

ALEVOSÍA

Concepto. Matar a un infante ¿es siempre alevosía?. Sin riesgo y sobre seguro. Teorías objetivas y subjetivas.

Antecedentes . Conclusiones.

Por Carlos Parra

CONCEPTO.

Criteriosamente se ha conceptualizado a la alevosía como *"la muerte dada ocultamente a otro, asegurando su ejecución por evitación de todo riesgo o peligro e imposibilitando intencionalmente la defensa de la víctima"*¹.

Terragni a su vez enseña que Alevosía es "sinónimo de perfidia o traición, pues consiste en causar un daño a quien confía en uno, asegurando la comisión del hecho al evitar que el otro se defienda"².

M ATAR A UN INFANTE ¿es siempre alevosía?

A veces la sociedad se encuentra ante el indigno espejo que muestra al hombre volviendo al primate. Es que la muerte de un niño de manos de un mayor, es una filosa daga que penetra en el firmamento de la Alevosía y pone al descubierto una ya bizantina polémica: ¿ es posible aplicar LA ALEVOSIA por la sola condición (incapaz, menor, etc.) de la víctima ?.

Se ha visto que este singular asesino suele llevar al niño a morir a un "lugar seguro" para su macabro fin, alejando toda ayuda externa posible, libre de interferencias, en deyecta y aviesa actitud³.

Para procurar el estado de indefensión o aumentarlo, este traidor ejecutor suele "dormir al niño", ya sea naturalmente (meciéndolo) o con elementos artificiales (somniaferos), lográndo así la "primera parte de su plan" para luego ejecutar sin riesgo y sobre seguro. Es decir que coloca un plus en su estado natural de indefensión.

Y esta pérfida conducta conlleva toda una representación, elaboración y admisión del hecho, que se encuentra generalmente unida al único medio de defensa del querube: el llanto. Cumple su designio el criminal: hacerlo callar para siempre. Más no se trata de una cuestión impetuosa o automática... "no hay rayo en tiempo sereno", enseñaba Roxin. Este imputado pegador y cobarde a la vez, que alguna vez bien definió Hobbes cuando habló de la capacidad de maldad humana como "el lobo débil", o Spengler como "la bestia desdentada", trae insita la idea mortuoria desde que suele asumir el "rol" de "padre o madre golpeadora", produciendo así una comunicación defectuosa ... un verdadero quebrantamiento del rol esperado, o en términos "Jakobianos" un "quebrantamiento de la norma". Este agresor del cual Jakobs -con

base en Aristóteles- enseñaba: "ellos mismos tienen la culpa de que se haya llegado hasta ese punto, por su vida desafortunada..."⁴, puede actuar aún sin premeditación.

Bien lo afirma Levene al decir: "*puede haber premeditación sin alevosía y alevosía sin premeditación*"⁵. En esta inteligencia focalizamos la necesidad que no sólo se quiera la muerte sino también que se tenga en cuenta las circunstancias de la indefensión (aprovecharse) o bien generar ese estado (procurar).

Teorías objetivas y subjetivas

Quizás por ser tan dolorosa e indigna la muerte de un infante o un disválido, no es pacífica la cualidad de proditorio o aleve que guarda la doctrina al respecto de este instituto de prosapia española..

Los objetivistas pregonan el criterio que cualquiera que se encuentre por cuestiones físicas, psíquicas o fisiológicas en estado de indefensión, coloca al victimario de cara a la agravante.

Y es en esta palmaria indefensión de la víctima, donde se encuentra la seguridad en el hecho y la exención de riesgo para el agresor. Antón Oneca llamaba a esta situación "abuso de superioridad", dándole así un cauce propio a la figura.

Avalando esta tesis, Quintano Ripollés decía que la "víctima inerme, el ciego, el dormido, o el *completamente desválido*, hacen caer **automáticamente** sobre el agresor la agravante de alevosía"⁶

El propio Peco alentaba la idea que cuando se mataba a una persona dormida todo análisis era innecesario, existiendo -por el mismo estado- la alevosía. Oportunamente esta cuestión fue bien rebatida por Zaffaroni.

Pocas voces aliadas han encontrado los objetivistas, pues si el fin del legislador hubiese sido atender los factores personales de la víctima, de buen cuño sería referir normativamente así: " el que matare a un menor, incapaz..."

El respaldo moderno que tiene esta tesis, esta dado en la controvertida jurisprudencia del T.S.Español, que da por sentado que en casos de niños, inválidos y ancianos sin excepción, siempre concurre la alevosía⁷.

Doctrinariamente casi ni se discute que la alevosía hoy tiene "naturaleza mixta, integrada por un aspecto objetivo, relacionado con los medios, modos o formas que se utilizan en la ejecución del hecho -y que se consideran predominante-, y otro subjetivo, alusivo al ánimo de procurarse, con tales procedimientos, la indefensión del sujeto o de aprovecharse de ella"⁸. En definitiva, es el actuar sobre seguro, sin riesgo, que aporta un plus de culpabilidad a la causación de la muerte del otro⁹.

