

Por Carlos Parma

Título 1: “DELITOS CONTRA LAS PERSONAS”.

El Código Penal, en su parte especial, comienza con los delitos contra las personas. Esto responde a un criterio valorativo adoptado por el legislador, considerando que en las personas se encuentran los principales como conjunto de normas que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado, considera que los principales bienes jurídicos a proteger son los que recaen sobre las personas, título 1: delitos contra las personas; título 2: delitos contra el honor; título 3: delitos contra la honestidad; etc., dejando al bienes jurídicos que debe proteger un ordenamiento jurídico democrático, y con claros principios liberales en lo que al Código respecta. Por lo que, se halla estrechamente vinculado al problema de la garantía y seguridad individual, por sobre la seguridad colectiva.

Por eso, es importante que tanto los alumnos como los profesionales, entiendan que el derecho penal positivo, final del cuerpo normativo aquellos delitos que atentan contra la seguridad de la Nación (título 9); contra los poderes públicos y el orden constitucional (título 10); contra la Fé pública (Título 12).

Es de consideración resaltar que en este título no se protegen todos los delitos posibles que afectan a las personas, por esta razón, algunos autores (Soler), critican la denominación de este título; este autor en su proyecto de Código Penal de 1960 denomina delitos contra la vida , a los que el Código llama delitos contra las personas. Entendiéndose que también son delitos contra las personas los que afectan el honor, la honestidad y la libertad.

Se ha hecho notar que la ley no señala con esa denominación la verdadera objetividad jurídica de los delitos que comprende en ese rubro, puesto que las personas son los titulares de los bienes jurídicos lesionados, constituidos por la vida, la salud y la integridad física. Se aparta así la ley del criterio objetivo que debe caracterizar la clasificación de los delitos, (F. Balestra).

El objeto protegido en este título no se agota en el concepto persona, así, a secas. En este título se protege a la persona, en el aspecto de su vida y de su integridad personal.

MODOS GENÉRICOS DE LESIONARLO:

El título se divide en seis capítulos, que lesionan de modo diferente a las personas, 1- delitos contra la vida, 2- lesiones, 3- homicidio o lesiones en riña, 4- duelo, 5- abuso de armas, 6- abandono de personas.

Los primeros tres capítulos exigen un daño efectivo para consumir el delito, por ejemplo: matando, causando un aborto, lesionando, o hiriendo o matando en agresión o en riña. Hay un daño real, con excepción del art. 83 que castiga la sola instigación, cuando el suicidio se hubiese tentado o consumado.

- Un criterio sistematizador tiene en cuenta la naturaleza de la acción:
 - acciones consistentes en matar a otro.
 - acciones consistentes en instigar a otro a que se mate.
- El segundo criterio sistematizador toma en cuenta el sujeto pasivo:
 - 1) Acciones consistentes en matar a un hombre: homicidio.
 - 2) Acciones consistentes en matar a un feto: aborto o feticidio.

Sistematización de los homicidios. Según un criterio subjetivo, que es la culpabilidad, pueden ser: 1) dolosos.

- 2) culposos.
- 3) preterintencionales.

HOMICIDIOS DOLOSOS:

- Tipo base: art. 79.
- Tipos agravados: art 80.
- Tipos atenuados: art. 81.

Tipo base: es el homicidio simple

Tipos agravados pueden serlo por:

- 1) El vínculo: art. 80 inc. 1°
- 2) El modo: modos traicioneros (alevosía) y modos crueles (veneno, ensañamiento).
- 3) El medio: cuando se trata de un medio idóneo para crear un peligro común.
- 4) La causa: precio o promesa remuneratoria y homicidio "crimínis causa".
- 5) El fin: placer, codicia odio racial o religioso.
- 6) El número de intervinientes:(art. 80., inc. 6)

En el último párrafo del art. 80., encontramos en disminución de la pena por circunstancias extraordinarias de atenuación para el homicidio agravado por el vínculo, facultativa para el juez, llevándose la pena a la del homicidio simple.

Tipos atenuados. Puede serlo por:

- 1) Estado de emoción violenta: art. 81,inc.1
- Antes de ser derogado por ley 24.410, encontrábamos el Infanticidio: art. 81, inc. 2.

HOMICIDIOS

Antes de entrar a analizar la figura del homicidio simple se impone, como paso previo una referencia al problema de la relación de causalidad, tan importante en materia de homicidios.

Este problema de la relación de causalidad surge porque no basta con estudiar y caracterizar el art. 79 del Código Penal; no es suficiente, con conocer lo que es un homicidio, su definición, cuales son los medios para matar, los modos, etc. sino que hay algo fundamental: es necesario establecer cuando una persona ha matado, o como dice Soler, es necesario averiguar cuando es el resultado referible a la acción voluntaria de un sujeto.

Para que se pueda decir que una persona ha matado, es necesario que concurra entre su conducta y la muerte del sujeto pasivo y una relación **de causalidad material**. Pero al decir de la teoría de la imputación objetiva será necesario siempre separar el hecho propio del caso fortuito. Esto bien lo trataba el proyecto "Peco" del año 1941, cuando refería que la ley penal no castiga el "accidente" fortuito y bien lo separaba tanto del homicidio simple como del culposo.

La Teoría de la Relación de Causalidad es algo relativo a la acción delictiva; y se propone establecer una relación material entre la conducta del autor y el resultado material.

Es importante aclarar desde el comienzo, que no se debe confundir relación de causalidad con culpabilidad, pues ambas son diferentes, si bien se complementan a los efectos de determinar la

responsabilidad de un sujeto en el caso concreto.

No hay que olvidarse que la culpabilidad indaga en lo psíquico, en lo subjetivo, en algo que es puro elemento anímico y que no interesa al problema de la acción delictiva del sujeto, campo en el cual se desenvuelve la causalidad.

Resumiendo, diremos que la diferencia entre culpabilidad y causalidad reside en que la causalidad se relaciona con la acción; busca establecer cuando la conducta de un sujeto ha sido causa de un resultado material.

La culpabilidad, en cambio, busca establecer cuando un sujeto es culpable; esto es, desde el punto de vista de la reprochabilidad psíquica.

-Una acciona en el campo de la conducta del sujeto; la otra en la psiquis del mismo.

Este problema de la relación de causalidad material es antiquísimo, pero ningún autor ha sido capaz de diferenciar la teoría de la relación causal fuera del homicidio. Todos buscan el camino más fácil; pero no solamente el homicidio, presenta el problema de la relación causal, sino también la estafa, donde encontramos una doble relación de causalidad, la primera implica valerse del ardid o engaño para provocar el error, la segunda es que a costas de ese error se produzca una disposición patrimonial perjudicial, y en otras figuras ocurre lo mismo. Sin embargo todos los autores -aún los más inminentes-, han reducido el tratamiento de este tema sobre la base de la explicación relativa al homicidio.

Sin embargo, vemos que cuando, según el precepto legal una persona ha matado a otra (art. 79) o le ha producido la muerte (Art. 82) o se la ha causado (art. 84) o le ha causado un aborto (art. 85) o le ha causado un daño en el cuerpo o en la salud (art. 89) o le ha producido una debilitación permanente en la salud o ha puesto en peligro su vida (art. 90), o ha impedido o materialmente turbado una reunión lícita con sus insultos o amenazas (art. 160), son preguntas que solo se pueden responder apropiadamente mediante el planteamiento y determinación de la teoría general de la relación de causalidad. Ahora bien; no obstante este planteo, es en relación al homicidio, sobre todo donde se plantean los problemas fundamentales de causalidad.

Por otra parte nuestro derecho positivo no contiene una fórmula legal que establezca las pautas a seguir en este asunto. No existe una disposición en la Parte General que se refiera y regule expresamente el problema de la relación de causalidad. Los Proyectos de Coll-Gómez y el de 1951 agregaban una regla de carácter general. Manifestaba el art. 5 del Proyecto Coll-Gómez «Las causas preexistentes, simultáneas o sobrevinientes que guarden una relación directa con el delito, no excluyen la relación entre este y su resultado».

Asimismo el Proyecto de 1951. en su art. 12 siguiendo la teoría de la causalidad adecuada regula el tema de la causalidad.

Cuándo hay relación causal? Aquí abandonamos las disquisiciones de la teoría general de la relación causal; en el homicidio es necesario saber, que a los efectos de tratar la relación causal, ciertas conductas tienen una capacidad letal general, una eficiencia causal general. Es decir ellas, según lo que comúnmente ocurre conducen generalmente a la muerte. Por ejemplo: un disparo en el corazón, o una lesión en una parte vital, un proceso infeccioso, un proceso de envenenamiento, etc. Si bien estos casos no ofrecen dudas, en la practica es mas complicado; puede pasar que el curso causal sea interrumpido por otro proceso denominado concausa, otra fuente causal independiente.

Pero a la par de estas conductas. con eficacia letal general., se presentan las conductas con eficacia letal eventual. Es decir, se trata de aquellas conductas que en la generalidad de los casos no tienen capacidad letal pero que la han adquirido en el caso concreto. Por ejemplo, la pequeña lesión o el

pequeño rasguño, incluso los medios más inofensivos como un vaso de vino pueden en el caso concreto adquirir capacidad letal. Entonces se dirá que el individuo que ha observado esa conducta será autor de la muerte del sujeto pasivo. Así, para citar el ejemplo más común el golpe de puño por regla general no mata, pero dado a un bebe puede matar. Un sujeto que tiene la caja craneana débil puede morir de un golpe de bastón, acción que normalmente lleva a una lesión leve. Igualmente el caso del hemofílico que sufre una pequeña lesión a raíz de la cual no se puede detener un proceso hemorrágico. En todos estos casos hay relación causal.

En cuanto a las concausas éstas constituyen un proceso causal independiente. Es decir, el origen del curso causal es autónomo del accionar del agente o sujeto activo. Lo que hace la concausa es interrumpir el nexo causal.

Soler define a la concausa como a un fenómeno, que al actuar conjuntamente con la acción del sujeto, lleva a consecuencias que no corresponden al curso normal y ordinario de los procesos de ese tipo. Así el incendio en un hospital es una concausa que interrumpe la relación entre el accidente de tránsito y la muerte de un sujeto. En consecuencia el agente no debe responder más que de su obra, es decir de las lesiones.

