

Delitos contra las personas. Homicidios. [\(Nota 1\)](#)

por **María Valeria Onetto** [\(Nota 2\)](#)

La charla del día de hoy se relaciona con los delitos contra las personas y mi objetivo es traer interrogantes sobre cada uno de los delitos que integran el Código Penal en el título primero. Vale aclarar que, quizás, dejemos de lado algunas cuestiones que tienen que ver con la dogmática y con el análisis de cuestiones puntuales de la teoría del delito porque creo que puede haber diferencias de comprensión entre quienes estén menos avanzados y quienes estén más avanzados en esta área del conocimiento. Por ello, vamos a tratar de darle un tinte más práctico, lo que no implica que si se generan interrogantes, entre todos intentaremos resolverlos.

También les aclaro que dejamos de lado lo que tenga que ver con los delitos de lesiones culposas y homicidios culposos, no por capricho sino porque va a haber otra clase a la que también me han invitado para hablar puntualmente de eso y de los aspectos de la mala praxis.

Si hablamos de delitos de las personas, todos pensamos inmediatamente que sinónimo de ello es el homicidio y sobre todo el homicidio simple que es la figura básica del capítulo. Sin embargo, no es el único. Hay un montón de figuras penales que integran este título segundo y que van desde el homicidio y las lesiones, que son las que aparecen como clásicas por decirlo de alguna manera, hasta lo que pueden ser los abusos de armas, las figuras del aborto, las figuras de abandono de personas y una figura que es bastante curiosa y de la que podemos llegar a charlar: el duelo. Todavía el duelo en todas sus formas es delito para nuestro sistema jurídico, al punto de existir varios tipos penales que están dedicados a reprimir distintas formas del duelo.

Todas estas figuras están incluidas en este título. El título general es "Delitos contra las personas" y por eso en todos los casos vamos a ver que tenemos una referencia o bien al bien jurídico "vida", o bien a la "integridad personal", a veces unido a algún otro bien que el orden jurídico pretende preservar.

Si hablamos de homicidio, lo más importante es pensar que se protege la vida y ahí el primer punto de análisis que a mi me parece que tenemos que tener en cuenta es cuándo empieza y cuándo termina la vida. Algo que parece muy sencillo pero que jurídicamente no lo es. Cuándo empieza y cuándo termina la vida a los efectos de la punición del delito de homicidio. Hoy existe un parámetro cierto que nos brinda la Constitución a través de la incorporación de los pactos internacionales de derechos humanos, sobre todo lo que dice el Pacto de San José de Costa Rica. Si bien entendemos que hay vida desde la concepción en el seno materno, a los efectos del delito de homicidio, la doctrina ha establecido que se preserva la vida desde el momento en que comienza el trabajo de parto o se prepara a una mujer para una cesárea. En el momento que comienza toda esa serie de pasos, que implican que el bebé salga expulsado del seno materno, ahí comienza la vida a los efectos del delito de homicidio.

Antes de eso, si bien hay vida (el Código Civil establece que esta existe y que esa vida ésta protegida pero de una manera diferente) no podremos hablar nunca de delito de homicidio. Como consecuencia de ello, podremos proteger la vida de ese feto, como se denomina, mediante otro tipo de figura, como por ejemplo mediante el delito de aborto. Pero para hablar de homicidio debemos tener como pauta cierta el comienzo del trabajo de parto o de los preparativos de una cesárea para evaluar la tipicidad de la conducta que se analice.

Dijimos que ahí empieza la vida para hablar del delito de homicidio, pero ¿cuándo termina la vida? También hay una pauta legal que nos da el concepto del fin de la vida. El derecho argentino ha optado por la muerte cerebral. Cuando hay muerte cerebral se sostiene que la vida humana terminó. Esto sucede cuando están destruidas las células cerebrales.

¿Por qué digo que hay una pauta normativa para esto? Debido a que así lo establece la Ley de Trasplantes, que autoriza la ablación de órganos en el momento en que los médicos, más de uno con ciertos requisitos, dictaminan que hay destrucción de células cerebrales. Así, de alguna manera, tomando como parámetro esta cuestión que es extra penal, porque la Ley de Trasplantes no es una norma incorporada al Código Penal, sostenemos que la vida humana ha terminado. Con ello también termina la protección del bien jurídico que preserva el delito de homicidio.

Como cuestión, digamos, conflictiva el delito de homicidio simple parece que no trae muchos problemas, sobre todo porque no exige medios específicos. Sólo se requiere que el autor sea un hombre que dirija su acción hacia otro hombre, hacia otro ser humano.

Los problemas empiezan a aparecer con las calificantes, con las agravantes y las atenuantes. ¿Por qué? Porque como en todo delito, si bien el Código establece cuáles son calificantes, y las enumera, no dice de que se tratan específicamente. Si ustedes ven el artículo 80 del Código Penal, donde están establecidas todas las agravantes del delito de homicidio simple, podrán advertir que los siete incisos se limitan a enumerarlas sin darnos un concepto. Como en todo campo del derecho, entra a jugar la dogmática que empieza a interpretar de qué se trata cada una de esas agravantes y entonces comienzan las discusiones y la disparidad de criterios.

El único que pareciera no tener demasiados conflictos es la agravación por el vínculo que está establecido en el inciso 1 del artículo 80, al hablar de ascendientes, descendientes o el cónyuge. Con ello se deja de lado a los hermanos. De tal suerte, un hermano que le quita la vida a otro va a incurrir en la figura de homicidio simple, siempre que no haya otro atenuante o agravante.

El único problema que plantea el inciso 1 es en los casos en los que ese vínculo no está del todo claro o presenta alguna cuestión particular. En el caso de la adopción, por ejemplo, no hay motivo para excluir a los hijos adoptivos o a los padres adoptivos de esta calificante porque, conforme a la legislación civil, están asimilados a los hijos biológicos. En otro sentido, la agravante se acaba con el fin del matrimonio, con lo cual si hay sentencia de divorcio vincular y la acción de matar se produce después de esa sentencia, la calificante no opera más. Sí opera si hay separación de hecho sin sentencia, como se da en el caso de un matrimonio aunque viva separado desde hace muchos años sin denunciarlo a la justicia. Si uno acomete contra la vida del otro, lo hará bajo la amenaza de pena elevada.

¿Qué pasa en los casos de declaración de nulidad del matrimonio? Si esta declaración de nulidad es absoluta, es decir por una causa que determina que el matrimonio nunca existió, la agravante no va a entrar a jugar; en cambio, si es una causa de nulidad relativa, algo que tenga que ver con el consentimiento o con un error en relación a alguno de los cónyuges -si alguno de ustedes es especialista en materia civil lo sabrá mejor que yo- ahí la agravante califica la conducta.

Esto, lo que yo les estoy transmitiendo, es lo que dice la doctrina en general, no obstante lo cual se trata de aspectos que no descartan cualquier tipo de discusión. Aquí les esoy brindando pautas que generalmente son aceptadas.

