

# **Abastos Manuel G.**

Derecho Penal, Parte Especial

*El profesor Manuel G. Abastos, durante los años en que enseñó derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, redactó notas destinadas al dictado de clases. Por su exigencia y seriedad, así como por sus múltiples ocupaciones, no logró establecer un texto definitivo. A pesar de estar basadas en el Código de 1924 y en concepciones teóricas alejadas a las que predominan en la actualidad, sus análisis y comentarios tienen un valor no sólo histórico. Por esto, consideramos indispensable comenzar su difusión, lamentando que no haya sido posible editar dichas notas en forma de libro. Además, del problema económico, hacerlo suponía completarlas y actualizarlas con informaciones. De esta manera, no se hubiera podido presentar de manera directa el pensamiento del autor.*

*A esta primera parte, seguirán otras referentes a otras secciones de la parte especial del Código Penal de 1924 y, así, los pocos, pero valiosos, artículos que publicó el profesor Abastos. Nuestro agradecimiento a sus herederos por habernos confiado los textos de las notas mecanografiadas.*

José Hurtado Pozo

## **I. Introducción**

La necesaria prolijidad con que aparecen dibujadas en algunos códigos modernos las figuras del delito, hace que éstas abarquen considerable extensión de los respectivos textos. Así el Código español les dedica 478 artículos y el italiano 408. En cambio, el Código Peruano las comprende en sólo 232 artículos, cifra inferior aún a la del código derogado, que les dedicaba 272.

La técnica configurativa de los delitos alcanza su máxima expresión en el Código Italiano, que debajo del número de orden de cada artículo, pone a modo de título el nombre genérico del delito que en él se define. A esta cualidad de forma se añade la luminosa nitidez y justa comprensión de cada figura.

## **II. Las figuras del delito en el Código Peruano. Comparación con el Proyecto Suizo de 1918- Comparación con el Código derogado- Comparación con los Códigos modernos.**

Las figuras del delito en el Código Peruano adolecen, en algunos casos, de una excesiva sobriedad en las definiciones y enumeraciones que dificultan la exacta calificación de cada delito y la justa aplicación de la pena. Nuestro codificador ha debido ser menos parco en definir y dar cabida a un mayor número de figuras, consideradas en su modelo, el Proyecto Suizo de 1918, ya que la vida moderna ofrece cada día nuevos tipos de delincuencia, aún en pueblos en formación como el Perú. Además, creo que el código ha debido adoptar el útil sistema seguido tanto por el Proyecto suizo como por el código italiano, de titular, en forma individual, cada delito, facilitando de esta manera el acceso al texto legal pertinente a cada figura. De acuerdo con este sistema, en el capítulo de los delitos contra la vida, del proyecto suizo, y al frente de las respectivas figuras delictivas encontramos los nombres "asesinato", "homicidio por pasión" e "infanticidio", que nuestro código no emplea, sin duda por que deja al comentador y al intérprete la tarea de dar su nombre a cada figura, de acuerdo con la doctrina establecida.

Considero un error que, en punto tan importante como el de los delitos contra el patrimonio, nuestro código se haya apartado de la metódica pauta del proyecto suizo. Este apartamiento explica el confusiónismo de nuestra ley en el título de las "estafas y otras defraudaciones"; la no adopción de figuras tan interesantes como las que el proyecto llama "delitos contra los derechos inmateriales"; y la omisión en el título de los delitos en la quiebra y en las deudas, de importantes términos de calificación en que es abundante y prolijo el proyecto.

Lo propio cabe decir de los delitos contra la libertad y el honor sexual y de los delitos de falsificación de moneda y falsedad de títulos, mucho más precisos y completos en el proyecto suizo que en nuestra ley.

La conclusión a que nos lleva esta comparación en globo de los dos textos, es que nuestro código no ha tomado todo lo bueno del proyecto suizo, introduciendo confusión allí donde éste era lógico y metódico, y alterando y oscureciendo sin motivo definiciones dotadas de claridad y comprensión. Desde luego, el modelo era tan bueno que, a pesar de estos lunares, nuestro código es uno de los textos penales modernos más novedosos.

Si comparamos ahora el código vigente con el derogado, las ventajas del primero, en lo que respecta a la parte especial, resaltan sin esfuerzo. Y estas ventajas son : mayor perfección en las definiciones, diversidad en la enumeración e incorporación de nuevas figuras penales. Por lo pronto, desaparecen esos delitos contra la religión que el Código viejo, fiel a su doctrina y a su tiempo, ostentaba en primer término, y que el código nuevo reduce a la categoría de ataques a la libertad de creencia, o más propiamente a la de los delitos contra la tolerancia de cultos. Así también el delito de adulterio, que el primero consideraba como un delito.

Frente a los más avanzados códigos modernos y considerado el conjunto de sus figuras, la parte especial del nuestro es inferior, en mi concepto, a la del italiano y a la del argentino. Faltan en el código peruano los delitos contra la libertad de prensa y los delitos contra la libertad de trabajo, que el argentino incluye. El rapto de mujeres, que el código peruano comprende entre los delitos contra la libertad, el código argentino lo ubica, con buen sentido, entre los delitos contra la honestidad, ya que el rapto tiene una finalidad eminentemente sexual. Nuestro código asigna un título especial a la riña, en vez de perfilar las figuras "homicidio en riña" y "lesiones en riña" que usa el código argentino, ya que la riña, por sí misma, no es un delito sino una falta contra el orden público, y lo que en ella puede haber de punible son las consecuencias.

Por lo que hace el código italiano, el nuestro no iguala la riqueza de términos de éste en la configuración de los delitos contra el patrimonio, contra la economía pública, contra la integridad y salud de la estirpe, contra la familia y la moral familiar. El nuestro no ha incorporado delitos que ya figuran en el italiano como el delito de sabotaje y el delito de contagio venéreo.

Los contra la administración de justicia; 18. Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales.

Si se comparan las sistemáticas del Código y del proyecto suizo, se advierten algunas diferencias. La parte especial de nuestro código reúne los delitos en quince secciones, y el proyecto suizo en dieciocho capítulos. Mientras que éste coloca en capítulos diferentes los delitos contra las comunicaciones y los delitos contra la salud pública, aquel los ubica en la sección de los delitos contra la seguridad pública. Lo propio ocurre con los delitos de falsificación de moneda, sellos, timbres y marcas, y con los delitos de falsificación de documentos, que nuestro código reúne bajo la denominación única de delitos contra la fe pública, en tanto que el proyecto suizo los coloca en capítulos distintos. Además, en nuestro código estos delitos se hallan dentro del grupo de delitos contra el Estado, en tanto que, con mejor inspiración, el proyecto suizo los coloca entre los delitos contra la sociedad, ya que las infracciones contra la moneda y los documentos en general afectan directamente al interés económico o moral de la colectividad y sólo indirectamente al órgano jurídico del Estado. Nuestro código ubica los delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado en la sección de los delitos contra el Estado y la defensa nacional; en cambio, el proyecto suizo las contiene en un capítulo singular bajo la denominación de delitos contra los Estados extranjeros.

Pero la diferencia más importante es la que acusan las figuras mismas del delito, pues no siempre recoge nuestro código la nitidez y pulcritud con que ellas aparecen en su modelo, el proyecto suizo.

### **III. La configuración objetiva de los delitos la técnica jurídica**

El delito, en cuanto violación de un interés o derecho legalmente protegido, tiene una forma externa objetiva, mejor dicho una "figura" por medio de la cual se le identifica y distingue. Así, por ejemplo, el acto de matar una persona a otra, que es una forma particular de hecho prohibido, perfila una figura delictiva especial, la figura "homicidio", distinta de la figura "lesiones", daño o menoscabo que sufren la vida o la

salud de las personas. Igualmente, el apoderamiento de lo ajeno por medio de la violencia en la persona o en las cosas determina la figura "robo", distinta de la figura "hurto",<sup>1</sup>.

Dos tendencias ofrece la legislación positiva en cuanto a la configuración de los delitos : unas veces el precepto legal precisa la figura por medio de una definición detallada del acto antijurídico y sus variantes; otras, el texto que acuña la figura, es sobrio y conciso.<sup>2</sup>

Por cierto que las definiciones netas y exactas, que comprenden todas las modalidades posibles de un mismo tipo de delito, son las mejores. Importa mucho que la ley penal deslinde con claridad lo lícito de lo ilícito, finalidad a la que responde la definición específica de cada delito. Las definiciones generales, que conspiran contra la precisión de la ley y la fijeza de su interpretación, y originan dudas, deben rechazarse en nombre de la técnica jurídica y de las garantías individuales.

#### IV. Estructuración de los delitos.

a). Cada día se acentúa más la tendencia contemporánea a borrar todo casuismo de la parte especial de los Códigos. Se trata de desterrar las circunstancias especiales que aumentan o disminuyen la pena dentro de cada delito, para fijar éste en una norma genérica acompañada a lo sumo de los casos más raros y relevantes; a guisa de ejemplos. De esta manera quedarían eliminados los diversos matices y modalidades que en reglas prolijas abultan el articulado de la ley. Algunos códigos modernos son en efecto, una muestra de la limpieza, concisión y brevedad, porque no necesitan reglas extensas, por lo mismo que conceden a los jueces un amplio margen de libertad en la aplicación de la pena.

Un ejemplo de código casuístico lo tenemos en el código francés. Un ejemplo de código breve, sintético lo tenemos en el código italiano.

b). Este afán de síntesis ha llevado a algunos penalistas a postular la supresión de la parte especial, fundándose en que una vez adoptada la fórmula del estado peligroso, (y, sobre todo, la peligrosidad predelictual) pueden muy bien disolverse las figuras de los delitos, ya que la persona del delincuente prevalece sobre el hecho delictuoso. Los sostenedores de esta tesis dicen, que como el delito tiene sólo un valor sintomático, la elaboración de un código, sin delito ni dosimetría penal, se acomoda mejor al principio de la peligrosidad.

Esto es ir demasiado lejos. La tendencia anticasuista se observa también en el mundo civil. Los códigos modernos tienden a ser breves, porque el legislador considera que ya no hay necesidad de que a cada juez se le repitan los corolarios de todos los principios, cuando el principio ya es suficientemente ilustrativo. La supresión de los delitos es incompatible con la evolución histórica del Derecho Penal. No hay que olvidar que el Derecho Penal se perfeccionó y alcanzó eficacia, cuando pasó del caos de la costumbre medieval, propicia a la arbitrariedad y el abuso, al estatuto escrito en que todas las posibles formas de la conducta antisocial del hombre, quedaran fijadas con su correspondiente sanción. Sería peligroso -sumamente peligroso- renunciar al principio : nulla pena nulum crimen sine lege, incorporado hasta en las Cartas políticas como una de las más importantes garantías individuales.

c). Es recomendable dar brevedad, claridad y sistema a las reglas pero sin olvidar la exacta descripción del tipo, que encierran las figuras delictivas.

El gran penalista Ferri aconseja los siguientes criterios sistemáticos en la estructuración de las figuras de los delitos:

1. Dar para cada delito únicamente la hipótesis simple o normal y la respectiva sanción;
2. Abolir toda casuística de agravantes y excusantes en los delitos, y entregar al juez el poder de valorarlas y verificarlas según las normas de mayor y menor peligrosidad; y
3. Excepcionalmente, en los casos de relevante importancia, conservar la estructuración jurídica de algunas figuras de delitos agravados o calificados por circunstancias especiales.

---

<sup>1</sup> Substracción de lo ajeno por medio de astucia y destreza, violencia sobre las cosas.

<sup>2</sup> Art. 132-133-160-165-193 C.M.

## VI. Contenido de los delitos

a). Enfrentándose a Ferri, Grisogni sostiene que lejos de ser un mero elenco de los hechos reprimibles como delitos, la parte especial de los códigos penales debe necesariamente darle al juez el valor sintomático de cada delito, junto con la medida y forma de la sanción correspondiente. Y el valor sintomático de cada delito, se establece fijando los elementos constitutivos del mismo, tanto generales como especiales, que permiten aumentar o disminuir la sanción.

Para la exacta valoración del delito como síntoma de la peligrosidad, tiene gran importancia la anatomía jurídica del delito, así como las diversas clasificaciones y distinciones del mismo. (La distinción de los delitos en clases y subclases, según el grupo de bienes jurídicos lesionados o expuestos a peligro, sirven -según Grisogni- para individualizar la *dirección* de la *peligrosidad* del agente).

Grisogni lleva más lejos todavía su tesis, pues cree que el delito hay que considerarlo no sólo en la unidad de sus elementos, sino que hay que hacer también la anatomía de los elementos singulares que, de modo más concreto, precisan la naturaleza del defecto psíquico del cual deriva el delito.

