender. Y del doloso, que no previó que podía matar, además de faltarle la voluntad de dar muerte.

Alimena entiende que en su íntima esencia, el homicidio preterintencional no se distingue del culposo, pues en ambos hay una acción voluntaria, que es la causa previsible de la muerte, y en los dos la muerte no es querida.

La doctrina alemana sostuvo durante mucho tiempo, casi por unanimidad, que éstos son delitos calificados por el resultado, o sea, una forma matemática, inflexible u objetiva de interpretar el hecho. El resultado calificaba todo el hecho, sin atender a la intención que tuvo el autor. Esta dureza de interpretación motivó las críticas de los mismos autores alemanes, como Mayer y von Liszt, y especialmente de Jiménez de Asúa, en el artículo ya citado.

Se sostiene que, en efecto, no puede aceptarse tan sólo el resultado de una acción criminal para encuadrarla o calificarla; que debe atenderse a un problema de orden subjetivo que es muy importante y atento al cual debe determinarse la ubicación del hecho dentro del Código Penal.

El Código Penal alemán de 1871, en el párrafo 226, habla en forma objetiva de delito calificado por el resultado, incluyendo las lesiones que causan la muerte. Esta terminología es aceptada en nuestro país, especialmente por Peco, que la emplea en su Proyecto de 1941. En la Exposición de motivos, este autor hace un análisis del problema, y después de pasar revista a las distintas posiciones: delito preterintencional, dolo preterintencional, concurso de culpa y dolo, cruzamiento de culpa y dolo, etc., llega a la conclusión de que debe aceptarse la existencia de delitos calificados por el resultado, siempre y cuando se les incorpore un ingrediente que les quite esa dureza, esa inflexibilidad, esa objetividad matemática que se presta a la crítica, consistiendo ese ingrediente nuevo en la previsibilidad del resultado.

En tal sentido, Peco concuerda con las disposiciones de varios códigos penales, como el noruego, chino y danés, y de proyectos como los de Checoslovaquia, Japón y Alemania, en donde precisamente el hecho se califica por el resultado, siempre y cuando haya sido previsto por el autor.

Nuestra ley vigente (art. 82) requiere la existencia de dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo.

El factor subjetivo es la intención de causar daño en el cuerpo o en la salud, sin especificarse qué clase de lesión: leve (art. 89), grave (art. 90) o gravísima (art. 91); es decir, cuando la agresión no ha tenido por objeto causar un daño en el cuerpo o en la salud, cuando, por ejemplo, ha consistido en una bofetada, no tendremos homicidio preterintencional, según lo resolvió la Casación italiana, porque falta ese elemento subjetivo y doloso, consistente en la intención de causar un daño en el cuerpo o en la salud. En aquel ejemplo habría entonces un homicidio culposo. Y tampoco habrá homicidio preterintencional, sino homicidio, cuando la intención ha sido matar.

En cuanto al elemento objetivo, el intérprete debe analizar si el medio empleado pudo o no razonablemente —razonablemente para él— causar la muerte. Si no ha habido intención ni medio que cause la muerte, estaremos ante un homicidio culposo, o un hecho fortuito. Pero si tenemos la intención de causar daño y usamos el elemento que razonablemente puede causar la muerte, estaremos ante un homicidio doloso. No puede admitirse que un sujeto intente tan sólo causar un daño en el cuerpo o en la salud con un arma de fuego, porque tal arma casi siempre produce resultados letales.

Pero no basta hacer el análisis del objeto empleado. Debe verse quién lo empleó y contra quién se lo empleó. El ejemplo clásico que se da es el golpe de puño, aplicado en forma tan lamentable que provoca la muerte del agredido. Un golpe de puño, en principio, no puede causar la muerte de nadie, pero aquí cobra valor el análisis de las condiciones personales del sujeto activo; porque el golpe aplicado por un boxeador profesional puede ser un medio apto para causar la muerte. Un hombre de poderoso *punch,* que sorprende a un indi-

viduo de físico endeble, sin resistencia, no dado a los deportes, que no sabe boxear, puede ocasionarle la muerte. Por eso interesa aquí las condiciones del sujeto activo, como también es importante la condición de la víctima. Teniéndose en cuenta su inferioridad, no puede afirmarse siempre que el golpe de puño no pueda razonablemente causar la muerte. Tampoco es lo mismo pegar a un hombre adulto que a un enfermo o a una criatura.

La forma de usar el arma o el medio empleado es también un factor muy importante para analizar si ha habido o no preterintención. El número de golpes, la naturaleza del arma, la ubicación o dirección de aquéllos, la conducta anterior o posterior del agente, sus relaciones con la víctima, todo *sirve, según lo aconsejaba Carrara, para que el magistrado* pueda resolver si ha existido o no preterintención. Así, la jurisprudencia ha resuelto que arrojar una botella o una bocha no constituye intención de matar, sino tan sólo preterintención.

Eso es discutible, porque una bocha arrojada a la cabeza de un ser humano puede causar resultados mortales. Se podrá discrepar acerca de si existe o no homicidio culposo, pero no preterintencionalidad.

Otro problema es el que se refiere a la existencia o inexistencia de la tentativa. No hay tentativa de homicidio preterintencional. La tentativa exige una intención, y aquí nos encontramos ante una intención ya determinada por la ley. Pero esta figura requiere un resultado que excede la intención, y mientras no tengamos el resultado, mal podemos hablar de preterintencionalidad. Si el sujeto esgrime un arma, no sabemos que va hacer con ella; podremos aceptar que hay tentativa de lesiones o de homicidio, pero nunca de homicidio preterintencional, pues no sabemos qué resultados va a producir el uso de esta arma.

También es discutible si hay homicidio preterintencional en el homicidio en riña. Para Alimena sí lo hay, pero nuestra jurisprudencia ha dicho que no existe en él. La ley castiga a todos los intervinientes en el hecho, sin discriminar, porque no se puede tener la seguridad de cuál de los participantes en la riña ha sido el que cometió el homicidio.

Otra cuestión es la previsibilidad del resultado, previsibilidad distinta de la posibilidad, que existe, pues si no no se habría producido la muerte. El anterior Código sardo, fuente del italiano del año 1889, exigía que la muerte no fuese previsible. Esta exigencia de la no previsibilidad se eliminó en el Código Penal de 1889, por lo que se aceptó la preterintención aunque la muerte hubiese sido prevista. Bastaba que se hubiera ocasionado sin querer. No existe el problema en nuestro Código, a juicio de gran parte de la doctrina, en virtud de que la norma que comentamos contiene la palabra "razonablemente". Razonablemente para el sujeto y, desde luego, razonablemente para el juez que interpreta el hecho, o sea, si se prevé el resultado no puede hablarse de preterintencionalidad sino de homicidio simple. Esta previsibilidad es, como decíamos, el factor subjetivo que se intenta incorporar a los delitos calificados por el resultado en la legislación y doctrina alemana, y que en parte prevé la disposición que comentamos en cuanto habla de que el medio empleado no debiera razonablemente ocasionar la muerte[2]. Así, por ejemplo, no es razonable suponer que a consecuencia de un golpe de puño, quien lo recibe, caiga, golpeándose la cabeza en tal forma que le produzca la muerte.

Señalamos finalmente que esta circunstancia de atenuación concurre también como tal para todos los homicidios calificados (arts. 80 y 80 bis) —después de la reforma de 1976—, correspondiendo imponer en tal caso la pena de dos a ocho años de prisión o reclusión y la de cuatro a quince años de prisión o reclusión, respectivamente, y asimismo el art. 82 admite su concurrencia con la de otra atenuante, el estado de emoción violenta, en cuyo caso la pena es de seis meses a cinco años de prisión.

[2] Gómez, ob. cit., t. II, p. 99.

JURISPRUDENCIA.

Si los golpes de puño que recibió la víctima acarrean su muerte a los pocos días por hemorragia lenta debido a que padecía entonces de púrpura hemorrágica, el hecho ha de juzgarse como homicidio preterintencional (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 8, p. 1123).

El homicidio simple puede cometerse con dolo determinado o indeterminado, mientras que el homicidio preterintencional requiere forzosamente que el dolo sea directo o eventual.

El beneficio de la preterintención se excluye si el medio empleado es razonablemente capaz de producir la muerte (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 14, p. 241).

El medio empleado en el homicidio preterintencional debe apreciarse no sólo en su consistencia o poder vulnerante, valorando exclusivamente sus cualidades intrínsecas, sino también atendiendo a la forma como fue usado, a la persona que lo usó y a la que resultó víctima del hecho.

La muerte causada por una bocha arrojada por un muchacho de dieciocho años, "de lejos", contra un hombre de treinta y seis años, en quien supone un agresor, debe considerarse homicidio preterintencional, ya que tal resultado no puede considerarse el ordinario sino el excepcional, producido por una circunstancia especial, que el acusado no previó (Supr. Corte Buenos Aires, "L.L.", t. 11, p. 795).

Para que la preterintencionalidad puede apreciarse dentro de nuestra legislación, se requieren dos elementos básicos: que se haya querido producir un daño en el cuerpo o en la salud, con el que se llegó a la muerte, y que el arma empleada no pueda razonablemente producir el mal causado (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 22, p. 190).

Si no medió la intención de producir la muerte, pero ésta se produjo por la gravedad de las sevicias aplicadas a la víctima a golpes de puño y puntapiés, el homicidio debe ser calificado de preterintencional (C.C.C., "Fallos", t. I, p. 480).

La calificación que corresponde es la prevista por el art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal, si de los elementos de prueba que obran en autos, correlacionados además con las comprobaciones de la autopsia se desprende que las violencias del procesado sobre la víctima, revistieron en su entender carácter correctivo, si bien fueron desproporcionadas y francamente delictuosas; pero no el de acciones cumplidas con voluntad de ocasionar la muerte, como demanda, para su realidad en el terreno legal, el dolo directo, sea éste determinado o indeterminado. (Tratábase en el caso de autos de castigos excesivos y violentos, infligidos presumiblemente con un cuerpo duro, contundente, sobre la víctima, de dos años y medio de edad, revelado esto por el número y ubicación de las lesiones, que produjeron la disyunción de la articulación entre las vértebras y la hemorragia retroperitoneal, comprobada por peritos y causante de la muerte) (C.C.C., "L.L.", t. 22, p. 163).

No existe homicidio preterintencional si el matador debió prever las consecuencias máximas de su acción, por el arma empleada (en el caso, cuchillo) (Trib. Sup. Córdoba, "J.A.", t. 1944-III, p. 503).

Si se ha comprobado que los protagonistas eran jóvenes amigos que se encontraban en avanzado estado de ebriedad; que el victimario, muchacho de 18 años, por una cuestión ocasional y en un momento de ira, luego de provocaciones anteriores, agredió a la víctima con un pequeño palo verde cortado de un árbol y desgajado, produciéndose el fallecimiento de aquélla por hemorragia cerebral, siendo inidóneo el medio empleado para causar la muerte, lo que excluye la intención de provocarla por parte del victimario, la calificación que corresponde es la de homicidio preterintencional (Cám. en lo Crim. Córdoba, "Jurisprudencia de Córdoba", t. 3, p. 36).

Si el procesado asestó varios puntapiés en el cuerpo y cabeza de la víctima después de haber ésta caído violentamente al suelo y luego la arrastró hacia los fondos de la casa, dejándola en tal estado a la intemperie, no puede calificarse el homicidio como preterintencional, pues dada la forma en que fue ejercida la violencia, el medio empleado resulta idóneo para producir la muerte (Cám. de Apel. Crim. y Correc.

Mendoza, "Boletín Jurisprudencia de Mendoza", 1945, t. 31, p. 10).

Debe calificarse de preterintencional el homicidio causado a su esposo por una mujer de más de 70 años, con un palo de aspecto inofensivo y aparentemente incapaz de producir la muerte de una persona, tomado al azar por aquélla, máxime si se ha comprobado la existencia de otras verdaderas armas, como cortafrío, cadena, martillo, etc., a mano, lo que refuerza la explicación que da la procesada que no tuvo intención de matar a la víctima (Cám. Apel. Rosario, Sala en lo Crim., "R.S.F.", t. 14, p. 204).

No puede sostenerse que el homicidio cometido por la procesada deba encuadrarse en el art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal, afirmando que el medio empleado para castigar a la menor era inadecuado para producirle la muerte, si se trataba de un palo de amasar de 975 mm. de longitud, 53 mm. de espesor y un peso de 1.750 gramos, manejado por una persona en la plenitud de su vigor físico, a impulsos de la ira, para descargar golpes contra una criatura endeble y de corta edad (Cám. Apel. Rosario, Sala en lo Crim., "L.L.", t. 16, p. 899).

Corresponde la calificación de homicidio preterintencional (art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal), puesto que necesariamente el golpe aplicado a la víctima con el saco pijama ha debido ser sumamente violento para que el destornillador, contenido en uno de sus bolsillos, produjera la profunda herida punzante que determinó su muerte; y en esas condiciones, si se tiene presente que esta prenda de vestir tenía botones y que el golpe se aplicaba a una menor de corta edad, es evidente la existencia de dolo en el ejecutor, en el sentido de que su acción estaba animada por el propósito de causar un daño en el cuerpo de la víctima, aun cuando, razonablemente, no el de darle muerte, atento al medio empleado (C.C.C., "L.L.", t. 16, p. 1020).