Lo importante de estas agravantes que tienen que ver con el vínculo es que el que comete la acción sepa y tenga absoluto conocimiento de esta relación particular. Es decir, si una persona intenta matar o mata a otra que resulta ser su hijo, pero no sabía de este vínculo, la calificante desde ya no entra a jugar. Esto desde el ámbito de la teoría del delito es casi una obviedad, pero el Código se toma el trabajo de aclarar, "a sabiendas de que lo son" para que no nos quede ningún tipo de dudas acerca de que el autor debe conocer la relación que opera como calificante.

Otra curiosidad que a mi juicio presenta el artículo 80, inciso 1, es que en general no describe solamente agravantes, sino que en el último párrafo lo que incorpora es una atenuante de una agravante. ¿Qué es esto? En el último párrafo, el artículo 80, aclara que en el caso de un homicidio agravado por el vínculo, si existen circunstancias graves o inusitadas que hayan llevado al autor a generar el hecho, la agravante no va a funcionar y queda vigente la pena del homicidio simple de 8 a 25 años de prisión. Por ello, la denomino atenuante del agravante, debido a que nos indica cuando el agravante no califica la conducta.

Estas circunstancias graves, puntuales e inusitadas, por lo general, se dan en los casos de malos tratos, de víctimas que han sido consuetudinariamente abusadas o de una víctima que está sufriendo los efectos del alcoholismo o la droga dependencia, que en el caso, vale aclarar, no llegan a ser causas de inculpabilidad. Se daría en el caso, por ejemplo, de una persona que obra bajo los efectos del alcohol pero no llega a afectar la capacidad de culpabilidad. Tampoco son casos de emoción violenta. Son, en definitiva, cuestiones de muy difícil prueba porque muy probablemente el juez, a la hora de evaluar estas conductas, se incline por una emoción violenta, por una atenuación de la culpabilidad o por alguna causa de inculpabilidad. La idea a destacar es que el artículo 80 no sólo prevé agravantes sino que también tiene incorporada esta norma.

A partir de ahí empieza la enumeración de las calificantes que traen un poquito más de problemas. Algunas en su definición, otras en su prueba. Las dos más clásicas, digo clásicas porque son las

que Enrique SDRECHT nombra más asiduamente en sus comentarios y las que la gente constantemente repite por hechos cinematográficos, son el ensañamiento y la alevosía, a las que, quizás, nuestros familiares que poca relación tienen con el derecho le agregarían la premeditación. Aclaro que en el Código Penal la premeditación no existe como agravante, lo que pasa es que en las películas, sobre todo las norteamericanas, suelen enunciarla. Como operadores del derecho tengamos en cuenta que la premeditación no es una calificante del homicidio en nuestro ámbito jurídico.

Surgen estas dos calificantes agravantes: el ensañamiento y la alevosía. Para que tengamos en cuenta a qué se denomina ensañamiento, debe advertirse que se da cuando el autor trata de causarle a la víctima más dolor del necesario para generar la muerte por el solo hecho de provocarle dolor mientras esté viva. La alevosía, en cambio, es colocar a la víctima en estado de indefensión o aprovecharse de ese estado de indefensión para asegurar el resultado del delito. De alguna manera, el autor lo que hace es asegurarse que no va haber ningún mecanismo de defensa que le obstaculice llegar a su cometido que es causar la muerte. Respecto de esto y para ser más gráficos es que trajimos dos imágenes de video que ahora vamos a ver.

¿Por qué las traje? Porque ahí los conceptos son claros. Un caso se trata de causar más dolor: ensañamiento. El otro, de generar indefensión o aprovecharse de la indefensión de la víctima: alevosía. En lo conceptual la diferencia parece obvia, el problema está en la prueba. Sobre todo porque en esto, los operadores jurídicos dependemos en gran medida de los dictámenes periciales.

Lo que vamos a ver ahora son videos generados por prevenciones policiales. Buenas prevenciones policiales hoy en día van al lugar de los hechos en delitos graves, obviamente con cámaras de video, para registrar todo lo que se encuentra. Esto hace mucho más fácil la investigación del delito porque a veces un acta escrita del relevamiento de los rastros puede omitir circunstancias o bien no ilustrar realmente que es lo que el preventor pudo ver en ese lugar.

Esto es muy importante porque, por lo general, el juez o el fiscal, sobre todo en el ámbito provincial, no van a los lugares del hecho por razones de tiempo u otras cuestiones. Mucho menos, se presentan los defensores o los querellantes que no siempre se incorporan al proceso inmediatamente después del hecho, pues en muchos casos entran a participar después. Así, la existencia de un video nos permite una vivencia y una apreciación muy distinta de los hechos. La realidad es que una buena prevención policial en delitos graves requiere que se realicen este tipo de filmaciones. Vamos a ver el hallazgo de dos cadáveres, son mujeres. No se trata de un acto discriminatorio, pero no encontré el de un hombre. Vamos a ver justamente la tarea del médico forense policial que empieza a describir lo que se encuentra en el cuerpo de la víctima para diferenciar cuando se puede dar o no el agravante.

El ensañamiento tiene que existir durante la vida de la víctima. Las lesiones que se le causen por placer del autor después de que se le ocasione la muerte no entran en la calificante. Por eso, el dictamen policial es muy importante, porque obviamente el abogado o el juez están incapacitados para distinguir una lesión de la otra y la mayor parte de los operadores jurídicos también.

En el primer caso que vamos a ver, no intervine personalmente, me lo facilitaron y me pidieron que no diéramos nombres ni nada porque no hay sentencia firme. En el segundo caso, sí intervine personalmente. Se trata de un hecho ocurrido en Capital y en cierta medida fue un fracaso profesional porque nosotros éramos asistentes de la querrela, de los padres de la víctima y acusamos en el juicio oral por homicidio calificado, por alevosía y ensañamiento. La alevosía la sumamos con poca esperanza de que prosperara pero respecto del ensañamiento estábamos convencidos porque creíamos que se había causado un dolor inútil e innecesario para el resultado muerte de la víctima. Sin embargo, el Tribunal condenó, sólo en este sentido fue exitosa la tarea, por homicidio simple.

Empezamos con el primer video:

Audio **del** **video:**
- Con el pasto ¿Esto es de pisada o de arrastre? Esto es de pisada, porque de arrastre no se ve, allá si se ve que la han movido.

Dra. María Valeria Onetto: Acá llegan la prevención y el médico policial. Esta es una mujer que encuentran entre unos matorrales. Empiezan a buscar rastros del autor, lo único que encuentran

son un par de pisadas. Yo esto se los resumo para no perder demasiado el tiempo y que se entienda más fácil. Y ahora vamos a ver el cuerpo de la víctima.

Ahí tenemos. A esta chica la encontraron en el lugar, cubierta de tierra, ahí está de espaldas. Lo que está en esta punta es la cabeza, esas son las piernas, después lo vamos a ver con más detalle, pero lo importante es que tiene sus manos atadas y una mordaza en la boca que encontraron cubierta de sangre.