Las concausas pueden ser:

-Preexistentes: podemos citar como ejemplo el caso de una operación en el bazo, consecuencia de haber recibido una lesión; y esta operación acelera un proceso de leucemia preexistente por lo cual el sujeto fallece.

-Concomitantes: aquí la conducta del sujeto tampoco es apta para producir el resultado. Pero concurre una concausa que la produce y que es concomitante al curso causal desvirtuado por el sujeto. Como ejemplo podemos citar el caso de la muerte causada por el disparo de un arma de fuego por un tercero, antes de que se desarrollara el curso causal por envenenamiento atribuible al sujeto.

-Posteriores: físicamente no existe razón para poner a cargo de una persona las consecuencias de un nuevo curso causal que no tiene su génesis en la propia conducta. Resulta gráfico un fallo publicado en la Revista La Ley, T.42, pág. 481, que servirá de ejemplo: «Los golpes de puño aplicados por el autor no deben ser considerados la causa del síncope mortal si la víctima, que padecía una dolencia crónica al corazón y tenía ochenta años, después de recibirlos conservó la plena posesión de sus funciones psicomotrices y cayó en síncope, recién diez minutos después, luego de haber luchado con terceros al pretender estos impedir que reaccionara contra el autor y queda la duda acerca de si la lucha o los golpes iniciales produjeron el sobresalto emocional».

También vale tener en cuenta el clásico ejemplo del individuo que es lesionado y fallece a raíz de un incendio que sucede en el hospital.

Capítulo 1: Delitos contra la vida.

HOMICIDIO SIMPLE:

Art. 79: Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que

en este código no se estableciere otra pena.

Podemos decir que el homicidio es la muerte de un hombre provocada por otro hombre. El maestro Carrara lo definía como “la muerte de un hombre injustamente cometida por otro”, agregando al concepto el aspecto ilícito. Nuñez arguye: “conciste en causar la muerte -poner término a la vida- de otro hombre”. “Según Gómez la objetividad jurídica de este delito es la vida humana. Su materialidad conciste en matar a un semejante”. Maggiore lo determina como la destrucción de la vida humana.

Caracterizamos al homicidio simple como una figura residual, ya que se va aplicar siempre que no concurra una circunstancia atenuante o agravante, ...siempre que en este código no se estableciera otra pena.

Resulta de consideración el análisis realizado por Iruzubieta, en relación a los elementos que deben darse para que se aplique esta figura; precisamente manifiesta: “no todos los elementos constitutivos de la figura del homicidio pueden ser obtenidos de la letra de la ley, los elementos son:

- Una vida humana: Se aplican las disposiciones del código Civil, art. 51, 70, 71, 73, 74 y 75 [Moreno (h)].
- Destrucción de esta vida humana: la terminación de la vida que opera en la víctima del homicidio no requiere estados determinados de vitalidad, por lo que el delito puede ser cometido aun contra un moribundo; de lo que se colige, la prohibición de la eutanasia.
- Intencionalidad del hecho: puede imputarse a título, de dolo directo, indirecto y eventual (Nuñez).
- Relación causal entre la acción y la consecuencia: entre la acción del sujeto activo y la muerte del sujeto pasivo.
- Exclusión de otro homicidio atenuado o agravado: Soler explica claramente el significado residual del homicidio simple.

Cuándo se produce la muerte?

Es loable destacar que hay dos conceptos distintos de muerte:

-La muerte natural: se produce cuando no hay funcionamiento de los órganos vitales, como la respiración y el latir del corazón, en forma irreversible.

- Muerte clínica: con la promulgación de la ley 24.193, para los efectos de los trasplantes de órganos y materiales anatómicos, se considera que ha fallecido una persona cuando se verifican de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta:

- *Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia;
- *Ausencia de respiración espontánea;
- *Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas;
- *Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones Clínicas.

-Acción típica: la acción del sujeto activo conciste en matar a un ser humano. La figura tipificada implica un resultado material -la muerte-, siendo indiferente la modalidad de la acción en este aspecto (F. Balestra).

No se requiere ningún elemento subjetivo específico, la figura se solventa con el dolo (directo, indirecto y eventual).

Este delito se puede consumir por comisión (conducta positiva), o comisión por omisión (cuando existe una obligación jurídica de actuar), la mayoría de la doctrina rechaza la omisión simple, ya que de esta no deriva ningún resultado.

[GRAFICO N° 1].

-Los medios: pueden ser materiales o psíquicos. Son materiales los hechos activos, como por ejemplo tirar un disparo. Son psíquicos los que actúan sobre la moralidad del sujeto en forma compulsiva afectando su salud; estos últimos llamados también medios morales, han recibido cuestionamientos en conexión a su capacidad para causar la muerte por parte de Chauveau, Hale o Bertrand; pero la doctrina mayoritaria como Carrara, Soler y Nuñez la aceptan.

En realidad entendemos que lo relevante es analizar la idoneidad del medio en relación al caso en concreto. La cuestión está en ver si el medio es apto para causar la muerte a un sujeto determinado; porque un golpe de puño no produce las mismas consecuencias sobre un niño que en un adulto.

Sujeto Pasivo: puede ser cualquier persona de existencia visible, entendiéndose todo ente que presente signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes. Lo importante es la condición humana y viva del sujeto. No se requiere la viabilidad (Contrario sensu C. Civil art. 71), "por lo que el recién nacido de formas monstruosas, el agonizante o moribundo, el condenado a muerte puede ser víctima de este delito (Estrella, Soler, Creus y otros)".

Siempre debe tratarse de otra persona. No puede ser la del autor porque en ese caso habría suicidio. Más debemos aclarar que no es suicidio sino homicidio, cuando se dan uno de estos dos supuestos: 1) Cuando el autor material de la propia muerte es un instrumento inconsciente o no, libre de un tercero, autoría mediata.. 2) Cuando sin que el autor de su propia muerte sea un instrumento *inconsciente* o no libre de un tercero, la muerte que se da tiene su causa en la agresión de terceros. En este segundo caso la víctima es libre, pero se provoca un daño a raíz de la agresión del tercero. Por ejemplo, cuando el agredido se aferra al alma del agresor y se da la lesión mortal, o cuando el agredido se lanza por la ventana y se mata.

Nuestro código no ha hecho diferencias, como si lo hacía la vieja doctrina romana, cuando se referían a la monstruosidad, personas que nacían con deformaciones físicas o mentales, que concebía la posibilidad de seres mezcla de personas y de bestias. La muerte de uno de estos monstruos no era punible. El art. 51 del C. Civil expresamente dice: "Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".

Actualmente se protege a la persona teniendo en cuenta que siempre se trata de un ser humano, desde la fecundación sea natural o artificial (fecundación in vitro), hasta la muerte. El código no distingue, pues el objeto de protección es el ser humano.

¿Cuándo se deja ser sujeto pasivo de aborto, para pasar a ser sujeto pasivo de homicidio?

Estando vigente el inc. 2 del art. 81, la doctrina mayoritaria entendía que el infanticidio marcaba el momento de conexión entre el aborto y la muerte. Explicando que esta figura era un homicidio atenuado, se acotaba que durante el nacimiento ya se podía producir un homicidio, sin requerir que el sujeto esté separado completamente del claustro materno. Condición que si exigía la doctrina minoritaria, apoyándose en el art. 74 del C. Civil, que consideraba como si no hubiera existido las personas que muriesen antes de estar separadas completamente del seno materno.

Hoy en día al ser derogado el art. 81 inc. 2 por la ley 24.410, es unánime la doctrina considerando, que se debe aplicar en forma subsidiaria el C. Civil.

Modos.

Hay dos formas de conducta que se pueden utilizar, para matar. Puede ser una conducta de comisión, lo cual implica una conducta activa (tirar un tiro, dar una puñalada, veneno, etc.). O puede ser una conducta de comisión por omisión mediante la cual se causa la muerte, omitiendo

hacer algo que esta en el deber del autor de hacer. Por ejemplo la madre que no amamanta a su hijo pudiendo hacerlo; la persona que está obligada a velar por la salud del enfermo y no lo hace. Igualmente, el que secuestra u oculta a un niño de la custodia de sus padres tiene la obligación de alimentarlo; si no lo hace y a consecuencia de ello el niño muere es responsable de su acción omisiva.

En cuanto al delito de omisión simple? recordemos que se trata de un simple no hacer. Se caracteriza por un no hacer sin resultados, como es la simple desobediencia al deber. Es por ello, que no se puede cometer el delito de homicidio simple mediante una conducta de simple omisión, ya que de esta no deriva ningún resultado.

El homicidio simple es imputable a título de DOLO, el cual puede ser directo, indirecto o eventual. Inclusive admite, la premeditación, que es la decisión fría de la preparación y ejecución del homicidio.

Premeditación: según lo expresa el Dr. Núñez en su tratado: "es la plena y perfecta intención de delinquir y encuentra su consistencia subjetiva especial en la razón Psicológica de una decisión, reflexión y ejecución fría del homicidio.

Dolo Directo: cuando el sujeto activo ha deseado el homicidio, cuando ha conseguido el resultado que quería, como objetivo de su acción.

Dolo Indirecto: cuando sin haberlo deseado, se representa el resultado como consecuencia necesaria de su acción. Como ejemplo podemos citar el supuesto del individuo que lanza una bomba para matar al gobernante que viaja con sus ministros en el mismo avión. Aquí la muerte de los ministros, aunque no deseada, es una consecuencia necesaria de su accionar.

Dolo Eventual: el hecho se le representa al sujeto como probable o posible, lo acentido o consentido, y no obstante ello lo ejecuta. Es decir, el no ha querido la muerte como objeto de su acción -dolo directo-; ni se la ha representado como consecuencia necesaria de su acción -dolo indirecto-; sino que reconociendo la probabilidad toma una conducta indiferente, de desprecio hacia los bienes jurídicos. Esto último es lo que distingue al dolo eventual de la culpa consciente, aquí el sujeto cree que el hecho no se producirá, pero si lo admite como posible, sería dolo eventual.

-Caracteres:

El homicidio es un delito material. Es necesario que ocurra una muerte. Admite la tentativa porque es punible tener como fin la intención de matar, comenzando su ejecución pero no consumarla por circunstancias ajenas a su voluntad.

-Pena:

La pena establecida en el código es de ocho a veinticinco años de prisión o reclusión. El margen entre el máximo y el mínimo permite al juez adecuar la pena teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad de cada caso particular. Sin embargo el mínimo resulta excesivo frente a los casos de dolo eventual y en los cuales muchas veces es la suerte o la casualidad la que decide que se trate de un hecho de simples lesiones o de una muerte.