Únicamente quien desconozca el verdadero espíritu del moderno derecho criminal, basado sobre el valor sintomático del delito -agrega Grisogni- puede dudar de la importancia máxima que asume el sutil análisis del delito anatomizado y seccionado en todos sus elementos.

b). Como ven ustedes, se enfrentan aquí dos tesis diferentes : la de Ferri que postula la desaparición de la dosimetría penal en los códigos del porvenir, así como la incorporación de reglas generales, subordinando la defensa social a la personalidad del autor más que a los elementos jurídicos contenidos en la frase de un determinado artículo; y la de Grisogni que sostiene la necesidad de hacer la disección de cada delito, para así mostrarlo al juez en todos sus elementos generales y singulares, lo que supone la redacción de reglas prolijas y extensas. (tipicidad) a). ¿Cuál de estas dos tesis es la más exacta?. En principio las dos, no obstante que se excluyen. La tesis de Ferri se basa, ante todo, en el arbitrio judicial. Supone un juez capaz y perfecto, que no necesita, para cada delito, sino una regla genérica, porque su discreción y su inteligencia le permitirán encontrar en cada caso que la realidad le presente, el matiz singular, la modalidad distinta, a la cual aplicará, siguiendo el principio de individualización, la medida adecuada de la sanción pertinente.

Pero y si el juez no es perfecto. Por lo general, los jueces son inaptos o apasionados, lo que significa que aun cuando dispusieran de normas genéricas y de sanciones elásticas, estarían muy lejos de mostrar acierto en sus fallos. Es por eso, que la tesis de Grisogni, que recomienda la diferenciación legislativa de las diversas formas del delito, tiene un valor práctico evidente.

En países de justicia penal deficiente, la ley debe tener la máxima objetividad. Para ello escribió el maestro Carrara aquella exacta sentencia : "Tengo por sacrosanto la regla : cuanto más se distingue más cierta es la administración de justicia".

## VI. ¿ Cómo están estructuradas las figuras de los delitos en la parte especial de nuestro código ?. Nuestro código, que en todo, es una ley de tipo ecléctico, se acerca en unos casos a la sistemática de Ferri, y en otros a la preceptiva de Grisogni.

A propósito del homicidio, nuestro legislador ha adoptado la norma propuesta por Ferri. En efecto, después de instalar en la regla general del art. 150 la figura del homicidio tipo, ha puesto en segunda los calificativos agravantes y atenuantes de más relieve, que ningún código debe omitir. Dichas figuras agravantes son : el parricidio (art. 151) en que el homicidio se califica por razón del parentesco, y el asesinato (art. 152) en que el homicidio se califica por razón de los medios empleados, encaminados a causar mayor daño o dolor en la víctima. Las figuras atenuantes son : el homicidio por emoción violenta (art. 153 y 154) en que la atenuación se concede a mérito del factor emocional y del motivo ético, y el infanticidio (art. 155) en que la atenuación se otorga en razón de la perturbación que sufre o puede sufrir la madre bajo el influjo del estado puerperal. El título se cierra con la doble y nueva figura de la instigación y la cooperación al suicidio (art. 157).

En el caso del duelo, el legislador se acerca a la tesis de Grispigni. El art. 171 contiene la regla general, y junto a ellas dos casos singulares....(seguir comentando).

### **VII. Clasificación objetiva y subjetiva de los delitos.**

Los delitos se agrupan en la parte especial de los códigos, siguiendo una pauta de clasificación que a todos es común,, sobre todo tratándose de códigos modernos, no obstante lo cual ofrecen ciertas divergencias en su nomenclatura conforme a una doctrina.

### **VIII. Clasificación adoptada por nuestro código.**

ojo - tratar aquí de la "tipicidad" en la parte especial de nuestro código.

### **IX. Fuentes de la parte especial de nuestro Código**

## DELITOS CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD

### I.- HOMICIDIO

#### 1. - Homicidio tipo simple (art. 150).

##### A. Historia.

El homicidio fue castigado en Oriente con penas severísimas. En Grecia se le aplica la ley de Talion. en Roma, una antigua ley de Numa penaba la muerte del homo liber, es decir, del ciudadano. La muerte del siervo por su amo y la del hijo por el paterfamilia que durante muchos años no fueron homicidios punibles, perdieron este carácter de impunidad bajo Justiniano y Constantino, respectivamente. La ley Cornelia aplicó a los servios homicidas la pena capital y a los demás la privación del agua y del fuego, que luego se transformó más tarde en la deportación acompañada de la confiscación de bienes.

En España, el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas castigaron el homicidio *voluntario* con la pena de muerte imponiendo las últimas la de destierro en el caso de homicidio por *imprudencia*. La Novísima Recopilación aplicó, igualmente, al homicida la pena capital.

##### B. Concepto legal - (art. 150).-

Según el art. 150 de nuestro Código, comete el delito de homicidio simple el que mata a otro *intencionalmente*. Este precepto, reproduce la figura del art. 98 del anteproyecto suizo de 1918, da del homicidio una definición más perfecta que la contenida en el art. 230 del Código del 63, en el cual no se consideraba el elemento de la intencionalidad o voluntariedad del agente, y se decía solamente que homicida es "el que mata a otro", definición que encontramos en el art. 413 del C. español vigente.<sup>1</sup> Hay que tener en cuenta que el elemento de la voluntariedad es absolutamente indispensable para distinguir el homicidio voluntario del homicidio por imprudencia o negligencia. Sujeto activo del homicidio simple puede ser cualquiera, menos el padre, el hijo o el cónyuge. Sujeto pasivo es el hombre vivo.

##### C. Elementos que integran este delito.

Para que haya delito de homicidio, es indispensable que concurren los siguientes elementos :

1. una vida humana preexistente;
2. extinción de esa vida humana y
3. voluntad de matar.

1.- El sujeto pasivo del homicidio ha de ser un hombre vivo (o un ser tomado por el culpable como un *hombre vivo*). La muerte del feto no es, sin embargo homicidio, no sólo porque el feto es nada más que una esperanza de hombre, sino porque, jurídicamente, la muerte del feto importa un delito distinto, el delito de aborto. Habría, pues, delito de homicidio siempre que la víctima sea un ser humano vivo, ya se trate de un individuo en plena salud, o de un agonizante; ya sea la víctima un hombre privado de razón o un ser monstruoso. A este respecto diré que, en Roma, la muerte del monstruo no era punible. Esta tesis también la profesaron maestros como Pessina. Hoy, todas las vidas humanas, sin excepción se hallan igualmente protegidas por el derecho penal.

2.- El segundo elemento, es que se extinga una vida humana, o sea que se produzca un hecho de muerte. No basta poner en peligro la vida o lesionar la integridad corporal, hechos que a lo más pueden constituir un homicidio frustrado. Sin la extinción de una vida humana no hay homicidio consumado.

---

<sup>1</sup> Para que se dé la figura del homicidio simple la víctima no debe ser ninguna de las personas a que se refiere el art. 151, pues de lo contrario habría parricidio, y tampoco debe medrar en el hecho ninguna de las circunstancias calificativas enumeradas en el art. 152, porque entonces habría asesinato.

3.- El tercer elemento integrante del delito de homicidio, es la *voluntad de matar* o sea la intención de quitar la vida no a determinada persona, sino a una persona cualquiera, (*animus necandi*, que decían los romanos). Es, pues, homicida tanto el que dispara contra un hombre determinado causándole la muerte, como el que dispara sobre una muchedumbre matando a una o a varias personas.

La apreciación tanto de la intención homicida, como de los signos *externos* reveladores de la voluntad de matar, queda librada por entero a la convicción del juez, quien apreciará la culpabilidad o peligrosidad del agente conforme al art. 51.<sup>2</sup> Por regla general se toman como manifestaciones externas de la voluntad de matar : los medios empleados, según que sean armas de fuego o armas blancas: la dirección dada a los golpes : así un golpe dirigido al corazón denota más claramente voluntad homicida que el dirigido a los brazos o a las piernas, la preparación tranquila o la perpetración ocasional; las relaciones del homicida con la víctima; los deberes infringidos por el homicida; el fin que el homicida se propuso, etc..

Tratándose especialmente del empleo de armas, indican voluntad homicida : la clase de arma empleada : chaveta, cuchillo, cortaplumas, puñal, revólver, fusil, etc; la reiteración de los golpes o disparos; el disparo a corta distancia; el disparo a la cabeza o al pecho.

Por último, acreditan y revelan el propósito de matar : la existencia de resentimientos anteriores, las palabras que denoten la maligna complacencia del culpable y las amenazas que precedieron al hecho.

#### *D. La causa y la concausa en el homicidio.*

Para que exista delito es menester que entre la manifestación de voluntad y el resultado se dé una determinada relación de causalidad. Esta relación es *subjetiva o moral* si se atiende a la intención expresa o a la negligencia del agente que ejecutó el acto, y es *objetiva o material* si se atiende al resultado *causado o no impedido* por la manifestación de voluntad del agente. Esta segunda relación da base a la teoría de la causalidad material que Von Liszt expresa así : "el resultado debe ser causado por un movimiento corporal, o sea el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto". Pero con esta teoría Von Liszt explica solamente los delitos por acción, más no los delitos de omisión, pues la condición suficiente para causar un resultado encierra en sí misma la idea de fuerza matriz, y ésta no existe en las omisiones.

Esta teoría de la causalidad eficiente, que ha dado margen a una estéril disputa filosófica, queda reducida en la práctica al nexo lógico que existe entre el hecho consumado o efecto y la voluntad que lo produjo o causa. Así, en el caso del homicidio, la voluntad de A que determinó la ejecución del acto ilegítimo y dañoso, es la causa de la muerte de B, sobre quien recayó este acto. Más si A..... Pero, tanto como los actos positivos, pueden ser causa de homicidio las omisiones, ya que se puede quitar la vida a otro dejando morir de hambre al secuestrado, por ejemplo. En nuestro Código el homicidio por omisión es punible conforme a la regla del art. 81 que considera delictuosa toda omisión consciente y voluntaria.

El problema de la causa lleva implícito, en lo que se refiere al homicidio, la cuestión relativa a los medios materiales idóneos para causar la muerte. Según Inpallomeni, causa del homicidio puede ser tanto la acción humana que obra directamente sobre el cuerpo de la víctima, como la que obra indirectamente; tal sería el caso del que expone a un niño dormido al aire frío a fin de que contraiga una pulmonía. Recuerdo el caso de la novela "El intruso" de D'Anunzio.

Sobre la idoneidad de los medios materiales existe perfecta unanimidad; pero esta unanimidad cesa tratándose de los llamados *medios morales*. Algunos autores creen que el homicidio puede llevarse a cabo mediante el empleo de medios morales como una gran pena, el terror, el miedo, una viva impresión, etc. Según Groizard, es homicida el que a sabiendas de que un persona cuya muerte desea se halla gravemente enferma le comunica sin preparación alguna el repentino fallecimiento de su hijo, consiguiendo por este medio el fin deseado. Otros autores consideran que los medios morales no pueden reputarse idóneos para la comisión del homicidio, tanto por la imposibilidad de probar la intención homicida, cuanto por la dificultad de probar la relación de causalidad entre el medio moral empleado y el homicidio.

En cuanto a los móviles, -otra cuestión que se relaciona con la causalidad-, debemos decir que los móviles del homicidio tienen una enorme importancia en nuestro Código, ya que ellos deben ser apreciados por el juzgador para determinar el grado de peligrosidad del delincuente e individualizar la pena.

*Concausas.* El acto homicida -(golpe o disparo)- puede ser la causa directa e inmediata de la muerte de la víctima. Pero, a veces, dicho acto no es la causa directa e inmediata del homicidio, no es su única causa, o es una causa insuficiente para producir la muerte por sí sola, y si la produce es debido a un conjunto de concausas o contingencias independientes de la voluntad del agente. Es que en la cadena de la causalidad, como dice Alimena, se ha introducido un elemento nuevo y extraño. Por ejemplo, un hombre es herido en mitad del campo; un socorro médico inmediato le hubiera salvado la vida; pero, abandonado, se desangra y muere.

En casos como éste surge el problema de si el agente es autor del delito de homicidio o del delito de lesiones. O mejor dicho, se trata de saber si es homicida el que ejecutó un acto que, inidóneo por sí solo para causar la muerte, la produjo sin embargo, pero unido a otra u otras concausas. A este respecto las opiniones se dividen. De un lado, Carrara cree que verdadero homicida es solamente aquel que es causa directa e inmediata de la muerte, e Inpallomeni sostiene que no es autor de homicidio el que ejecuta un hecho que por sí solo no habría podido producir la muerte. De otro lado, Haltezendorff afirma que es responsable de homicidio el que ha originado una causa que con la concurrencia de otras ha producido el resultado mortal, o, lo que es lo mismo, que para ser responsable de homicidio basta haber creado una de las concausas o contingencias que lo ocasionan.