En esta primera parte del video lo que suponen el médico forense y los preventores, cuando están mirando el lugar del hecho, es que la mujer no murió en ese lugar sino que fue arrastrada hasta ese lugar. Ahí se ven las ataduras en las muñecas, no sé si las pueden distinguir después se ve mejor. Avanzamos un poquito con la imagen, así vemos lo que nos interesa realmente. Ahí pongamos el play.

Ahí se ven las ataduras en las manos que después el médico va a cortar y se da cuenta que fueron realizadas en vida por el tipo de lesión que dejaron en el cuerpo. De esto, probablemente en un futuro juicio, se deduzca la posibilidad de alegar una alevosía porque, quien ata a su víctima y le tapa su boca para que no grite, lo que intenta evidentemente es que ésta no se defienda.

Audio del video:

- Lo importante, fíjate vos, que de las mismas características y yuyos con sangre seca, están por encima del cuerpo.

- Doctor, yo tengo la máquina acá y quiero hacer acá. ¿Nos van dictando?

- Y va a ser complicado.

Dra. María Valeria Onetto: Esto rojo es la mordaza que tiene puesta cubierta de sangre, que después le van a sacar.

Audio del video:

- Lo importante es seguir el hilo de lo que se va hablando y de lo que se va levantando.

- Bueno como si hubo una pelea, forcejeo, no hay por ejemplo ramas rotas o movimiento de tierra. El movimiento de tierra de la hojarasca que hay acá, no hay el alboroto, fíjate vos que nosotros con sólo pisar ya hacemos alboroto, no hay el alboroto de una pelea.

Dra. María Valeria Onetto: Si ustedes escuchan, el que habla es el médico. De este tipo de cosas deduce que la muerte no se produjo en este lugar.

Audio del video:

- Sí hay signos de desplazamiento de donde estaban los otros cuerpos y ese signo de las dos pisadas fuertes que están ahí que no dibujan nada, simplemente dibujan el hundimiento de la hojarasca y de la tierra, después el cuerpo tiene, la primera muestra del frasco uno, sacamos sangre de la tierra.

- Alguna etiqueta para identificarlo con letra.

- Lo que pasa es que no está identificado el cuerpo, pongámosle un nombre.

- Bueno ahora yo voy a revolver acá, a ver si hay alguna cosa que pueda corresponder ...

Dra. María Valeria Onetto: Perdón, yo les dije que esto rojo era la mordaza. Eso es un buzo con el que se le cubrió la cabeza, cuando se le saca, se ve la mordaza que tenía puesta con un nudo que estaba cubierto de sangre. Avanzamos un poquitito, por favor... A ver ahí. Ahí se está quitando ...

Audio del video:

- Huellas digitales no, no sirve.

- Espere un momentito que saco foto.

- De un auto en las uñas, no hay signos de pelo ni de tierra, ni nada.

Dra. María Valeria Onetto: En las uñas no le encuentran ni rastros de piel, ni de sangre, ni de pelos, lo que da que pensar que esta víctima no se defendió.

Audio del video:

- Ustedes me dicen lo que pueda tener importancia, yo no lo toco, no lo manoseo.

- ¿Lo quieren cortar? Lo cortamos y mostramos el nudo. ¿Hay algo para cortar ahí?

- El cuerpo tiene una excoriación apergaminada, producto de la apretada del lazo.

- ¿Pudo haber sido en vida eso, Ismael?

- No, esta excoriación te digo, incide con los puntos de los ojales, mirá la mano apretaba así y ves, es la impronta. Estas son lesiones durante o después de la muerte producidas por la excoriación, estas son más vitales.

Dra. María Valeria Onetto: Ahí empieza a mostrar la diferencia entre una lesión y otra

Audio del video:

- Se puede ver la diferencia entre esta excoriación amarillenta y esta excoriación que ya tiene más signo de vida porque está infiltrada con sangre

Dra. María Valeria Onetto: La diferencia pasa por el hematoma que hay alrededor de las lesiones.

Audio del video:

- Pero sí, esto sí puede ser, y si movemos así, pueden ser excoriaciones que han sido...

Dra. María Valeria Onetto: Con eso este lo terminamos. Ahora vamos a ver el otro. El otro al principio tiene una curiosidad: lo van a ver al imputado porque lo detienen en el lugar del hecho. El que acaba de matar a esa persona, el autor, era el novio de la hermana. Es decir que entre víctima y victimario había una relación, si se quiere, de cuñados. Cabe aclarar que la hermana de la víctima y el autor no estaban casados.

Lo van a ver con absoluta tranquilidad inmediatamente después del hecho, al punto que cuando revisan su ropa, (no hay muy buen audio por eso se los explico), cuando le empiezan a vaciar los bolsillos, el propio imputado dice "acá tengo monedas". Con ello demuestra el grado de conciencia acerca de las circunstancias de tiempo y lugar que presentaba. Ahí está la víctima, la que encuentran en la bañera semidesnuda. Hay manchas de sangre de las manos en las paredes y en la tapa de la luz. El imputado está lastimado, van a ver lastimada toda su cara porque la víctima se quiso defender. Por eso, dijeron que no había alevosía, porque no se generó estado de indefensión. En este caso existe condena firme por homicidio simple.

Así fue encontrada la víctima. Esta chica murió de cinco disparos y aparte tenía golpes producidos con una plancha en la cabeza. De hecho, se le provocó con los mismos hundimiento de cráneo. Por eso, nosotros decíamos que hubo ensañamiento, porque se infringió un dolor mucho más importante del necesario para generar la muerte.

¿Qué nos contestó el Tribunal? Se basó en otra pericia del expediente: la pericia balística del arma que se encontró en el lugar que probó que la munición utilizada era antigua. Por eso, se sostuvo que no causó el efecto muerte el primero de los disparos debido a que las balas tenían menos potencia que la necesaria para hacerlo. Por ello, el Tribunal sostuvo que la voluntad del autor no estaba encaminada a generar más dolor sino simplemente a cometer el resultado final muerte, determinando que en esas circunstancias el autor necesitó más de un disparo.

Ese es el imputado, el que está sentado, esas marcas que tiene en la cara son arañazos de la víctima. Como lo ven está absolutamente sereno y tranquilo. Sin embargo, a lo largo del proceso alegó, en primer lugar, emoción violenta y en otro momento haber sido víctima de un ataque de epilepsia. Inmediatamente después del hecho, a los agentes policiales que se presentaron en el lugar, les dijo que había sido víctimas de un robo. Que "fulanita de tal" estaba en la bañera y que la habían lastimado. De ello, concluimos que tenía un dominio absoluto de la situación. Lo de las

monedas es un detalle. Lo paran y revisan sus ropas, se los cuento para explicarles que tenía total dominio y manejo de la situación.

Avanzamos un poco hasta que se ve el cuerpo de la víctima en el piso. En estas imágenes podemos ver como empiezan a buscar los disparos en la víctima, como ven tiene lesiones en el ojo, todas producto de esa plancha con la que se la lastimó. Objeto que encuentran roto en el lugar del hecho. La lesión más seria fue la que le provocó en la parte de atrás del cráneo donde tenía un pequeño hundimiento. En este video no se ve muy bien porque es una copia de una copia, pero estaba claramente marcada la forma del objeto con el que había sido golpeada.