No existe homicidio *preter-intentiones*, a pesar de que el instrumento empleado —cortaplumas— no sea en realidad arma de ataque, si por sus características es de aquellos que dirigido a las partes vitales del organismo —como en el hipocondrio— constituye un medio con el cual, lógica y

razonablemente, se podía obtener un resultado fatal (Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 9, p. 127).

Una acción dolosa no puede engendrar responsabilidad por culpa. No puede calificarse de preterintencional un homicidio por la sola circunstancia de que el arma empleada no podía aparentemente causar la muerte (en el caso el autor del homicidio usó un palo para consumar el delito) (C.C.C., "Fallos", t. I, p. 479).

Es preterintencional el homicidio causado con un empellón o golpe de puño dado durante una discusión, haciendo caer a la víctima del lugar en que se encontraban los antagonistas y que ofrecía peligro común para ambos (C.C.C., "Fallos", t. V, p. 290).

No podría calificarse el hecho de homicidio preterintencional (art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal), si se considera que la muerte fue ocasionada con un formidable botellazo que fracturó huesos del cráneo, porque el instrumento usado resultó idóneo para producir la consecuencia constatada, y fácilmente previsible. Forzoso resulta desechar tal calificación si se considera el poder vulnerante del medio empleado, la fuerza con que se lo empleó, el lugar —de vital importancia— donde fue aplicado, y las condiciones físicas de la víctima, en desventaja con las del agente activo (Sup. Trib. Entre Ríos, "L.L.", t. 50, p. 242).

La figura preterintencional contiene un elemento subjetivo específico: el propósito de causar un daño en el cuerpo o la salud. Pero este aspecto subjetivo entra en juego siempre que se haya producido la muerte utilizando un medio que no debía razonablemente provocarla, pues si resulta idóneo (cuchillo que causa una herida con abundante pérdida de sangre y ulterior infección tetánica) por su poder vulnerante, o por la forma o circunstancias en que se emplea, es inaceptable cualquier consideración sobre la preterintencionalidad (Sup. Trib. Santa Fe, "L.L.", t. 54, p. 667).

El elemento subjetivo de la figura preterintencional, o sea, el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, entra en juego siempre que se haya ocasionado la muerte empleando un medio que no debía razonablemente producirla,

pues si resulta idóneo por su poder vulnerante o por la forma y circunstancias en que se emplea, queda descartada toda consideración sobre la preterintencionalidad. Es equivocado, por cierto, plantear la tesis del homicidio preterintencional sobre la base de que el autor no tuvo la intención de ocasionar una muerte (Cám. Crim. Santa Fe, "L.L.", t. 59, p. 816).

En el homicidio preterintencional, el resultado de la acción orientada hacia un hecho, supera la intención del agente, es decir, que no hay coincidencia entre el propósito y el resultado, jugando en él, aparte de la intención, un papel preponderante el medio empleado, por el que se suele llegar a establecer el ánimo con que se obró.

En segunda instancia se revocó el fallo diciendo que no comete homicidio preterintencional, sino homicidio simple, el que perseguido por la víctima armada de un cuchillo, se apodera de un alambre grueso que arroja al cuello de su perseguidor, tironeando de él hasta que su agresor cae al suelo y muere por asfixia (Cám. Nac. de Apel. de los Territorios del Sur, "J.A.", t. 1951-II, p. 500).

Es exacto calificar como homicidio preterintencional el cometido por quien, sin intención de matar a su concubina, le produce lesiones en la espalda y un brazo al golpearla con un balde, porque si bien es cierto que ella cae como consecuencia de los golpes, produciéndose una herida contusa con fractura y hundimiento de la bóveda craneana que causa su fallecimiento, es evidente que el resultado sobrepasó la intención del agente, ya que el medio aplicado no era idóneo para provocar la muerte.

En segunda instancia se confirma, por sus fundamentos, la sentencia (Supr. Corte San Juan, "J.A.", t. 1947-II, p. 629).

El imputado responde por homicidio preterintencional al haber causado la caída de la víctima (produciéndose por efecto del golpe que recibió en la cabeza la fractura del cráneo, que determinó su muerte), desde una altura de seis metros, en el curso de una incidencia en la que ambos se tomaron a golpes de puño, puesto que la intención del reo no ha sido la de dar muerte a su eventual antagonista, teniendo en cuenta

que tanto uno como otro pudieron prever el grave peligro que corrían sus vidas, dado el lugar del edificio en construcción en que reñían.

Por sus fundamentos se confirmó la sentencia con una disidencia, pues se estimó que estaba configurado el homicidio simple (art. 79, Cód. Penal), porque el medio empleado (lugar en que se desarrolló la riña) era adecuado para el fin letal, excluyéndose el examen del elemento subjetivo, puesto que el resultado no era excepcional, sino probable, de fácil ocurrencia, considerado con normal discernimiento (C.C.C., "J.A.", t. 1943-III, p. 876).

Corresponde encuadrar el hecho en el art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal, puesto que el deceso de la víctima se produjo por congestión pulmonar, derivada de la conmoción cerebral originada por los puñetazos y puntapiés que le aplicaron los agresores o por el choque de la cabeza contra el pavimento al caer como consecuencia de los golpes, dado que el medio empleado en la agresión no ha podido, razonablemente, ocasionar la muerte.

En segunda instancia se sostuvo que como el resultado letal tuvo su origen en la agresión, de la que participaron los dos prevenidos, ya que ambos ejercieron violencia, corresponde la calificación prevista por el art. 95 del Cód. Penal. Huelga señalar que esta figura delictiva excluye la atenuante calificativa del art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal, no obstante concurrir en el caso la circunstancia de que el medio empleado racionalmente no debía ocasionar la muerte. La preterintencionalidad sólo puede considerarse para el homicidio simple (art. 79) o para el calificado por el inc. 1 del art. 80 (C.C.C., "L.L.", t. 30, p. 275).

No cabe alegar, en favor del victimario, el carácter de preterintencionalidad, al homicidio producido con un instrumento (cabo de hacha), que, por su tamaño, peso y consistencia, tiene suficiente poder vulnerante para causar la muerte a cualquier persona, si se lo usa para aplicar un golpe en la cabeza con hundimiento del cráneo y seis fracturas, ya que en el concepto de medio empleado, no sólo se comprende la cosa

usada, sino también el uso mismo que de ella se hace (Supr. Corte Buenos Aires, "L.L.", t. 58, p. 361).

Aunque es evidente que el obrar del inculpado, mientras conducía una camión, se enderezó a provocar voluntariamente (dolo eventual mínimo) el desprendimiento de la víctima, asida a una portezuela del vehículo en movimiento, al imprimirle la velocidad que consideró adecuada a tal fin, de donde surge que ese propósito iba dirigido a causar un daño en el cuerpo o la salud de aquélla, debe calificarse de homicidio preterintencional a la muerte ocurrida en estas condiciones, puesto que ni de las modalidades de la acción, ni del instrumento vulnerante en su relación de medio a fin, ni de las circunstancias del evento, surge que la muerte de la víctima haya sido querida por el autor o que haya siquiera entrado en sus previsiones de ejecutor del hecho (C.C.C., "L.L.", t. 61, p. 639).

Para que la preterintencionalidad pueda apreciarse, se requieren dos elementos: que se haya querido ocasionar un daño en el cuerpo o en la salud, excluyendo toda otra finalidad; y que el medio empleado no pueda razonablemente producir el mal causado. El elemento subjetivo debe encerrar un dolo específico, por lo que cualquier otro propósito u otra forma meramente eventual de dolo, que no importe un ataque al cuerpo o a la salud, excluye la preterintencionalidad. En el caso, el único propósito del inculpado, que se encontraba ebrio, fue alejar de sí al gendarme que le requería un paquete que llevaba bajo el brazo, dándole un empujón con la mano abierta, a consecuencia del cual la víctima cae al agua y muere por asfixia por sumersión (Cám. Fed. Cap., "L.L.", t. 56, p. 663).

Habiendo acaecido el deceso de la víctima sin intervención de otros factores que la violencia propia de la pelea (elemento objetivo), en cuyo desarrollo aquélla sufre una caída de consecuencias fatales, es evidente que éstas han superado la intención (elemento subjetivo) del procesado, siendo correcto calificar de homicidio preterintencional a la muerte ocasionada en tales circunstancias (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 56, p. 423).

El medio empleado: un fuerte puñetazo aplicado en el vientre de la víctima, embarazada de seis meses, la persecución a la mujer que huía del castigo y su refugio al margen de una ciénaga boscosa, quedando allí abandonada, en medio de intensos dolores, constituye un medio idóneo, hábil y eficaz, adecuadamente razonable para producir la muerte. Exclúyese, por cierto, el homicidio preterintencional cuando la consecuencia natural del acto del inculpado debía ser el deceso de su víctima (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 50, p. 110).

Responde de homicidio simple, descartándose la ultraintención de la figura privilegiada del art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal, quien aplica múltiples golpes de gran potencia (puñetazos y, al parecer, también puntapiés) con fractura de los huesos de la nariz de la víctima, seguida de conmoción cerebral a causa del trauma, puesto que esos golpes podían, racionalmente, ocasionar la muerte a cualquier persona (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 29, p. 63).

Debe descartarse la calificación de homicidio preterintencional cuando las lesiones (con hemorragia cerebral por traumatismo craneano) son provocadas por golpes de puños o pies en la cabeza de un anciano, ya que si bien es cierto que la aplicación de puñetazos y puntapiés no es medio capaz de matar, también es cierto que si se los produce en serie, y en el cráneo de una persona de edad avanzada, adquieren la adecuación para ese fin. La acción del reo y los medios utilizados fueron idóneos para causar el mal acarreado, lo que aleja el presupuesto de preterintencionalidad y conduce a considerar un homicidio simple (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 29, p. 136).

No puede invocarse ultraintencionalidad en el homicidio cometido con un arma capaz (cuchillo cañero) de ocasionar la muerte de una persona, teniendo presente las condiciones requeridas por el art. 81, inc. 1, del Cód. Penal (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 59, p. 248).

La ley penal en su art. 81, inc. 1, *b*, consigna una figura privilegiada en cuanto a la pena a aplicar, a quien, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud,

produjere la muerte de una persona, cuando el medio empleado razonablemente no debía ocasionarla. Por consiguiente, incurre en homicidio preterintencional el funcionario policial que da un puñetazo en el cuello de la víctima, quien al caer, golpeándose la cabeza contra el piso, muere por esta causa; es indudable que se excedió en su propósito, puesto que el medio empleado resulta desproporcionado, no era idóneo, para producir todo ese mal (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 68, p. 226).

No cabe duda de que ha de calificarse de ultraintencional a la muerte producida por la hemorragia interna causada por el golpe asestado con la planta del pie, calzando zapatilla de goma, ya que es evidente que la consecuencia ha excedido el fin buscado por el culpable, puesto que, de ordinario, no constituyen razonablemente un medio adecuado para producir un resultado letal, la forma y circunstancias en que se produjo la lesión (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 57, p. 629).

Responde por homicidio preterintencional, agravado por el vínculo de parentesco, el hijo que luego de discutir con su padre octogenario, lo ataca a golpes de puño, sabiendo que padecía un proceso crónico cardiovascular, porque si bien es cierto que las lesiones inferidas, por su escasa importancia, son inadecuadas para ocasionar el deceso de la víctima, no debe olvidarse que éste sobrevino como consecuencia de un síncope mortal originado en el *shock* nervioso que le produjo la emoción (factor desencadenante de la muerte súbita) de verse violentamente acometido por su propio hijo. Tanto del medio empleado, como de las indagatorias del acusado, surge con claridad que hubo exceso en el fin (Cám. Apel. Mercedes, "J.A.", t. 1946-II, p. 545).

Debe calificarse como homicidio simple y no preterintencional, a la muerte sobrevenida a causa de un golpe en la cabeza (con hendidura y fractura de la caja craneana) aplicado con el cabo (de madera dura, forrado en cuero, de unos 40 cms. de largo y 4 o 5 de diámetro) de un rebenque esgrimido por su lonja, puesto que el medio empleado es un arma idónea para ocasionar el deceso, debiendo descartarse toda

consideración de si existió o no intención homicida (Sup. Trib. San Luis, "L.L.", t. 53, p. 155).

Está configurado el homicidio preterintencional, puesto que se ha querido producir un daño en el cuerpo o la salud, con el que se llegó a la muerte, y que el arma empleada (una varilla de jarilla) razonablemente no pudo producir ese mal, ya que dentro de lo ordinario y racional, este medio no es idóneo para provocar el fallecimiento de la víctima.

En segunda instancia se revocó el fallo descartándose la calificación más favorable del art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal, porque ha de tenerse presente que el medio empleado, y más exactamente el uso que se ha hecho de ese instrumento, utilizado contra un niño de cinco años de edad, hacía previsible el resultado que sobrevino. En la figura del homicidio preterintencional requiérese no sólo que la muerte se haya producido sin intención, sino también otra condición: un evento razonablemente no previsto (Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 52, p. 417).

Cuadra calificar como homicidio preterintencional la muerte producida a consecuencia de la lesión —insospechada e imprevisible para quien no es versado en la ciencia de la anatomía—, de grandes vasos sanguíneos, que ocasiona una hemorragia incontenible, puesto que el medio empleado escapa a la común previsión de las personas, máxime cuando fue utilizado en condiciones de reacción rápida, que no admitía meditación ni razonamiento al repeler instantáneamente el ataque. La razonabilidad del medio empleado debe apreciarse con referencia a las condiciones personales del sujeto y a la luz de las circunstancias (Cám. Fed. Bahía Blanca, "L.L.", t. 63, p. 687).