La imputación criminal puede agravarse o atenuarse.

Veamos ahora las circunstancias que agravan el homicidio y que están contenidas en los siete incisos del art. 80 del Código Penal.

El homicidio se agrava: por el vínculo , por el modo, por la causa, por el fin, por el medio y por el número de personas que intervienen en el hecho.

- Vínculo ascendiente
 descendiente

- Modo con ensañamiento
 u alevosía
 otros procedimientos incidiosos

- Causa precio
 promesa remuneratoria
 homicidio criminis causa

- Fin placer
 codicia
 odio racial o religioso

- Medio por un medio capaz de crear un peligro común

- Número con el, concurso premeditado de dos o más personas
de intervinientes

Agravación por el vínculo.

La ley castiga aquí al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son. Este agravante se ha denominado tradicionalmente parricidio. SE agregan dos circunstancias al homicidio simple, por un lado el parentesco entre el autor y la víctima; por otro el conocimiento del vínculo.

Evolución del parricidio.

Las vinculaciones determinantes del parricidio en la historia jurídico-penal han variado infinitamente.

En la Ley de las XII Tablas se tenía una visión estrechísima del parricidio, era la muerte del padre por el hijo o por los hijos .

Posteriormente, con la evolución jurídica-romana, este concepto se amplía desmesuradamente ya que comprende no sólo la relación parental, sino también la matrimonial y relaciones de (Obediencia o respeto, por ejemplo la del esclavo al amo). Esto causó la división del concepto en parricidio propio y parricidio impropio. El parricidio propio incluye los casos de parentesco entre rascendientes o descendientes y vinculación matrimonial. El parricidio impropio, son aquellos casos en que el legislador considera una cuestión apreciable para agravar el homicidio.

El Proyecto Tejedor hace la *distinción no* denominativamente pero si conceptualmentel castigando con la pena de muerte el homicidio de ascendientes o descendientes, (incluso si el autor no conocía esa circunstancia de parentesco); castigando con pena corporal los casos de otras vinculaciones, que no

caían en el parricidio propio, pero debiendo el autor saber que mataba a un pariente o a una de las personas que entraban en el concepto de parricidio impropio.

Ya a partir del Proyecto de 1886 desaparecen estos dos tipos de parricidio y se habla de un solo parricidio. El Código de 1886 pone como condición: *vínculo y saber efectivo*; matar sabiendo. Luego el parricidio sigue tomando diferentes tipos en los distintos proyectos hasta que se restringe en el Proyecto de 1917 a la fórmula actual del Código: *ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son*.

Hoy hay acuerdo en doctrina al entender que el parricidio comprende: el parricidio propiamente dicho, esto es la muerte de los padres y otros ascendientes, el filicidio; como la muerte de los hijos y demás descendientes y el uxoricidio; la muerte del cónyuge.

Pasemos al análisis normativo, en el cual debe haber un parentesco por consanguinidad ascendiente o descendiente sin limitación respecto al grado.

-Antes que el art. 10 de la ley 14.367 derogara los artículos 341 y 342 del C. Civil se presentaban algunos problemas, ya que estos artículos decían que los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, no tenían por las leyes padre ni madre. Respecto a esto se alzaron dos posiciones:

a) La primera decía que solamente era el parentesco de sangre admitido por el legislador civil. Vale decir parentesco legítimo o natural, por lo que no era agravatorio el parentesco, no admitido por la ley civil, como el adulterino, el incestuoso y el sacrilego. Al no haber parentesco de acuerdo a la ley civil, no podía haber agravamiento, salvo que los padres hubieran reconocido a esos hijos adulterinos, sacrílegos o incestuosos. En este último caso sí procedía el agravante.

b) Frente a esta posición legalista, otra postura sostenía que la razón del agravamiento era la vinculación natural -la sangre-, por lo que no había ninguna razón de fondo para que no fuera tan criminal el que mata al padre natural o legítimo como el que mataba al padre incestuoso o sacrilego. Esta teoría no podía tener razón frente al derecho positivo, en tanto que la ley prohibía que existiera como parentesco uno de esos tipos de relaciones naturales. Sin lugar a dudas estuvo fundamentada por principios morales.

-Actualmente se suprimió la anterior discriminación, por lo que quedan comprendidos en el agravante todo vínculo por consanguinidad (ascendiente o descendiente), sin limitación de grado, y sea el parentesco legítimo o natural; abarcando el parentesco adulterino o incestuoso.

Parentesco por adopción: la cuestión surge cuando por ley 19.134, y el art. 240 modificado luego por ley 23.264, se confiere al adoptado por adopción plena los mismos derechos y obligaciones que al hijo legítimo; la pregunta es, ¿entra en el art. 80 inc. 1° la muerte de los padres e hijos adoptivos causados entre sí?

Estando vigente la ley 19.134, en la cual se crea solamente un vínculo legal de familia, la doctrina (Laje Anaya, Terán Lomas y Estrella entre otros), distingue la adopción plena, de la simple. Por más que halla adopción plena, en la cual se rompe el parentesco con la familia de sangre, no entra en el art. 80 inc 1° la muerte del padre adoptante hacia el hijo adoptado, o a la inversa, quedando atrapado por el homicidio simple. Pero también se excluye la posibilidad de aplicar el agravante cuando se produce la muerte del padre de sangre, con el adoptado plenamente; por considerarse extinguido el vínculo jurídico.

Cuando media adopción simple, al no romperse el vínculo de sangre, si hay vía libre para aplicar el agravante a la muerte provocada entre el ascendente y el hijo, o viceversa.

La adopción no implica agravante en la figura del homicidio, ya que no hay parentesco de sangre.

Agravante por matrimonio. ¿Que sucede cuando media divorcio?

Fue cuestión de gran importancia, por la discrepancia que se mostró en la doctrina y jurisprudencia, consecuentes con respecto a la prueba del agravamiento por matrimonio. Aquí no tuvieron inconvenientes en afirmar que cualquier prueba, incluso la confesión, la prueba por testigos, etc. No se observó que en ninguno de estos casos el presupuesto de la ley civil toma como única prueba las

partidas respectivas o el reconocimiento o la declaración en el caso del parentesco natural.

En cuanto al vínculo matrimonial, este debe probarse legalmente: con la partida o su copia. En casos determinados -especificados por la ley de Matrimonios- se admite la prueba supletoria; (prueba supletoria admisible mediante el presupuesto de la comprobación de que falta la prueba principal).

-En un principio estando vigente la ley 2393, anterior a que se admitiera que el divorcio rompe el vínculo jurídico en el matrimonio (ley 23.515), una doctrina encabezada por Soler pensaba que el agravante procedía ya que el divorcio en el país no destruye el vínculo matrimonial. Así afirmaban: si subsiste el vínculo matrimonial, subsiste la condición del art. 80 inc. 1°.

-Por el contrario Nuñez afirma que el agravamiento no procede, ya que debemos recordar que el fundamento del agravante por matrimonio se funda en el menosprecio, del respeto que se deben mutuamente los cónyuges. Pero resulta que una vez otorgado el divorcio desaparece esa sustancia; ya no existe entre los cónyuges ese deber de respeto.

En la actualidad estando vigente la ley 23.515, distinta es la situación cuando media sentencia de divorcio vincular, al romperse el vínculo y al adquirirse nuevamente capacidad nupcial, no se aplica el art. 80 inc 1°.

Si hay solamente separación personal, sin divorcio, se aplica el agravante ya que sige latente la relación conyugal.

La muerte de la concubina es un homicidio simple, por ser solo una relación de hecho, lo cual impide hablar de cónyuge.

Nulidad del matrimonio.

-Nulidad Relativa:

Mientras el matrimonio válidamente contraído subsista, aunque esté afectado de nulidad relativa, la muerte de un cónyuge por el otro, es parricidio; porque subsiste el deber de respeto matrimonial, hasta la sentencia de nulidad.

-Nulidad Absoluta:

Mientras los cónyuges mantienen su buena fe, esta obligación objetiva, tiene el sustento subjetivo que exige el artículo 80 inc. 1°, para que la muerte de un esposo por el otro sea un parricidio, vale decir, que el matador sepa que mata a su cónyuge. Ahora, si ambos cónyuges son de mala fe es claro que no procede el agravante.

La discrepancia doctrinaria se hace tajante cuando en el matrimonio nulo, uno es de buena fe y el otro es de mala fe. Son tres la posturas que se han manifestado, una de ellas entiende que una vez desaparecida la buena fe por el conocimiento del impedimento, (ver C. Civil), el esposo que en esas condiciones mata al otro, sabe que realmente no mata a su cónyuge, aunque pueda estar informado de que mientras no se declare su nulidad, el acto produce los efectos civiles del matrimonio válido. Por el defecto inicial de este elemento subjetivo no puede ser parricida el cónyuge que de mala fe contrae un matrimonio de nulidad absoluta. Pues el sujeto activo, con mala fe, sabe que la víctima no es su cónyuge (Nuñez, Soler).

Otra doctrina analiza el caso llegando a una solución opuesta a la anterior; entendiendo que solo el cónyuge que ha contrido matrimonio válido para las leyes argentinas puede considerarse casado, quedando comprendido dentro del matrimonio valido, el matrimonio putativo del cónyuge de buena fe. De suerte que cuando la víctima sea el cónyuge de buena fe, el hecho será parricidio. Cuando lo sea el de mala fe, no se aplica el agravante (F. Balestra).

La tercer postura entiende que se aplica la figura básica del art. 79, sea de buena o mala fe, ya que los actos nulos no son válidos para nadie (art. 1038 y 1046 del C. Civil), y no convierte a los contrayentes en cónyuges (Creus).

Elemento Subjetivo:

En cuanto al elemento subjetivo consiste en la certeza de que la víctima estaba unida en matrimonio o que era un ascendiente o descendiente del autor del hecho, por lo contrario no se da el delito de parricidio.

Este actuar "a sabiendas", a provocado una división en la doctrina; algunos autores (Soler, Nuñez) sostienen que el elemento subjetivo excluye el dolo eventual; por lo que el parricidio solo puede cometerse con dolo directo o indirecto, porque aquí hay certidumbre sobre el hecho que se quiere cometer; el sabiendo que lo son de la fórmula legal, impide que el parricidio se impute a título de dolo eventual. Mientras que otra postura, entre ellos F. Balestra, afirman que por dolo eventual puede causarse un parricidio, el hecho de que un sujeto tome como probable o posible la muerte de un ascendiente, descendiente o cónyuge; y ante esas circunstancias, mantenerse indiferente, agrava el homicidio en parricidio.