Por el modo en el que la prevención policial encontró a la víctima, semidesnuda, debió realizársele un hisopado vaginal. Ello debido a que esa media desnudez les hizo presuponer la existencia de un delito contra la integridad sexual, que en la práctica luego no pudo ser probado. Nunca quedó claro si había una relación amorosa entre víctima y victimario.

Ahora van a ver que el médico policial empieza a revisar la víctima. Es quién en la imagen está tocando el cuerpo buscando los disparos. Este disparo es muy importante, tiene un disparo aquí. Para que se le pueda disparar a la palma de la mano de esta manera es justamente porque la víctima intentó defenderse. Puso su mano delante de su cuerpo para protegerse y por eso recibió el disparo. Como pueden apreciar, presenta golpes en todo el cuerpo. Se trata de lesiones provocadas en vida porque han generado derramamiento de sangre interna (hematoma). También tenía varios en el cráneo.

La idea de estas imágenes era primero hacer la charla un poco más dinámica. Segundo, acercar a quien nunca tuvo acceso a la prevención de un delito como estos, lo que es el relevamiento del lugar del hecho, tarea en la cual la exhibición de un VHS es más fructífera que la lectura de un acta. Vale aclarar que, en estos casos, el acta de todas maneras se confecciona y firma por todos los intervinientes.

Siguiendo el análisis de los restantes incisos del artículo 80 del Código Penal, encontramos el uso de "veneno u otro procedimiento insidioso". En relación a ello se evalúan aspectos similares a los de la alevosía porque de alguna manera, con el uso de veneno, el homicida está tratando de matar a traición debido a que, para que se aplique la agravante, el veneno tiene que haber sido dado en forma oculta. De esta forma, al igual que en la alevosía, lo que se pretende justamente es generar indefensión en la víctima o asegurar el resultado a través de este procedimiento que la víctima desconoce y del cual no se va a poder defender.

Para definir el concepto veneno siempre se requerirá del dictamen químico que indique, a través de la autopsia, en primer lugar, si la sustancia se encuentra en el cuerpo de la víctima y, después, de qué sustancia se trata. Hay una definición técnica o un concepto técnico-jurídico que indica que veneno es "una sustancia que al ingresar al cuerpo modifica su composición y por eso causa algún tipo de perjuicio".

En algún momento hubo fallos en los que se puso en tela de juicio si, por ejemplo, colocar vidrio molido en la comida debía ser tipificado por esta agravante. La discusión se generaba porque el vidrio nunca cambiaba su composición. Debido a ello, la última reforma que tuvo este inciso agregó la frase "u otro procedimiento insidioso". Con ello, se hace mención a lo oculto. Este término insidioso está usado como sinónimo de oculto, con lo cual este tipo de discusiones fueron dejadas de lado porque no hace falta que sea veneno en sentido técnico.

Siguiendo el análisis de las agravantes, el Código contempla el precio o promesa remunerada. En este caso, obviamente, el autor obra con ánimo de lucro. Este debe ser el motivo del homicidio y no otro, siempre en referencia a un pacto previo entre el autor y un instigador. La calificante se aplica a ambos: al que paga y al que recibe el dinero y comete el homicidio. Pero lo importante es que haya existido un pacto previo, porque de ello se desprende la diferencia con otra calificante que se da cuando se actúa únicamente por un ánimo de lucro generado por lo que suceda a partir de la muerte. Ello se verifica en los casos en que no existe promesa o una ganancia asegurada, sino una expectativa de lucro que surge después del hecho.

Al analizar el odio racial o religioso y el que mata por placer o codicia es evidente que se trata de términos claros que no merecen mayores comentarios. Sólo conviene aclarar dos cuestiones.

Por un lado, la relacionada con las calificantes que se encuentran reguladas en la ley antidiscriminatoria. La ley antidiscriminatoria es la 23.549, que viene a reglamentar todo lo que

los pactos internacionales de derechos humanos nos imponen como país que adhirió a ellos. Me refiero al deber de evitar todo tipo de discriminación. Acá hago un llamado de atención en el sentido de advertir que, si vamos a utilizar las agravantes que establece esta ley, en el caso de un homicidio, sólo podemos tener en cuenta la que habla de la nacionalidad, porque las otras agravantes ya están previstas en el Código Penal. De tal suerte, debe evitarse la aplicación conjunta pues en ese caso se incurriría en un doble juzgamiento por una misma circunstancia que, como es sabido, resultaría contraria al derecho de defensa en juicio, al debido proceso y a cuanto establece el artículo 8 del Pacto San José de Costa Rica.

Por otro lado, cuando el artículo 80 habla del concurso de dos o más personas, tampoco se advierte conflicto en la aplicación de la agravante. Es claro que, como mínimo, se requiere de dos personas que premeditadamente concurren a causar la muerte.

Cuando se refiere al supuesto en que se comete un homicidio por un medio idóneo para crear un peligro común, el Código Penal reprime y califica al homicidio causado utilizando como medio un delito de aquellos que están establecidos en el título de delitos contra la seguridad común. Es decir que este supuesto se trata de un concurso ideal, aplicándose la calificante del homicidio porque se utilizó este delito como medio.

En el homicidio que se llama *crimínis causa* nos enfrentamos al caso del homicidio que se comete para ocultar otro delito, con motivo de otro delito o para garantizar la impunidad del autor o de otra persona. Es aquella acción que se relaciona con otro delito previo, dejando a salvo siempre que la finalidad del autor tiene que estar encaminada a causar la muerte. Por eso, es usual que se distinga del homicidio en ocasión de robo, donde la finalidad del autor estaba dirigida al robo.

Más adelante, el texto del Código Penal prevé la emoción violenta como atenuante de cualquier figura del homicidio. En la emoción violenta no hace falta una alteración psíquica, ni una patología particular en la personalidad del autor, sino que se hace referencia a un estado que puede padecer cualquier persona en una circunstancia en particular. Por ello, el juez lo que debe hacer es evaluar si en esa circunstancia cualquier persona hubiese obrado de la misma forma, es decir, movido por este impulso que genera la emoción violenta. Los psiquiatras dicen que quien está bajo los efectos de la emoción violenta tiene disminuidos sus frenos inhibitorios. En ello radica la diferencia con cualquier causa de inimputabilidad por patologías psiquiátricas.

En la inimputabilidad, estos frenos inhibitorios no existen. En la emoción violenta, en cambio, los frenos inhibitorios solamente están disminuidos, motivo por el que se mantiene la capacidad de culpabilidad, pese a lo cuál el legislador seleccionó para esa acción una pena disminuida. La relevancia de la emoción violenta es importante, porque el delito de homicidio se vuelve excarcelable en este supuesto debido a que el mínimo de la pena se reduce a tres años, con lo cual una persona acusada de homicidio con este atenuante puede, de verificarse las pautas del artículo 26 del Código Penal, estar en libertad durante el proceso y aún después de la condena.