Exclúyese el homicidio preterintencional si el medio empleado (cuchillo que provoca una herida de siete cms., habiendo seccionado la caudalosa arteria femoral) podía razonablemente producir un efecto letal; este concepto contraría, evidentemente, el supuesto de preterintencionalidad según el texto y el espíritu del art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal. La interpretación del empleo de medios capaces de ocasionar la muerte, aunque no se la hubiere previsto, es excluyente de

la figura que contempla la citada disposición legal, puesto que se requiere que el "medio empleado" no deba, dentro de lo racional, producirla (Supr. Corte Buenos Aires, "L.L.", t. 47, p. 460).

El homicidio ultraintencional, mezcla de dolo y culpa, representa el grado máximo de la culpa informada de dolo y un grado inferior del dolo indeterminado.

Corresponde calificar el hecho de homicidio preterintencional si la muerte se produjo al arrojar el acusado desde cierta distancia —25 a 30 ms. según él, 10 ms. según la inspección ocular— un cascote que dio en el vientre de la víctima, produciéndole una perforación intestinal y la consecutiva peritonitis (Supr. Corte Tucumán, "D.L.L.", 25 mayo 1955, fallo 36.897).

Una piedra de un kilo y medio de peso, arrojada sin violencia —según se pretende en el caso— a la región abdominal de la víctima, desde corta distancia, con cuyo impacto se produce el estallido de la vesícula determinado por causas patológicas, ignoradas éstas por el acusado, no constituye un medio idóneo para ocasionar razonablemente la muerte de una persona. Por ello el hecho configura homicidio preterintencional (Cám. Pen. Tucumán, 24 marzo 1966).

La determinación de la racionalidad del medio empleado no ha de referirse a la vulnerabilidad del instrumento empleado, por sí solo, sino que deben analizarse todas las circunstancias del caso (Supr. Corte Mendoza, 15 mayo 1964, "D.J.A.", 9 dic. 1964).

El homicidio preterintencional requiere que la faz subjetiva de la conducta del autor no esté informada de dolo homicida. En el caso, se condenó por homicidio simple a quien dio muerte a golpes de puño a un anciano de 80 años, dado que en la forma en que fueron aplicados los golpes eran un medio razonable para matar; máxime si con anterioridad manifestó su intención de dar muerte a la víctima (Cám. Pen. Mercedes, 26 set. 1960).

La figura del homicidio preterintencional se construye tomando como base un elemento positivo y otro negativo, pues el art. 81, inc. 1, *b*, exige el propósito de causar un daño

en el cuerpo o en la salud y que este propósito se obtenga empleando un medio que no debiera ocasionar razonablemente la muerte (C.C.C., 21 marzo 1961).

Si se admite que no hubo intención de matar y que el medio utilizado para el ataque —en la especie una pequeña máquina fotográfica— no cabe en condiciones normales considerarlo idóneo para determinar la muerte del agredido, el hecho debe encuadrarse en la figura típica del art. 81, inc. 1, *b*, del Código Penal (C.C.C., 27 julio 1956, "D.L.L.", 9 oct. 1956).

La muerte causada mediante un golpe con el puño debe calificarse de homicidio preterintencional (art. 81, inc. 1, *b*, Cód. Penal), cuando se desprende la falta de intención de matar por parte del imputado (Sup. Trib. Misiones, 30 dic. 1957).

El homicidio preterintencional está definido en la ley como un auténtico delito autónomo en el cual es necesario coordinar la exigencia objetiva de un medio que no deba razonablemente ocasionar la muerte con la culpabilidad, puesto que el autor debe saber o creer que no ocasionará tal resultado.

No cabe calificar de homicidio preterintencional la conducta de quien alegando la intención de corregir a su hija, la golpeó en el muslo con un machete de 42 cms., cuyo poder vulnerante no podía desconocer dada su condición de trabajador rural (Sup. Trib. Misiones, 15 abril 1970).

Al definir el art. 82 del Cód. Penal un auténtico delito autónomo, y no una modalidad atenuada del homicidio, requiriendo el elemento objetivo causal y el subjetivo de la culpabilidad, es necesario coordinar la exigencia objetiva de un medio que no deba razonablemente ocasionar la muerte con la culpabilidad, puesto que el autor debe saber o creer que el medio empleado no debe razonablemente ocasionar la muerte, excluyendo de esta manera en él el dolo homicida.

Si el medio empleado —machete de 42 centímetros en manos de un trabajador rural— fue idóneo para ocasionar la muerte, no corresponde la calificación de homicidio preterintencional, sino la de homicidio simple, sin que pueda

decirse lo contrario por el hecho de que el autor niegue el designio de matar y admita sólo el de lesionar, causar un daño, derribar a la víctima, etc., ya que el elemento subjetivo del delito debe medirse por las circunstancias y el resultado de la acción.

No hay homicidio preterintencional si el medio empleado razonablemente podía producir un efecto letal (Sup. Trib. Misiones, 15 abril 1970, "D.L.L.", 30 oct. 1970).

Del conjunto de las versiones suministradas en autos, contempladas a la luz de los restantes elementos de convicción, puede concluírse que el incriminado obró imbuído del ánimo de causar un daño en el cuerpo de la víctima. Ello ha sido demostrado en el veredicto, aun cuando desentrañar a través de elementos fácticos los recónditos y muchas veces insondables movimientos del alma es tarea erizada de dificultades.

La contera de un paraguas, aun con sus dimensiones, impulsado en la dirección oportuna y fuerza necesaria puede ocasionar lesiones con idoneidad suficiente para generar un resultado letal (C.C.C., 2 mayo 1972, "D.L.L.", 2 nov. 1972, t. 148).

Ante la reiteración brutal de golpes de puño y puntapiés, especialmente en el tórax, y en atención a la edad de la víctima (dos años), el agente no podía dejar de representarse el resultado, la muerte.

Descartada la exigencia de que el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte, conforme a la descripción del art. 82 del Cód. Penal cabe rechazar el homicidio preterintencional y reprochar un homicidio simple (Cám. 1ª Penal Tucumán, 6 julio 1972, "D.L.L.", 21 febrero 1973).

No cabe calificar el homicidio como preterintencional si el imputado no se limitó a aplicar simples puñetazos a la víctima, sino que la sometió a múltiples golpes de gran potencia que le produjeron profundas lesiones internas en la cabeza, además de las sufridas en distintas partes del cuerpo, pues no puede afirmarse en tales condiciones que medie racionalidad del medio empleado.

Porque los golpes de puño, salvo casos excepcionales, no

son medios aptos para producir la muerte de una persona, si sólo se ha acreditado en la causa que el imputado le propinó una paliza más, de las tantas que con anterioridad le dio a la occisa, y si cabe descartar el dolo directo o indirecto de matar, corresponde encuadrar su comportamiento como constitutivo de homicidio preterintencional en los términos del art. 82, Cód. Penal, ya que, en el caso, el medio empleado no debía razonablemente producir el resultado letal (C.C.C., 8 agosto 1972, "D.J.A.", 27 dic. 1972).

El homicidio preterintencional no importa una tercera especie de culpabilidad, intermedia entre el dolo y la culpa, sino que es una verdadera mixtura de dolo y culpa por el resultado, dolo en el inicio y culpa en el remate.

En los delitos calificados por el resultado se imputa al sujeto activo la producción de aquél en forma meramente objetiva, sin atender a la culpabilidad del agente; en cambio, en los preterintencionales el límite de la responsabilidad está dado por la culpabilidad, o sea, por la posibilidad de prever el resultado; fuera de ella no puede existir reproche, pues en nuestro derecho no existe la responsabilidad sin culpa.

Para que se configure el homicidio preterintencional es necesario que el agente en su acción inicial haya actuado con dolo directo de lesionar, sin que baste el dolo indirecto o meramente eventual.

Cuando la ley penal para configurar el homicidio preterintencional requiere que el medio empleado no deba necesariamente ocasionar la muerte, no indica una circunstancia meramente objetiva, que resuelta en forma afirmativa, descarta el examen de la culpabilidad del autor. La mención que nuestra ley hace del medio empleado sólo indica una pauta preferencial para el juzgador, atendiendo a la idoneidad del instrumento, al uso que de él se hizo, a las circunstancias personales de los actores y a las que imperaban en el tiempo y lugar en que se produjo el evento, para que pueda apreciar la verdadera intención del sujeto activo (S.C. Buenos Aires, 30 oct. 1973, "D.L.L.", 9 enero 1974).

Capítulo XXVII

ATENUANTES DEL HOMICIDIO EN LOS PROYECTOS DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

El Proyecto Coll-Gómez de 1937 contempla el homicidio cometido en estado de emoción violenta lo mismo que el Código vigente (art. 117, inc. 1), imponiéndole prisión de uno a seis años, y el Proyecto Peco de 1941 habla en el art. 113, de arrebato de un estado de emoción violenta justificado cuando el sujeto obrare impulsado por motivos honorables. Peco, en su Exposición de Motivos, explica estos términos del Proyecto diciendo que agrega la palabra "arrebato" de un estado de emoción violenta, para hacer más patente la simultaneidad que debe haber entre el obrar del individuo y este estado. Puede criticarse la redundancia de esta terminología, ya que el arrebato, de por sí, requiere el estado de emoción violenta. También el término "justificada", referido a la emoción violenta, se presta a confusión. Creemos más conveniente la terminología actual de nuestro Código y por eso mantenemos su fórmula en el Proyecto de 1953, porque si bien Peco usa la palabra "justificada", como lo hace el Proyecto suizo, aquí no estamos ante un hecho justificado, pues de lo contrario no habría atenuación de pena, sino que estaríamos ante una causa de justificación y no habría sanción. Dice Peco que el obrar impulsado por motivos honorables, equivale a motivos éticos, términos, éstos, usados por Ramos, y que conviene poner con toda claridad aquellas palabras en el articulado, para evitar que el intérprete tenga que sacarlas de las fuentes, o sea, del Proyecto suizo, como lo hace el autor últimamente citado.

A esta emoción violenta, la sanciona el Proyecto de 1941 con una pena de privación de libertad de 1 a 6 años, e impone la misma sanción al ascendiente, descendiente o cónyuge que obrare con justo dolor. En los otros casos que no sea de justo dolor, eleva la pena para estos parientes, con privación de libertad de 3 a 15 años.

El Proyecto Coll-Gómez castiga el homicidio en estado de emoción violenta entre parientes con prisión de 1 a 6 años (art. 117, inc. 1).

El Proyecto de 1951 mantiene también la fórmula actual (art. 169).

El Proyecto de 1953 aplica a la atenuante la pena de 1 a 6 años de prisión (art. 134), legislándola igual al art. 81, inc. 1, *a*, y en la parte general dispone que si concurren circunstancias agravantes y atenuantes susceptibles de aplicarse simultáneamente, la pena se adaptará entre el mínimo de la atenuante y el máximo de la agravante, si la situación no se hallare prevista expresamente por la ley (art. 70).

El Proyecto de 1960 mantiene la fórmula del Código de 1922 y le impone prisión de 1 a 6 años, que eleva de 2 a 8 años cuando concurre esta atenuante con la agravante del parentesco (art. 112).

Tanto el Proyecto Coll-Gómez (art. 4, 2ª párr.), como el de Peco (art. 8), tratan la preterintención en la parte general, entendiendo que puede referirse a varios delitos, sin perjuicio de volverla a legislar en la parte especial, el Proyecto de 1937 en el art. 117, inc. 3, como circunstancia calificativa de atenuación del homicidio, y el Proyecto de 1941 en el art. 126, considerándola lesiones calificadas por el resultado, lo mismo que el Proyecto de 1960 (art. 126).

El art. 8 del Proyecto Peco establece que al delito calificado por el resultado se le aplicará la sanción establecida para él, cuando el autor pudo haberlo previsto. Perteneciendo a la parte general, esta norma puede aplicarse en la parte especial a una serie de delitos, o sea, no solamente al homicidio, como ocurre en nuestro Código, sino también al abandono de personas, aborto, lesiones, etc. Trata después en concreto al hoy llamado homicidio preterintencional, en

el art. 126 del Proyecto, que está dentro del capítulo de los delitos contra la integridad corporal, y no del correspondiente al homicidio, puesto que para Peco el lugar exacto de esta figura corresponde al delito de lesiones. Para él, las lesiones que sobrepasan el resultado deseado por el autor, causando la muerte de la víctima, no constituyen un homicidio atenuado. Así, por ejemplo, en el delito de aborto seguido de muerte de la mujer, hay un delito de aborto calificado por el resultado y agravado por una penalidad superior, precisamente por eso. De modo que Peco trata la preterintencionalidad en el art. 8 de la parte general, y en particular establece la norma del art. 126, es decir, las lesiones calificadas por el resultado. No exige en forma especial, como el Código actual, que el medio no debiera razonablemente haber ocasionado la muerte.