El Código vigente no recoge en ninguna de sus reglas la teoría de las concausas.

El Código de 1863, admitía en cierto modo, las causas. Así el art. 240 decía : "Para que haya homicidio, es necesario que las heridas, golpes o violencias, causen la muerte, como su efecto preciso o consecuencia natural, dentro de los sesenta días después de inferidas". Conforme a esta doctrina, si el herido moría después de los 60 días no podría reputarse al autor del hecho como homicida. Ejemplo :

En la jurisprudencia extranjera se encuentran fallos tan severos como éstos : ("la falta de asistencia facultativa es imputable al delincuente, y si se origina la muerte del herido, está bien calificado el hecho como constitutivo de homicidio"); es autor de homicidio el violador, si la muerte de la violada se debió a la gangrena originada por las lesiones producidas en los órganos genitales de la víctima; "hay homicidio aun cuando la muerte se deba principalmente al temperamento nervioso del lesionado, a la edad avanzada o al estado de extenuación de la víctima, al padecimiento crónico del sujeto, o a la predisposición orgánica del ofendido". (ejemplo del palúdico con bazo esplénico que recibe una punción, de cuyos resultados muere, y el caso del ebrio que derribado de una puñada sufre conmoción cerebral y muere).

*E. Homicidio cometido por error en la persona (error in persona) o por equivocación en el golpe (aberratio ictus) (art. 84).*

El homicidio puede ser cometido por error en la persona (error in persona) o por equivocación en el golpe (aberratio ictus). En el 1er caso, si Juan, con voluntad homicida, dispara sobre Martín, a quien ha confundido con Pedro, y lo mata, será autor de homicidio voluntario consumado, pues ha causado voluntariamente la muerte de una persona, siendo indiferente que ésta sea la que el homicida había escogido como víctima u otra distinta. El error en la persona no enerva la responsabilidad. En el 2do caso, ni Juan dispara sobre Pedro, pero la bala alcanza a Luis y le causa la muerte, el error en el golpe tampoco excluirá la responsabilidad del agente.

Nuestro Código contempla ambos casos en el art. 84, que dice : "*el delito es punible aun cuando sea distinta la persona a quien se propuso ofender*".

La misma regla atenúa la responsabilidad del culpable, aun en casos en que podría aparecer agravada. Así el que creyendo matar a un extraño matare a su padre, no podrá ser castigado con la pena que el art. 151 impone al parricida, sino con una menor, ya que para los efectos de la represión, el juez deberá tener presentes no las circunstancias agravantes que derivan de la calidad del ofendido, sino las circunstancias subjetivas en las cuales el delincuente ha deliberado y ejecutado el delito (art. 84). (El Código derogado consideraba el error en la persona en el art. 7.).

### *F. Homicidio preterintencional*

La figura del homicidio preterintencional surge cuando sin ánimo de matar el agente da un golpe o causa una lesión que producen la muerte.

Es aplicable a esta forma del homicidio la regla del art. 84 que dice que el delito es punible aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar.

Para que haya homicidio preterintencional se requiere :

- 1.- ánimo de perjudicar, no de matar;
- 2.- que la muerte no solamente no se haya querido, sino que no se haya previsto; y
- 3.- que la muerte fuese previsible.

En esta forma del homicidio hay, necesariamente, una parte imputable a intención dolosa, el golpe o la lesión inferida con ánimo de ofender, y una parte imputable a culpa o negligencia, que es la muerte originada por la lesión.

La mayor dificultad para separar el homicidio preterintencional del homicidio doloso común, estaba en la prueba de la ausencia de voluntad homicida. Para ello los juzgadores atenderán a la clase de instrumentos o armas empleadas; a la dirección dada a los golpes, a las relaciones que mediaban entre el autor y la víctima; al modo, forma y accidente del delito; a los antecedentes del sujeto delincuente; a la desproporción entre el medio empleado y el daño causado; ect, todo de acuerdo con el criterio de individualización marcado por el art. 51 de nuestro Código.

Podemos citar como ejemplo de lo que puede ser el homicidio preterintencional, el caso del que de una bofetada arroja a otra al suelo, chocando la persona del ofendido con un cuerpo duro que le produce conmoción cerebral y la muerte. (Ejemplo Callao Watson Valderrama).

### *G. Homicidio legítimo. art. 85 - inc. 2º, 3º, 4º y 5º.*

Algunos Códigos declaran especialmente justificado el homicidio en determinados casos, cuando el homicidio obedece a los preceptos de la ley, a los mandatos de la autoridad o cuando obra en legítima defensa. Nuestro Código no contiene ninguna regla expresa sobre el homicidio legítimo, pues los fundamentos que pueden servir para justificarlo se encuentran en la parte general, en las disposiciones consagradas a las causas que eliminan o atenúan la represión (art. 85). Conforme al art. 85, está exento de pena : 1º.- el que (leer).

El art. 90 convierte estas eximentes en simples atenuantes cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad. Tal atenuación se produce, por ejemplo, en el caso de exceso en la legítima defensa, o cuando existe notoria desproporción entre los medios de ataque y defensa, como si un hombre atacado a puñadas rechaza la agresión con un disparo de revolver. (El caso Chocano).

El homicidio legítimo plantea el problema de la licitud de ciertos medios empleados por los particulares para defender su vida y su propiedad. Me refiero al uso de aparatos explosivos o de mecanismos peligrosos colocados en la casa o en sus dependencias contra posibles ataques de los ladrones. Si el uso de estos medios, muy especialmente, el de la electricidad, producen una muerte ¿ será responsable quien los usó ?. Las opiniones están divididas - mi opinión -

### *H. Consumación, frustración o tentativas. Arts. 95 a 99.*

El homicidio se consume por la muerte de la víctima.

Los actos preparatorios no se castigan. Comprar un arma puede constituir un acto preparatorio del homicidio, pero no un comienzo de ejecución, y sin un principio de ejecución no hay punibilidad, -Código derogado (art. 3) -

Para la existencia de la tentativa de homicidio, se requiere además de la voluntad de matar, la ejecución de algunos actos inequívocos encaminados a este fin y puestos de manifiesto por signos exteriores como el empleo de medios idóneos, o el comienzo del acto, etc.

Para que haya delito frustrado de homicidio se requiere, como lo exige el art. 97, que el culpable haya puesto de su parte todo lo necesario para la consumación no realizada por circunstancias accidentales.

El caso de los golpes dados al cadáver (delito frustrado) art. 99 y ss.

*I. Autos y cómplices*. Arts. 100 a 104

- Autos por participación directa.
- Autos por inducción.
- Cooperación por actos necesarios (el que saca con engaño a la víctima de su casa y lo conduce al lugar en donde los criminales están emboscados, quienes lo matan).
- *Complicidad* Los que prestan asistencia. El que proporciona el arma.
- *Penalidad*. La penalidad del homicidio tipo (art. 150). Su modificación.

## **II. - Homicidios Calificados**

### **1. Parricidio (art. 151)**

Después de estudiar la figura del homicidio simple, que es el género, nos toca estudiar ahora los homicidios calificados que son las especies. El homicidio lo califican en nuestra ley circunstancias agravantes como las que determinan las clásicas figuras del *parricidio* y del *asesinato*, y circunstancias atenuantes como las que determinan la figura del *homicidio por emoción violenta* y la del parricidio y del conyugicidio por emoción violenta. Nos ocuparemos en esta lección primero del *parricidio* y después del *asesinato*.

El Parricidio está configurado en los códigos español, francés, belga, portugués y mejicano como un delito sui generis. Otros códigos como el nuestro, el italiano y el argentino, que no usan el término parricidio, lo consideran como un homicidio calificado. Y otras leyes como la holandesa y la inglesa y el reciente código suizo, no lo mencionan ni como delito especial ni como homicidio calificado. El parricidio de manera general, es el homicidio de los parientes.

Según el art. 151 de nuestra ley merece internamiento el que a *sabiendas* matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge.

Conforme a esta concepción restringida del parricidio, sólo pueden ser sujetos de delito : los abuelos y los nietos, los padres y los hijos y los cónyuges. Hay códigos que consideran también sujetos de delito a los padres y a los hijos adoptivos, y a los hermanos. Esta era la comprensión de la regla del art. 233 del código derogado.

Para la existencia del parricidio se requiere :

- 1.- que haya un homicidio;
- 2.- que la víctima sea el padre, la madre, el abuelo, la abuela, el hijo o el cónyuge del parricida;
- 3.- que el delito se cometa a *sabiendas* de que la víctima es una de estas personas y
- 4.- que haya voluntad de matar.

1.- Con respecto al primer elemento el delito se configura por la comisión de un homicidio. Y este homicidio puede cometerse tanto por actos positivos como por omisiones.

2.- En cuanto al segundo, sólo hay parricidio cuando la víctima es uno de los parientes taxativamente enumerados en el art. 151, o sea cuando - desdoblado la figura en sus modalidades menores - se comete parricidio, filicidio o conyugicidio.

3.- en la figura del parricidio la muerte de los padres e hijos adoptivos y la de los hermanos.

Algunos autores plantean la cuestión de si la muerte de los padres y los hijos ilegítimos, es o no parricidio. El código español, en su art. 411, resuelve el caso refiriéndose expresamente a los

ascendientes o descendientes legítimos e ilegítimos. Aún cuando nuestra ley no es explícita sobre el particular, la pena del art. 151 debe aplicarse, en mi concepto, tanto al que, a sabiendas, mata al ascendiente o descendiente legítimo, como al que, a sabiendas, mata al ascendiente o descendiente ilegítimo, pues en ambos casos se atenta contra el vínculo de sangre.

Otro caso que puede suscitar dudas es el del parricidio del hijo ilegítimo no reconocido por los medios que la ley establece.<sup>3</sup> Si un padre mata a un hijo de esta clase o viceversa ¿se comete parricidio?. Indudablemente sí, si el autor sabía que la víctima era su hijo o su padre.

Cabe aquí esta interrogante :

¿ El padre adoptivo es ascendiente ?-

¿ El hijo adoptivo es descendiente ?-

Si el padre adoptivo es padre, pero no ascendiente, es indudable que, conforme a la letra de nuestro código, no habrá parricidio si el hijo adoptivo mata a su padre. Pero, no es verdad que esto repugna al sentido de humanidad y de justicia ? El hijo adoptivo que, en la mayoría de los casos, suele ser el niño menesteroso a quien prohija el varón o la mujer dotada de fortuna y ansiosa de satisfacer su intento maternal, y quien recibe de ésta cariño y asistencia educativa y económica, viola, al matar a su padre o madre adoptiva, las mismas normas y los mismos deberes que violaría si existiera entre el matador y la víctima el vínculo de consanguinidad.

Según esto, ¿ qué interpretación debe darse, a esto respecto, al art. 151 ?.

En el caso de los hijos y los padres adulterinos e incestuosos, el código italiano las excluye del parricidio, debido a que su filiación no puede ser declarada.

3.- El tercer requisito es que el autor mate a *sabiendas* de que la víctima es su pariente. Según esto, en los casos de *error en la persona* o de ignorancia absoluta y probada del parentesco, no habrá parricidio, sino homicidio simple.

4.- Por último, para que haya parricidio debe haber intención criminal, o, lo que es lo mismo, *voluntad de matar* a la persona a quien el autor sabe que está unida por alguno de los vínculos señalados por el art. 151. Los penalistas sostienen que en este delito no es menester el dolo directo y que hasta el dolo eventual.

#### A. Parricidio preterintencional

Es posible que el autor, sin ánimo de matar, golpeé a su ascendiente, descendiente o cónyuge produciéndole la muerte. En este caso tendremos un parricidio preterintencional. Pero, para el efecto de la atenuación de la pena se requiere : ausencia de voluntad homicida; que la muerte no sólo no se haya querido, sino que no se haya previsto; y que la muerte fuere previsible. Ejemplo : el padre que le da al hijo desobediente un puntapié en el vientre, causándole la muerte.

#### B. Parricidio por emoción violenta. - (art. 154)

Algunos autores, entre ellos Carrara, sostienen que la muerte del padre cometida por dolo de ímpetu, no constituye el delito de parricidio, porque quien hiera en el ímpetu de la cólera no piensa en el vínculo familiar, sino en la causa de la ira que le turba la mente. Con arreglo al art. 154 de nuestro código, el homicidio cometido en la persona del ascendiente, descendiente o cónyuge, bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable, tiene una pena atenuada, inferior a la que el código señala en el caso del art. 151. Corresponde esta atenuante, por ejemplo, al padre que, exasperado por la insolente respuesta del hijo, lo golpea causándole la muerte, o al marido que mata a la mujer sorprendida in fragante en adulterio.