Avanzando con el análisis de este título de la ley penal sustantiva, nos enfrentamos a los problemas que genera el análisis del delito de aborto. Ya he hecho referencia a que para el delito de homicidio la vida comienza, o mejor dicho la vida está protegida, desde el momento en que comienzan los actos que tienen que ver con el parto. Sin embargo, el Código Civil y nuestra Constitución dicen que se considera que hay vida desde la concepción. ¿Qué pasa, entonces, con la muerte del feto provocada dolosamente por una persona durante el embarazo? Se tipifica el delito de aborto.

El problema está en definir desde cuándo se contempla esta protección. ¿Desde la fecundación misma o desde que ese óvulo fecundado por el espermatozoide anidó en el útero de la madre? ¿Desde que terminó su paso por las Trompas de Falopio y se quedó adherido a una de las paredes del útero? Parece una diferencia mínima, ya que esto es cuestión de días. Aparte es muy difícil probar esa diferencia pues, en muchos casos, en esa etapa la mujer ni siquiera sabe que está embarazada.

No obstante ello, la diferencia es importante, por ejemplo, en el caso de una fecundación *in vitro*. ¿Qué sucede con una persona que genera la fecundación de siete óvulos y deliberadamente deja sin efecto el proceso evolutivo de cinco e implanta en el útero de la madre sólo dos? Este supuesto, si consideramos que el delito de aborto protege la vida del feto desde la concepción misma, se tipificaría como aborto. Por ello, generalmente, la doctrina sostiene que estas acciones están impunes, por lo menos en los términos del delito de aborto, porque se entiende que la protección empieza desde lo que se llama anidación.

Huelga aclarar que para que el delito de aborto se tipifique tiene que haber un embarazo, el feto debe estar vivo y ello debe probarse. Esto es fácilmente comprobable por medio de una ecografía que determina cuando un embarazo se encuentra en curso y cuando no. La muerte debe provocarse por medios abortivos.

La madre es punible únicamente cuando consiente el aborto provocado por otro o cuando genera su propio aborto. No es punible la tentativa del aborto propio. Si bien la redacción del artículo 88 no es clara, no existen demasiadas discusiones en este punto. Lo importante es que dentro del aborto se hace una diferencia entre el aborto con y sin el consentimiento de la madre y algunos, entre los que me incluyo, consideran que se suma un bien jurídico protegido: la libertad de la madre. No sólo se protege la vida del feto sino que también, en el caso de falta de consentimiento de la madre -cuando el aborto es provocado sin que la madre acepte la utilización de ese medio para terminar con la vida del feto-, hay otro bien jurídico protegido que es su libertad de decisión, y que también se estaría vulnerando. De ello, deduzco dos cosas que se desprenden de la graduación de la pena: la figura básica es el aborto con consentimiento y la agravada es la del aborto sin consentimiento.

En el caso del aborto terapéutico se da un conflicto entre la vida del feto y un peligro para la madre, que no hace falta que sea de muerte sino simplemente un peligro para su salud. Quienes están más o menos familiarizados con la dogmática penal pueden advertir que este conflicto se denomina estado de necesidad. Lo puntual de este tipo penal es que algunos requisitos del estado de necesidad, que están establecidos en la norma, resultan necesarios: la actualidad y la inminencia. Lo que importa entonces es que se dé este conflicto de intereses y en los casos del aborto terapéutico, que está permitido por el Código Penal, lo que se requiere en todos los casos es el consentimiento expreso de la madre. Caso contrario, aunque el peligro exista, vamos a hablar de la figura de aborto sin consentimiento.

En el aborto eugenésico, que es el aborto que se verifica en mujeres con retrasos mentales que han sido violadas, hay una tendencia grande en la doctrina a descartar esta figura, pues tiene su origen en ideas muy antiguas y racistas que tienen que ver con el mejoramiento de la raza, motivo por el que hay importantes corrientes que tienden a penalizar este tipo de conductas.

¿Qué pasa con la mujer sana mentalmente que fue violada? A todos quizás nos corre un escalofrío al pensar que en ese supuesto, a su dolor por la agresión, se le suma la aplicación de una pena porque no quiso tener ese bebé. Sucede que estemos o no de acuerdo con el aborto (se trata de una discusión aparte y ajena a este ámbito) lo que se suele sostener en estos casos es que la mujer queda exenta de pena por lo que, en el ámbito de la teoría del delito, se denomina causa de no exigibilidad: aquellas causas en las que el derecho penal, por no exigir comportamientos heroicos, desiste de la aplicación de sanción. Ello es así, pues se advierte que en esas circunstancias a pocas personas se les puede reclamar el mantenimiento de ese embarazo. De todas formas, desde los términos de la descripción de la norma, esa conducta es punible.

Si no implica peligro para la madre, el embarazo debe continuar, salvo que se trate de un embarazo inviable. Por inviable entendemos que se trata de un feto que se sabe casi a ciencia cierta que no va a sobrevivir. Pero, si este embarazo no implica peligro, aún remoto, para la madre va a haber conducta típica. No sería aborto terapéutico.

Desde un punto de vista no jurídico podría pensarse que se trata de una situación parecida a la de la mujer violada, pensando en el trastorno psiquiátrico que podría provocarle a esa mujer seguir adelante con ese embarazo. Pero, desde el punto de vista jurídico y de la descripción del tipo, ese aborto no está permitido. No es aborto terapéutico si el feto es inviable. A eso me refiero.

Entre estos dos casos, la diferencia pasaría por esto. Se podría intentar, quizás con éxito, enarbolar un argumento parecido al de la no exigibilidad que algunos analizan en el ámbito del injusto, otros en la culpabilidad. ¿Saben por dónde pasa la diferencia? Si una mujer le pide autorización a un juez para realizarse un aborto por esta causa, el juez no se la va a dar porque esta conducta está reprimida. A eso me refiero cuando hablo de diferencia. Distinto es el caso de una mujer que presenta peligro de muerte vida si intenta continuar con su embarazo. Esto es por una cuestión de política criminal porque la norma no lo avala.

Distinto es el caso de la mujer que de todas maneras lo lleva adelante. Si ese hecho llega a conocimiento de la justicia, quizás, quede exenta de pena por alguno de estos argumentos que se intenten en su defensa, pero lo que seguro no va a pasar es que el juez le dé autorización para abortar. De hecho, a una mujer violada, el juez le niega la autorización para abortar, salvo que se

trate de una menor. Pero ello es porque ese caso está previsto. Pero si se trata de una mujer que está en pleno ejercicio de sus facultades mentales y que es mayor de edad cualquier juez de la Nación, si aplica los términos del Código Penal, le va a denegar la autorización para abortar.

Pasemos al análisis del suicidio. Lo que este caso tiene como particularidad es que lo único que se reprime es la instigación o la ayuda al suicidio. La ayuda al suicidio es lo que comúnmente, en el ámbito de los casos de enfermos terminales, se denomina eutanasia. Instigar, no sé si todos los saben, es crear el dolo de generar la intención en el otro de acabar con su vida.