A juicio del autor citado, no hay diferencias fundamentales entre la preterintención y el hecho calificado por el resultado. Quienes han querido hacer la distinción, la han fundado principalmente en dos circunstancias, una de ellas que el bien jurídico afectado en los hechos calificados por el resultado es distinto; por ejemplo, en el aborto hay dos delitos, uno que es el aborto en sí y otro que es la muerte de la mujer. A ello se replica que el bien jurídico afectado es el mismo: tanto el homicidio preterintencional, como el abandono de persona o la omisión de socorro, recaen sobre la vida.

El otro argumento es que nos encontramos ante un doble efecto en los hechos calificados por el resultado y ante un solo efecto en la preterintención. Se contesta que hay en este caso un doble efecto también; inmediato, uno, cual es la lesión, y mediato el otro, cual es la muerte consiguiente. Eso se podría criticar, ya que no puede haber lesión sino directamente muerte a consecuencia de una estocada o un balazo certero.

En definitiva, Peco prefiere pronunciarse por la fórmula del delito calificado por el resultado, abandonando la actual.

El Proyecto de 1951 (art. 170) prevé el hecho en el capítulo I del título I, correspondiente a los delitos contra la vida.

En el Proyecto de 1953 se trata el actual homicidio pre-

terintencional con una nueva técnica, entre los delitos contra la integridad corporal y la salud, considerándoselo como un hecho agravado por el resultado, y ampliándose la atenuante en vigencia, ya que además del homicidio, se contemplan los casos de lesiones graves y gravísimas y aborto, pero como elemento subjetivo subsiste la exigencia de que el medio empleado no hubiere debido razonablemente producir cualquiera de esas consecuencias. En tales casos se impondrá la pena prevista para el resultado, disminuída en la mitad (art. 149).

El Proyecto de 1960, al que ya nos hemos referido, cambia parcialmente la fórmula del Código, pues dice: "Al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud produjere la muerte de alguna persona sin haberla querido causar pero habiendo podido preverla, se le impondrá prisión de 1 a 6 años" (art. 126).

En lo que se refiere al infanticidio, el Proyecto Coll-Gómez sólo modifica la pena, que fija en prisión de 1 a 6 años (art. 118).

El Proyecto de 1951 aumenta la pena, pues establece prisión de 2 a 10 años y elimina de la atenuante a los parientes (art. 173).

Estos dos proyectos mantienen la fórmula elástica y poco precisa del Código actual, pues el de 1937 admite que el hecho se efectúe durante el nacimiento o mientras dure el estado puerperal de la madre, y el Proyecto de 1951, que ello tenga lugar durante el nacimiento o inmediatamente después.

Ya hemos explicado que el de 1953, como el de Peco (art. 115), vuelve a este respecto al plazo fijo de tres días, elimina asimismo a los parientes (lo que no hace el Proyecto de 1941), y en cambio impone una pena más amplia, de 1 a 8 años de prisión (art. 138).

Más imprecisa aún es la fórmula del Proyecto de 1960, que habla de la muerte durante el nacimiento o poco tiempo después. En él se suprime el beneficio de atenuación para los parientes (art. 113).

Como otras circunstancias atenuantes, el Proyecto Coll-Gómez prevé el homicidio eutanásico (art. 117, inc. 2); el

de Peco este último, el homicidio consentido y el homicidio suicidio doble (art. 114); el de 1953, el homicidio consentido, que abarca también el eutanásico (art. 137), y el de Soler el homicidio por piedad (art. 115), estudiados todos ellos en los capítulos XIII y XIV.

Capítulo XXVIII

HOMICIDIO CULPOSO

El art. 84 del Código Penal dispone que "será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años e inhabilitación especial. en su caso, por 5 a 10 años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte".

La referida norma contempla, pues, el homicidio culposo, al que le son aplicables en general los principios que hemos venido desarrollando en los capítulos anteriores, referentes al homicidio doloso y, en particular, lo expuesto al tratar el elemento subjetivo de este delito.

Perteneciendo a la parte general el estudio de las distintas formas de culpabilidad, no corresponde tratar aquí el concepto del delito culposo, los fundamentos del mismo, su punibilidad, la clasificación romana de culpa grave o lata, leve y levísima, la inexistencia de tentativa, la concurrencia de homicidio doloso y culposo, el concepto de culpa mediata, la inadmisibilidad de la compensación de culpas, ni el problema de la complicidad y concurrencia de sujetos.

Recordemos, eso sí, que nuestro Código Penal no contiene una disposición en la parte general referente a esta materia, sino que la trata en particular en cada delito susceptible de ser cometido por culpa, como por ejemplo, en el homicidio, lesiones, estrago, quiebra, etc., apartándose así del sistema adoptado por el Código Tejedor y el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, y que dejaron de lado los proyectos de 1891 y 1906, que tomaron en esto como modelo a los entonces vigentes códigos de Italia y Holanda.

Si bien el art. 84 especifica cuatro supuestos de culpa, o sea, la imprudencia, la negligencia, la impericia y la inobservancia, en realidad todos se reducen en definitiva a los dos primeros, pues obrar con impericia o no observar los reglamentos, implica imprudencia o negligencia y, en definitiva, aquéllas son especificaciones de estas últimas, que integran un texto taxativo, por lo que fuera de estas circunstancias no puede haber homicidio culposo. Entre todas ellas y el efecto —la muerte—, debe haber un nexo de causalidad[1], de modo que, como lo ha dicho con todo acierto la jurisprudencia, no basta, por ejemplo, la simple inobservancia de los reglamentos si no se ha comprobado plenamente la relación de causalidad entre aquélla y el evento[2].

Mientras que en la imprudencia hay un exceso de acción, en la negligencia hay un defecto de acción, pues falta la atención o diligencia necesarias.

La impericia en el arte o profesión se incrimina con toda lógica, pues la ley pretende que quien se dedica a ellas tenga capacidad y aptitud suficientes como para ejercerlas. Presenta algunas dificultades para el juzgador, que casi siempre debe valerse de los peritos pertinentes, si la actividad de que se trata está reglamentada. Quien posea el título correspondiente tendrá a su favor una presunción *iuris tantum* de haber obrado con los conocimientos y requisitos correspondientes a la ciencia, arte o profesión del caso, presunción que precisamente por ser *iuris tantum* admite prueba en contrario. Se plantea entonces en este supuesto un problema de orden procesal parecido al que expusimos cuando tratamos el homicidio por medios morales o la tentativa de homicidio, pues evidentemente no puede descartarse *a priori* que el técnico o profesional, al fin y al cabo seres humanos, obren con ligereza o irreflexión, más o menos factibles según la actividad de que se trate. Cabe recordar aquí también lo dicho

[1] Mario I. Chichizola, *La causalidad en los delitos culposos*, nota a fallo en "D.L.L.", 16 marzo 1961; Enrique Bacigalupo, *Tipo de injusto y causalidad en los delitos culposos*, nota a fallo en "D.L.L.", 21 nov. 1966.

[2] C.C.C., "J.A.", t. 54, p. 243.

al desarrollar el tema del homicidio por tratamiento médico-quirúrgico.

En cuanto a la inobservancia de reglamentos o deberes, es de destacar que el Código no enumera también a las leyes, no obstante que el hecho de no cumplir, por ejemplo, las leyes relativas a la sanidad, seguridad, etc., puede también originar homicidios culposos. En realidad se presume que no es preciso incluír expresamente la ley en el precepto, y que en cambio es conveniente mencionar los reglamentos, máxime cuando no se admite la ignorancia de aquélla, sin olvidar que su simple infracción es sólo un indicio de la violación de los deberes de cuidado.

En definitiva, el homicidio culposo se diferencia del doloso en que falta el propósito de matar, y del preterintencional en que falta el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

La falta de previsión de lo previsible, que caracteriza la culpa, puede ser, como señala Puglia, por inercia, deficiencia, anormalidad o morbosidad del intelecto, de la afectividad o de la impulsividad o por falta de poca atención o reflexión. O como ha dicho la justicia del Paraguay, por la violación del deber que todo hombre tiene en sociedad de abstenerse de actos peligrosos y de proceder en todo lo que emprenda con la atención y reflexión necesaria para no causar involuntariamente perjuicios a los derechos de los demás o al Estado ("D.J.A.", 18 nov. 1969).

En cuanto a la penalidad del art. 84, es de hacer notar que puede aplicarse la pena de inhabilitación cuando la actividad, en cuyo ejercicio se ha cometido el hecho, está reglamentada o autorizada, no bastando por lo tanto que aquélla requiera conocimientos especiales, como sería el caso del ciclista o del ascensorista que causaren una muerte culposa, y a los que no se podría inhabilitar.

A este respecto, los tribunales de la Capital Federal, al tratar la pena accesoria, habían resuelto reiteradamente que dejándose en suspenso la pena de prisión, que consideraban principal, también cabía conceder los beneficios de la condicionalidad a la de inhabilitación, postura, ésta, criticada

por parte de la doctrina[3], y que sin duda no consultaba por completo los objetivos de la política criminal, ya que, evidentemente, interesa mucho más a la sociedad impedir a un conductor desaprensivo que siga manejando, que privarlo de su libertad, lo que podía hacerse si se la consideraba pena conjunta, o sea, tan principal como la otra.

Pero ahora, con la reforma de la ley 21.338, este problema ha desaparecido, ya que el art. 26 dispone, en su último párrafo: "No procederá la condenación condicional para las penas de multas o inhabilitación".

No podemos terminar este capítulo sin recordar el creciente interés de los criminalistas y legisladores por el tremendo problema de los accidentes de tránsito. Él ha sido objeto de estudio en el Cuarto Congreso Internacional de Defensa Social, en las Sextas Jornadas Franco-Belga-Luxemburguesas de Ciencia Penal, en el Octavo Curso Internacional de Criminología, etc.; de trabajos de Hugueney, Lavasseur, Herzog, Hamelin y otros reputados autores; de leyes específicas, algunas llamadas "del automóvil", como las de Suecia, Noruega, Italia, España, varios Estados norteamericanos, etc.[4].

Nosotros organizamos por ese mismo motivo unas jornadas sobre delitos de tránsito en el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, en julio de 1975, con asistencia de jueces municipales de faltas, médicos, especialistas de la policía, compañías de trasporte y seguros, etc.

Baste recordar que según las estadísticas ocurrieron en Francia en 1959, 137.273 accidentes de tránsito, que causaron 8.409 muertes[5]. En los Estados Unidos fallecieron por ese motivo 39.500 personas en 1937 y tan sólo en Londres hubo 35.851 accidentes de abril a noviembre de 1936 y 6.591 muertos y 226.339 heridos en 1937. Piénsese en la proporción a que deben haber llegado esas cifras, teniendo en cuenta la

[3] Gómez, ob. cit., t. II, p. 121; y Alfredo J. Molinario, *Derecho penal* (segundo curso), La Plata, 1943, p. 89.

[4] Eugenio Cuello Calón, *Ley penal del automóvil*, Barcelona, 1950.

[5] J. B. Herzog, *El derecho penal de tránsito caminero en Francia*, "D.L.L.", 15 mayo 1962.

que ha alcanzado la industria automovilística y la difusión del automotor, no ya como elemento de lujo, sino de trabajo y uso común. Y para agregar una estadística de nuestro país, diremos que en la ciudad de Buenos Aires, de unos tres millones de población, ocurrieron, en 1968, 394 muertes y 3.982 personas heridas por accidentes de tránsito, y en el primer semestre de 1976, 189 homicidios y 1.328 lesiones, todas por imprudencia en el tránsito, siendo los totales de 1975, 189 y 1.715, respectivamente, todos hechos ocurridos en la Capital Federal.

JURISPRUDENCIA.

La responsabilidad penal del capataz de la obra por el delito de homicidio por imprudencia resulta manifiesta, si ordenó que se colocara una grampa a ocho metros de altura en la escalera que debían usar los obreros de la obra vecina —uno de los cuales resultó muerto a consecuencia de la caída producida por el desprendimiento de la grampa que cedió por hallarse recién colocada—, sin haber tomado, por negligencia, ninguna precaución para prevenir al capataz de la obra vecina el peligro previsible y cierto que importaba el uso de dicha escalera, ni adoptó medida alguna para que ello fuere conocido por los obreros de éste (C.C.C., "L.L.", t. 13, p. 528).

Existe causalidad adecuada en las relaciones causales que todavía corresponden a una recta experiencia aunque ellas sean relativamente raras (muerte por descuido de la herida o por cura inhábil) (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 22, p. 2).

La muerte del recién nacido por hemorragia umbilical a consecuencia de haber resultado defectuosa la ligadura del cordón umbilical que hizo la persona que atendió a la parturienta, constituye homicidio por imprudencia (Cám. Fed. de Bahía Blanca, "L.L.", t. 29, p. 520).

Para que exista homicidio por culpa es necesario que se produzca la muerte de una persona a consecuencia de la

acción u omisión negligente de otra y que el agente haya podido o debido suponer, cuando realizó el acto u omisión, que ello era susceptible de ocasionar las consecuencias sobrevenidas (Cám. de Apel. Crim. y Corr. de Mendoza, "Jurisprudencia de Mendoza", t. 13, p. 399; "B.J.M.", t. 1944-14, p. 13).

Comete homicidio culposo quien, sin saber que el arma estaba cargada, apunta y dispara contra la víctima, pues si las personas habituadas al manejo de armas de fuego deben abstenerse por elemental precaución de dirigirlas hacia los que se encuentran a su alcance inmediato, ante el riesgo siempre grave de que intervengan factores olvidados o desconocidos, con mayor razón debe exigirse esa prudencia a quienes desconocen el mecanismo de aquéllas o no se hallan familiarizados con su manejo (C.C.C., "L.L.", t. 35, p. 710; "J.A.", t. 1944-III, pág. 85).