---

<sup>3</sup> Hay que referirse aquí a las ejecutorias nacionales que no consideran parricidio el homicidio, cuando no se acredite el parentesco con la partida de nacimiento o de bautismo, aunque ese parentesco pueda probarse de otra manera. Dictamen Seoane.

### C. Error en la persona y en el golpe. -

Si para que exista parricidio se requiere que el autor sepa o conozca las relaciones de parentesco que lo unen con su víctima, es lógico que en los casos de error en la persona o error en el golpe, no había parricidio. Tal el caso del que queriendo matar a otro, mata a su propio padre; o el del que al disparar sobre otro, mata a su cónyuge o a su hijo. Uno y otro caso caen dentro de la conocida figura del homicidio simple.

### D. Cooperación de extraños.- Autor y cómplice. -

La doctrina ha planteado la cuestión

*El rexoricidio.* Nuestro código no da figura singular al conyugicidio o uxoricidio. Este delito se encuentra imperfectamente ubicado como homicidio calificado en el art. 151 y como homicidio por emoción violenta en el art. 154.<sup>4</sup>. Comenta el código derogado (art. 234), C. español (art. 523).

### E. Parricidio impropio. -

La doctrina llama parricidio impropio al hecho de matar al hermano, a los padres adoptivos, a las personas que hubieren criado al culpable, y a los afines en línea recta, o lo que es lo mismo a los parientes no comprendidos en el art. 151. - Nuestro código no hace especial mención a estos casos, que desde luego, hay que considerar como delitos de homicidio. Ver código derogado (art. 231 y 233).

### F. Codelincuencia

En materia de codelincuencia la doctrina ha planteado la cuestión de si los extraños que cooperan como coautores o cómplices a la ejecución de un parricidio, son responsables de este delito o solamente de homicidio. La jurisprudencia francesa, siguiendo la doctrina romana, *ha aplicado a los extraños coautores la misma pena que a los autores que son parientes*. Por el contrario, la mayoría de los autores modernos sostienen que el extraño coautor o cómplice debe ser penado únicamente como responsable de homicidio.

Pero puede darse el caso del que coopera o ayuda a la muerte de su ascendiente, descendiente o cónyuge, cometida por un extraño. Es indudable que, en este caso, mientras el autor será considerado como un simple homicida, el cómplice será culpable de homicidio calificado.

El art. 151 aplica al parricida la sanción más grave que contiene nuestra ley : la medida de internamiento. El art. 54 de la constitución señala para el homicidio calificado la pena de muerte. Hay por lo tanto divergencias entre la carta política y la ley punitiva.

*Asesinato.* - Nuestro código no emplea la palabra *asesinato*. La figura contenida en el art. 151, es la del homicidio calificado por especiales circunstancias reveladoras de la peligrosidad del agente. Pero para identificar mejor las formas del homicidio es conveniente mantener el término asesinato, tradicionalmente usado por los penalistas y por muchos códigos.

### F. El código derogado

### G. Penalidad

---

<sup>4</sup> Ver Peco : La reforma Penal en el Senado (pag. 441), y : el uxoricidio por adulterio. Para agregar mayor cantidad de texto, pues el que contiene el apunte es muy exiguo.

## 2. Asesinato (art. 152)

### A. Introducción

Según el art. 152 de nuestro Código, son circunstancias calificativas del homicidio, el matar : por ferocidad, por lucro; para facilitar a ocultar otro delito; con gran crueldad; con perfidia; por medio de veneno, fuego, explosión o por otros medios capaces de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas.

El texto del art. 152 de nuestro código, es el mismo, con muy ligera modificación, del aart. 99 del anteproyecto suizo de 1918, que dice : "Si el delincuente hubiere matado por ferocidad, por codicia, para disimular o facilitar otro delito, con ensañamiento, con perfidia, por medio del fuego, de un explosivo o por cualquiera otros medios que por su naturaleza puedan poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas, será castigado con reclusión perpetua".<sup>5</sup>

He olvidado decir cuales son los elementos que integran la figura del asesinato. Son estos :

- 1.- Un hecho de homicidio o sea extinción de una vida humana.
- 2.- Que este hecho se haya cometido en alguna de las formas, por algunos de los medios o con alguno de los fines in cursos en la regla del art. 152.
- 3.- Voluntad criminal.
- 4.- Peligro colectivo o indeterminado (esta nota se da sólo cuando el autor usa algún medio capaz de crear peligro colectivo)

Sujeto de este delito puede ser cualquiera, - inclusive las personas comprendidas en el art. 151.

### B. Homicidio calificado por ferocidad. -

Estudiemos cada una de las circunstancias calificativas.

El homicidio por ferocidad o por impulso de perversidad brutal, como otros códigos lo llaman, es el homicidio sin causa, sin motivo que lo explique, ejecutado por pura brutalidad, por indiferencia ante el mal ajeno. Es el caso del que mata al primero que pasa, del que mata por probar el arma recién adquirida, en una palabra, del que mata por matar, impulsado por el solo "instinto brutal de ver sangre". Como se comprende, esta forma de homicidio, reveladora de una característica insensibilidad moral, acusa en la mayoría, si no en la totalidad de los casos, grave enfermedad mental.- Ejemplo (el diputado serrano).<sup>6</sup>

### C. Homicidio calificado por lucro. -

El homicidio por lucro, codicia, precio o promesa remuneratoria, como dicen otros códigos, por lo general es, el crimen inter sicarios del derecho romano, el homicidio por mandato.- La mayor gravedad de este homicidio radica : respecto del mandante, en el hecho de que engloba con la propia perfidia a una persona indiferente que se presta por codicia a servir sus deseos criminales; y respecto del mandatorio, en la muerte dada sin un fin propio o sea como instrumento de fines ajenos.- El término lucro empleado por nuestro código es más latio<sup>7</sup> que los términos "codicia", "precio" o "promesa remuneratoria" que emplean otros códigos. Un hombre puede matar a otro no sólo por lucrar con el precio en dinero que le haga el inductor, sino también por obtener una casa, una alhaja, un empleo, etc; Además de acuerdo con la doctrina no es preciso que el dinero o la recompensa se hayan entregado; basta la mera promesa.

---

<sup>5</sup> El vigente Código Penal Suizo no incluye este precepto. El art. 99 tiene texto distinto en el Código.

<sup>6</sup> Además : Jack "el desdichado" y Barba azul.

<sup>7</sup> La nota "lucro" no supone siempre la intervención de terceros, ya que el agente puede matar para lucrar él, como en el caso del que mata para cobrar el seguro (caso que trae.....criminología).

*D. Homicidio para facilitar u ocultar otro delito. -*

Este es el homicidio "criminis causa" cometido con el fin de facilitar u ocultar otro delito.<sup>8</sup> Facilitar otro delito equivale a quitar de en medio personas que podrían obstaculizarlo o impedirlo. Ocultar otro delito significa que el que mata lo hace para asegurar su impunidad respecto de otro hecho delictuoso. Ejemplo del primero : el que mata al guardián para robar, matar al sirviente para matar al patrón.- Ejemplo del segundo : el que mata al que presencié el robo, para no ser delatado, o el que mata al guardia que trata de impedir la fuga del ladrón (latrocinio).

*E. Homicidio calificado por la gran crueldad empleada. -*

Este homicidio se halla mejor calificado en otros códigos por la circunstancia agravante del *ensañamiento*, que consiste en aumentar deliberada e innecesariamente el dolor de la víctima.

Para la admisión de esta circunstancia calificativa se requiere en el delincuente la intención deliberada y el perverso propósito de hacer más vivo y sensible el sufrimiento de la víctima, manifestación objetiva de una especial peligrosidad, tal el caso del que reitera los golpes, o, dados los primeros, vuelve a golpear para asegurar el resultado.- Los sádicos ilustran esta circunstancia mejor que otra clase de delincuentes. Se ha observado, efectivamente, que hay sujetos que, para satisfacer cumplidamente su instinto sexual, dan muerte a la mujer con quien yacen. El sadismo, en su forma más aguda, es una extraña asociación entre la sangre y el acto genital, en que la primera se convierte en imagen matriz excitadora de la segunda.

En la apreciación de esta circunstancia calificativa se tropieza con la dificultad de no poder apreciar si los golpes y las heridas segundas o terceras eran innecesarias para producir la muerte. De no saber si la reiteración en los golpes o heridas produjo o no mayor sufrimiento en la víctima.

*F. Homicidio calificado por perfidia.-*

El término perfidia equivale a deslealtad, traición quebrantamiento de la fe debida. No puede creerse que nuestro codificador haya querido reemplazar por este término la clásica alevosía, que otros códigos consignan entre las circunstancias calificativas y agravantes, porque alevosía significa maquinación cautelosa, golpe y traición y sobre seguro.<sup>9</sup> El homicidio por *perfidia* hay que entenderlo, entonces, como la muerte dada a otro, con ofensa del sentimiento de lealtad personal. Tal el caso del protegido que mata al protector, o del sirviente que mata al patrón. Aquí hay no sólo lesión de un bien jurídico sino también infracción de un deber de fidelidad o lealtad.

*G. Homicidio calificado por el empleo de veneno.*

El envenenamiento es el homicidio cometido mediante el empleo de sustancias venenosas. En algunos códigos como el francés, este delito es considerado aparte, con individualidad propia, distinto del asesinato. El envenenamiento es el crimen de la debilidad física, el de las mujeres que no tienen fuerza para manejar el cuchillo, que ignoran el manejo de las armas de fuego y, sobre todo, que temen ver a la víctima en el momento de dar el golpe.

¿ Qué debe entenderse por veneno ? De una manera general, veneno es toda sustancia que aun en pequeña dosis, puede ocasionar la muerte, o graves estragos en la salud. El medio empleado con este fin, es indiferente. Basta que se introduzca en el organismo de la víctima, con intención de matar, una sustancia tóxica, por ingestión, inyección, inhalación o contacto.

Lo que hace más grave el delito de envenenamiento, es el secreto que generalmente envuelve su ejecución, la facilidad con que se consuma y se ocultan las huellas y la dificultad para precaverse de él. Por supuesto que hoy, con los progresos de la toxicología no tiene nada de difícil descubrir un veneno cualquiera en un cadáver.

---

<sup>8</sup> Este es un delito *complejo* en que la figura consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente.

<sup>9</sup> Debo rectificar : hay equivalencia entre perfidia y alevosía.

*H. Homicidio calificado por fuego.-*

El homicidio por fuego, es aquel en que el matador emplea este cruelísimo medio para quitar la vida a la víctima. La gravedad del hecho radica no sólo en el medio empleado, sino en el peligro general que éste crea, como cuando se aplica fuego al cuerpo de la víctima, que antes ha sido atada y empapada de sustancias inflamables, y el fuego se propaga a toda la casa, poniendo en peligro la vida de los demás moradores. No hay que confundir este caso con el del que, después de haber dado muerte a su víctima, pone fuego a la casa para encubrir su delito.

*I. Homicidio calificado por explosión.-*

Para la existencia de esta circunstancia calificativas se requiere que la explosión, o los explosivos, como dicen otros códigos, constituyan el medio para la realización del homicidio. Incurrir en este delito, por ejemplo, el que para matar a determinada persona que se encuentra en una casa, arroja en ella una bomba u otro elemento explosivo, capaz de producir numerosas víctimas. La gravedad del hecho radica aquí, como en el caso anterior, en el riesgo que se hace correr a las demás personas, extrañas o inocentes, y en la consiguiente alevosía que caracteriza a este delito.

*J. Homicidio calificado por el empleo de otros medios capaces de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas.-*

Al referirse a estos medios de una manera general, la ley abre un margen amplísimo, dentro del cual caben todos aquellos como el *descarrilamiento* y la *inundación* de que habla el código argentino, o la *sumersión* y el *naufragio* de que hablan otros códigos; los cuales pueden poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas.<sup>10</sup>

*k. Homicidio calificado por alevosía*

Aunque el art. 152 no consigne expresamente la alevosía como circunstancia calificativa del homicidio, hay que tenerla en cuenta por ser una de las más importantes. La alevosía califica especialmente el homicidio cometido por traición, en el cual, como dice Carrara, el enemigo oculta su ánimo hostil, simulando amistad o disimulando la enemistad.

Existe alevosía, además cuando (se obra a traición y sobre seguro, o cuando) dadas las condiciones físicas del agresor y del agredido, o los medios de ejecución, se dificulta o debilita notablemente la defensa por parte de la víctima.

Incurrir en alevosía : el que hiere por detrás; el que espera oculto y con un arma el paso de la víctima; el que mata al que está dormido; o el que aparenta amistad o amor para luego descargar el golpe mortal.