Tampoco presupone la ley el deber saber, en este caso, sino un contenido de conocimiento real y positivo. De manera que aquel sujeto que creyendo matar al padre mata a otro, que no es su padre, no cae bajo el agravante.

Art. 80: «Se aplicará reclusión o prisión perpetua. 2) AL QUE MATARE CON ENSAÑAMIENTO, ALEVOSIA, VENENO U OTRO PROCEDIMIENTO INCIDIOSO»:

Este inciso fue modificado en su redacción anterior por la ley 17.567. Es importante tener en cuenta que la reforma ha suprimido las sevicias graves y el impulso de perversidad brutal. En su momento la Exposición de Motivos manifestó: «Suprimimos las sevicias graves por su dudoso contenido, superpuesto al del ensañamiento. El impulso de perversidad brutal, también de dudoso contenido, es sustituido por el homicidio por placer, más comprensivo.

Con verdad se ha dicho que la razón fundamental de este agravante radica en el modo de matar, es decir, matar con ocultación, con veneno; esto refleja una actitud anímica, una traición en el caso de la alevosía o el envenenamiento; refleja crueldad en el caso del ensañamiento.

Pasamos ahora a analizar cada uno de los modos en particular.

1) Ensañamiento.

Se entiende por ensañamiento el aumento deliberado del daño, con sufrimientos y dolores inhumanos, que son innecesarios para causar la muerte del sujeto. Es un modo cruel de matar. Encuentra su fundamento en la crueldad objetiva como en la subjetiva; esto es que más allá de matar con ensañamiento, sufrimiento de la víctima, (resultado objetivo), el sujeto activo tiene, (el propósito cruel), la intención, el deseo y la voluntad, de provocar así la muerte del sujeto pasivo. Sin sufrimiento de la víctima no hay modo cruel agravatorio, a pesar de que el autor tenga la intención; y al revés, no hay modo cruel agravatorio, a pesar del sufrimiento de la víctima, si no es patente el propósito, de causar el dolor y la muerte.

El ensañamiento consiste en consumir con crueldad objetiva y subjetiva un homicidio. En otras palabras, matar agregando o aumentando, cruel o inhumanamente, los sufrimientos de la víctima para hacerla sufrir, para que muera sufriendo. Es matar como dice Pacheco con una frase muy demostrativa, "con malos de lujo". Es decir, malos que no son absolutamente necesarios para matar, y agregarlos para que la víctima sufra.

No podemos hablar de ensañamiento cuando la víctima no está en condiciones de sufrir. Así, por ejemplo: Cuando se descuartiza después de matar no hay ensañamiento, no porque no sea brutal el modo objetivo, sino porque ya no hay sufrimiento de la víctima. Y no puede haber intención partiendo

de la base de que descuartiza conscientemente un cadáver. Asimismo, 300 o 400 puñaladas tampoco significan ensañamiento por sí mismas, aunque de ordinario lo constituya. Ahora bien; no se exige el extremo de que haya un ansia o un deleite; no tanto. “Sólo el propósito de que la víctima muera sufriendo”.

La crueldad debe ser utilizada en el preciso momento de ejecutar la muerte, porque la fórmula legal requiere “matar” con ensañamiento, es decir, consumir el hecho haciendo sufrir males innecesarios.

Retomando lo anteriormente expuesto sobre las sevicias graves, que han sido suprimidas por la ley 17.567. Algunos autores han entendido que se deja un vacío, ya que las sevicias graves implican un modo de matar diferente al del ensañamiento:

Las sevicias son malos tratos que al repetirse producen la muerte de la víctima, y que subjetivamente son compatibles incluso con el dolo eventual del homicidio (Nuñez).

Lo que determina al autor de las sevicias no es la privación dolorosa de la vida ajena, sino el espectáculo de la víctima sufriendo. En una palabra, la sevicia no es la crueldad consumativa del homicidio sino que es una crueldad anterior, prolongada hacia el pasado, que puede llegar hasta el momento de la muerte, pero tiene una trayectoria. Además el elemento subjetivo del autor no es el de matar para que sufra, sino el de maltratar gravemente a la víctima para que sufra.

Esta postura también establece una diferencia trascendente, al entender que en las sevicias basta el dolo eventual; condición que no admiten en el ensañamiento; por entender que la ley requiere dolo directo o indirecto. Resumiendo, afirman que hay una diferencia radical, fundamentalmente en el elemento subjetivo por cuanto las sevicias se tipifican como actos de crueldad reiteradas que con el tiempo pueden causar la muerte en cambio el ensañamiento es la muerte despiadada. Por esto mismo el ensañamiento no comprende las sevicias graves.

Otra doctrina manifiesta que las sevicias quedan incluidas en la nueva figura, ya que la distinción entre ambas calificantes era más ficticia que real (Soler, F. Balestra).

2) Alevosía.

La alevosía se caracteriza por una actitud cobarde, al aprovechar una determinada circunstancia, matando sobre seguro. Tiene su antecedente en lo que se llama el homicidio proditorio y el homicidio insidioso. En el proditorio se ocultaba la intención, por ejemplo: disimular la finalidad de llevar a la víctima al lugar del hecho. En el insidioso hay ocultamiento del acto, pero no de la intención. Por ejemplo, cuando se daba un golpe por la espalda. A esto se agrega la falta de riesgo para el ofensor.

Algunos autores (Irusubieta), afirman que la alevosía es: traición (actitud mental), mas falta de riesgo; o acecho (actitud física), mas falta de riesgo. Por lo que, el elemento que no debe faltar es la falta de riesgo, el actuar sobre seguro.

La traición no es sólo para matar, sino preparar el acto para matar sin riesgo, de ello se desprende, que, tanto en el ensañamiento, como en la alevosía, se requiere una conducta objetiva y subjetiva. Pero no toda situación en que la víctima aparezca indefensa, va a constituir alevosía, ya que se tiene que tener en cuenta que interesa que el propio ofensor sea el que la coloque en tal situación (condición subjetiva), al sujeto pasivo, y no factores extraños a la voluntad del sujeto activo.

La razón o fundamento del agravante es la menor posibilidad de defensa por parte de la víctima y el mayor temor que el hecho despierta por las condiciones en que es llevado a cabo.

3) Veneno.

Es otro modo de matar con traición. La mayoría de la doctrina entiende que para que el veneno agrave basta la insidia, la ocultación del acto, sin necesidad del otro, ingrediente subjetivo.

SO-
LER afirma que veneno es toda sustancia, cualquiera sea su naturaleza que introducida insidiosamente

en el cuerpo humano, mata.

Pero no cabe duda de que esta no es la definición científica como jurisprudencial acerca del veneno. La idea tradicional sobre el veneno, atiende a la naturaleza de la sustancia. Porque esta fue una de las razones que determinaron la agravación de la muerte por veneno, por las dificultades que antiguamente se pensaba que existían para la individualización del veneno. Por estas circunstancias podemos definir al veneno como cualquier sustancia mineral, animal o vegetal, (sólida, líquida o gaseosa), que introducida al cuerpo mata, transformando su naturaleza química [es algo que obra químicamente].

Para nuestra ley el pensamiento definidor del veneno tiene dos esencias: 1) La de insidia y 2) la sustancia introducida, que actúa químicamente, transformando la naturaleza del cuerpo humano. Debe ser un procedimiento idóneo para causar la muerte pero cuya administración no exija grandes dosis, como en el caso del alcohol (Iruzubieta).

Cualquier sustancia que actúa químicamente en el cuerpo es veneno. En consecuencia si no reúne esa condición de actuar químicamente con transformación de la sustancia corporal, no es veneno. Y por último, no olvidemos el requisito de la insidia.

Otro procedimiento insidioso: La ley 17.567 en su momento nos aclaró los conceptos, ya que dice expresamente que el veneno es un procedimiento insidioso. A consecuencia de ello se entiende que: 1) Cualquier procedimiento insidioso entra dentro del agravante del inciso segundo. 2) El veneno sólo agrava cuando es utilizado insidiosamente. El veneno es sólo un procedimiento insidioso; hay otros más.

En esta nueva fórmula legal deben incluirse, aquellos elementos como el ácido, que escapan al concepto de veneno. Por esta razón se amplió el tipo de la figura del art. 80 inc. 2.

La nota esencial de los procedimientos insidiosos radica en su ocultamiento (clandestinidad) moral o material que los tornan más peligrosos y efectivos, careciendo la víctima de medios de defensa. En fin, es un engaño, un artificio, para causarle daño a otro.

Agravación por la causa.

Art. 80. Se aplicará al que matare:

Inc. 3º: POR PRECIO O PROMESA REMUNERATORIA

Inc. 7º: HOMICIDIO "CRIMINIS CAUSA».

POR PRECIO O PROMESA REMUNERATORIA: Denominado en una época asesinato.

La diferencia entre precio y promesa está en que, una cosa es el pago en efectivo para matar, y otra la promesa aceptada de que si se mata se cobra. El fin del autor es lucrar con la vida ajena, condición repugnante que agrava el homicidio, más todavía, con razón se afirma; que el fundamento del agravante está en un acuerdo infame, es decir uno paga, para que otro mate y el autor acepta o recibe la promesa para matar.

Estamos frente a un caso de codeincuencia por cuanto ambos son responsable tanto el mandante como el mandatario. A este respecto se discute como es posible que ambos estén equiparados en cuanto a la pena. La razón es que tanto uno como otro ponen de manifiesto un espíritu perverso. Además el desistimiento del mandatario no lo exime de responsabilidad al mandante.

El pacto requiere de un entendimiento; te doy o te prometo para que mates y tu recibes o aceptas para matar. Por precio debemos entender dinero u otros objetos susceptibles de valoración (dádiva). La

promesa remuneratoria se refiere al simple ofrecimiento aceptado, sin necesidad de entrega como significa el precio. Mas sencillamente, el precio supone el pago efectivizado antes del hecho y la promesa remuneratoria, un ofrecimiento de pago posterior al hecho (Nuñez). El objeto del precio o la promesa puede ser dinero o cualquier otra cosa valorable pecuniariamente. En el caso de la promesa, no es necesario que esta se cumpla para la aplicación del agravante, si aquella fue el estímulo de la acción; lo mismo que la recompensa no pactada con anterioridad, que por iniciativa del sujeto se le entrega al homicida, no configura el agravante, por que aquella no fue la causa del homicidio.