La partera que, creyendo erróneamente que la víctima se hallaba embarazada, practica a esta última una maniobra abortiva con tal impericia que le ocasiona una peritonitis mortal, incurre en homicidio por impericia en la profesión (art. 84, Cód. Penal), en concurso ideal con aborto consentido imposible (arts. 44, *in fine*, y 85, inc. 2, Cód. Penal), calificación que comprende la conducta integral de la imputada que quiso dolosamente causar un aborto y ocasionó culposamente una muerte (C.C.C., "L.L.", t. 35, p. 828).

Si el conductor advirtió que unos menores intentaban cruzar la calzada, incurre en culpa penal al no tomar precauciones y disminuír la velocidad para evitar el resultado funesto consiguiente (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 28, p. 426; "J.A.", t. 1942-IV, p. 84).

El hecho de guiar, cumpliendo sus obligaciones de chofer, un camión cargado, a una velocidad de 30 o 35 kilómetros sobre carretera de tierra humedecida por reciente lluvia, no importa imprudencia y, por ello, no debe imputarse al conductor la muerte de uno de los peones ayudantes, que en él viajaban, ocurrido al volcarse el vehículo como consecuencia de su resbalamiento inevitable hacia una de las cunetas

(Sup. Trib. Entre Ríos, "Jurisprudencia Entre Ríos", 1942, p. 489).

La más elemental regla de prudencia aconseja al conductor cuyo vehículo no se encuentra suficientemente dotado de luz, no imprimir a éste excesiva velocidad en horas de la noche, con mayor razón en rutas transitadas y en lugares próximos a la ciudad. Debe responder criminalmente el que, infringiendo esta norma, haya causado la muerte al conductor de otro vehículo (Sup. Trib. Entre Ríos, "Jurisprudencia Entre Ríos", 1942, p. 702).

No hay culpa, ni imprudencia, ni impericia, en el obrero que se duerme vencido por el sueño, en el volante de un vehículo que conduce por caminos de largo kilometraje, si no se demuestra que manejaba en condiciones físicas desventajosas, como consecuencia de su propia conducta, en actividades ajenas a las tareas encomendadas por el patrón (fallo citado por la defensa y que analiza el tribunal) (Cám. de Apel. Com. y Crim. Mendoza, "Jurisprudencia de Mendoza", t. VI, p. 170).

No puede imputarse al procesado culpa alguna, si su conducta no aparece imprudente, negligente o imperita, ni surge que se haya infringido disposición reglamentaria (Supr. Corte Buenos Aires, "D.J.B.A.", t. 1942-I, p. 513; "J.A.", t. 1942-IV, p. 603).

En los delitos culposos, la culpa concurrente de la víctima no excusa la del victimario, que es lo que la ley penal reprime (Sup. Trib. Entre Ríos, "Jurisprudencia Entre Ríos", p. 435).

Omite el conductor una precaución que la prudencia aconseja, cuando habiendo perdido por completo la visibilidad, por haber sido encandilado, no detiene de inmediato la marcha de su automóvil (Cám. de Apel. Crim. y Corr. Mendoza, "Jurisprudencia Mendoza", t. 13, p. 521; "B.J.M.", 1944-18, p. 14).

El procesado, conductor de un camión, que produce la muerte de un menor, quien bajó de improviso y corriendo la calle que pretendía cruzar sin poner atención alguna en el tránsito de vehículos, no siéndole posible a dicho procesado

dejar de atropellarle dada la rapidez de la escena, no obstante aplicar los frenos de pie, que se rompieron, y desviar la dirección de la marcha con el propósito de impedir el accidente, agotó la diligente actividad que las circunstancias del caso requerían, encaminadas a evitar con pericia la producción del hecho (C.C.C., "L.L.", t. 40, p. 441).

Comete el delito de lesiones por culpa quien, conociendo la casa y costumbres familiares, desgaja un árbol con el fin de derribarlo, y al caer una de las ramas se corta un cable de energía eléctrica tendido sobre el patio, con el que toma contacto una menor de dos años, moradora de la casa, que salió de las habitaciones, después de iniciada la tarea por el imputado, causándole lesiones (Cám. 2ª en lo Crim. Córdoba, "Jurisprudencia Córdoba", t. 4, p. 499).

La simple violación de reglamentos no es suficiente para determinar que hubo culpa penal, si no se establece la relación causal entre el acto voluntario del agente y el resultado dañoso (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 7, p. 93).

La culpa penal implica una falta de cuidado o diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del hecho propio (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 9, p. 207).

Para que la inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo produzca responsabilidad penal por culpa o imprudencia para el conductor de un automóvil que lesiona o mata a un tercero, es necesario que esa inobservancia o falta de cumplimiento de sus deberes, debidamente comprobada, tenga, no una equívoca relación causal con el evento, sino que ella sea su condición generadora, inmediata, principal y directa (C.C.C., "L.L.", t. 14, p. 649).

Responde por culpa o imprudencia, el motorman que, advirtiendo el juego peligroso de dos niños en una platabanda central y en actitud de lanzarse a la calle, se limita a dar toques de campana, sin aminorar la velocidad del tranvía, destrozando así al más pequeño que cruzó corriendo (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 11, p. 705).

Los extremos del delito culposo son: una imprudencia, negligencia, impericia en arte o profesión, inobservancia de reglamentos o deberes, y un evento letal o muerte que deriva

de aquel hecho, o sea, una relación de causalidad entre ambos elementos, extrínseco o intrínseco, vínculo de causa a efecto entre el suceso contingente y la muerte, entre el hecho voluntario y el evento mortífero; contribución moral que requiere la intención y la resolución de hacer o de no hacer la cosa que ocasionó la muerte, es decir, que el agente quiso la causa y no el efecto; quiso el hecho pero no la muerte que fue su consecuencia (Supr. Corte Tucumán, "L.L.", t. 11, p. 221).

Cuando el conductor de un automóvil, para evitar el choque con otro vehículo que se lanzó en el camino, violando las ordenanzas de tránsito y en forma normalmente imprevisible, realiza una rápida maniobra a consecuencia de la cual, y por hallarse la calle mojada por la lluvia, embistió a un peatón, causándole lesiones, la culpa que determina la existencia del delito del art. 94 del Cód. Penal, es imputable a quien, con la violación aludida, lo determinó a realizar dicha maniobra (C.C.C., "L.L.", t. 14, p. 989).

El que ejecutando su arte o profesión descuida las obligaciones profesionales o morales a su cargo, como ser, medidas de higiene, moral o seguridad, y origina así un daño, incurre en un hecho punible de mayor o menor gravedad, según la importancia de las consecuencias sobrevenidas (Cám. Fed. Rosario, "L.L.", t. 20, p. 745).

La estudiante de farmacia, practicante en un hospital, por la situación en que voluntariamente se habría colocado al encargarse de la preparación de recetas sencillas, estaba obligada a poner el máximo de atención, a fin de evitar daños a la salud de terceros. Al no hacerlo, incurrió en culpa, con abstracción de su inexperiencia, pues no se trata aquí de la impericia en un arte o profesión que no poseía, sino de negligencia, con resultados perjudiciales que estaba en la posibilidad de prever, y teniendo clara conciencia de la peligrosidad que podría aparejar su error o descuido (Cám. Fed. Rosario, "L.L.", t. 2, p. 746).

El choque ocurrido por haberse roto la dirección del camión, no puede ser considerado previsible para su conductor, a quien no es dable exigir que antes de ponerlo en marcha

efectúe una inspección mecánica del rodado, cuando el desperfecto no está a la vista y para ello serían necesarios conocimientos especiales y reglamentaciones oficiales que no existen (C.C.C., "L.L.", t. 22, p. 40; "J.A.", t. 74, p. 36).

La negligencia a que se refiere el art. 94 del Cód. Penal, consiste en no realizar un acto en la forma debida, en hacerlo con retardo o con poca cordura, sensatez o cautela (C.C.C., "Fallos", t. IV, p. 456).

Comete una indudable imprudencia —y debe, consiguientemente, ser responsabilizado a título de culpa de las consecuencias del hecho— el que alcanza a otra persona un revólver cargado con el caño dirigido hacia ella, teniéndolo él empuñado y con el dedo en el gatillo (Supr. Corte Buenos Aires, "D.J.B.A.", 1947-XIX, p. 61).

No existe el delito de homicidio culposo por parte de la partera que se niega a atender a la enferma, si no se ha acreditado que el deceso no se hubiera producido si la partera hubiera ido a prestar el servicio que se le requirió (Cám. Apel. Crim. y Correc. Mendoza, "B.J.M.", 1945-25, p. 15).

El hecho de que el procesado permitiese a su empleado viajar en la parte de afuera de la cabina del camión y con el pie en el estribo; que aceptase un pasajero que ocupaba el lugar destinado a aquél; que llevase el camión sin la puerta de la cabina, creando un riesgo sólo con el propósito de beneficiarse comercialmente con el tiempo ganado al facilitar la subida y bajada; y la circunstancia de conducir en tales condiciones el vehículo por un mal camino, con baches y obstáculos, importan actitudes imprudentes que *prima facie* responsabilizan al conductor de la muerte de su empleado producida al caer del camión (Cám. Apel. Crim. y Correc. Mendoza, "B.J.M.", 1945-35, p. 8).

La imprudencia de la víctima no cubre la del procesado (Corte Supr. Tucumán, "Jur. de Tucumán", t. II, p. 350).

Para que haya lugar a la aplicación del art. 84 no es necesario que la culpa sea la causa inmediata del accidente, pues basta que haya sido la causa eficiente (Supr. Corte Tucumán, t. 17, pág. 162).

No tratándose de imprudencia en delitos contra la salud

pública (art. 203, Cód. Penal), sino del hecho concreto de haber incluído por negligencia un tóxico en un preparado farmacéutico sin prescripción médica, corresponde se lo califique de homicidio culposo (art. 94, Cód. Penal) (Supr. Corte Tucumán, "Jur. de Tucumán", t. 1, p. 240).

El art. 84 del Código Penal, al sancionar el homicidio culposo, tiene en cuenta exclusivamente la conducta del sujeto activo, sin que la circunstancia de que haya mediado también culpa de la víctima tenga por efecto borrar la de aquél (Supr. Corte Buenos Aires, "J.A.", t. 2, p. 625).

La observancia de los reglamentos por sí sola no genera culpa, no constituye delito, si no se establece el nexo de causalidad entre la maniobra antirreglamentaria y el accidente y sus consecuencias (Supr. Corte Buenos Aires, "J.A.", t. 72, p. 903).

Aunque se imponga en forma condicional la pena de prisión en el proceso por homicidio por imprudencia, no cabe dejar en suspenso la de inhabilitación por ser pena también principal y no hallarse comprendida en el art. 26 (Cám. Crim. Rosario, "Jur. de Santa Fe", 1941, p. 216).

La imprevisión o negligencia comprende a todo género de personas; la impericia se refiere al experto, perito o profesional (Cám. Fed. Rosario, "Jur. de Santa Fe", 1940, p. 240).

Hay imprudencia y corresponde aplicar la pena que señala el art. 84 del Código Penal, a la encargada de fiscalizar las preparaciones de farmacia que por omisión de sus deberes hace posible la preparación de una solución que resulta tóxica y ocasiona la muerte de una persona enferma (Cám. Fed. Rosario, "Jur. de los Trib. de Santa Fe", 1942, 20 mayo 1942).

El contenido de la culpa criminal reside en la no observancia o la observancia negligente de aquellos modos de actuar determinados por los sentimientos humanitarios, por las disposiciones administrativas, y en general por el sentido común de previsión y prudencia (Sup. Trib. La Rioja, "J.A.", t. 4, p. 448).

Si la losa de cemento derrumbada que ocasionó la muerte de un obrero fue construída, según instrucciones del cons-

tructor, con menor espesor que el necesario y sobre vigas deficientemente asentadas, el hecho constituye el delito de homicidio culposo, no el de estrago culposo (Cód. Penal, art. 189), pues no ha producido una situación de peligro común (Cám. 3ª Crim. y Correc. La Plata, "J.A.", t. 1, p. 711).

Para que exista homicidio por culpa es necesario que se produzca la muerte de una persona a consecuencia de la acción u omisión negligente de otra y que el agente haya podido o debido suponer, cuando realizó el acto, que ello era susceptible de ocasionar las consecuencias sobrevenidas (Cám. de Apel. Crim. y Correc. Mendoza, "Jur. de Mendoza", t. XIII, p. 399).

Debe considerarse que en el hecho imputado se da el supuesto de negligencia si se ha guiado un camión cuyo freno de pie no funcionaba por encontrarse en malas condiciones y que se da asimismo el supuesto de impericia, comprendido también en el art. 84, Cód. Penal, si el procesado no empleó como correspondía el freno de mano en la emergencia; apareciendo que al comprobar que no podía rectificar la dirección del vehículo debió de inmediato emplear con la rapidez y energía del caso ese freno y detener el camión aun antes que subiera a la vereda; siendo de advertir que el prevenido conocía el estado del freno de pie y que por ello usaba el de mano y que este freno detiene de inmediato el vehículo (C.C.C., causa nº 5958, 12 agosto 1941).