Homicidio preterintencional

En nuestro Código no existe la figura del homicidio preterintencional, sino la de lesiones seguidas de muerte (arts. 165-166). en cambio, en el Código Penal argentino, en el título sobre homicidio, se halla incluida expresamente la figura del homicidio preterintencional. Quiere decir, pues, que en nuestra ley no hay una figura que se denomine homicidio preterintencional, y sólo hay un tipo legal que adhiere la figura de lesiones seguidas de muerte, y es el tipo lesiones. El legislador argentino procediendo con distintos ha insertado la figura del homicidio preterintencional en el tipo homicidio. ¿Cuál de estos temas es preferible ?.

---

<sup>10</sup> Y por qué no tener en cuenta para la agravación de la pena el homicidio cometido con el concurso de dos o más personas, tal como lo hace en el art. 116, 5º del proyecto Coll-Gomez ?. Para la calificación del concurso de varios hay que aplicar el inciso 1º del art. 51 de nuestro C.P.

## DELITOS CONTRA LA VIDA EMBRIONARIA (ARTS 159-164)

### I. ABORTO

En el título II el código legisla sobre el aborto, otro de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, que sigue en gravedad al de homicidio.

Siguiendo a la mayoría de las leyes penales, nuestro código no define el aborto.

El aborto ha sido defendido con el criterio de los tocólogos como "la expulsión, prematura y violentamente provocada, del producto de la concepción, independientemente de circunstancias de edad, viabilidad y aun de formación regular". Pero, en sentido penal, el aborto es no sólo la expulsión provocada del feto, antes de que pueda vivir, sino también su destrucción dentro del claustro interno. Apreciado en este doble sentido el aborto es punible en cualquier momento de la gestación, desde la concepción hasta la expulsión del feto<sup>1</sup>.

Para la existencia del delito de aborto se requiere :

- 1.- Existencia de un fruto de la concepción;
- 2.- Destrucción de ese fruto;
- 3.- Ilegitimidad de la destrucción;
- 4.- Voluntad feticida.

#### **1.- Existencia de un fruto de la concepción**

Sin la existencia de un feto vivo no es posible este delito. Las maniobras abortivas efectuadas sobre un feto muerto o sobre un feto imperfecto, incapaz de vida, no integran el delito de aborto y sólo constituyen una tentativa imposible, no punible por falta del objeto material de la infracción<sup>2</sup>. (Por igual razón, no constituirán aborto las maniobras realizadas en una mujer no grávida).

#### **2.- Destrucción de ese fruto**

Consecuencia del aborto debe ser la **muerte del feto**, lograda por medio de su expulsión violenta del claustro materno o por su destrucción dentro de él. Si el feto maduro pasa la vida extrauterina, pero no de término, es expulsado mediante maniobras abortivas y, a pesar de ellas, vive, el hecho no integraría un aborto consumado, pero sí un aborto frustrado, si es que hubo ánimo feticida. Si el mismo feto fuese muerto después de la expulsión, el hecho no constituirá homicidio ni infanticidio, sino un aborto, porque la evolución normal de la preñez ha sido interrumpida por medios artificiales. (Y si muriera a consecuencia de las manipulaciones provocadoras de su expulsión, entonces existirá un aborto consumado).

El código no menciona los medios de que puede valerse el culpable para obtener la destrucción del feto. Pero en la frase "cualquier medio", usada por el art. 159, están comprendidas los medios de diversa clase que suelen adoptarse para cometer este delito. Los médicos legistas clasifican esos medios en :

- a. **quirúrgicos**, como la perforación del útero, la operación cesárea o el simple curetaje;
- b. **mecánicas**, como masajes del útero;
- c. **químicas**, como dosis masivas de quinina, ergatina, cornezulo, etc; y
- d. **traumáticas**, como violencias o golpes.

Algunos añaden a esta clasificación los **medio morales**, como el **miedo** o el **terror** o un gran dolor, capaces de provocar el aborto tratándose de mujeres nerviosas o demasiado sensibles.

---

<sup>1</sup> Ver el comentario muy interesante al código mejicano.

<sup>2</sup> Esto parece inexacto.

### **3.- Ilegitimidad de la destrucción**

En principio, la destrucción del feto por medios abortivos constituye acto ilegítimo, con la sola excepción del aborto terapéutico o necesario, que es la única forma de aborto que nuestra ley considera legítima y no punible, como lo establece la regla del art. 163.

### **4.- Voluntad feticida**

El elemento intencional de este delito se determina tanto por el conocimiento que el agente tiene de que la víctima de las maniobras abortivas se halla **encinta**, como por la conciencia que el propio agente tiene de la idoneidad abortiva de los medios empleados. No habrá, por tanto, intención criminal cuando se ignore que la mujer se hallaba encinta o no se conozca el poder abortivo de los medios empleados, creyéndolos **inocuos**. El aborto es imputable no sólo a dolo sino también a culpa, ya que puede cometerse por imprevisión, imprudencia o impericia, (como en el caso de la mujer que toma drogas o brebajes cuyo efecto nocivo ignora). En este caso, la opinión predominante se declara por la impunidad de la abortada. Pero, tratándose del hecho de terceros, como en el caso del médico que para curar un paludismo da a la mujer embarazada una fuerte dosis de quinina, causándole el aborto, la doctrina establece la responsabilidad del agente imputable a imprevisión o impericia.

Estos casos, sin embargo, no siempre caen dentro de lo posible, ya que la ciencia médica sostiene que no hay abortivo propiamente dicho. Lo que hay es que, tratándose de personas de sensibilidad especial, determinadas drogas tienen efecto abortivo. Y por eso es aconsejable una previsión de orden general. Conviene señalar un vacío de la ley en relación con el delito de aborto. Para nuestro código, es indiferente el móvil. Por esta razón, ninguna de las reglas pertinentes al aborto incluye la *causa de honor* no obstante ser este factor determinante de una alta cifra de abortos (en la mayoría de los códigos figura con el rango de circunstancias atenuante de la responsabilidad). Pero es indudable que la mujer que causa su propio aborto o consiente en que otro se lo cause, con el propósito de **ocultar** su **deshonra**, se halla en el mismo caso de la madre que, por igual motivo, da muerte al recién nacido. Es por eso que el art. 243 del código derogado otorgaba el beneficio de la pena atenuada al aborto *honoris causa*.

## **II. MODALIDADES DEL ABORTO**

El título que examinamos legisla sobre las siguientes modalidades del aborto :

1. aborto cometido por la mujer (art. 159);
2. aborto consentido por la mujer (art. 160);
3. aborto sin el consentimiento o contra la voluntad de la mujer (art. 161);
4. aborto necesario o terapéutico (art. 163);
5. aborto preterintencional (art. 164).

### **1.- Aborto cometido por la mujer**

Nuestro código reprime, en primer lugar, en el art. 159, a la mujer que por cualquier medio adoptado por ella o por otro con su consentimiento causare su propio aborto. En este caso, la mujer embarazada es el sujeto activo del delito, y, para la aplicación de la pena, da lo mismo que sea casada o soltera. El hecho criminoso está constituido por la **destrucción** del feto, debida a su expulsión violenta, prematura e intencional o a su muerte igualmente intencional en el claustro materno. Se trata de un delito (intencional) en el que no se toma para nada en cuenta el móvil que haya podido inspirar la conducta de la autora. (Así sea el de ocultar la deshonra o las preocupaciones económicas determinadas por el aumento de la prole o el deseo de conservar la belleza corporal).

### **2.- Aborto consentido por la mujer**

En el art. 160 el código se refiere al aborto consentido por la mujer o, lo que es lo mismo, cometido por otro con su consentimiento. En este caso hay dos sujetos delincuentes la mujer que consiente en ser abortada o que solicita la ayuda o cooperación de otro para abortar, y el tercero que le presta asistencia con tal objeto y que tiene el carácter de cómplice. (¿ Y por qué no es coautor ?). Es indiferente que el consentimiento de la mujer revista la forma de petición o de ruego o de pasiva

aceptación, ya que él no aminora en nada la responsabilidad del abortador. Pero si la abortada fuere incapaz de consentimiento por ser idiota, demente o menor de edad, o por hallarse accidentalmente privada de razón, sería desde luego irresponsable.. (La pena que para ambos casos señala el art. 159 es la de ....

### **3.- Aborto sin el consentimiento o contra la voluntad de la mujer**

El art. 161 reprime al que hiciere abortar a una mujer sin su consentimiento o contra su voluntad. Este caso ofrece dos<sup>3</sup> modalidades :

En la 1a el aborto se produce sin el consentimiento de la mujer, bien porque ésta desconoce o ignora el carácter abortivo de las maniobras que en ella ejecuta el abortador, o bien porque éste induce a aquella a hacer uso de medios abortivos, ocultándole su eficacia feticida; En la 2a el aborto se produce contra la voluntad de la mujer, lo que importa, indudablemente, el uso de la violencia, de la fuerza material (y por tanto, el concurso de otro delito como el de lesiones o el de homicidio).

La pena se agrava en ambos casos si, a consecuencia del aborto, sobreviene la muerte de la mujer, y si este resultado pudo ser previsto por el abortador<sup>4</sup>.

### **4.- aborto necesario o terapéutico**

El código se ocupa en el art. 163 del aborto terapéutico, necesario o impune. Este aborto se comete interrumpiendo artificialmente el embarazo y provocando prematuramente el parto, lo que supone la destrucción del feto. Con el fin de salvar a la madre, y por no haber otro medio de evitarle la muerte o de impedir un daño grave y permanente en su salud. Se dan casos en que, durante el embarazo y a causa de una enfermedad intercurrente, la vida o la salud de la madre sufren serio peligro. Y puede ocurrir también, que una enfermedad anterior a la preñez se agrave considerablemente durante el curso de ésta. En tales casos corresponde a los médicos resolver concienzudamente si es aconsejable, para la protección de la vida y de la salud de la madre, proceder a la interrupción de la preñez o al aceleramiento del parto.

Se presenta, entonces, un verdadero estado de necesidad, un conflicto de bienes de valor desigual : de un lado, un bien de mayor importancia, la salud de la madre, cuya vida tiene eficacia sobre otras vidas; de otro lado, un bien de menor importancia, la vida del feto, vida inconsciente, puramente fisiológica, que no anima sino a una esperanza de ser humano. La solución jurídica de este conflicto, es el sacrificio del bien menor.

El aborto terapéutico, fuertemente impugnado por la moral de la Iglesia Católica, es considerado en el derecho penal como lícito y legítimo. Son muchas las legislaciones que, como la nuestra lo autorizan, declarando expresamente su impunidad. Para que el aborto terapéutico se considere impune, el art. 163 exige :

- a.- Que lo practique un médico;
- b.- Que la mujer encinta preste su consentimiento; y
- c.- Que no haya otro medio de salvar la vida de la madre o de evitarle un mal grave y permanente en su salud.

#### *a.- Intervención de un médico*

Sólo la intervención de un médico puede ofrecer la posibilidad de justificar la pérdida del feto, asegurando la conservación de madre. Un empírico, una partera o una vulgar comadrona harían con su intervención peligrar, tal vez, las dos vidas.

#### *b.- Consentimiento de la mujer*

*En cuanto al consentimiento de la mujer encinta, no debería ser exigible de un modo absoluto. En circunstancias excepcionales, cuando la madre se halle privada de conocimiento, por la misma gravedad de su estado, podría prestarlo el marido, los padres u otros familiares. Y en caso de serio*

---

<sup>3</sup> Hay que decir que aquí hay dos sujetos pasivos : la mujer cuya salud o cuya vida se pone en peligro y el feto.

<sup>4</sup> La pena privativa de libertad se complementa, así mismo, con la de inhabilitación si el abortador es alguna de las personas mencionada en el art. 162.

*peligro, hasta podría contrariarse la propia determinación de la madre, cuando ésta, impulsada por el amor al hijo, enfrenta su tenaz negativa a la vigente intervención salvadora de la ciencia.*

*c. No haya otro medio de salvar la vida*

La ley no autoriza el aborto terapéutico sino en caso de que no hubiere otro medio de salvar la vida de la madre o de evitarle un daño grave y permanente en su salud. Sólo los médicos están capacitados, para discriminar esta situación, opinando o por la fatal e indeclinable ejecución del aborto o por la conservación del feto cuando su desarrollo sea compatible con la vida de la madre.

### **5.- Aborto preterintencional**

La figura del aborto preterintencional incluida en el art. 164, se circunscribe al caso del tercero que con violencia ocasionare el aborto, si haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo de la mujer. Es este un caso de imprudencia o complicidad. Hay que estudiar este punto para saber si se trata de aborto preterintencional o aborto culposo. Si un hombre golpea a una mujer grávida, consciente de su estado, y le ocasiona heridas y, además, el aborto, es responsable por lesiones y por aborto; si le produce el aborto y no le produce lesiones, no obstante el uso de violencia, responde por aborto.