Es cierto que existió una tendencia a sostener el criterio subjetivo exclusivamente por lo que el delincuente piense en ese momento. Y esa posición alguna vez en forma injusta se le atribuyó a Quintano Ripollés y Cuello Calón entre otros. Pero, como anticipamos, hoy no hay voces favorables a una tesis subjetivista pura.

Zaffaroni -junto con Donna- ha transitado este horizonte de combinar la tesis subjetiva - objetiva en en el universo de la jurisprudencia. Con agudeza dijo el eminente profesor : " Parece ser que para un sector de la doctrina la alevosía consiste en la objetiva indefensión del sujeto o en esa indefensión conocida por el autor en el momento de la realización de la acción, es decir que el tipo se configuraría objetivamente o bien con el mero dolo de homicidio con conocimiento de la circunstancia de la indefensión, sea que este dolo se ubique en el tipo o en la culpabilidad... Si se adopta una teoría del tipo complejo el homicidio alevoso sería un tipo simétrico que requeriría objetividad y subjetividad típica.. Tanto etimológica como jurídicamente, no basta con la situación objetiva ni con el conocimiento de la misma previo a la voluntad homicida o concomitante con la misma, sino que se exige un elemento de ánimo, es decir la particular orientación de aprovecharse de esa indefensión¹⁰.

También sobre la temática jurisprudencialmente se afirmó: "... en el resguardo e intimidad de las paredes del cuarto del hotel, contando con la falta de peligro para su persona por ausencia de la madre o de terceros, impedidos de acceder al lugar, con plena conciencia, lúcidamente, llevó a cabo su designio criminal... sin riesgo para si y en situación de ventaja... porque en otra situación, en presencia de la madre o de personal del hotel, no habría intentado el homicidio"¹¹. A este caso hay que sumarle el hecho que el protervo imputado en un momento expresó que se encargaría de hacer callar al niño, y de esta manera alejó a la mucama del lugar rechazando la colaboración, bien se puede colegir que lo llevó a morir a un lugar seguro o sea que procuró su indefensión.

Dable es apuntalar, a modo de síntesis, el criterio de Sproviero cuando indica: " para definir la situación de responsabilidad del autor y determinar su actividad aleve, no puede escindirse un criterio de otro , se deben COMPLEMENTAR y acudir uno en auxilio de otro para calificar la conducta; el criterio subjetivo servirá para indagar si el autor ha lucubrado todos los pasos tendientes a la consecuencia habida, si ha elaborado la trama destinada a impedir la reacción de la víctima que en condiciones normales pudo haber opuesto defensa y enfrentar al autor o ponerse a resguardo de sus propósitos o motivaciones¹².

La discusión entonces parece centrarse en el obrar sobre seguro o a traición¹³, cuya mayor reprochabilidad radica en un dolo intenso motivo de la peligrosidad, perversidad o cobardía (Jiménez de Asúa), en tanto otro grupo de penalistas afirma la tesis en el modo de comisión del delito, que se traduce en la menor posibilidad de defensa de la víctima (Moreno). Ambas posiciones exigen el conocimiento de la situación objetiva de indefensión del agredido, aunque los llamados subjetivistas requieren además que concurra por parte del agente el ánimo expreso de procurar o aprovecharse de esa indefensión para su seguridad¹⁴.

El crimen alevoso y sus antecedentes:

Los crímenes alevosos también han tenido su condena en la

literatura universal... En el séptimo círculo del infierno, Dante y Virgilio, llegaron al borde de un precipicio. Ante ellos corría un río de sangre, en el cual estaban condenados a vivir sumergidos todos los que en la tierra habían matado a un semejante¹⁵.

Concordante con este referente poético, se encuentra otra literatura específica ilustrativa: a) El asesinato de Julio César (hay prodición en Bruto que lo atrae con aires de amistad; b) Los crímenes de Landrú (diez mujeres fueron presas de su mortal seducción y se entregaban confiadamente); c) El alevoso Raskolnicoff (bien relata Dostoievski en "Crimen y castigo"... el asesino oculta el arma y con un regalo gana confianza y distracción en la víctima); d) "Padre Padrone" (Gavino Ledda relata 3 crímenes alevosos: en uno el homicida se disfraza de mujer, en otro hay una emboscada, y en el último el thiu Giommaría es invitado a un almuerzo que no puede negar su presencia, allí le ruegan que coloque la cabeza de un cordero sobre un tronco, entonces el asesino que sujetaba el hacha, en vez de rajar la cabeza del animal, rajó la de Giommaría¹⁶; e) El frío Robledo Puch (el pérfido "angel de la muerte" mataba a los serenos -cuidadores- mientras dormían, inclusive llegando a eliminar a su propio "socio").

Al buscar antecedentes en la figura delictiva, Núñez enseña con meridiana claridad, que este delito guarda raíces remotas (homicidio proditorio e insidioso) y próximas en el Código Español¹⁷. Levene alude además, a la influencia de la ley italiana (homicidio per aguato) o bien a la belga y francesa (guet-apens: centinela y premeditar) como fuentes normativas de la agravante¹⁸.