Debe considerarse encuadrada en la figura del art. 84 del C. P. la conducta del médico que, en base a un diagnóstico erróneo, interviene quirúrgicamente a la paciente, provocándole una peritonitis, a consecuencia de la cual fallece (C.C.C., causa nº 6124, 1 dic. 1944).

Para que el delito encuadre en la figura del art. 81, inc. 1, *b*, del Cód. Penal, es menester que se establezca de manera precisa e irrefragable que el inculpado, al empujar a la víctima, hubiese tenido la intención de "causarle un daño".

No obstante lo expuesto, la conducta del inculpado es reprimible en los términos del art. 84, pues significa una manifiesta imprudencia empujar a una persona que se halla alcoholizada, aunque el empellón se haya dado por temor a

ser víctima de un ataque (C.C.C., causa nº 5649, 26 agosto 1947).

Es instigador y partícipe el que facilita un arma a otro para que, simulando estar cargada, la dispare contra un tercero, a quien, por grave imprudencia, mata. El que disparó el arma, creyéndola descargada, es autor de homicidio por imprudencia (C.C.C., causa nº 9698, 17 junio 1952).

Concurren en concurso ideal el homicidio y lesiones por imprudencia, y no obstante la imprudencia de la víctima es responsable del hecho el chofer que al tener detenido su camión antirreglamentariamente (en el centro de la avenida 17 de Octubre, a las 14 y 45 minutos), es embestido en la parte trasera por una motocicleta, que viajaba a excesiva velocidad, falleciendo el conductor y lesionándose el acompañante (C.C.C., causa nº 27, 5 junio 1953).

Procede sobreseer provisionalmente al acusado, no obstante la manifiesta imprudencia de la víctima al cruzar por mitad de cuadra una avenida de intenso tránsito en horas de escasa visibilidad (21 y 45 minutos), cuando aquél ha incurrido en exceso de velocidad (C.C.C., causa nº 593, 29 mayo 1953).

Se encuentra *prima facie* incurso en el delito de homicidio culposo el peatón que, por cruzar la calle a mitad de cuadra y en forma totalmente desaprensiva, es embestido por una motocicleta que circulaba normalmente, la que vuelca, falleciendo el acompañante del conductor a consecuencia del accidente (C.C.C., 13 set. 1963, "D.J.A.", 12 nov. 1963).

La imprudencia, como manifestación de conducta culpable, importa una actividad positiva o el afrontamiento positivo de un riesgo y para darla por establecida es necesario que el fallo especifique cuál es el acto con que el imputado ha violado el deber de cautela, cuidado o diligencia puesto a su cargo.

Si bien conducir a contramano importa en principio un acto imprudente, deja de serlo cuando una circunstancia de hecho —como la existencia de un obstáculo sobre el lado derecho de la ruta— hace excusable esa conducta.

Para computar la velocidad del agente del choque como

elemento de culpabilidad, no basta afirmar que era mucha, sino que es necesario determinar si excedía la impuesta por el Código de Tránsito o las circunstancias del lugar (Supr. Corte Buenos Aires, 1 febr. 1961, "D.L.L.", 10 agosto 1961).

Quien circula marcha atrás es el que debe extremar las precauciones porque quienes transitan deben cuidarse únicamente de los que avanzan por su mano correspondiente (C.C.C., 25 junio 1963).

Los inconvenientes del tránsito propios del lugar y hora del accidente determinantes de la frenada brusca, ocasional, causante de la caída de la víctima al levantarse ésta del asiento para descender del vehículo, no pueden ponerse a cargo del conductor procesado.

La conversación del conductor con una pasajera no es antirreglamentario en los microómnibus y está dentro de las actividades propias de la conducción de estos vehículos, que requiere frecuentemente dar y recibir informaciones sobre calles, recorridos, etc. (C.C.C., 23 set. 1960, "D.L.L.", 16 marzo 1961).

Un viraje imprudente en una situación de peligro repentino, como el avance veloz de otro vehículo, no hace responsable al conductor, porque en situaciones como ésta la no exigibilidad de otra conducta constituye un verdadero estado de necesidad que elimina la culpabilidad (Supr. Corte Tucumán, "J.A.", t. 1944-IV, p. 535).

Debe absolverse por aplicación del art. 13 del Código de Procedimientos Criminales al procesado que conduciendo un automóvil atropella a un peatón en el medio de una avenida de doble mano y de tránsito ligero, aunque haya excedido la velocidad autorizada por los reglamentos (lo que no implica, en el caso, indicio de imprudencia), si asimismo ha mediado reacción imprevista por parte de la víctima al dar un salto hacia atrás y situarse en la línea por la que avanzaba el vehículo a fin de eludir a otro que circulaba en sentido contrario.

No basta que el agente haya dado ocasión o puesto una condición en la producción del hecho ni la consideración de que procediendo de otro modo, a pesar de la conducta de la víctima, el daño no se habría producido o tenido la impor-

tancia que tuvo (C.C.C., 15 abril 1966, "D.L.L.", 29 julio 1966).

El deber de cuidadosa atención en el manejo de armas aumenta en proporción a los riesgos previsibles a que pueda dar lugar la falta de adopción del mínimo de recaudos exigibles en la situación en que se actúa.

Constituye falta grave de cuidado debido en el manejo de un instrumento de por sí peligroso —en el caso, un revólver cargado— entregado con el caño dirigido hacia quien debe tomarlo, máxime si el arma no tiene seguro y si quien lo entrega lo hace mirando a otro lado (C.C.C., 1 marzo 1963, "D.L.L.", 17 febr. 1964).

Ha incurrido en culpa o imprudencia el chofer que manejaba el vehículo con deficiencia en sus luces a 60 kilómetros por hora, en noche oscura y que no disminuye su velocidad al ser encandilado por las luces de otro automotor que iba en sentido contrario.

El chofer que conociendo el desperfecto de los frenos del vehículo, sale a la calle en tal situación, demuestra desaprensión en su oficio y de sus obligaciones, siendo irrelevante para eximirse de culpa la invocación de una orden superior de salir de servicio, puesto que una resistencia a cumplirla, ninguna consecuencia le podía traer ante las garantías de las leyes sociales en caso de justificada desobediencia (Cám. Crim. Tucumán, 30 dic. 1958, "D.L.L.", 3 set. 1959).

Es culposo el homicidio derivado de accidente de automotor, si el agente se aventuró a manejar a más de 30 kilómetros de velocidad, en una calle céntrica durante un día lluvioso, con frenos deficientes y en estado de beodez, aunque consciente de sus actos (C.C.C., 23 febr. 1962, "D.J.A.", 27 junio 1962).

Configura delito previsto en la ley ferrocarriles nacionales, nº 2873, art. 84, y no homicidio culposo contemplado en el Cód. Penal, la conducta del guardabarreras que con el objeto de ir a un baño, abandonó su puesto, dejando las barreras levantadas, lo que ocasionó el accidente motivo de un procesamiento (Cám. Fed. Cap., 2 dic. 1960, "D.J.A.", 28 abril 1961).

No puede imputarse culpa o negligencia al procesado cuando la víctima, contraviniendo disposiciones de la ley de tránsito 13.893 cruzó imprudentemente la calle a mitad de cuadra, en vez de hacerlo por la senda de seguridad que, en el caso, es la parte de la calzada que prolonga la acera en sentido longitudinal.

La trasgresión a las normas de tránsito crea la presunción de culpabilidad (Cám. Crim. Tucumán, 8 set. 1958).

La observancia de las ordenanzas de tránsito no basta para eximir de responsabilidad, pues puede ocurrir que las circunstancias particulares del caso exijan un grado mayor de precaución o de prudencia que el establecido por el reglamento (Supr. Corte Buenos Aires, 29 dic. 1959).

Obra imprudentemente y responde por homicidio y lesiones culposas el conductor de un automóvil que en horas de la noche no detiene la marcha del vehículo no obstante estar anulada la visibilidad por una nube de polvo, lo que motivó el choque contra un camión estacionado en la ruta (Cám. Crim. Tucumán, 25 oct. 1956).

Es suficiente cualquier impericia, imprudencia o negligencia para reprimir a quien causa a otro la muerte; no es sólo la forma "grosera" de culpa la que se sanciona, sino también la llamada "levísima", ya que la división de la culpa en grados no ha sido seguida por nuestra ley penal (Supr. Corte Buenos Aires, 3 set. 1957).

No es deber del conductor de vehículos detenerse o disminuír la velocidad cuando sufre un enceguecimiento momentáneo al cruzarse en horas de la noche en la carretera con otro vehículo, pues tal exigencia haría imposible el tránsito en caminos muy frecuentados (Supr. Corte Buenos Aires, 26 nov. 1957).

Quien de noche conduce un camión con un solo faro es por tal hecho responsable de los accidentes de tránsito ocurridos a causa del rozamiento de ese vehículo con los que marchen en sentido contrario (Cám. Fed. Resistencia, 11 abril 1957).

No es imputable el motociclista a quien se le cae el compañero que llevaba en el asiento trasero de su máquina, a

consecuencia de un desvanecimiento, por tratarse de un acontecimiento imprevisible e independiente de su obrar.

No cabe la condena si no se establece una relación de causalidad entre las infracciones a las ordenanzas sanitarias o bromatológicas y las consecuencias letales y lesivas, que tuvieron por origen una causa extraña a la carencia de aseo (C.C.C., 26 abril 1963, "D.L.L.", 12 julio 1963).

La sola falta de registro de conductor de automotores no es suficiente para determinar la responsabilidad culposa del procesado; lo que se valora es la pericia en el manejo, que en el caso está abonada mediante una práctica continua de más de veinte años (Cám. Fed. Bahía Blanca, 17 set. 1954, "D. J.A.", 6 nov. 1955).

En el homicidio culposo, consistente en haber dejado el médico imputado una pinza en el cuerpo de la víctima operada, es la consecuencia letal la que proporciona el momento consumativo y el de la iniciación de la respectiva acción penal. En minoría se sostuvo que el término de prescripción de la acción en el homicidio culposo debe computarse desde el momento de la acción u omisión del imputado; no desde la muerte de la víctima (C.C.C., 21 junio 1968).

Corresponde absolver al imputado de lesiones culposas si iba a una velocidad que no excedía la reglamentada para la ruta y el accidente se produjo por culpa de la víctima que en bicicleta, sin luces y sin freno, la cruzó siendo atropellada por el automóvil conducido por aquél (Trib. Sup. de Neuquén, 6 nov. 1968, "D.J.A.", 10 marzo 1969).

Sin importar que la víctima haya intentado cruzar la calzada casi a mitad de cuadra, comete el delito de homicidio culposo quien, a pesar de haberla visto con antelación y al acompañante de ésta intentar retenerla, lejos de aminorar la marca prosigue sin desviarse y frena después del impacto (C.C.C., 3 set. 1968, "D.J.A.", 29 abril 1969).

El exceso de velocidad, plenamente probado, y la falta de maniobras atinadas —el acusado manifiesta que no sabe si apretó o no los frenos— son argumentos suficientes para declarar responsable al conductor que arrolló a la víctima,

por su conducta culposa (C.C.C., 12 junio 1969, "D.L.L.", 4 agosto 1969).

La prioridad de paso cede cuando la causa directa de la embestida ha sido la subida velocidad del que tenía aquella preferencia (C.C.C., 1 oct. 1968, "D.L.L.", 15 agosto 1969).

La culpa concurrente no elimina la culpa penal del que produce consecuencias previstas en los arts. 84 y 94 del Cód. Penal.

El hecho de que el peatón cruce fuera de la senda indicada para ello, no confiere derecho al conductor del vehículo a continuar la marcha sin reparar en las consecuencias. Aunque la luz verde le dé paso, debe detener la marcha de aquél por su alto poder vulnerante en oposición al cuerpo de las personas (C.C.C., 6 junio 1969, "D.L.L.", 10 nov. 1969).

El olvido de una pinza por un cirujano, durante la operación a un paciente, constituye, sin hesitación alguna, por simple razonamiento natural y lógica común, que en el caso es igual a la jurídica, una manifiesta impericia y negligencia.

No puede declararse la responsabilidad del médico, pese a su imperdonable olvido de una pinza en el cuerpo del paciente intervenido quirúrgicamente, si no se puede afirmar que la impericia negligente del autor sea la causa originaria y directa de la muerte de aquél, producida a distancia y con operación quirúrgica, a cargo de un segundo médico, en condiciones discutibles sobre la conveniencia de operar ese día (C.C.C., 31 marzo 1970, "D.L.L.", 29 mayo 1970).

Quien violando los reglamentos sobre tránsito circula a sabiendas por una calle "a contramano" —por más congestión de vehículos que hubiere, o apuro que tuviere— crea una situación de peligro y su previsibilidad necesariamente se refiere al conocimiento que, como chofer experimentado, debía tener.

Un reglamento especial como el que rige las "manos" de las calles, de cuya inobservancia se deriva responsabilidad a título de culpa, requiere también modos de obrar excepcionalmente prudentes y diligentes, al referirse a resultados que, por ser excepcionales, es preciso prevenir (C.C.C., 12 mayo 1970, "D.L.L.", 13 enero 1971).

En las encrucijadas o bocacalles es obligación ceder el paso al vehículo que se presente por la derecha (art. 49, *inc. b*, ley 13.893).