Hay que ver Cornejo, quien tiene otra opinión. Ver además otros códigos y tratadistas.

En materia de complicidad el código adopta un criterio de negar. Atendiendo, sin duda, a la eficacia de la intervención de los abortadores, sin la cual el aborto difícilmente se llevaría a cabo por la propia mujer, la ley aplica a los que le prestan asistencia las penas preceptuadas en los arts. 160 y 162.

Según la primera parte del art. 160... La pena del abortador puede extenderse hasta 6 años -el art. 160 no dice si estos 6 años serán de penitenciaría o de prisión- si el aborto o el procedimiento empleado para provocarlo, causa la muerte de la mujer y si el delincuente pudo prever este resultado.

Según el art. 162 estas sanciones se agravan con el aditamento de la pena accesoria de inhabilitación especial por un tiempo no menor de cinco años, cuando los que prestan asistencia a la mujer son los médicos, cirujanos, parteras, farmacéuticos u otras personas dedicadas a profesiones sanitarias que, abusando de su arte, se dedican a causar el aborto. Este abuso del arte médico se ha convertido desgraciadamente entre nosotros en el ejercicio normal y conocido de una industria tan inmoral como lucrativa.

Para la aplicación de pena a los que, abusando de su profesión, causen el aborto, es igual que el médico o la partera hayan causado directamente el aborto o haya cooperado a él. No se precisa una cooperación material; basta que hayan recomendado o indicado los medios abortivos empleados o la manera de aplicarlos.

### **III. EXPLICACIONES SOBRE LA REPRESIÓN DEL ABORTO**

Después de todo lo expuesto, es llegado el momento de preguntar. ¿ Por qué es punible el aborto ?. A esta interrogante contesta la doctrina señalando como fundamento de la represión del aborto : 1. la **protección debida a un futuro ser humano**, pues aunque el feto no es todavía sujeto de derechos, debe ser considerado como una esperanza de vida; 2. la tutela de la salud de la madre puesta en peligro por las maniobras abortivas; y 3. la defensa del interés demográfico de la colectividad, empeñada en que no se destruya prematura y criminalmente vidas en embrión que pueden ser útiles al grupo social. Por estas tres razones la mayoría de los códigos penales consideran el aborto como un delito contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas.

Excepciones a esta regla son : el código ruso, que, en su art. 140, considera impune el aborto realizado dentro de los tres primeros meses de la concepción y siempre que lo practique persona dotada de la necesaria preparación médica; y el de Estonia que permite el aborto en iguales condiciones. El nuevo código uruguayo<sup>5</sup> pena en su art. 325 solamente el aborto causado sin el consentimiento de la mujer, lo que equivale a permitirlo a cualquier persona, sea médico o no y en cualquier momento de la gestación.

---

<sup>5</sup> Esta disposición ha sido modificada por la ley de 24 de enero de 1938. Ver Revista Universitaria Jurídicas y sociales, pag. 279 (julio-diciembre de 1938).

Estas reglas codificadas con el indicio de doctrinas que, de cierto tiempo a esta parte, vienen defendiendo la impunidad del aborto, unas en sentido absoluto, otras en sentido restringido.

Hace medio siglo, un juez francés, Spinal, expresó por vez primera una opinión contraria a la punibilidad del aborto. Pero la campaña contra la punibilidad del aborto la inició el Dr. Klotz Forest, quien opina que el feto no es persona; que la mujer tiene un derecho incontestable a disponer de su persona, y que sobre el feto, que forma parte integrante de ella, tiene todo género de derechos.

En Alemania, Jimgman sostiene, que la ley al penar el aborto viola la libertad humana. La muerte del feto -dice- "sólo atañe a la moral sexual, en cuya esfera no puede inmiscuirse el legislador". Von Listz, partiendo de la doctrina alemana del bien jurídico lesionado, sostiene que el feto no es persona y que por consiguiente no es sujeto capaz de ostentar intereses protegidos por el Derecho. La arremetida violenta, el movimiento organizado contra la actual reglamentación penal del aborto es posterior a la gran guerra y cornejo en Alemania. En febrero (ver el libro pág. 27). Por su parte Gustavo Radbruch afirma que el feto es un bien jurídico de la comunidad o sea que la vida del feto no representa un interés ético y familiar, como se ha querido, sino un interés demográfico. Según esto, se castigará el aborto en nombre del interés reprobador del Estado, particularmente en aquellos países deseosos de tener una población numerosa. Y esto le parece injusto a Radbruch, quien constata, además, la impotencia del estado para reprimir el aborto. Una de las primeras tentativas para declarar legalmente la impunidad del aborto la encontramos en el anteproyecto Suizo de 1916. Este proyecto levantó tal ola de protesta en la prensa católica que hubo de ser suprimido el artículo pertinente. Pero el código argentino la adoptó, suprimiendo solamente la parte relativa al incesto. La impunidad del aborto se plantea en la doctrina en estos cuatro postulados :

a.- El aborto se justifica por necesidad (aborto terapéutico).

b.- El aborto puede legitimarse por fines congénitos.

c.- El aborto puede ser declarado impune cuando la concepción es consecuencia del delito de violación o del incesto.

d.- El aborto debe ser autorizado con miras o sea por causas sociales o más propiamente económicas, para evitar la defraudación y la degeneración física y moral.

## DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD CORPORAL Y LA SALUD

### I. LESIONES

Sujeto de este delito puede ser cualquiera.

Integran el delito de lesiones los siguientes elementos generales :

- 1.- Un acto dañoso;
- 2.- Un resultado dañoso;
- 3.- Voluntad de dañar la integridad física de una persona, no de matar.

#### **1.- Acto dañoso**

El acto dañoso presenta en el delito de lesiones una morfología diversa que va desde las **contusiones y las heridas**, hasta la **castración** y la **mutilación**. Es la forma que reviste el ataque al cuerpo o salud física o mental de una persona. Debo rectificar esto. La forma del daño en la lesión tiene que ver con el resultado dañoso y no con el acto. El acto dañoso importa la ejecución de un hecho en que concurre necesariamente la violencia física, la cual es ejercida sobre la persona humana. El dato violencia física parece excluir los medios morales.

La morfología de que se habla aquí hay que mencionarla al referirse al resultado dañoso. Al hablar de acto dañoso hay que decir que debe apreciarlo.

En cuanto a los medios empleados, los daños corporales varían según que el agente haga uso de sus puños o de su sola fuerza muscular, o eche mano de medios físicos como armas de fuego o instrumentos cortantes o contundentes.

Nuestra ley no habla de los medios morales que, como la amenaza o el estado de terror, pueden producir, también daños en el cuerpo o perturbaciones mentales.

Tampoco menciona expresamente el empleo de sustancias o bebidas nocivas, del que hacía más bien mención el código derogado y al que se refiere, por ejemplo, el art. 424 del vigente código español. Pero tanto da que se cause enfermedad o se altere la salud de una persona por medio de una puñalada, o que se cause el mismo resultado por medio de filtros, brebajes o mixturas diabólicas como las que propinan nuestros hechiceros criollos<sup>1</sup>. Siendo todos estos hechos dañosos, deben considerarse punibles, de acuerdo con la doctrina de nuestro código que sanciona todo daño en la salud física y mental de las personas, cualesquiera que sean los medios empleados<sup>2</sup>.

#### **2.- Resultado dañoso**

El resultado dañoso, es el efecto o consecuencia del acto dañoso. Este efecto ofrece diversas formas y grados y puede consistir o en la alteración, permanente o temporal, de la salud física o mental de una persona; o en la incapacidad, total o parcial para el ejercicio de una función orgánica; o en el afeamiento de la figura física de la víctima. La gravedad de las lesiones se mide por la intensidad y duración de cualesquiera de estos efectos. Y es aquí donde el concurso del delito se hace necesario.

#### **3.- Voluntad de dañar**

El elemento subjetivo en el delito de lesiones no es; como en el homicidio, **el animus necandi**, sino la **voluntad vulnerandi**, es decir la voluntad de herir, golpear, maltratar o inferir un daño cualquiera, pero no de matar.

---

<sup>1</sup> Concordar con el art. 280 del CP.

<sup>2</sup> He omitido decir que el acto dañoso entraña siempre un acto de violencia física. Esto no quita que pueda producirse una lesión provocando una emoción.

Si concurre el **animus necandi**, entonces habrá homicidio frustrado<sup>3</sup>.

## II TIPOS DE LESIONES

La morfología del título es la siguiente :

- 1.- Lesiones graves (art. 165)
- 2.- Lesiones menos graves (art. 166)
- 3.- Lesiones preterintencionales (art. 167)
- 4.- Lesiones culposas (art. 168).

Nuestro código no clasifica expresa y claramente las lesiones, como lo hacen la mayoría de las leyes penales que distinguen, las graves de las menos graves, o las gravísimas, de las graves, y éstas de las leves. Sin embargo, la diferente cuantía de la pena aplicada a las lesiones comprendidas en los arts. 165 y 166, permite inferir que el legislador ha adoptado una clasificación de dos términos : lesiones graves y lesiones menos graves. Las primeras están incluidas en los tres incisos del primer artículo, y las segundas se hallan instaladas en la regla genérica del segundo artículo.

### 1.- Lesiones graves

El art. 165 dice : Este artículo distingue expresamente dos modalidades típicas de la lesión corporal : las heridas y la mutilación. En lo demás, se refiere a los efectos o consecuencias de las lesiones. De los tres incisos de su texto puede extraerse, por tanto, la siguiente morfología :

- a.- Heridas que pongan en peligro la vida (inc. 1.);
- b.- Mutilación (inc. 2.);
- c.- Daños graves inferidos a la integridad corporal o a la salud física o mental de una persona (inc. 2).

#### a. Peligro para la vida

El art. 165 reprime, en primer término, al que intencionalmente infiriese a otro una herida, de manera que ponga en peligro su vida. Debe entenderse por herida toda solución de continuidad en las partes blandas del organismo, causada con arma blanca, o por medio de fuego o por efecto de un fuerte choque con un cuerpo duro o por otros medios semejantes. Las heridas a que se refiere el inciso primero son principalmente, las que dañan o lesionan los tejidos u órganos internos y, de una manera general, las que por su dirección, ubicación, extensión o profundidad son capaces de poner en peligro la vida del ofendido, y demandan para su curación un período más o menos largo.

#### b.- Mutilación

El art. 165 se refiere, en segundo término, al que intencionalmente mutilare :

- a) el cuerpo de una persona (Sylock - cirugía estética),
- b) uno de sus miembros importantes,
- c) uno de sus órganos importantes.

Mutilar equivale a cercenar o separar cualquier parte del cuerpo del hombre, alguno de sus cuatro miembros o extremidades -parcial o totalmente-.

El código no distingue los grados de gravedad en la mutilación. Pero es evidente que, entre la de un brazo o un pié, y la de una oreja o un dedo, hay considerable diferencia. Los jueces, individualizando la pena en cada caso, deben aplicar una mayor sanción al que causa una mutilación que afecta más gravemente la integridad corporal y determina mayor incapacidad<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Quiere decir, pues, que lo que hace que la lesión corporal sea un delito con figura propia, es la voluntad de causar la lesión por la lesión misma con prescindencia de cualquier otro designio culpable, o, lo que es lo mismo, la ausencia de voluntad homicida.

<sup>4</sup> Nuestro código no consigna como el español el caso del que se mutila a sí mismo o se hace mutilar para eximirse del servicio militar.

Aunque la ley no hace expresa referencia a la castración, como el código derogado, debemos entender que ésta es una forma de mutilación y de las más graves.

La castración supone la extirpación de los órganos genitales masculinos o femeninos. La mera esterilización, la privación de la capacidad genérica mediante otro género de intervención, no constituye castración, pero si un hecho delictuoso que atenta contra la salud o la integridad física.

### **c. Daños graves**

Los resultados o efectos dañosos producidos por las lesiones graves a que se refiere el art. 165, son los siguientes :

- 1.- Hacer impropio para su función un miembro o un órgano importante (inc. 2).
- 2.- Causar incapacidad permanente para el trabajo (inc. 2).
- 3.- Causar invalidez (inc. 2).
- 4.- Producir enfermedad mental permanente (inc. 2).
- 5.- Desfigurar de manera grave y permanente (inc. 2).

Veamos cada uno de estos resultados dañosos.

Con respecto al primero - hacer impropio para su función un miembro o un órgano importante - debo hacer notar que el código argentino es más expresivo, pues.....

Miembro es cualquiera de las extremidades del hombre, articuladas en el tronco. Órgano es una parte más importante del cuerpo, con una función específica necesaria para la coordinación vital de todas las demás.