Cuando se consuma este delito? Para ver la consumación no hay que mirar el pacto realizado; el pacto sólo puede ser un acto preparatorio (es no punible). Se consuma cuando se mata. De manera que el pacto sólo y sin comienzo de ejecución de la muerte, es un acto preparatorio.

2) Homicidio «críminis causa»: Homicidio en relación con otro delito.

El antecedente de este homicidio es el latrocinio, que era la relación del homicidio con el hurto sea como causa impulsiva o como causa final. Pero en el inciso 7, del código se refiere a las relaciones del homicidio con cualquier otro delito y no solamente con el hurto.

Lo esencial es que debe haber una relación ideológica, causal entre el homicidio y el delito. Además no puede tratarse de una falta o contravención. Se reconoce la naturaleza subjetiva del agravante, por la relación que hay entre el homicidio y el otro delito.

La relación ideológica, es decir la relación en el ánimo del sujeto entre el homicidio y el otro delito, puede desarrollarse en dos tipos de relaciones: 1) En una relación final: o sea, mata a otro para poder llegar así a otro delito. 2) Relación causal impulsiva: cuando los resultados de un delito, por lo menos intentado, lo impulsan a matar; es decir el agente mata por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito. De la conexión ideológica impulsiva también es posible que el homicidio, a pesar del azoramiento de nuestros autores, se califique por sus relaciones con un delito culposo.

Conexión final: se da cuando el homicidio se comete, para preparar facilitar consumir u ocultar otro delito o para asegurar la impunidad para sí o para otro, o para asegurar sus resultados.

En nuestro Código preparar otro delito es algo diferente a facilitar otro delito. La acción de preparar hace referencia al arreglo necesario del contexto para que se produzca el otro delito; y no a la facilitación de la ejecución material, porque ya sería facilitar. La diferencia es sutil, pero es de importancia jurídica analizarla. Así, por ejemplo matar al testigo para luego obtener con mayor facilidad un falso testimonio, es preparar otro delito. En cambio: matar "ex ante" al guardián para que la ejecución sea posible, esto es facilitar, porque no se trata de preparar el ambiente, sino de materialidades ejecutivas. En la conexión final el fracaso del otro delito es indiferente para la ley, y se entiende que el otro delito debe ser doloso.

El caso de matar a otro para consumir otro delito se refiere, por ejemplo: al que mata para robar. El otro delito puede estar a cargo del propio homicida como de un tercero; pues lo que agrava no es la connivencia delictiva, sino la finalidad delictiva del homicida (Nuñez).

Matar para ocultar otro delito; vale decir, taparlo o evitar que sea desubierto, por ejemplo la muerte del policía que investiga un delito.

Matar para asegurar los resultados de otro delito se refiere, por ejemplo: asegurar la cosa lograda por el hurto.

Matar para lograr la impunidad para sí o para otro, al que mata para proteger a un tercero, que puede ser cualquiera, haya tomado o no parte en el delito.

Conexión causal o impulsiva: Por último el supuesto de la causa impulsiva, vale decir, aquella en

que el homicidio no es un medio para cometer otro delito, prepararlo, o facilitarlo, etc.; sino que el homicidio es el resultado del disgusto producido por el fracaso de otro delito, por no haber logrado el objetivo que se proponía con otro delito, por ejemplo: no haber logrado con el soborno del testigo el falso testimonio.

La agravación de este delito se mira en el homicidio, no en el otro delito. Se entiende que no es necesario que el otro delito exista ni como tentativa ni como consumación; siendo suficiente que exista en el ánimo del sujeto como fin.

Aplicación del concurso: cuando se comete el otro delito entendemos que hay concurso real. Aunque hay doctrina y jurisprudencia que afirma estar ante un caso de delito continuado, cuestión inadmisibles ya que no puede existir continuación entre títulos delictivos distintos o frente a titulares distintos. Mientras que otros aplican el concurso ideal, cuestión que no se puede aplicar ya que el autor hace dos cosas, matar; y además lo que el otro delito requiere.

Son aplicables las reglas generales sobre participación, siempre que se suponga el conocimiento de la causa final o impulsiva.

Agravación por el fin:

Inc. 4: POR PLACER; CODICIA; ODIO RACIAL O RELIGIOSO.

1) Placer.

Esta figura es tomada del Proyecto de Soler de 1960, quien lo había receptado del Derecho Alemán.

El placer implica algo que es grato, ameno o agradable; que experimenta una actitud psíquica del sujeto, provocando satisfacción y goce, a causa de la muerte que este le causa a la víctima.

Fontán Balestra, que estudia el significado gramatical de la palabra placer, entiende que el agravante se está refiriendo al caso de quien al matar experimenta una sensación agradable o contento de ánimo; quien encuentra en ello una satisfacción. NUNEZ, refiriéndose al homicidio por placer (cuando analiza en su tratado el Proyecto de 1960 de donde fue tomado) dice: "El matar por gusto constituye un impulso de perversidad brutal comprendido en el art. 80 inc. 2 (antes de la reforma). La agravante concurre tanto si el placer surge de solo hecho de matar, como si, según sucede en el ejemplo clásico del homicidio consumado para probar la pólvora, otro objetivo placentero para el criminal involucra la muerte de una persona. Pero la experimentación de un placer por el homicida a raíz del acto, no determina el agravamiento de la muerte consumada por otra causa determinante. El placer inhumano debe constituir el hilo conductor de la obra nefaria".

Con esto, podemos decir que para Nuñez el impulso de perversidad brutal sería el género y el placer una especie. Pero hay que tener en cuenta que el sujeto puede no gozar en manera alguna con la muerte causada y sin embargo entrará, si, dentro de lo que se llama impulso de perversidad brutal, más no dentro del homicidio por placer.

En realidad la figura de placer es mucho más amplia que la de impulso de perversidad brutal. Mata con placer, el que en el momento de la muerte siente satisfacción, goza matando. Queda comprendido el homicidio que tiene fines sexuales, y en este sentido, Soler entiende que resulta indiferente que el sujeto goce matando como que mate para profanar el cadáver.

Lo que hay que tener en cuenta es que el fin del sujeto es sentir placer, y el homicidio es el medio o la causa que le provoca esa sensación. El agravante radica esencialmente en esa condición subjetiva de buscar placer, siendo indiferente que el sujeto lo sienta o no. Con esto queremos decir que si alguien mata, cuando su fin no era sentir placer, pero igualmente lo experimenta, no se aplica el agravante, porque el placer no fue lo que lo motivó al individuo a consumir el homicidio. En sentido inverso si alguien mata para buscar placer y no lo encuentra, si se le aplica el agravante, ya que sentir el placer es

lo que lo motivó al sujeto a cometer el homicidio.

Por esto mismo afirmo que en esta figura, como en la de odio racial o religioso, hay una preponderancia de la condición subjetiva sobre la objetiva.

2) Codicia.

Alguna doctrina ha entendido que la razón de todos los agravantes del inc. 4, está en una determinación perversa del autor. Así, es perverso el que mata por gusto, como el que mata por placer; también lo es el que mata para satisfacer su deseo desmedido de riquezas, es decir, por codicia.

Antecedentes históricos.-Este agravante, al igual que el anterior, ya ha tenido vigencia en nuestro país, por cuanto también estaba incluido en el citado Decreto-Ley 4778/63, siendo derogado por la ley 16.648 del año 1964. Asimismo, su antecedente proviene del Proyecto de Código Penal Alemán del año 1959 y fue insertado por Soler en su Proyecto de donde lo tomó la Comisión Redactora de la ley 17.567.

La codicia se refiere a un apetito desordenado de riquezas, va mucho más allá que el simple ánimo de lucro. Estamos haciendo mención a una aptitud anímica (Subjetiva) en el autor, que lo lleva a tratar de obtener un lucro considerado a cualquier precio, aún a costa de pasar por encima de los derechos, los intereses o la vida de los terceros.

Precisamente porque la codicia se refiere a una inclinación o actitud personal del autor a una exagerada inclinación hacia el lucro, no debemos confundirla con la simple finalidad lucrativa. Ahora bien; a pesar de que codicia y ánimo de lucro no significan lo mismo, lo segundo está contenido en lo primero.

El lucro que despierta la codicia del delincuente debe ser una ganancia o provecho apreciable en dinero u otra dádiva, siempre que, por un lado, no importe un precio o promesa remuneratoria, vale decir, que no sea objeto de un mandato homicida, y por el otro que el hecho no constituya un latrocinio. Cuando se presentan alguno de estos dos supuestos, salimos de este agravante -la codicia-, para ir, al agravante por precio o promesa remuneratoria y al «*criminis causa*» y respectivamente. Por esto resaltamos que la diferencia con el homicidio por precio está en que aquí, no hay ningún pacto, como sucede en el inc. 3.

También debemos tener en cuenta que a la codicia no sólo la vamos a determinar por el monto del beneficio, valorado objetivamente, sino que también de elementos económicos y personales, ya que lo que para una persona puede ser un beneficio de escasa importancia, para otra puede consistir en un lucro muy codiciable. Recalamos que para que se de el agravante es necesario que se trate de una ganancia de tipo económico. Alguna doctrina lo extiende a otros beneficios, Soler entiende que también importa la liberación de una carga.

En síntesis, lo que hay que resaltar es que, ese ánimo exagerado, desordenado o desmedido de lucro, es lo que condiciona o decide al sujeto a cometer un homicidio, sea que el beneficio resulte grande o pequeño en el caso particular. Lo importante es determinar si el individuo procedió o no con codicia en el caso particular, para lo cual el provecho obtenido es sólo un indicio. Recordemos lo que dijimos al analizar el odio: *“en estos delitos, (odio, placer, codicia), y en menor medida (ensañamiento y alevosía; la cuestión preponderante es el aspecto subjetivo, o condición psíquica del victimario”*.

Por último diremos que en este delito es también admisible la tentativa como la participación.

3) Odio racial o religioso.