CONCLUSIONES

1 La mera ventaja o superioridad de los medios ofensivos del homicida¹⁹ con más la circunstancia objetiva de indefensión de la víctima no alcanzan para configurar la agravante. En necesario "*complementar*"²⁰ tal criterio objetivo con otro de carácter subjetivo. Por ende la naturaleza de la alevosía es mixta.

2 Esta indefensión de la víctima, procurada o aprovechada por el autor, debe ser la motivación, obviamente de índole subjetivo, que lo lleve a actuar, procurando así un obrar sin riesgo y sobre seguro para su persona²¹.

Dr. Carlos Parma

Juez de Cámara Tribunal Penal de Menores de Mendoza y Prof. Titular Der. Penal II Univ. Católica de Cuyo.

Notas:

¹Cfr.: "Derecho Penal. Parte Especial"; Tomo 1; Buompadre, Jorge; pág. 127; Editorial MAVÉ, año 2000.

²Cfr.: "Delitos contra las personas"; Terragni, Marco Antonio; pág. 220, Ediciones jurídicas Cuyo, año 2000.

³Ver: "Código Penal"; Laje Anaya - Laje Ros; Ps. 92/93; Ed. Lerner; año 1998; y jurisprudencia del T.S.J. de Córdoba en Semanario Jurídico nro. 590 del 24/IV/1986, ps. 11.

⁴Cfr. "Fundamentos del derecho penal"; Jakobs, Gunther, ps. 63, Ed. Ad hoc, año 1996.

⁵Cfr.: "El delito de Homicidio"; Levene (h), ricardo; pág. 230; Editorial Depalma, 3ra. Edición; año 1977.

⁶Citado por Laje Anaya en "Homicidios Calificados"; pág. 45; Editorial Depalma, año 1970.

⁷Cfr. " Delitos contra bienes jurídicos fundamentales"; Diéz Ripollés y Gracia Martín; ps. 109, Ed. Tirant lo blanch, año 1993.

⁸Se recomienda ver el enjundioso fallo del Tribunal Oral Criminal Federal de Mar del Plata en la causa "Andreo, Armando" del 3/9/98, publicada in extenso en el Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley el 21 de Diciembre de 1998, página 21.

⁹Cfr. " Curso de Derecho Penal Español - parte especial-, tomo I, dirigido por Cobo del Rosal; ps. 66, Ed. Marcial Pons, año 1996.

¹⁰Cámara de Apel. en lo Crim. Y Corr. De la Capital, sala 6ta.; Expte. 11566, carat. "Perez, Margarita" del 3/4/85.

¹¹Causa nro. 98.779, Tribunal Oral Criminal nro. 14, del 14 de Marzo de 1996, voto de la Dra. Bistué de Soler. Publicado en La Ley, suplemento de Jurisprudencia Penal del 31 de mayo de 1999. Con comentario a fallo "Alevosía" por Carlos Parma y Alejandro Gullé.

¹²Cfr. " Delitos de Homicidio"; Sproviero; Ps. 196/197; Ed. La Rocca, año 1996.

¹³Donna insiste en decir: "la alevosía es traición, lo que se hace sobre seguro, sin correr riesgos...". Se recomienda el solvente trabajo de Breglia Arias: "Los Homicidios Calificados, art. 80 del C.P.A.", en L.L. del 1/2/99, ps. 3.

¹⁴Cfr. "El homicidio y sus figuras penales"; Garrido Montt, Mario; ps. 161; Ed. Jurídica Conosur, año 1994.

¹⁵Cfr. "La divina comedia"; Dante Alighieri; ps. 47; Ed. Andrés Bello: Chile, año 1995.

¹⁶Se ha extractado parte de los ejemplos citados en: " Homicidio Proditorio" - matar a traición-; Goldstein, Raúl; ps. 199/207, Cap. VI; Ed. Pensamiento Jurídico Editora, año 1986.

¹⁷En el "homicidio proditorio", se oculta la intención criminal para ganarse la confianza de la víctima, por ej. se aparenta fidelidad, amistad. En tanto en el "homicidio insidioso" el ocultamiento es material, no moral, por ej. se oculta la persona (acecho) o el arma. Cfr. "Der. Penal Arg. -parte esp.-, tomo III, Ed. Omeba, ps. 36 y ss, año 1961.

¹⁸Cfr. "Manual de Derecho Penal"; Levene, Ricardo (h), ps. 61, Ed. Zavalía, año 1978.

¹⁹Cfr.: "Homicidios"; Figari, Rubén; pág. 103; Ediciones Jurídicas Cuyo, año 2001.

²⁰Esta idea ha sido tomada del prestigioso profesor mendocino Juan Carlos Guiñazú, quien enseña: " no basta esta sola circunstancia objetiva para agravar la calificación, sino que es necesario además la concurrencia de un elemento subjetivo que obre como complemento...". También es el criterio de la 2da. Cámara del Crimen de la Provincia de Mendoza

²¹Puede consultarse: "Código Penal. Parte Especial"; Estrella - Godoy Lemos; tomo 1; ps. 79; Ed. Hammurabi, año 1995.