La ley no ha fijado la significación de las palabras "miembro u órgano importante". pero debemos entender por tales : las manos, los brazos, las piernas, la vista, el oído, el órgano de la palabra etc.

Hay que tener en cuenta, indudablemente, para determinar la importancia del miembro o del órgano afectado, la profesión u ocupación del lesionado.

La incapacidad sobreviniente al chofer, que pierde la mano derecha, o la que sufre la costurera que pierde los dedos de ambas manos nos dan la medida del daño sufrido.

Hay que considerar además que la ley habla de hacer impropios para su función miembros u órganos importantes. De manera que debe entenderse que la ley se refiere a la pérdida funcional y no anatómica de los órganos y miembros, - pérdida que puede ser absoluta o relativa. (ejemplo).

El segundo resultado de las lesiones graves que el art. 165 menciona, es la incapacidad permanente para el trabajo. El C. argentino distingue con mayor técnica, entre la incapacidad temporal, cuyo término fija expresamente, y la incapacidad permanente. Nuestro código se refiere solo a ésta última. El c. español habla de incapacidad para el trabajo habitual. Nuestro código se refiere a la inutilidad o al impedimento para dedicarse a cualquier trabajo, no solo al trabajo habitual. Desde luego, este trabajo ha de ser lícito, legítimo.

Además, es indiferente que la profesión o el trabajo sean retribuidas o no; que se trate del trabajo que sirve para el sustento familiar, como del prestado gratuitamente; del trabajo público o privado; del manual como del intelectual; del trabajo del hombre o del de la mujer; o de la imposibilidad en las lesiones colocarían al niño o al adolescente para continuar sus estudios.

De otro lado, es condición que la incapacidad sea permanente

El tercer resultado de las lesiones graves, que menciona el art. 165, es la invalidez permanente. La invalidez representa una incapacidad absoluta para el trabajo como es el caso del ciego. Invalidez es, también, el que no tiene fuerza, ni vigor el físicamente estropeado, incapaz de valerse por sí mismo.

Este supuesto representa un mayor grado de incapacidad que el anterior<sup>5</sup>.

El cuarto resultado de las lesiones graves a que se refiere el art. 165, es la enfermedad mental permanente. Por enfermedad mental se entiende toda alteración de la mente.

---

<sup>5</sup> La ley no dice si esta invalidez, debe ser total o parcial.

Los tratadistas opinan que no es preciso que la enfermedad mental producida por las lesiones sea incurable, y que es indiferente que ella sea originada por herida o traumatismo en la sustancia cerebral o por la emoción o el terror causado por el maltrato sufrido por la víctima.

En último término, el art. 165 se refiere a la desfiguración grave y permanente. Por desfigurar se entiende alterar o hacer irregular la figura física de una persona, deformándola y afeándola. Típicamente se comete este delito cuando se infieren heridas que dejan huellas o cicatrices visibles, como las cortaduras en el rostro, cuello, brazos o manos. Para enjuiciar est delito hay que adaptar un criterio, en cierto modo estético, y tener en cuenta circunstancias de sexo, edad y posición social. No tiene la misma significación social, estética y económica la cicatriz que afea para siempre el rostro de una artista de cine, máxime si es joven y bella, que el costurón que cruza la mejilla de un obrero<sup>6</sup>.

Este es delito propio de mujeres. Vitrologe en Francia (caso Llerena).

Si las lesiones causan deformidades o cicatrices que pueden ocultar los vestidos, ¿será aplicable la regla?. Indudablemente, no. El desfiguramiento que debe tomarse en cuenta es, sobre todo, el del rostro. Cuando se trate de una mujer que hace vida de salón, habrá que tomar en cuenta las cicatrices ubicadas en el busto y en los brazos, que la perjudicada no podrá lucir.

El desfiguramiento grave y permanente debería tener el carácter de circunstancia calificativa agravante de la lesión causal<sup>7</sup>.

En otro tiempo hubo lenidad en las penas aplicadas a este tipo de infracción. Hoy se ha reaccionado contra esa lenidad, a merito de las razones expuestas.

## 2.-LESIONES CORPORALES MENOS GRAVES

Las lesiones corporales menos graves se hallan comprendidas en el art. 166: como he dicho el único fundamento que hay para afirmar que este artículo se refiere a las lesiones menos graves, es la menor pena impuesta a las infracciones en él contenidas, con relación a las enumeradas en el art. 165.

Si dijéramos que entre las lesiones del art. 165 y las del art. 166 debe haber una diferencia de grado, afirmaríamos un principio teóricamente exacto. Pero este principio no está incorporado en la segunda regla, y, por consiguiente, no podemos afirmar cuándo una herida o una mutilación serán menos graves, o en qué caso tendrá este carácter de menor gravedad la **incapacidad**, la **invalidez** o la **enfermedad mental** ocasionadas por una lesión<sup>8</sup>.

La insuficiencia técnica de nuestra ley se advierte mejor, cuando se comparan las normas que estamos estudiando con las de cualquier proyecto o código reciente.

## 3.-LESIONES PRETERINTENCIONALES- (ART. 167)

Si el agente causa una lesión grave o gravísima que no quiso causar, o mejor dicho, si queriendo causar un daño leve, menor, causa un daño grave o mayor, entonces tenemos en el delito de lesiones -tal como ya lo vimos en el homicidio- la figura de la preterintencionalidad.

Los tratadistas convienen en que la preteintencionalidad es difícilmente apreciable en las lesiones, pues en la mayor parte de los casos, el culpable, al acometer a la víctima, cuando no está movido por ánimo homicida, no sabe él mismo el daño que quiere causar. Por eso, hay autores como Carra que solo admiten la preterintención cuando se trata de lesiones gravísimas, y hay autores como Suman que la admiten aún para las lesiones leves, aconsejando como criterio orientador el tener en cuenta el arma o instrumento usado y la dirección o repetición de los golpes, a fin de determinar la intención.

---

<sup>6</sup> La doctrina y ciertos códigos distinguen entre deformación y simple señalamiento (cicatriz no grave). La primera es un resultado gravísimo de la lesión; el segundo es un resultado grave.

<sup>7</sup> Pero es indudable que puede tener carácter propio, como en el caso del que, al producir la lesión, no persiga otro fin que el desfiguramiento.

<sup>8</sup> He omitido referirme a la agravante en caso de que las lesiones produzcan muerte (art. 166-3er ap). ?.

En el homicidio hay un elemento material que no admite gradaciones : la muerte. Las lesiones, en cambio, son susceptibles de gradación y clasificación, atendiendo al elemento material del daño causado, lo cual facilita la aplicación de las penas.

Nuestro código contempla el caso de la preterintencionalidad en las lesiones, en el art. 167.

Conforme a esta regla, para que las lesiones o daños se reputen preterintencionales se requiere :

- 1.- Animo de causar una lesión de resultado menos grave que el que se causó;
- 2.- Que el resultado más grave no solamente no se haya querido, sino que no se haya previsto;
- 3.- Que el resultado dañoso fuese previsible.

No obstante la dificultad que hay para fijar la preterintencionalidad, el art. 167 establece que la pena podía ser disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir.

#### **4. LESIONES CULPOSAS (ART. 168)**

Tal como en el caso del homicidio, puede haber lesiones por imprevisión, impericia, imprudencia o negligencia. En este caso, el delito de lesiones consiste en el daño corporal causado por un acto voluntario, lícito en su origen, cuyas consecuencias no fuesen aunque debieran, ser previstas por el agente.

Para que haya lesiones culposas se requiere: 1.- que el acto de voluntad que las determina o produce sea lícito, porque si fuera ilícito, el delito será voluntario y tendrá mayor pena; 2.- que las lesiones no sean imputables a malicia o intención; y 3.- que el agente no haya previsto las consecuencias del hecho o que haya realizado éste sin prestar la atención ni el cuidado debidos.

Caen dentro del área de las lesiones culposas las cometidas por actos de imprudencia temeraria, cuando el agente obra con negligencia inexcusable, en olvido de los reglamentos y de las precauciones que aconseja la más vulgar prudencia y sin tener en cuenta la gravedad del riesgo corrido (accidente de tráfico, los más frecuentes).

Son también culposas las lesiones que por impericia o negligencia o imprudencia causa el médico por ejemplo. En este caso la doctrina ha resuelto que son legítimas y lícitas las lesiones causadas por el médico al paciente en una intervención quirúrgica, con un fin curativo y en el ejercicio de su oficio; pero que no lo son si la intervención quirúrgica, realizada de buena fe, no fue necesaria.

Para que el médico proceda con causa de justificación, no solo es preciso que la operación realizada tenga un fin lícito (curativo o estético) sino, además, que se realice con el consentimiento del operado. Por tanto, la doctrina opina que la intervención realizada sobre un niño o un idiota o una persona incapaz de consentir -a menos que se haya obtenido el consentimiento de los padres o tutores- será punible.

Nuestro código contempla el caso de las lesiones por negligencia en el art. 168 .

La ley precisa aquí una cuestión de procedimiento para el efecto de saber cuándo la acción penal se ejercitará de oficio o por querrela o instancia de parte, según que las lesiones sean graves o leves. El juzgamiento será de oficio si la lesión fuere grave o si el delincuente hubiere infringido un deber impuesto por su función, su profesión o su industria. El juzgamiento será iniciado por querrela de parte, si la lesión corporal fuese leve. Según esto, antes de que un juez de instancia conozca de un caso de lesiones por negligencia; habrá que discriminar previamente, por medio del certificado médico respectivo, el grado de gravedad de la lesión. Y como la ley no ha establecido un criterio de valuación a este respecto, la jurisprudencia ha debido crearlo. Las ejecutorias supremas del 26 de mayo de 1926 y 14 de noviembre de 1932, han establecido que si el certificado médico arroja 10 días de incapacidad por 5 de asistencia médica, u 8 de incapacidad por 4 de asistencia, la lesión se reputará leve, y solo podrá abrirse juicio por querrela de parte. Por lógica consecuencia, si el certificado médico arroja una fórmula de incapacidad y de asistencia por más tiempo, la lesión por negligencia se reputará grave, pudiendo abrirse instrucción de oficio.

En la práctica se observa que, mientras unas juzgadas del crimen han establecido que para la tramitación de oficio del delito de lesiones, se requiere certificado médico que indique la fórmula de 15 días de incapacidad por 8 de asistencia médica, otras han adoptado como criterio el hecho de que la lesión produzca o no fractura.

Por último, la propia jurisprudencia ha establecido que cuando el certificado médico arroje la fórmula 6 x 3, las lesiones importan una falta y no un delito, debiendo, por tanto, hacerse la denuncia ante un juez de paz.<sup>9</sup>

#### 4.- LESIONES EN RIÑA (ARTS. 169 Y 170).

Los artículos 169 y 170 se refieren a las lesiones en riña. Es oportuno recordar lo que hemos dicho respecto del homicidio en riña. Para que se configure el delito de lesiones en riña se requiere : 1.- que haya habido riña con participación de más de dos personas; 2.- que de la riña hayan resultado lesiones y no conste su autor; y 3.- que se sepa quienes participaron en la riña o quienes ejercieron actos de violencia sobre la víctima.

#### 5.- LESIONES POR CASO FORTUITO

Tal como es el caso del homicidio, la hipótesis de las lesiones por caso fortuito surge cuando, al ejecutarse un acto lícito con el cuidado y la prudencia debida, se origina un daño o una lesión corporal que ni se previó ni era previsible. Hay aquí completa ausencia de intención de dañar. Nuestro código no contiene regla pertinente. No es punible.

En el caso de las *lesiones en los deportes*, debemos recordar el principio sentado al hablar del homicidio. Si las lesiones se producen con violación de las reglas o reglamentos del juego, el hecho es, punible, pues se trata o de imprudencia temeraria o de manifiesto deseo de dañar.

#### 6.- LESIONES CALIFICADAS

Nuestro código no toma en cuenta las circunstancias calificativas, agravantes y atenuantes de las lesiones<sup>10</sup>.

El código español agrava la pena cuando las víctimas de las lesiones son los padres, los hijos, el cónyuge o los ascendientes legítimos o ilegítimos del ofensor. También la agrava cuando concurren las circunstancias calificativas del asesinato y cuando las lesiones han sido causadas con intención manifiesta de injuriar o en circunstancias ignominiosas.

El código argentino agrava igualmente la pena cuando se trata de lesiones en que concurren el parentesco y todas las circunstancias calificativas del asesinato.

Nuestro viejo código agrava la pena de las lesiones calificadas exactamente en los mismos casos contemplados en el código español.