El antecedente de esta figura, que es tomada de la Exposición de Motivos del Proyecto Soler de 1960, es la Convención sobre genocidio aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948; a la cual Argentina adhirió con el decreto ley 6268/56, ratificado luego por ley 14.467. Con la reforma de la Constitución Nacional, en 1994, se incorporó con jerarquía constitucional, en el artículo 75 inc. 22 “la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”.

Esta modalidad se caracteriza por un elemento subjetivo que determina al sujeto. Esto se desprende del inciso cuando dice «por» odio racial o religioso.

En primer lugar, es importante definir odio, que es un concepto totalmente subjetivo. Para definirlo en forma positiva podemos decir que odio es detestar, abominar, y todo aquello que nos aborrece; en forma negativa el odio puede ser definido como todo aquello contrario al amor.

Ahora, no cualquier odio es punible, sino que debe ser racial o religioso. Lo racial tiene que ver con la lengua, la etnia, la Nación y el color; mientras que lo religioso es todo lo profano y las creencias.

El agravante procede porque se mata a un sujeto o grupo determinado porque pertenece o no a una religión o raza. Con esto incluimos el delito de genocidio, actualmente incorporado en la Constitución Nacional, producido por la reforma de 1994; denomina “Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio”, la cual reprime a los actos genocidas; genocidio biológico y genocidio físico; como también la instigación, la incitación pública, la tentativa y participación.

Dice NUÑEZ que se trata de una perversa razón que ha derramado mucha sangre en la historia universal y que acusa un espíritu tan repudiable como peligroso, no sólo para cada individuo en particular, sino también para la razonabilidad de la vida social, pues, además de la inhumanidad acusa extrema insociabilidad.

Sin embargo una opinión doctrinaria entiende que si bien la fuente de este delito se, encuentra en el de genocidio, la figura del Código no se identifica con este. Y decimos que no son iguales, porque para hablar de genocidio es necesario que se hayan causado muchas muertes. Es necesario que haya una matanza, y el objetivo de esa matanza debe ser exterminar un grupo religioso o racial. En una palabra, no es necesario como en el genocidio, el aniquilamiento o exterminio de esa determinada raza o religión. Ahora bien, si se producen esos actos, ¿porqué no se aplicaría la figura del art. 80 inc 5 en concurso real?

De lo expuesto se desprende que si bien ambos son dos delitos diferentes, el genocidio está contenido dentro del agravante que analizamos. Pero debe quedar bien claro que el agravante del homicidio por odio racial o religioso no constituye el delito de genocidio, porque el genocidio es el exterminio en masa de un grupo nacional, racial, religioso o político. Sin lugar a dudas podemos observar dos diferencias: 1- cambia el sujeto pasivo, de uno en particular, a uno indeterminado, y 2- cambia el elemento subjetivo ya que en el genocidio se tiene como fin el exterminio de un determinado grupo, condición que no se exige en el inc. 4, bastando que se mate por odio racial o religioso; que no es lo mismo que exterminio.

Esta diferencia es clara. Lo que ocurre es que algunos autores se han confundido identificando a ambos delitos como si los dos fueran la misma cosa, olvidándose así de lo que explicábamos recién.

Por esta razón, entendemos que si en Argentina se producen hechos como lo fueron en Alemania, o recientemente en Yugoslavia; se aplicaría el art. 80 inc. 4°, en concurso real, con la Convención que reprime el genocidio, (art. 75 inc. 22 de la C. N.).

Por último diremos que en este delito es también admisible la tentativa como la participación.

Agravamiento por el medio.

Inc. 5°: POR UN MEDIO IDONEO PARA CREAR UN PELIGRO COMUN.

Antecedentes:

Este agravante ya estaba en el código, lo que ha variado es la redacción, ya que antes estaba en forma desarrollada, enumerando ejemplificativamente medios idóneos para crear un peligro común, como lo son el incendio u otros estragos (la inundación y el descarrilamiento). En una palabra, estamos hablando de homicidios cometidos por algunos de los hechos contenidos en los Capítulos primero y segundo del Título de los Delitos contra la Seguridad Común.

Se debe hablar de un medio capaz de producir un peligro común y no de causar grandes estragos, como decía el código en su redacción anterior. En efecto, así decía el art. 80: Se aplicará...Inc.-2º-. Al que matare a otro con alevosía o ensañamiento, por precio, promesa remuneratoria, sevicias graves, impulso de perversidad brutal o por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos.

Lo subrayado señala los medios que se podían utilizar para cometer este delito, medios que a su vez son figuras de los capítulos primero y segundo del título de los Delitos contra la Seguridad Común.

La consecuencia de la reforma, es que con la fórmula genérica que se ha adoptado se amplía el contenido de la figura, ya que antes los medios debían ser capaces de producir grandes estragos. Y estrago (cuando vean el Tit. VII lo entenderán mejor), solo puede producirse por medios materiales. Como consecuencia de ello, la muerte causada por gases venenosos, por ejemplo, si bien crea un peligro común no llega a ser estrago. De manera que antes de la reforma este homicidio no entraba en el agravante. Ahora si ya que el inciso sólo exige que se trate de un medio idóneo para crear un peligro común, y los gases venenosos caen dentro.

Idoneidad del medio empleado:

Debe tratarse de un medio idóneo para producir un peligro común para los bienes en general de personas indeterminadas y para personas indeterminadas. Eso significa la expresión peligro común. No es necesario que el medio utilizado haya producido efectivamente los estragos o el peligro común; basta que sea potencialmente capaz de producirlos (Nuñez). Es un delito de peligro y no de resultado. Ahora si el medio empleado no debía razonablemente crear una situación de peligro común, y sin embargo se crea, no se aplica el agravante; por ejemplo si para matar a una persona le disparo, y unos de los tiros se desbía y penetra en un afábrica de pólvora produciendo una gran explosión. Si se aplicaría el agravante si utilizo esa fábrica de pólvora para matar a la persona, sabiendo que esta se encuentra dentro de ella.

Lo esencial es que sepan que este homicidio requiere que el medio sea empleado por el autor para matar. Basta el dolo eventual.

Agravación por el número de personas intervinientes.

Art. 80: Se aplicará...

Inc. 6) Con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho.

Este agravamiento tampoco estaba en el Código. Fue introducido por la ley 17.567.

El fundamento del agravante reside en la menor posibilidad en que se encuentra la víctima de defenderse, dado el mayor temor que provoca la presencia material de los autores. De manera que cuando en el examen se les pregunte la razón de ser del agravamiento por la pluralidad de autores, Uds. deben contestar que es el mayor debilitamiento de la defensa privada.

En este agravamiento hay dos aspectos que debemos considerarse

1) Un aspecto material: que el autor principal actúe con el concurso de dos o más personas. Lo cual exige un mínimo de tres. Es imprescindible porque así lo exige el Código, que esos tres sujetos intervengan en la ejecución del hecho. Es necesario que tengan categoría de autores, (con el significado que tiene este término, según lo habrán visto en Penal I). De manera que la participación no agrava, porque precisamente se excluyen los principios generales de participación, ya se manifieste en complicidad primaria, ya sea esta secundaria. Deben ser autores y tomar parte en la ejecución de la muerte; y

recordemos que en esa categoría no solo están los que actúan materialmente, sino también los que estando presentes dirigen a los que actúan en el momento del hecho. Intervenir en la ejecución del hecho no quiere decir que todos realicen la acción punible, sino que obren como coautores.

Hay problema respecto de si todos los sujetos deben ser punibles en el caso concreto o no. SOLER entiende que sí. NUÑEZ entiende que no es exigible la punibilidad de cada uno de los sujetos intervinientes. Argumenta diciendo que hay que tener en cuenta que el fundamento del agravante es la mayor peligrosidad del hecho que determina el debilitamiento de la defensa privada. Y tanto en el caso de que los sujetos sean punibles, como cuando no lo sean, el hecho alarma lo mismo. Y esto es lógico, porque el temor que la víctima va a sentir no va a ser menor porque sepa que uno más de los sujetos que tiene en frente no son punibles por las circunstancias que fueren.

Resumiendo, se debe saber que este inciso requiere que haya coautoría. Se excluye así la participación en todas sus formas. Esto desde el punto de vista material, pasemos al segundo aspecto que debemos considerar.

2) Aspecto subjetivo: desde el punto de vista subjetivo, este agravante requiere que ese concurso sea premeditado. Siguiendo a F. Balestra, esto significa que los autores se deben haber puesto de acuerdo previamente para matar.

Ahora bien ¿es necesario que exista premeditación considerando a esta como la reflexión, preparación y ejecución fría del homicidio por parte de los coautores?

Este agravante fue tomado tal como figuraba en el Proyecto Soler de 1960. Y el informe de la Comisión Revisora del Proyecto dice al respecto: «El concurso es premeditado si responde a una convergencia previa de voluntades, donde la acción de cada *uno* aparezca, objetiva y subjetivamente vinculada con la de los otros partícipes y no, por simple reunión ocasional».

Entonces es necesario que el concurso sea premeditado; el acuerdo para matar; eso sí debe ser premeditado. La premeditación no se exige en el sentido de la necesidad de una reflexión fría sobre si Juan tomará el arma, Pedro lo atará y Enrique lo matará. Esto no se requiere, aquí basta el dolo en el ánimo de cada uno de los sujetos a los efectos de determinar su culpabilidad. Esto no quiere decir que no puede haber premeditación, y quizás en la mayoría de los casos suceda, pero ciertamente, el agravante no lo exige.

CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE ATENUACION DEL PARRICIDIO.

Antecedentes: Este tema fue introducido por la ley 17.567, cuando el último párrafo del artículo 80 dice: “cuando en el caso del inc.1° de este artículo mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de 8 a 25 años”.

Hasta la sanción de la Ley 17.567, el juez disponía para el caso de la muerte de los parientes o del cónyuge, de penas muy elevadas; la prisión o reclusión perpetua en el caso de que se dieran sabiendo el vínculo, penas de 10 a 25 cuando el caso entraba en la circunstancia contemplada de atenuación, por el artículo 81 inciso 1° letra a), denominado emoción violenta.

Evidentemente, en los casos de parricidio, era una pena excesiva que superaba los límites, al menos en su mínimo, con respecto al homicidio simple. Esto y las circunstancias de las razones por las cuales se llegaba al homicidio sin poder llegarse a dar el caso contemplado en el artículo 81 inciso 1° letra a), ha llevado a los juristas y a las legislaciones a atenuar en alguna medida la pena adecuándola. Por eso la última parte del artículo 80 dice: «Cuando en el caso del inciso de este artículo mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación el juez podrá aplicar prisión o reclusión de 8 a 25 años”. Es decir, que le da al juez la facultad o potestad, cuando medien circunstancias extraordinarias de atenuación para atenuar la pena.