En virajes a la izquierda se exige mayor prudencia, sobre todo cuando debe respetarse la prioridad de paso de quien circula por la derecha, por una avenida y por su mano (art. 50, ley 13.893).

No modifica la responsabilidad penal —lesiones culposas— el posible exceso de velocidad o impericia del vehículo embestidor, porque la concurrencia de culpas no excusa ni compensa en derecho penal (C.C.C., 20 oct. 1970, "D.L.L.", 4 enero 1971).

Incurre en el delito de homicidio culposo el conductor de un colectivo que circulando por la mano correspondiente y a velocidad adecuada es embestido por otro vehículo que invade la contramano, si la caída de uno de sus pasajeros reconoce como causa eficiente el haber omitido cerrar una de las puertas del rodado (Cám. 1ª Penal San Isidro, 3 nov. 1970).

El hecho debe calificarse como homicidio culposo si el autor, dominado por un gran temor por el atropello, a su juicio humillante —"manteo"—, de que iba a ser objeto por varios compañeros de pensionado, con manifiesta imprudencia dada su inexperiencia en el manejo de armas, hizo un disparo contra la puerta tras la cual estaba la víctima (C.C.C., sala V, 5 mayo 1972, "Diario El Derecho", 12 set. 1973).

El conductor de un automóvil que al llegar a una bocacalle cree que puede pasar sin problemas, no obstante que un colectivo viene "un poco fuerte", obra con culpa lindante con la culpa con representación —aunque ella sea concurrente— si no reduce la marcha, en cuanto confía en lo que puede suceder y no sucede.

En la apreciación de la culpa, las difíciles circunstancias que caracterizan al sistema de vida moderno, hacen que cada día haya menos derecho a la indiferencia, al menosprecio, la temeridad y las situaciones de colocación en riesgo a los demás.

En la apreciación de la culpa, el obrar conforme a derecho no consiste en la sola observancia de los reglamentos escritos sino, además, en el cuidado de elementales normas

sociales de cultura, a veces prejurídicas, impuestas por la experiencia.

La culpa simple no consiste sólo en la falta de previsión de los resultados previsibles de la conducta propia, sino que debe reputarse extendida a la falta de previsión de la posible imprudencia ajena (C.C.C., 2 marzo 1973, "D.L.L.", 10 mayo 1973).

Quien tira en dirección a una persona, sin apuntarle y sin intención de matarla, sino sólo de amedrentarla, debe responder como autor de homicidio culposo, ya que pudo prever el peligro de su conducta; y es así, porque el deber de cuidado aumenta en proporción a los riesgos previsibles a que puede dar lugar el propio accionar (C.C.C., 15 mayo 1973).

Si no es posible descartar de manera absoluta la versión del prevenido en el sentido de que cuando pretendía efectuar el disparo con el arma dirigida hacia arriba le fue bajado el brazo, circunstancia que provocó el desenlace fatal no querido de su parte, con sustento en el principio beneficiante contenido en el art. 13, Cód. Proc. Cr., procede absolverle de culpa y cargo por el delito de homicidio.

Quien tirando en dirección a una persona, sin apuntarle y sin intención de matarla sino sólo de amedrentarla, la hiere de muerte, debe responder como autor de homicidio culposo, ya que pudo prever el peligro de su conducta.

A los fines de la figura del art. 84, Cód. Penal, ha de tenerse presente que el deber de cuidado aumenta en proporción a los riesgos previsibles a que puede dar lugar el propio accionar (C.C.C., 15 mayo 1973).

El régimen de la reforma penal impuesto por la ley 17.567 resulta más benigno en materia de homicidio culposo que el originariamente instituído por el Cód. Penal, nuevamente vigente por imperio de la ley 20.509; ello así, porque por más que la respectiva escala penal sea superior en su máximo, admite, por el art. 20 ter, la posibilidad de rehabilitación respecto de la pena de inhabilitación (C.C.C., 26 oct. 1973).

El hecho de haber superado la "velocidad excepcional" que permitía el art. 69, inc. *c*, ley 13.893, por sí solo, no

implica una trasgresión a la ley y menos un reproche penal, si tal "exceso" estaba legitimado para los conductores de automóviles en caminos pavimentados, en campo abierto, donde el tránsito sea reducido y donde las condiciones de visibilidad sean buenas y los vehículos estén en óptimas condiciones mecánicas y sus cámaras y cubiertas en perfecto estado. Sin embargo, la franquicia tampoco importa la posibilidad de alcanzar altas velocidades con exclusión de toda responsabilidad en caso de accidentes.

Subir a la ruta y cruzarla con total olvido del peligro importa no solamente una acción peligrosa positiva sino también una conducta antirreglamentaria e imprudente (Cám. Penal Santa Fe, 16 abril 1974, "D.J.A.", 8 julio 1974).

La franquicia para circular a alta velocidad no importa hacerlo con exclusión de toda responsabilidad en caso de accidente, pero para ello la velocidad debe ser la causa directa y eficiente del evento.

No obstante haber superado el conductor de un automóvil la "velocidad excepcional" establecida como franquicia para ciertos casos en el art. 69, inc. *c*, de la ley 13.893, aquél no es responsable por ello sólo de la muerte de quien, sin las debidas precauciones, ascendió con su motocicleta a una ruta en el preciso momento en que avanzaba el primer vehículo, que así lo embistió (Cám. Crim. Santa Fe, 16 abril 1974, "D.L.L.", 16 set. 1974).

La regla de prioridad de paso no deja de aplicarse por circular algo adelantado uno de los vehículos. Lo contrario podría conducir a la derogación indirecta de la regla (valiosa si fuera observada de buena fe), fomentando el aumento de velocidad en las esquinas a fin de lograr algún adelantamiento.

La conducta decididamente culposa de uno de los automovilistas absorbe la simple infracción del otro, que no fue causa determinante del hecho (en el caso, no circular ceñido a la derecha), y permite atribuírlo a culpa exclusiva del primero.

Ante la pluralidad de víctimas, el hecho debe encuadrarse como lesiones culposas en concurso ideal.

Es incongruente la aplicación conjunta del máximo de la pena de multa y el mínimo de la pena de inhabilitación.

El tribunal de apelación no puede enmendar la sanción, sin agravio expreso sobre el punto, cuando ello importa aumentar la pena aplicada en primera instancia.

La pena de inhabilitación no puede ser impuesta en forma condicional (Cám. Crim. Santa Fe, 10 mayo 1974, "D.L.L.", 20 agosto 1974).

La culpa de la víctima de un accidente de tránsito no excusa en materia penal de la culpa del conductor del vehículo que arrolló a aquélla.

Ha cometido un homicidio culposo previsto en el art. 84, Cód. Penal, el participante en una carrera automovilística que al quedar detenido su vehículo en medio de la pista por falta de combustible, después de desplazarlo al costado izquierdo, lo lleva hacia el costado opuesto por el ansia de continuar la carrera en trasgresión al art. 16 del respectivo reglamento, que prohíbe tal proceder, dando ocasión así a que otro piloto lo embistiera, produciéndose su muerte. A esa infracción se suma en el caso la evidente imprudencia, impropia de un corredor experto, consistente en haber creado un nuevo peligro, al interponerse en la zona de tránsito, lo que no excusan las características de tales competencias deportivas (en el caso, en la condena, se establece inhabilitación especial) (C. C.C., 20 agosto 1974, "D.L.L.", 2 enero 1975).

Aunque la víctima haya observado una conducta impertinente, es responsable por culpa de la muerte de aquélla el conductor de un vehículo de pasajeros que lo detuvo violentamente y lejos del lugar habilitado al efecto, ocasionando con ello la caída al pavimento de aquella persona con ese resultado mortal. Hubo en el caso imprudencia y violación del art. 57, inc. *a*, de la ley 13.893, que obliga a tomar y dejar pasajeros junto a la acera.

Si en un proceso por homicidio culposo la parte damnificada ejerce como querellante el derecho conferido por el art. 29, inc. 1, del Cód. Penal, resulta condenado el conductor de un vehículo de pasajeros y el empleador de éste, como tercero civilmente responsable, comparece al proceso en virtud

de lo dispuesto por los arts. 425 y 463 del Cód. de Proc. Crim., consintiendo la jurisdicción, contestando la demanda y aportando prueba, procede la condena de ese empleador a indemnizar solidariamente los daños causados, en los términos de los arts. 1077, 1078, 1084, 1085, 1091, 1092, 1095 y 1113 del Cód. Civil (C.C.C., 18 oct. 1974, "D.L.L.", 7 abril 1975).

La ley de tránsito 13.893 no está en pugna con las velocidades que la autoridad municipal imprima a la corriente de tránsito mediante los aparatos mecánicos, pues contiene ínsita una exigencia jurídica que dará la tónica determinante de la culpabilidad, si es que ésta estuvo presente: "la previsibilidad", elemento penal subjetivo.

La ley de tránsito 13.893 exige que no se desarrolle "velocidad peligrosa" (art. 69, *in fine*), que es la superior a la indicada para cada caso. Pero ese exceso no debe carecer de excepciones, pues una tolerancia puede permitirse en consideración a que el conductor no siempre puede estar atento al velocímetro para mantener inalterable el límite legal; por ello, cuando el excedente no sea de una superioridad manifiesta, puede el juez, aquilatando los diversos elementos de juicio, entender que no ha concurrido la "velocidad peligrosa".

El procesado que circulaba por una avenida con el semáforo indicando paso en la calle del accidente (es decir, con color verde), aunque hubiera desarrollado una velocidad algo superior a los 50 kilómetros horarios que según el informe de la municipalidad permiten los semáforos por sincronización, no es culpable del delito de homicidio culposo si la víctima atravesó corriendo la calzada (C.C.C., 8 abril 1975, "D.L.L.", 21 mayo 1975).

Aun admitiendo que la víctima pudo cruzar distraída la calzada, ello solo no excluye la culpabilidad de quien conduciendo un automotor embiste al peatón en plena senda reglamentaria y en circunstancias que giraba para doblar.

Tanto la ley nacional de caminos como la ordenanza de tránsito imponen al conductor de automotores que doblan el deber (inexorable en razón de las vidas que tienden a proteger), no sólo de aminorar y aun parar si es necesario, sino también el de ceder el paso al peatón venga o no distraído,

como prioridad absoluta e indiscutible; si el autor no respetó tales presupuestos incurrió en el delito previsto en el art. 94 del Código Penal (C.C.C., 31 mayo 1974, "D.L.L.", 16 enero 1975).

La inhabilitación que se impone como consecuencia de delito culposo cometido en la conducción de vehículo de trasporte de pasajeros, debe extenderse a todo tipo de vehículo automotor (C.C.C., fallo plenario, 30 dic. 1975, "D.L.L.", 18 febrero 1976).

Capítulo XXIX

HOMICIDIO EN RIÑA

Las legislaciones dan distintas soluciones para el caso de que en una pelea o riña en que tomen parte varias personas, resulte alguien muerto o lesionado y no se pueda individualizar al autor o autores del hecho.

Es así como en Suecia todos responden por el homicidio (sistema de la solidaridad absoluta); en el Uruguay todos responden en forma atenuada (sistema de la complicidad correspectiva), y en Brasil e Italia —Código vigente— el hecho es un delito autónomo.

Carrara define la riña como la lucha súbita surgida entre dos o más personas por causas privadas. Agrega esto último para distinguirla de la sedición y otros delitos políticos. Considera el autor citado que al actuar en el calor de la lucha, no se piensa ni se intenta la muerte; tan sólo se cambian y devuelven golpes, y si hay una muerte, ésta es el resultado de un dolo indeterminado, pues el elemento intencional no está dirigido a esa muerte. Por eso es distinta su penalidad. La riña se diferencia del altercado en que no es verbal, pues en ella hay vías de hecho, o sea, hay lucha, violencia física. Se la considera súbito acometimiento, recíproco y tumultuario[1].

El homicidio en riña proviene de las leyes Aquilia y Cornelia y del Digesto (lib. IX, t. II, l. II). Al desconocerse quién había sido el autor de la muerte, se sostenía en la antigüedad que debía echarse a la suerte a quién había que

[1] Soler, ob. cit., t. III, p. 168. Ver también Ricardo C Núñez, *Homicidio o lesión en riña o agresión*, "L.L.", t. 35, p. 1120.

castigar, y para otros debía sancionarse a quien fuera más enemigo del muerto. Después se pensó en sancionar a todos los intervinientes con una pena inferior, como lo hacía el Código toscano, siempre que el sujeto hubiere excitado a la riña, aun verbalmente, o blandido armas o puesto manos sobre el muerto.

Carmignani llegó a distinguir, en el caso de que la víctima recibiera varias heridas y se conociesen sus autores, el hecho de que todas aquéllas fuesen mortales, en cuyo supuesto todos respondían por homicidio, o si sólo una era mortal, en cuyo caso su autor respondía por el homicidio y el autor de las otras por lesiones. Después, en el Código de las Dos Sicilias, se la legisló como complicidad correspectiva, que en el antiguo Código italiano (art. 378) se diferencia de la riña de la que resulta muerte o lesiones (art. 379), en que aquélla consistía en que varias personas tomaban parte en la ejecución de un homicidio o lesión y no se conocía al autor, en cuyo caso todos eran castigados con la pena correspondiente a los cómplices, sin que tuviera lugar una riña. En el Código vigente en Italia ha desaparecido el principio de la no individualización del autor como el de la complicidad correspectiva, este último mantenido en los códigos de España, de 1870; Chile, de 1874; y Hungría, de 1878. Lo cierto es que el homicidio en riña, manifestación del delito colectivo, queda actualmente en pocos códigos, pues cada vez se regula mejor la complicidad con soluciones más justas y prácticas.