El suicidio es una conducta atípica. Se cree que está dentro de lo que es el principio de reserva que establece el artículo 19 de la Constitución Nacional. Por ello, la penalización de la instigación al suicidio es un caso muy particular que viola todo lo que se denomina reglas de autoría y participación. Es porque se trata de un supuesto en el que uno participa en un hecho ajeno que es atípico. El autor, quien acaba con su vida, no es punible aunque sea en forma tentada. Si se trata de un suicidio tentado y el autor sobrevive no es punible, pero sí lo es quien ayudó o quien instigó ese suicidio. Por ello, se trata de un caso que infringe las reglas de accesoriadad aplicables en la participación.

En el ámbito del delito de lesiones lo que se protege o lo que se pretende proteger es la integridad física.

Por integridad física tenemos en cuenta no sólo lo que es el cuerpo en sentido físico sino el concepto de salud y, más precisamente, el concepto de salud que nos da la Organización Mundial de la Salud que habla de la integridad en lo que tiene que ver con el cuerpo: lo físico y también lo psíquico. Por esa razón va a resultar que, si bien hay muy pocos casos en la jurisprudencia porque se trata de hechos de prueba casi imposible, resulta que podrá haber delito de lesiones cuando el daño sólo sea psíquico. Si sólo se provoca daño psíquico, esa lesión puede ser típica.

Lo importante es siempre que esta lesión implique, aunque sea mínimamente, una secuela. Esto plantea algunos interrogantes como, por ejemplo, qué pasa con el consentimiento de la víctima en la producción de esa lesión. Algunos doctrinarios, como ZAFFARONI, al desarrollar el ámbito de la tipicidad conglobante, sostienen que es una causa de atipicidad: no habrá conformación típica, no se dará el delito, cuando haya consentimiento expreso de la víctima. Otros, en cambio, sobre todo cuando el consentimiento es tácito, lo evalúan como una causa de justificación, un permiso para concretar la conducta atípica.

La solución siempre es la misma porque se excluye la punibilidad. Pero el consentimiento es una cuestión que debe tenerse en cuenta en el delito de lesiones. Hay dos casos puntuales. El primero, el tema de los cambios de sexo. Si bien se trata de una lesión desde el punto de vista de los artículos del Código Penal, está habilitado por la ley cuando hay una autorización judicial debido a que implique un riesgo en la salud. Ello se da en casos muy raros en los que el sexo no está determinado. Podría ser que la persona no tuviera testículos ni una vagina porque no se han terminado de formar y entonces se autoriza judicialmente la modificación del aparato reproductor externo. Nunca el interno.

En los casos de cambio de sexo, la doctrina lo que dice es que se necesita autorización judicial porque hay otra ley, la de ejercicio de la medicina, que prohíbe las operaciones de ese tipo. En este caso, hay otra norma que establece claramente que esas conductas están prohibidas aún en el caso de ser consentidas. Lo que se quiere evitar es que un médico tenga en la sala de operaciones a una mujer o a un hombre y quiera, por caso, hacer experimentos, cuando tiene al paciente bajo los efectos de la anestesia general, provocando modificaciones en su cuerpo sin consentimiento.

El otro es el tema de la esterilización. Aquí también se considera que hay lesión, pero están autorizadas si hay una indicación terapéutica de médicos especialistas y si, aparte, están expresamente consentidas por la víctima, el sujeto pasivo.

En el caso de las lesiones deportivas, por un concepto que se denomina adecuación social que incorporó a la dogmática WELSEL, suelen considerarse que están excluidas del delito de lesiones, siempre y cuando teniendo en cuenta las reglas de cada disciplina, se trate de conductas que están adecuadas socialmente. Es así porque son parte del riesgo de la actividad, el riesgo permitido de esa actividad.

Otro problema es ¿qué pasa con las lesiones levísimas? ¿Qué pasa con un simple magullón en una mejilla o con el enrojecimiento que un cachetazo provoca en una mejilla? Desde la descripción que hace el artículo 89 del Código Penal esto es una lesión. Lo que sucede es que pareciera que el derecho penal no debiera ocuparse de esas cuestiones: se sostiene que el derecho penal es la última ratio del orden jurídico y que sólo tiene que entrar a considerar las cuestiones que afectan seriamente el orden jurídico. Por ello, pareciera que esta rubefacción, así se llama técnicamente, no lo es.

Las salidas que brinda la doctrina para no reprimir estas conductas son dos, ambas basadas en la insignificancia, concepto que entre nosotros incorporó ZAFFARONI: por un lado, se encuentran quienes consideran que las afectaciones al bien jurídico que son insignificantes no entran dentro del ámbito de protección de la norma y, por otro, quienes no entienden que la insignificancia sea procedente porque dicen afectación hay, aunque sea mínima, y por lo tanto el derecho penal tiene que entrar a jugar, excluyendo la punibilidad por el lado de la inconstitucionalidad de esa pena, porque no sería razonable desde el punto de vista del artículo 28 de la Constitución Nacional.

Uno u otro argumento puede ser utilizado en defensa de cualquiera de sus autores. La elección pasará por la posición que asuma el juez frente al concepto de insignificancia y su rol en la teoría del delito.

En el tema de las lesiones graves o gravísimas, lo que suele pensar todo el mundo es: lesión grave, aquella que implica más de treinta días de incapacidad para el trabajo; lesión gravísima, incapacidad permanente. Sin embargo, no se trata sólo de esos casos. Hay varios otros que establece la propia norma. Sucede que en la jerga de todos los días creemos que la diferencia apuntada es la que distingue entre la lesión grave y la lesión gravísima o la diferencia de la lesión leve.

Concretamente, el Código Penal establece que las lesiones graves implican debilitación permanente en la salud, en un sentido, en un órgano, dificultad permanente de la palabra, peligro real para la vida de la víctima. Puede ser una lesión grave la incapacidad para el trabajo por más de un mes o una deformación permanente en el rostro.

Y la lesión gravísima, aparte de la inutilidad para el trabajo o la incapacidad total, se refiere a una enfermedad mental o corporal irreversible que no tiene cura: la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

Cuando hablamos de capacidad de engendrar o concebir no estoy hablando de impotencia sexual. Lo que se protege es la pérdida de la posibilidad de concebir. Y con ello aparece un interrogante de la mano de un caso práctico: ¿qué pasa si en el dictamen policial de esa causa se dice que la enfermedad es incurable y el autor es condenado por ello, pese a lo cual, luego de unos años, se encuentra una cura para la enfermedad de la víctima?

Indudablemente este es uno de los casos en que sería válido un recurso de revisión, en la Capital Federal ante la Cámara de Casación Penal, porque existe una nueva prueba que demuestra que la figura legal que le fue impuesta a esa persona no es la que corresponde. Sería un caso muy claro que habilitaría un recurso de revisión de la condena.