La Ley 17567 no se refiere particularmente a cuáles son esas circunstancias extraordinarias de atenuación; pone el carácter facultativo porque expresa que podrá aplicar prisión o reclusión en escala de 8 a 25 años. En esta Ley de reforma se mencionan antecedentes de carácter vernáculo, es decir, nacionales, y de carácter extranjero. Los primeros son: el Proyecto Tejedor y el Proyecto de 1881, el Código de 1886, el Proyecto de 1937. Entre los antecedentes extranjeros, la Ley de Reforma menciona el C. Uruguayo -cuyo artículo citado, el 311, no es idéntico- y el Código de Brasil de 1940. En la exposición de motivos se cita el artículo 574 inciso 2° del Código Italiano. El Código Suizo lo contiene en el artículo 112, y el Código Finlandés en el, capítulo 21 parágrafo 2, ambos códigos contemplan como atenuación. ciertas circunstancias que disminuyen la criminalidad en el caso de parricidio.

En términos generales, qué valor tienen estas citas y antecedentes que los legisladores han puesto al pie de la nota, sean nacionales o extranjeros?. No tienen valor como verdadera referencia de atenuación al parricidio. Se dan circunstancias, en estos antecedentes, que pueden ser atenuadoras generales del hecho del homicidio, pero no en particular en cuanto al parricidio.

El Código de 1886 contiene disposiciones, unas como eximentes de pena, otras como agravantes y otras como aminorantes. Pero en particular no tiene una disposición que se refiera a circunstancias especialísimas, en el parricidio. Por lo tanto los antecedentes que se citan sólo tuvieron valor ilustrativo.

La ley vigente 23.077 ocasionado un retroceso al derogar las penas que había establecido la ley 17.567. Esta ley establecía una congruente escala penal: parricidio, reclusión o prisión perpetua; mediante circunstancias extraordinarias de atenuación de ocho a veinticinco años; en estado de emoción violenta de dos a ocho años. Con la normativa vigente es penado más severamente el parricidio emocional (art. 82), de diez a veinticinco, que si mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos, la ley no se expresa al respecto. Nosotros podemos señalar que se deben dar requisitos positivos y requisitos negativos. Los requisitos positivos son:

1-Necesidad de un acontecimiento.

2-Que ese hecho sea de carácter extraordinario, que esa trascendencia llegue también al victimario, y que tenga poder disminuyente de culpabilidad.

3-Que actúe subjetivamente y sea la causa determinante de la muerte.

4-Que la entidad de la causa, por su naturaleza, disminuya la culpabilidad del autor.

Los requisitos negativos exigen que no exista emoción violenta excusable por las circunstancias.

En cuanto al Primer requisito, esto es, la objetividad de un hecho ésta puede provenir:

- a) de la conducta de la propia víctima.
- b) del victimario.
- e) de ambos a la vez.

En general, como objetividad de una conducta proveniente de la víctima, debe mediar un hecho de significación material que exprese una voluntad injuriosa u ofensiva, realizado sin derecho por la futura víctima; debe tratarse de una ofensa ilegítima, un hecho provocador ilegítimo. Cuáles son, en general y provocaciones por ofensa o injurias graves? Sorpresa de ilegítimo concubito. Cuáles son las exigencias de ese hecho provocador por parte de la víctima?

1) Debe ser sin derecho.

2) El hecho provocador debe tener suficiente entidad y debe ser un ataque a la honra.

Dicho ataque puede ser, dirigido intencionalmente por la víctima, o no, pero debe ser eficaz; es decir,

con entidad suficiente que afecte al ofendido. Y es suficiente como provocador, cuando por la circunstancia, ese hecho podría ser clasificado entre las causas que pueden generar una emoción violenta, pero que en el caso concreto falta el estado psíquico para que el sujeto se emocione.

3) Además, debe ser afrentoso, y puede ser hecho de la más variada forma. Basta que objetivamente se materialice en una voluntad afrentosa, aunque no constituya propiamente un delito contra la honra o el honor.

4) Dentro de la objetividad como causa acabamos de referirnos a la objetividad de una conducta proveniente de la víctima. En cuanto a la segunda situación, es decir objetividad que proviene de un estado o situación de desgracia de la víctima, victimario o de ambos, hay que contemplar tres casos: ver gráfico.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Este es un homicidio subjetivamente intermedio entre el homicidio simple y el culposo. Aquí sí hay, como base de la imputación una criminalidad subjetiva; directamente hay una imputación delictiva, pero esa intencionalidad delictiva no alcanza a tener el grado de intencionalidad homicida, sino que permanece en el grado de intencionalidad lesionadora. Es decir, que el individuo solamente quiere causar un daño en el cuerpo o en la salud, pero resulta la muerte.

Ahora, según nuestra ley, no basta tener el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, y que resulte la muerte fuera de la intención del sujeto, si no que establece un contralor objetivo de esta falta de propósito, de matar. En efecto; establece que será admitido el tipo especial de homicidio preterintencional, que es mucho más leve, más benigno, que el homicidio doloso, sólo cuando el «medio empleado no debía ocasionar la muerte». Es decir, el homicidio preterintencional requiere como base cierta el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, pero ese propósito de causar daño en el cuerpo o la salud solamente es admisible si no está desmentido por el medio empleado. Cuando está desmentido por el el medio empleado?. Cuando el juez, en su juicio de experiencia, llega a la conclusión de que el medio empleado podía matar; no es admisible la causa.

Entonces, desde el punto de vista subjetivo, existen dos posibilidades de excluir la preterintencionalidad:

a) Cuando usándose un medio que razonablemente no debía producir la muerte se prueba la intención de matar sea directa, indirecta o eventual; y

b) Cuando no, pudiéndose probar la intención de matar, es decir, que sólo habría tenido la intención de causar un daño al cuerpo o en la salud, el medio demuestra que el individuo debió tener la previsibilidad de que podía matar.

Es una figura autónoma porque no hay circunstancias que excluidas dejen en el fondo ningún otro tipo fundamental de homicidio. Si se excluye la preterintencionalidad no queda la figura de homicidio simple; si se excluye la muerte, queda una figura de lesiones. En definitiva, no queda nada en el fondo que soporte otro tipo general de homicidio.

El proyecto de 1960 sustituye esta figura por el de «Lesiones calificadas por el resultado».

Quiero que ustedes tengan claro este concepto: cuando deseen tener la noción del medio empleado no deben atenerse solamente a la estructura material del instrumento. Así, un instrumento no apto en sí, por regla para matar, puede ser un medio que en el caso concreto razonablemente podría producir

la muerte; o un instrumento en sí apto para matar en la generalidad de los casos, como el arma de fuego puede en un caso concreto haber sido usado como medio que razonablemente no llevaba a la muerte. Ejemplo del primer caso: el golpe de puño, por reala no lleva razonablemente al resultado de muerte, en determinadas circunstancias, pero puede en virtud de la constitución débil de la víctima volverse un medio mortal .Lo mismo puede decirse de un puntapié violentamente dado.

Como ejemplo del segundo caso: tenemos un instrumento objetivamente apto para matar. El hábil tirador que maneja su revolver para no matar, tirando a la punta de las extremidades, pero una circunstancia fortuita hace que la víctima se ponga en el centro del blanco del tirador y mata. Evidentemente ese hecho demuestra que no quería matar, y esa es la función controladora del medio, el medio, como instrumento por la forma de uso, debe demostrar la intención de no matar, o solamente herir, o de solamente matar. En este último caso será un homicidio doloso.

PARRICIDIO EMOCIONAL:

El atenuante también rige para el parricidio, es decir, para el homicidio agravado por el vínculo que une al autor con la víctima. Consta que en un mismo caso concurren una circunstancia agravante y una atenuante. Estamos frente a uno de los pocos casos que contempla el código de una concurrencia de este tipo, (en las lesiones, como se puede advertir, no esta regulado).

En un principio, como podemos deducir, este concurso de agravante (vínculo) y atenuante (emoción violenta) era resuelto por el código deficientemente, ya que se daba primacía al agravante; al ser la pena de diez a veinticinco años era superior a la del homicidio simple, lo que indica que primaba la fuerza del agravante.

Pero la ley 17.567, con buen criterio, redujo la pena de dos a ocho años de prisión. Por lo que la amenaza penal era sensiblemente inferior, corrigiendose de esta manera uno de los errores más notorios del Código Penal. La pena establecida era mucho menor que la del homicidio calificado y un poco mas grave que la del homicidio en estado de emoción violenta.

En definitiva, en su momento, la reforma había solucionado correctamente el problema, haciendo primar el atenuante sobre el agravante, como por otra parte lo habla sentado unánimemente la doctrina.

INSTIGACION O AYUDA AL SUICIDIO.

El artículo 83 expresa:

«SERA REPRIMIDO CON PRISION DE UNO A CUATRO AÑOS, EL QUE INSTIGARE A OTRO *AL SUICIDIO* O LE AYUDASE A COMETERLO, SI EL SUICIDIO SE HUBIESE TENTADO O CONSUMADO.

Se han diferenciado dos aspectos: el hecho de darse la muerte a sí mismo y la instigación o la ayuda de un tercero en la muerte de otra persona.

El artículo 83 tiene caracterizada la acción típica, cuando dice: instigare o ayudare a cometerlo. Hay quienes han creído que ésta expresión representan los modos de participación, auxilio o instigación de la parte general. Sin embargo si se cotejan los términos expresados en el artículo 45 y en el 46, no hay

identidad de criterios entre la terminología utilizada en estos artículos y la utilizada en el artículo 83.

En el caso del artículo 83 el Código se refiere a toda clase de auxilio moral material en la muerte causada por un tercero. Instigar significa incitar, debe ser una incitación determinante, tendiente a que el otro se quite la vida, debe ser dolosamente dirigida para quien la recibe, piense o consume su muerte.

La Ley hace también referencia a ayuda, la cual puede ser moral, o material; y puede ser antes del suicidio o en el momento de ejecutarse. Pero tiene que ser caso de auxilio que no rebase los límites de la complicidad, porque en cuanto rebase estos límites se cae en el homicidio. Tampoco debe darse que el autor baya a la muerte como resultado de la acción del tercero, porque en tal caso el tercero puede ser autor mediato.