Exige un elemento moral, que es el ánimo de hacer daño, por lo que es un delito doloso, y otro material, que consiste en tomar parte en la riña. Para Alimena hay mezcla de dolo (el sujeto quiere el hecho) y culpa (el hecho puede ser causa de homicidio o lesión no queridos).

En cuanto al primero, no es responsable quien interviene en la riña para hacerla cesar, ni el que lo hace para defenderse o para defender a un tercero en peligro. Es, pues, requisito la intención de luchar, y sin ella no basta que se cumpla el segundo, o sea, que se participe en el hecho.

En lo que se refiere al elemento material en sí, el que interviene en la primera parte de la incidencia, por ejemplo

en las injurias verbales, pero se retira al comenzar las vías de hecho, no es responsable.

Algunas leyes (Italia, Uruguay) se refieren al que hubiere puesto mano sobre el ofendido, pero el hecho es más amplio que ese concepto y puede no implicar ponerle la mano encima a la víctima, literalmente hablando, pues puede consistir, por ejemplo, en tirarle una piedra.

Los autores en general coinciden en que el hecho no alcanza al simple provocador o instigador que no interviene en la riña. Sí comprende a todos los que cooperan en la ejecución, como sujetando o impidiendo la huída a la víctima.

Las violencias, empujones, puñaladas, disparo de armas, pedradas y golpes pueden ser recíprocos, o sea, debe haber lucha en la que nadie actúa pasivamente, pues de lo contrario habría agresión de uno o varios contra uno o varios y podría ser el caso de legítima defensa. En todos aquellos supuestos reside el concepto de "violencia sobre la persona del ofendido". No se computa la muerte posterior al cese de la riña, salvo que sea consecuencia de la misma, por ejemplo, en el caso que después de ella uno de los intervinientes es muerto por otro mientras se aleja del lugar.

En realidad, como dice Vannini, el fundamento político criminal del homicidio en riña es perseguir con rigor manifestaciones de violencia que constituyen un peligro para las personas y la tranquilidad del orden público.

La pena especial no resulta, como en otros casos, de las condiciones del autor o del sujeto pasivo, o del medio empleado, sino que es la consecuencia de una transacción, por la dificultad de discernir entre varios partícipes, el autor de los cómplices, y entre éstos, los necesarios de los no necesarios. Su razón de ser es entonces fundamentalmente procesal, como resulta de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891. Sostiene Impallomeni que es ésta una reminiscencia medieval en contra de los modernos principios, según los cuales, cada uno es responsable de lo que ha hecho, no de lo que ha podido hacer, pero lo cierto es que, como afirma Puglia, se renuncia a lo desconocido por lo conocido y se acepta la impunidad relativa del autor principal para conseguir su punición segura

como autor secundario, apliçando a todos los que toman parte una pena casi correspondiente a la de los cómplices, conforme a la ley italiana entonces vigente.

Pasando en concreto a la ley argentina, recordaremos las críticas que se han hecho a la metodología de nuestro Código, en cuanto dedica en el título I, un capítulo especial, el III, al homicidio y lesiones en riña, ya que se considera que si éstas son formas atenuadas del homicidio y de las lesiones, respectivamente, debieron incluírse dentro de cada uno de los capítulos dedicados a estos delitos.

En nuestra legislación, como en la alemana (Código Penal, pár. 367, nº 10), la riña en sí no es delito, sino simple contravención. Tan sólo se la incrimina si de ella resulta una muerte o lesión. En el tema que tratamos, la riña es sólo una circunstancia del delito de homicidio[2].

Establece el art. 95 del Código Penal que "cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los arts. 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de 2 a 6 años en caso de muerte y de 1 a 4 en caso de lesión".

El texto tiene su origen en el art. 125 del Proyecto de 1891, que pasó al de 1906. En él se equipara la riña a la agresión, no obstante ser estos conceptos distintos, pues la segunda significa el ataque de varias personas contra una, y no está de más que así sea, pues de una agresión de varios contra uno puede resultar una muerte o lesión sin que se individualice al autor. Se exige la concurrencia de tres o más personas, ya que si sólo fuesen dos, una sería la víctima y la otra el victimario; que resulte una muerte o lesión; que no conste quién o quiénes la causaron, y se sanciona únicamente a los que ejercieron violencia sobre la víctima, que puede ser tal aunque no haya tomado parte en la riña —por ejemplo, si pasaba por el lugar—, no a todos los que participaron en ella, pues nuestra ley no contempla aquí la riña calificada

[2] Núñez, ob. cit., p. 1121.

simplemente por el resultado. Se puede, pues, ejercer violencia sobre otra de las personas, siempre que no sea la víctima, pero eso no constituye esta conducta punible. La violencia requerida es la física, o sea, las vías de hecho, que casi siempre causan por lo menos lesiones.

Si la intervención en la riña o agresión no es súbita y sin acuerdo previo, o sea, si hay una intención y acuerdo o concurrencia de voluntades para cometer el acto, no es aplicable la disposición que comentamos, sino las normas generales referentes a la complicidad. En la riña, que es brega o lucha, en cambio, coexiste o coincide tan sólo la actividad física de los participantes que se acometen confusa y mutuamente.

La conducta del promotor de la riña sólo se tiene en cuenta al graduarse la sanción, conforme a lo dispuesto en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

El art. 95 merece una crítica justificada al establecer una presunción de autoría, como es la de considerar que todos los que ejercen violencia son autores de la muerte o lesión cuando ésta puede ser una sola o aquélla puede resultar de una sola lesión. Es suficiente, pues, a los efectos perseguidos, establecer la sanción para los que participan en el hecho[3].

Así lo hace el Proyecto de 1953 (art. 135) —como el de Coll-Gómez (art. 119)—, reemplazando el doble concepto de riña o agresión por el de acometimiento recíproco, disminuyendo el mínimo de la pena a un año de prisión y manteniendo el máximo de seis años. Como es natural, aquel Proyecto legisla el homicidio en riña en el capítulo I del título I, dedicado a los delitos contra la vida, y las lesiones en riña en el capítulo II, que trata de los delitos contra la integridad corporal y la salud.

El Proyecto de 1960 incrimina la simple riña, considerándola también acontecimiento recíproco y tumultuario en el cual intervienen tres o más personas, elevando la pena si resulta la muerte o lesiones de alguno, sin que se determine quiénes fueron los autores, para quienes ejercieron violencia física sobre la persona del ofendido o intervinieron con armas

[3] Gómez, ob. cit., t. II, p. 203.

(art. 138). Suprime, pues, la referencia a la agresión, entendiendo que si una acción puede ser calificada como agresión de varios contra uno, entrarán en juego los principios comunes de la participación.

JURISPRUDENCIA.

Existe homicidio en riña cuando el imputado y otros sujetos toman parte en el hecho del que resulta la muerte de la víctima, disparando todos sus armas, sin que conste quién causó la lesión mortal (Supr. Corte Buenos Aires, "Fallos", s. 17, t. II, p. 86).

Si no es posible determinar cuál de los dos imputados es el autor material de la lesión mortal, si no hay prueba de que existiere "acuerdo previo" para la realización del hecho, éste constituye un homicidio en riña (Supr. Corte Buenos Aires, "Fallos", s. 17, t. VII, p. 560).

La actitud agresiva que importa el haber rodeado entre tres al ofendido, "sin darle tiempo a tomar medida alguna", confirmada por la relación de ella con la puñalada que se infiere de inmediato como consecuencia del propósito que inspiró en los tres ese acto de acometimiento, de rodeo, para asegurar la finalidad de herir, configura la violencia prevista en los arts. 95 y 96 del Cód. Penal, en cuanto tiene por autor del hecho a todos los que ejercieron (C.C.C., "L.L.", t. 16, p. 555).

La figura de homicidio en riña exige la intervención en la "pendencia, cuestión o quimera" de más de dos personas, pero no deberá constar quiénes causaron las lesiones determinantes del deceso; no procediendo, por lo tanto, tal calificación, cuando existe la posibilidad de fijar las respectivas responsabilidades (Sup. Trib. Entre Ríos, "J.E.R.", 1942, p. 1076).

En el delito de homicidio o lesiones en riña o agresión los partícipes del hecho deben ser movidos por "motivos de índole particular" que afecten sólo a ellos o a otras personas allegadas; y la responsabilidad penal alcanza sólo a los que

ejercieron "violencia física" —vías de hecho— sobre la víctima (Sup. Trib. Entre Ríos, "J.E.R.", 1946, p. 533).

Si la muerte de la víctima, producida por las causas especificadas, ha sido el resultado de la agresión en que participaron ambos prevenidos y no es posible determinar cuál de ellos la causó, aunque sí sea indudable que ambos ejercieron violencia sobre la persona del ofendido, la calificación legal que corresponde es la de homicidio en agresión o riña, previsto en el art. 95, Cód. Penal.

Esa figura delictiva excluye la aplicación de la atenuante calificativa de preterintencionalidad, contenida en el inc. *b*, art. 81, Cód. Penal, no obstante concurrir, como en la especie, la circunstancia de que el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte (C.C.C., causa nº 836, 2 abril 1943).

Habiendo sido la muerte de la víctima el resultado de la agresión en que tomaron parte los dos prevenidos, sin que sea posible determinar cuál de ellos la causó, aunque sí sea indudable que ambos ejercieron violencia sobre la persona del ofendido, la calificación legal que corresponde es la de "homicidio en riña", previsto por el art. 95 del Código Penal. Esta figura delictiva excluye, por supuesto, la aplicación de la atenuante calificativa contenida en el inc. *b* del art. 81 del mismo Código, no obstante concurrir en el caso la circunstancia de que el medio empleado no debía razonablemente producir la muerte. Inequívocamente sólo puede ser preterintencional el homicidio simple del art. 79 o el calificado del art. 80, inc. 1, del Cód. Penal (C.C.C., "L.L.", t. 12, fallo 4369).

No pueden alegar la atenuante de homicidio en riña los procesados que ejercieron violencia sobre la víctima, cooperaron directamente en los actos que determinaron la muerte de ésta y dirigieron coordinadamente su actividad al fin buscado y logrado (Cám. Crim. Concepción del Uruguay, 30 junio 1959, "D.J.A.", 3 enero 1961).

Corresponde aplicar el art. 95 del Código Penal —no los arts. 79 y 45—, cuando no puede determinarse cuál de los dos agresores infirió la herida mortal de la víctima, aten-

diendo a que, pese a existir contemporancidad en acciones y coincidencia eventual de intenciones, cada uno de los agresores obró sin tener en cuenta lo que hizo o pretendió hacer el otro, ya que sus respectivos actos respondieron a decisiones autónomas (Cám. Pen. Bahía Blanca, 24 nov. 1961).

La figura del homicidio en riña requiere que se acrediten los siguientes extremos: una riña con intervención de más de dos personas; muerte de una persona causada por lesiones producidas en su desarrollo y como consecuencia de aquélla; desconocimiento absoluto de la persona de su autor; e individualización de los autores de la violencia.

No es cualquier violencia la tenida en cuenta por el art. 95 del Cód. Penal, para hacer funcionar la presunción legal, sino aquel tipo de violencia que sea idónea para causar el resultado que se sanciona.

La figura del art. 95, Cód. Penal, no reprime el simple hecho de participar en una riña calificada por el resultado, sino el haber ejercido violencia sobre un sujeto, que resulta muerto o herido sin que conste quién causó el resultado final (Cám. 1ª San Nicolás, 31 oct. 1961, "D.J.A.", 10 mayo 1962).

Cuando de las manifestaciones concordantes de los propios acusados —única prueba eficaz— resulta que agredieron simultánea e ininterrumpidamente a la víctima sobre la cual ejercieron violencia, golpeándola hasta privarla de conocimiento, sin que sea posible determinar quién aplicó el golpe mortal y no existen antecedentes o presunciones que autoricen a inferir con fundamento que actuaron concertados dolosamente, su conducta realiza el esquema típico de la figura atenuada del delito de homicidio en riña o agresión del art. 95, Cód. Penal, y no la figura del homicidio agravado (C.C.C., 4 junio 1965).

La calificación del homicidio en riña no rige si la muerte es la obra común de los atacantes, que actuaron como verdaderos partícipes (S.C. Buenos Aires, 10 marzo 1970).

La imposibilidad de determinar con exactitud la autoría es lo que tipifica el homicidio en riña y ha colocado al legislador en la necesidad de imponer una solución intermedia que aminore la penalidad propia del resultado ilícito, sin dejar de

castigar un acontecimiento de relevancia penal y de modo que la decisión esté fundada en principios indiscutibles de justicia (Cám. Apel. Crim., Correc. y Laboral de Corrientes, 9 set. 1971, "D.L.L.", 4 julio 1972).

Se terminó de imprimir
el día 15 de marzo de 1977,
en Artes Gráficas Bartolomé U. Chiesino S. A.,
Ameghino 838, Avellaneda, (Buenos Aires),
Tirada: 1.500 ejemplares