Después tenemos que considerar lo que es el homicidio y las lesiones en riña. El homicidio y las lesiones en riña tienen una particularidad. En ellos no hay autor determinado. Lo que nuestro Código Penal reprime es la situación que se da cuando en una riña se pierde el control, estamos hablando siempre de dos o tres personas. Una riña habla de una confusión, no se sabe quién generó la lesión o quién generó el homicidio y se imputa a todos los que participaron en ella con ese resultado.

La pregunta es ¿hasta donde es constitucional esta imputación? Para que haya principio de ejecución, para que entremos en el terreno de lo ilícito, tiene que existir la riña que provoca lesiones u homicidio. La riña en sí no es lo que se prohíbe, pero yo me pregunto: si nuestra Constitución habla del principio de culpabilidad, si nuestra Constitución y el Código Procesal dicen que la duda juega a favor del imputado, ¿cómo se sostienen constitucionalmente las condenas en estos términos donde no se sabe qué hizo cada uno o no se sabe quién es el autor? Las objeciones constitucionales son serias. Los españoles, en la última reforma del Código Penal en el año 1995, solucionaron este problema estableciendo que lo que era punible era la riña, no la lesión o el

homicidio. Esto parece más seguro y más cierto porque sí es posible probar que "fulano" participó en esa reyerta.

Acá hay un agravante que está establecido en la Ley de Espectáculos Deportivos. Se da en cualquier delito cometido, la norma se refiere a muchos, en ocasión de una riña. En este caso, la objeción es la misma.

En el tema del agravante del odio racial, me olvidé de comentarles que nuestro actual Vicepresidente, Daniel SCIOLI, que en su momento fue Diputado Nacional y que se dedicó bastante a la problemática del deporte, pretendía modificar el artículo 80 del Código Penal, agregando el odio deportivo al agravante del odio racial o religioso. Pretendía que se pudiera reprimir con reclusión perpetua al hincha de River que mata al hincha de Boca por el sólo hecho que ser de Boca.

El legislador a la hora de sancionar el Código Penal eligió estos delitos como los más importantes, como los que le genera mayor necesidad de protección. Las penas nos indican esa conclusión. Lo curioso es que hay un capítulo en particular dentro de este título que se dedica al duelo.

El Código Penal fue objeto de muchas reformas, de hecho los delitos de duelo fueron reformados por leyes bastantes recientes, por ejemplo la 24.286. Estamos hablando de una ley que debe ser del año 1997, una reforma bastante reciente. Pese a ello se han mantenido como delitos pese a que no hay condenas, ni hay casos. Por ello, entiendo que, desde el punto de vista de la política criminal, la punibilidad de estos delitos es un fracaso absoluto.

Pero por qué se reprime el duelo, que es lo que a mi me interesa que entiendan. Supuestamente atrás de la represión del duelo, aparte de protegerse la integridad personal y la vida humana de los combatientes, lo que se protege es la administración de justicia. ¿Por qué? Porque, detrás de todo duelo, lo que se supone es una causa de honor: dos combatientes se batan a duelo porque consideran afectado, por parte de uno o recíprocamente, su honor y pretenden resolverlo o protegerlo mediante esta acción. Entonces, lo que el derecho no quiere es esta especie de privatización de los conflictos. Para resolverlos está la justicia. Si hay una afectación al honor, hay delitos que lo protegen y hay todo un sistema procesal creado, por lo general son delitos de acción privada, para reprimir este tipo de conductas.

Lo que a mi me parece una contradicción es que si el derecho quiere evitar justamente la privatización de este conflicto, indirectamente, la habilite con la previsión de estos delitos penales. ¿Por qué digo que la habilite? Porque lo que se reprime en el delito de duelo es el homicidio, la lesión en la ocasión del duelo o algunas cuestiones que tienen que ver con la alevosía y que ahora, sintéticamente, les voy a comentar.

Si el Código Penal o el legislador penal pretenden evitar la privatización de este conflicto y esta burla a la justicia o desprecio por el sistema judicial ¿por qué tratar con una pena más benévola a los duelos -de hecho todos los delitos de duelo tienen una pena más benévola- que a los casos de delitos de homicidio o de lesiones? Entiendo que sería más razonable que los penalicemos como si fuera un delito común calificado por la agravante que corresponda y entonces ahí sí cargarle al autor no sólo el haber cometido ese delito sino el hecho de no respetar lo que es el estado del derecho que significa someter el conflicto a decisión de la justicia. Hasta, incluso, quien quisiera ampliar el ámbito de punibilidad podría pensar que se trata de un agravante por este desprecio a la justicia.

Lo curioso es que siguiendo la línea que propongo y en forma contradictoria con el supuesto espíritu de la ley en este capítulo, sobre todo el artículo 98, se establece una remisión directa a las normas del homicidio y las lesiones, a la descripción del homicidio y las lesiones, con lo cual queda expuesto que la previsión de este tipo de delitos no tiene demasiado sentido, ni desde lo jurídico, ni desde lo práctico, porque de hecho no ha habido causas judiciales por este tipo de delitos.

Lo que se diferencia es el duelo regular del irregular. El duelo regular en el artículo 97 y el irregular en el artículo 98. Un duelo va a ser regular cuando tenga dos padrinos mayores de edad que supuestamente son como árbitros y que van a establecer reglas que los combatientes no tienen que burlar para garantizar la seriedad de este duelo. Nuevamente me llamo a la reflexión: si encima le damos menos pena a quien participa de un duelo regular por existir este mediador,

estos dos mediadores que son los padrinos, ¿no está avalando el derecho este tipo de conductas? Me parece que el mensaje del orden jurídico, en este aspecto, es bastante contradictorio.

Lo curioso es que los padrinos no son punibles y participan en un hecho delictivo. Las normas de la autoría y la participación acá se ven violadas nuevamente. El duelo irregular se da cuando no hay padrinos y no hay reglas. Los padrinos sólo son punibles cuando traicionan a alguno de los contrincantes, realizando alguna conducta que haga que uno de los combatientes esté en inferioridad de condiciones. O son punibles cuando el duelo se realiza con el objetivo de la muerte de alguno de los dos y los combatientes lo saben: si se establece que fulanito se va a batir a duelo con manganito y el objetivo es que el duelo termina cuando uno de los dos se muere. En ese caso los padrinos son punibles. En cambio, si sólo se provoca lesión, no.

Quizás me equivoco, les repito esto es una opinión personal, pero creo que, sobre todo habiendo tantas conductas que no tienen punibilidad, tantos delitos de importancia que tienen serias lagunas legislativas, que estos delitos sigan apareciendo en el Código y encima con este tipo de mensajes contradictorios es una muestra mas de que porque el sistema penal en la Argentina está en franca crisis.

Luego de la previsión del duelo, el Código Penal, en la parte de los delitos contra las personas, legisla el abuso de armas y los abandonos de personas. El abuso de armas se encuentra regulado en dos artículos, el 104 y el 105, que no presentan demasiados problemas. Lo destacable es que el abuso de armas en el artículo 104 prevé dos conductas distintas: una es el disparo del arma de fuego y otra es la agresión con arma de fuego.