Para la punibilidad se exige que la muerte se haya por lo menos tentado o consumado, Mientras no se de el hecho del suicidio como tentativa o consumado punibilidad.

En el caso de la tentativa, no se tiene que tener en cuenta el hecho del suicida, porque éste no se castiga, sino que lo que se castiga es la *incitación y el auxilio*. Así, pues, resulta indiferente que en la ejecución de los hechos por parte del suicida se haya frustrado el plan por desistimiento del propio suicida, o por causas ajenas a su voluntad. Siempre estamos dentro del plano de la tentativa respecto al que incitó o ayudó.

Entendemos que puede darse la ayuda por actos de omisión.

Capítulo 3: Homicidio o lesiones en riña.

Art. 95: Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quienes la causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte, y de uno a cuatro en caso de lesión.

Antecedentes: El proyecto de 1960 disponía en su art. 138: Se impondrá prisión hasta seis meses al que tomare parte en un acontecimiento recíproco y tumultuario en el que intervienen 3 o más personas. Si en la riña resultare la muerte de alguno sin que se determine quién o quiénes fueron los autores, se impondrá prisión de uno a seis años a los que ejercieron violencia física sobre la persona del ofendido o intervinieron con armas. Si resultaren lesiones de los arts. 123 y 124, la pena será de prisión hasta cuatro años. Si resultaren lesiones del art. 122, la pena será hasta un año de prisión.

Este proyecto suprimía la figura de agresión, y punía a la riña en si misma sin que sea necesario un resultado mortal o de lesiones.

Presupuesto fáctico: la ley parte del hecho en que se produce una riña o agresión, en la cual, como requisitos indispensables, debe resultar: 1- que tomen parte, dos personas como mínimo en la riña, o si es agresión más de dos personas, por lo que se exige un mínimo de tres, 2- que como resultado de la riña o agresión, se provoque la muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, 3- no se debe saber en forma determinada quien y quienes la causaron, 4- se pena a quienes ejercieron violencia sobre la persona del ofendido.

Diferencia entre Riña y Agresión. [Gráfico].

La riña es una lucha entre dos o más personas sucedida de improviso a causa de cuestiones privadas. Se diferencia de la participación, en que no es preordenada para herir o matar, por lo cual se carece de una convergencia intencional para consumir el hecho.

Con respecto al número de intervinientes la doctrina no es unánime ya que algunos entienden que en la riña la ley exige un mínimo de tres (Iruzubieta).

La agresión exige objetivamente, un acontecimiento tumultuario de tres o más personas contra otra u otras que no resisten activamente. Como bien señala Núñez, no es suficiente decir que una

de las partes se limita a defenderse, porque la defensa pueden ser activa, y en este caso ya hay riña. Subjetivamente no debe haber una premeditación del hecho, sino que debe ser resultado de una exaltación particular de cada uno de los partícipes.

En la riña hay una interacción, o súbito acontecimiento recíproco. En la agresión la víctima no reacciona, manteniendo una conducta pasiva.

Resultado y condiciones: como resultado de la riña o agresión debe producirse alguna muerte o lesiones de las estipuladas en los artículos 90 y 91, y como condiciones no debe conocerse el autor de las mismas, ya que si se pudiera determinar, por más que haya tumulto, la figura encuadraría en el art. 79, 90 o 91, y se debe tener certidumbre sobre quienes fueron los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido. Núñez entiende que ejercer violencia sobre la persona quiere decir violencia física, ejercida encima de la persona del ofendido, por ejemplo golpear, empujar, etc., o la violencia dirigida contra el ofendido, verbi gratia, acometimiento, aunque no sea a mano armada.

Bien jurídico protegido: sin lugar a dudas se protege a la persona, en la vida; como en su integridad corporal. Pero en esta figura está condicionada a que se produzca la muerte o lesiones del art. 90 y 91, no penándose la mera intervención en riña (a contrario sensu el Proyecto de 1960).

Art. 96: Si las lesiones fueran las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión.

Aquí la ley penal regula un atenuante, cuando el resultado de la riña o agresión es una lesión leve. Para este artículo rigen las mismas condiciones que en el anterior.

Capítulo 5: ABUSO DE ARMAS

Art. 104: Será reprimido con cinco a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin herirla.

Esta pena se aplicara aunque se causare herida a que corresponda pena menor., Siempre que el hecho no importe un delito mas grave.

Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida.

De la lectura del artículo 104, surge claramente que hay dos hechos reprimidos y previstos por la Ley:

- 1) disparo, de armas de fuego.
- 2) agresión con toda arma.

El párrafo primero y segundo de este artículo corresponden al abuso de arma, el párrafo tercero, corresponde, a la agresión con toda arma. El párrafo primero del artículo 104 tiene por antecedente el Código de 1886 el párrafo tercero tiene como fuente inmediata el Proyecto de 1891

Ambos son delitos de peligro real. Lo que aquí se protege, bajo el epígrafe de abuso de armas, es la incolumidad física de las personas, para que no se vea expuesta a daños físicos que de estos hechos derivan.

Este delito es de peligro real, y no requiere resultado. Según veremos ciertos resultados excluyen la aplicabilidad de esta figura.

El hecho de abusar con armas de fuego implica ya un peligro serio para la incolumidad física de las personas, y en particular para la vida, entonces el Código Español de 1870 establece una pena de uno a tres años tratando de evitar la inseguridad de las personass atendiendo a que es difícil poder castigar al autor de un delito frustrado o tentativa de homicidio.

Segun nuestro Código Penal cuando el designio del autor fue causar lesiones graves u homicidio, excluye la aplicación del artículo.

Veamos cuáles son los elementos constitutivos de esta figura. La acción típica es disparar un arma de fuego contra una persona, las armas pueden ser de disparo o de fuego. Adviértase que aquí la ley exige que sea arma de fuego la cual se diferencia del arma de disparo por el mecanismo que la pone en funcionamiento.

Pero no basta que el arma sea de fuego, debe usarse como tal. Es decir; disparando proyectiles. Además, debe dispararse contra una persona, lo cual supone una dirección determinada y una intención de disparar contra la persona. Esto nos muestra claramente que se refiere a un dolo, conciencia de que se dispara contra una persona y que lleva el peligro por el disparo.

Esta figura requiere que sea a persona determinada el disparo de un arma de modo que no incluye el disparo al aire, entendiéndose que la tentativa es posible.

A la Ley le resulta indiferente que el sujeto obró objetivamente para causar un daño y que subjetivamente quiera causarlo en una persona determinada, salvo en el caso del artículo 105, que expresa:

«SI CONCURRIERA ALGUNA DE LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN LOS ARTICULOS 80 y 81 INCISO PRIMERO LA PENA SE AUMENTARA O DISMINUIRA EN UN TERCIO RESPECTIVAMENTE.

La Ley contempla la pena de uno a tres años cuando se dispare un arma de fuego contra una persona sin hierirla. Se aplica la misma pena si el resultado dañoso es lesivo de carácter leve. Pero la pena del disparo tiene una subsidiariedad desde tres puntos de vista: por el lado personal causado, más grave, y una subsidiariedad subjetiva, y además si el hecho no importare un delito más severamente penado. Quiere decir que hay tres casos de subsidiariedad.

- 1) por los daños personales más graves.
- 2) por que resulte un delito más severamente penado.
- 3) por el elemento subjetivo que guía al autor a realizar el disparo.

En cuanto a la lesión grave o gravísima o cuando el resultado es la muerte; elimina la aplicación de esta figura, y el autor responde por los resultados causados.

En cuanto a la segunda, se refiere a que el contexto del hecho, el empleo del arma, consume, un delito más severamente penado. En este caso el delito más severamente penado no es absorbido por la figura del artículo 104.

En cuanto a la tercera hipótesis, esta es la más difícil, y es cuando el autor obró con elemento subjetivo de provocar un grave daño en la salud. Es decir, provocar una lesión grave, gravísima, o en su caso un homicidio. Porque ya objetivamente, el dolo atiende a esa circunstancia de querer causar el daño, incluyendo el dolo eventual. Pero hay que probar que estamos en presencia de una tentativa de homicidio y no en un abuso de armas; por lo que el juez debe ser cauto.

El Tribunal Superior de Córdoba, en la época en que actuó el doctor Núñez ha tenido oportunidad de esclarecer que la multiplicidad de los disparos de armas no es elemento diferenciador, porque el disparo de arma también supone pluralidad de disparo.

Además, este es un delito que admite tentativa, todo proceso que implique dirección de lograr el disparo y todo disparo desviado por causas ajenas a la voluntad constituye tentativa de delito. Claro que puede darse tentativa de delito imposible, cuando el autor utiliza el arma sin saber que no está cargada o porque la inservibilidad del arma era desconocida. En este caso estamos frente a una tentativa imposible.

En cuando a la agresión con toda arma, se refiere a cualquier arma, propia o impropia, en el sentido de que aumenten el poder ofensivo del hombre. Tal es el sentido de la expresión «con toda arma». También es un delito de peligro y debe haber un acometimiento a la persona con el arma, no es la simple exhibición del arma. Pero, a diferencia del disparo de arma, aquí el resultado lesivo leve excluye la agresión con toda arma porque la lesión es más severamente penada.

Así, pues debe ser un acometimiento con el arma dirigiéndosela contra la persona, aunque a la víctima no se la toque, o habiéndola tocado no causo la lesión. El estar sometido a un acometimiento, ya implica un peligro, ya que pueden resultar consecuencias dañosas para el cuerpo y la salud del agredido.

Esta figura también queda desplazada por el elemento subjetivo; probándose que hay intención de causar lesión graves, gravísima o muerte.

El artículo 105 contempla la situación de agravantes y atenuantes de los hechos contemplados en el artículo 104 cuando concurren las circunstancias del artículo 80 y 81 inciso a, en el cual la agresión o disparo de arma es agravados, y resulta atenuado cuando media la emoción violenta, siempre que las circunstancias lo hicieran excusable. La pena aumenta o disminuye en un tercio.

Aquí encontramos la misma laguna que en el caso de lesiones cuando concurre parentesco y emoción violenta en forma simultánea.

Dr. Carlos Parma

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

©Carlos Parma, www.derechopenal.8m.com , 2001.-