Las características puntuales de ambas deben ser destacadas. Primero, se trata de delitos de mera actividad. Por ello, no resulta posible la tentativa porque el hecho es blandir el arma nada más. Segundo, son delitos de peligro porque, esto es muy importante, si se genera lesión, incluso la muerte, ya no hablamos de disparo de arma de fuego o de agresión con arma de fuego no hablamos de abuso ya que vamos a hablar de otro tipo penal.

En el disparo de arma de fuego lo que se necesita es que el proyectil salga del arma, ahí ya vamos a hablar de consumación y se necesita que se dirija a una persona determinada. El disparo al aire no es abuso de armas. Lo que no se exige es puntería, sino simplemente que el autor dirija el arma contra otro ser humano, obviamente, sin producir lesiones. Y, en este sentido, en el disparo de arma lo que se requiere es un arma conforme las pautas de la Ley de Armas 20.429.

En cambio, en la agresión con arma de fuego no se requiere un arma como la que describe esta ley sino cualquier elemento que pueda hacer las veces de arma. En este tipo penal se entiende que el arma se utiliza como objeto contundente para agredir y se da en los casos en que se trata de agredir pero se causa una lesión leve, ya que si la lesión es grave o se produce un homicidio vamos a hablar de otro delito.

Acá puede entrar a jugar la cuestión del arma impropia que se suele discutir en el delito de robo con arma. El arma en sentido propio es la que fue creada para ser usada como tal y la impropia es cualquier objeto que se utiliza en el caso como arma. El auge de los delitos de violencia en la Argentina y el tratar de reprimir con mayor fuerza a quienes los cometen ha impuesto casos con conclusiones bastante extremas. Hace poco tiempo se ha dictado un fallo en el que se consideró que se constituía el agravante del uso de arma en el robo por la utilización de una bufanda que sirvió para intentar ahorcar al conductor de un taxi. Les repito, el disparo de arma de fuego para ser típico requiere no sólo que se haya hecho la percusión del arma sino que el proyectil haya salido. Si por alguna cuestión, la que sea, el proyectil no sale no habrá delito.

El último capítulo de los delitos contra las personas es el que se refiere al abandono de persona, los delitos de los artículos 106, 107 y 108 del Código Penal. El artículo 108 es estudiado, en cualquier curso básico que sea de derecho penal general, como el clásico ejemplo de delito omisivo. Se trata del delito de omisión de auxilio.

En todos estos casos tiene que haber un peligro concreto para la víctima, no hace falta que haya lesión, no hace falta que haya muerte, de hecho la lesión o la muerte agravan las penas, lo que sí se requiere es un estado de peligro cierto. En la omisión de auxilio lo que el derecho pretende de la persona es que quien encuentre un ser humano en esas condiciones, primero, intente darle auxilio y, en caso de no poder hacerlo, le avise a la autoridad de que se trate para que le brinde ese auxilio.

Claro está que este auxilio no tiene que importar riesgo personal para el autor, porque entonces no le es exigible. Si encontramos una persona que quiere tirarse o está a punto de caerse de un edificio, si para salvarlo tengo que ponerme en las mismas condiciones de esa persona, indudablemente, el derecho no va a pretender esa acción de mi parte. Probablemente, y de acuerdo a las circunstancias, si tengo un teléfono cerca quizá se reprima que yo no haya llamado a la autoridad, a los bomberos, a una ambulancia o a quien sea, para que sí le presten ese auxilio. Huelga aclarar que cualquier fuerza de seguridad no puede invocar este riesgo propio, porque de hecho su función implica la autopuesta en peligro.

Las acciones del artículo 106, por el contrario, pueden darse por comisión o por omisión: existe delito en la exposición a una situación de peligro o el abandono de una persona que está en peligro. Si hablamos de exposición al peligro, sostenemos que el autor desplaza a la víctima y la pone frente a este peligro. Si hablamos de abandono, la víctima ya está en peligro y el que se desplaza es el autor, se corre para no prestarle el socorro.

Acá entra a jugar un concepto que quizás alguna vez escucharon: la posición de garante que justifica, dogmáticamente, que ciertas omisiones se asimilen a las acciones. Para el derecho penal es lo mismo no actuar que actuar. Es aquello que se denomina omisión impropia.

La posición de garante es la especial situación del autor frente a la víctima que le genera un deber de protegerla. Es el caso de los padres con los hijos, el caso de los cónyuges entre sí. Estos son casos generados por la ley. El caso de la aceptación libre de ciertos riesgos: los bomberos, los policías, los médicos. Y a ello se suma el caso de la injerencia: una situación en la que el propio autor colocó a la víctima en la situación de peligro. Ejemplo de ello se da en el caso de quien atropella a una persona en la calle porque la pone en una situación de riesgo. Por ello, tiene un deber, tiene posición de garantía respecto de esa persona porque él mismo la colocó en esa situación de riesgo, aunque no se conozcan y no se hayan visto jamás.

El artículo 106, el abandono de persona, puede verse agravado si hubo lesión o muerte como consecuencia de ese abandono. En estas circunstancias el tipo penal ya no es de peligro sino de lesión. En el artículo 107 lo que se prevé son agravantes pero en razón del vínculo. Son las mismas que establece el artículo 80, inciso 1: ascendientes, descendientes o cónyuges.

En la posición de garantía puede darse el caso del doble juzgamiento de una misma circunstancia. La posición de garantía sí, es verdad, puede surgir si una persona con la que tengo parentesco está en una situación de desamparo. En ese caso, yo tengo una obligación mayor que cualquier persona que pasa por la calle de auxiliarlo. Eso es posición de garantía.

El artículo 107 dice que, si aparte es el hijo, la amenaza de pena va a ser más grave. Podría haber un doble juzgamiento, lo que pasa es que la posición de garantía impuesta por la ley se da en un montón de vínculos que no se relacionan con el ascendiente, el descendiente o el cónyuge. Se da en el caso de un hermano. Se tiene una posición de garantía frente al hermano, incluso hasta con un

La posición de garantía es válida cuando se omite. Cuando se actúa es irrelevante porque la posición de garantía lo que hace es, precisamente, asimilar el no actuar al actuar. Si, en cambio, el abandono se produce por una acción, ahí ya no entra a jugar. Si el juez en la sentencia dijo "fulano tenía posición de garante contra mengano, porque era el marido" y aparte le agravó la pena porque justamente era el marido, como lo dice el artículo 107, sería muy válido el planteo de un doble juzgamiento.

NOTAS:

(1) Versión corregida por la autora de su exposición en el "Quinto Curso de Iniciación en Materia Penal y Procesal Penal", que se desarrolló el 19 de mayo de 2003 en el Salón de Conferencias del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

(2) Abogada, Universidad de Buenos Aires. Ha realizado el Postgrado de Especialización en Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad de la Policía Federal Argentina en las materias "Derecho Penal" y "Criminología". Ha publicado diversos artículos, en particular sobre delitos, en distintas revistas de doctrina penal.