En el código vigente hay un vacío inexplicable a este respecto. Es indudable que así como los vínculos de parentesco agravan el delito de homicidio, existe o debe existir agravación en el caso del delito de lesiones. Entre herir o matar al padre, al hijo o al cónyuge, solo hay diferencia en la intensidad del daño causado; la violación del deber moral es la misma.

De igual manera deberá justificarse la agravación cuando las lesiones se cometan por ferocidad o por lucro; para facilitar u ocultar otro delito; con gran crueldad; con perfidia; o por fuego, explosión u otro medio semejante; o con alevosía, circunstancias todas calificativas del homicidio, según el art. 152. Debería tomarse en cuenta, también el **concurso de varios**<sup>11</sup>. Omisión digna de notarse es, también, la de las calificativas atenuantes de la responsabilidad por el delito de lesiones. Sobre este particular nuestro código no incluye sino una, y ésta está representada por las lesiones preterintencionales. Pero la ley ha olvidado consignar expresamente el caso de las lesiones por emoción violenta, impetu o provocación. El código derogado concedía esta atenuante en los casos de los arts. 247 y 255.

---

<sup>9</sup> Ver art. 12 del C. de P.P., según el cual son faltas las lesiones leves que requieren asistencia facultativa hasta por seis días.

<sup>10</sup> Impropiamente el art. 165 considera una sola y única circunstancia calificativa, la muerte de la víctima a consecuencia de la lesión, si es que el delincuente pudo prever este resultado.

<sup>11</sup> Aplicación del inc. 1 del art. 51 del C.P.

## 7. LESIONES LEGÍTIMAS

Así como el homicidio se legitima o justifica en los casos taxativamente considerados en la parte general de nuestra ley, las lesiones también pueden legitimarse en cada uno de los supuestos de los incisos 2, 3, 4 y 5 del art. 85.

Hay gran dificultad cuando se trata de enfocar la legitimidad de las lesiones causadas por la falcia en el ejercicio de sus funciones (debate). Ver reglamentos policiales. -Caso del art. 256 del código derogado-<sup>12</sup>.

*¿ Son punibles las lesiones producidas con el consentimiento de la víctima ?*

Tenemos que asimilar el caso de las lesiones al caso del homicidio suicidio, para el efecto de determinar la responsabilidad. ¿Es responsable el que se lesiona a sí mismo en un intento de suicidio?. No. ¿ Es responsable el que consiente que otro le ocasione lesiones?. Aquí hay que tener en cuenta el móvil. Si el que se hace lesionar persigue un móvil ilícito, como en el caso del que trata de incapacitarse físicamente para eludir el servicio militar, sería responsable el lesionado y el que causa la lesión. ¿ Y si no persigue ningún móvil?.

*¿ Son punibles las lesiones causadas por los padres, tutores y maestros en el ejercicio del derecho de conexión ?*

La ley civil otorga un derecho de conexión a los padres respecto de los hijos. En el caso de que, con motivo del uso de este derecho, el padre cause lesiones al hijo. ¿Con qué criterio debería apreciarseles?. ¿ Serán punibles o no?. Markel se decide por la impunidad siempre que el derecho de castigar no sea un puro pretexto y no pierda el carácter de una regla y medio de educación, ni traspase los límites que ponen a su ejercicio los preceptos de la ley y el sentido de humanidad. Yo creo que todo padre que se exceda en el uso de este derecho, causando lesiones graves, y denotando con ello crueldad y escaso amor paternal, deberá ser penado en relación con el daño causado.

En el caso de los maestros. ¿ Es aplicable esta regla?. Confrontar la vieja y la nueva pedagogía.

El art. 256 de nuestro viejo código dejaba impunes las lesiones leves causadas por los padres y abuelos a las hijas y nietos.

## 8.-CONCURRENCIA CON OTROS DELITOS.-

Las lesiones pueden ir acompañadas de otros delitos, o, dicho de otro modo, con motivo de la comisión de otro delito puede concurrir el delito de lesiones. Ejemplos : robo, violación duelo etc.

*Lesiones*

1.- Objeto específico de la tentativa penal

2.- Definición

3.- Sujeto activo y pasivo

4.- Elementos : 1. acto dañoso; 2. resultado dañoso; 3. voluntad de dañar la integridad corporal o la salud física o mental de una persona, no de matar.

a) *Acto dañoso*: 1). acto dañoso que recae en el cuerpo o que altera la integridad anatómica del sujeto; 2) acto dañoso que recae en el equilibrio funcional del sujeto. El primero supone, por lo general, un hecho de violencia, que produce una solución de continuidad en el organismo, con efusión de sangre. El segundo, supone siempre violencia, pero ya no solo violencia física, pues un choque emocional puede ser causa de lesiones, y no importa siempre solución de continuidad ni efusión de sangre.

b) *Resultado dañoso* Relación de causalidad. Variedad del resultado.

c) *Voluntad de dañar* Diferencia con el homicidio

---

<sup>12</sup> El art. 256 del código derogado consideraba legítima las lesiones inferidas por los cónyuges, padres y hermanos mayores, a su cónyuge, hija o hermana menor, en el momento de sorprenderla en acto carnal, siempre que su curación no demandase más de 30 días.

### **Cuadro sinóptico**

*Clasificación.* Morfología del código

Lesiones graves (art. 165).

a) Herida que ponga en peligro la vida (inciso 1)

b) Mutilación (inc. 2)

c) Daños graves inferidos a la integridad corporal o a la salud física o mental de una persona (inc. 2 y)

d) La doctrina tiende a suprimir la nota relativa al peligro de vida, por la incertidumbre que determina su calificación.

B) *Mutilación.* Mutilar :

1. El cuerpo de una persona

2. 2. Uno de sus miembros importantes

3. 3. Uno de sus órganos importantes.

C) *Castración.* Figura singular en el código español.

*Resultados dañinos*

a. Hacer impropio para su función un miembro o un órgano importante (inc. 2.).

b. Causar incapacidad permanente para el trabajo (inc. 1).

c. Causar invalidez (inc. 2.).

d. Producir enfermedad mental permanente (inc. 2.).

e. Desfigurar de manera grave y permanente (inc. 2.).

*Lesiones menos graves* Defectos de técnica de la ley.

*Lesiones culposas* Cuestión de juzgamiento : *acción penal pública* o de oficio : lesión grave o si el delincuente ha infringido un deber impuesto por su función o industria; *acción penal privada* : si la lesión es leve. Fórmula : 10 días de      por 5 de asistencia médica u 8 x 4. Para la      de oficio se requiere 15 x 8. Falta : 6 x 3.

## DELITOS DE PELIGRO CONTRA LA PERSONA INDIVIDUAL

### I. RIÑA

#### 1. Homicidio y lesiones en riña

De acuerdo con la doctrina más difundida, la riña se califica por sus efectos, según que de ella resulte homicidio o lesiones, castigándose estos efectos no el simple acto de reñir.

Del rubro del Título IV, que dice únicamente "riña" parece desprenderse sin embargo que lo que hay que sancionar es el mero hecho de reñir dos o más personas y no su resultado. Pero, leyendo el texto de los dos artículos del título se advierte que lo que la ley castiga son las consecuencias de la riña, es decir, la muerte o las lesiones graves producidas en riña. Esta falta de conformidad entre el encabezamiento del título IV y el texto del mismo se debe a que nuestro legislador se inspiró en el art. 117 del anteproyecto suizo de 1918 que, bajo el rubro "riñas", dice literalmente : "el que tomare parte en una riña será castigado *por este solo hecho* con prisión o con multa, a no ser que se hubiere limitado a rechazar un ataque o a separar a los combatientes". Nuestro legislador no advirtió, pues, que en el texto suizo, la riña es punible por sí sola, independientemente de sus consecuencias, y que por tal razón el rubro escueto "riñas", etiqueta de una figura penal de contenido propio, resulta congruente con el tenor de la regla de dicho texto. A excepción del proyecto suizo, lo que la mayoría de los códigos castigan, exclusivamente, son los efectos de la riña entendida no como lucha dual, sino como lucha colectiva, tumultuaria y confusa, con participación de más de dos personas, y en la que no se sabe con certidumbre quien o quienes causaron las heridas o produjeron la muerte de otro. Esta es en el fondo la doctrina adoptada, aunque defectuosamente legislada, por nuestro código en sus arts 169 y 170.

para que exista homicidio en riña se requiere :

1. Que haya riña;
2. Que en la riña participen más de dos personas, en forma confusa y tumultuaria y sin concierto previo;
3. Que de la riña resulte muerte y no conste su autor; y
4. Que se sepa quienes ejercieron actos de violencia sobre la víctima o, por lo menos, quienes participaron en la riña.

1. La riña es propiamente una pelea, una lucha. No es riña la mera disputa o el simple altercado. La riña de la que aquí se habla precisa la existencia de actos de violencia, de golpes, de vías de hecho en suma.

2. En la riña deben participar más de dos personas. Si dos sujetos riñen, y uno de ellos, durante la riña, mata al otro, el matador será imputable de homicidio, pero no de

homicidio en riña. La riña debe ser, además, confusa, como cuando dos bandas acometiéndose y mezclándose uno con otro, dificultan el poder distinguirlos. Según esto, no habrá homicidio en riña cuando las acciones se individualicen y dos sujetos por ejemplo, luchan personal y distintamente con otros dos. Lo propio cabe decir cuando hay verdadera agresión y los responsables atacan todos juntos a una sola persona. Además, la riña debe surgir sin acuerdo previo, ser repentina -como dice Carrara- pues si se conciertan varias voluntades, anticipadamente, para realizar una agresión las consecuencias no se apreciarán como delito en riña.

3. La consecuencia o efecto de la riña debe ser un homicidio, un homicidio cuyo autor es desconocido, pues cuando es conocido e individualizado, hay un homicidio puro y simplemente.

4. Por último, para que el homicidio en riña sea imputable, debe constar quienes ejercieron actos de violencia sobre la víctima o, por lo menos, quienes participaron en la riña.

Rasgo característico de esta figura en lo que respecta a la responsabilidad de los participantes, es la manera como ella se hace extensiva a todos, en igual medida. Desde los tiempos de Carrara, la doctrina sostiene la teoría de la llamada complicidad correlativa que extiende la responsabilidad del autor incógnito del homicidio en riña, a los autores conocidos de actos concomitantes, agravándola en proporción a la eficacia de éstos. Lo que equivale a repartir la responsabilidad entre todos los participantes, aun cuando muchos de ellos no hayan ejecutado el acto de violencia mortal, por ignorarse quien fue exactamente el que lo ejecutó.

Veamos las disposiciones pertinentes de nuestro código. El art. 169 dice: Encuentro esta regla algo confusa, pues si, de un lado ella está de acuerdo con la doctrina al considerar imputable al que hubiere participado en una riña de la que ha resultado muerto, por el solo hecho de la participación; de otro lado, se halla fuera de lugar la salvedad que el artículo hace respecto del que se limita a rechazar un ataque, caso que no es otro que el de la legítima defensa ejercitada individualmente, figura que en mi concepto no cabe dentro del marco del homicidio en riña.

Carece también de importancia, en mi opinión, la otra salvedad que el art. 169 hace en favor del que se limita a separar a los combatientes, pues ella hace suponer que el codificador, contrariando la doctrina, ha querido referirse a la riña dual y no a la riña colectiva y tumultuaria (este confusionismo proviene de haberse adoptado, modificándolo sustancialmente, un texto como el del anteproyecto suizo de 1918, en el que se configura un delito distinto, el delito de riña y no el de homicidio o lesiones en riña). Para la exacta configuración del homicidio en riña, bastaba la regla del art. 169, sin las inútiles salvedades que en él se hacen. Considero innecesaria la regla del art. 170. A los que practican actos de violencia sobre la víctima, siempre que conste quienes fueron los autores de dichos actos, la primera parte del art. 170 les impone la pena del delito cometido, pena que, como lo he dicho anteriormente, debe ser la que corresponde al asesinato. Y a los que practicaron actos de violencia sobre la víctima, ignorándose quien dio el golpe mortal, la segunda parte del art. 170 le impone penitenciaria o prisión no mayor de seis años ni menor de dos años.

## **2. El homicidio en riña en el código derogado (art. 237)**

El código del 63 define el homicidio en riña de la siguiente manera : " Si de una riña resultare muerto y no se pudiera conocer al autor de ella, pero si a los que infirieron a la víctima lesiones graves, se impondrá a éstos penitenciaría en primer grado. Si no se pudiera conocer a los causaron las lesiones graves, se aplicará cárcel en quinto grado a todos los que hubiesen tomado parte activa en la riña o pelea".

Aunque menos perfecta que las fórmulas de los códigos modernos, yo considero esta definición de nuestro viejo código más clara y precisa que la del vigente.

## **3. Legislaciones extranjeras**

El código italiano castiga a todo el que participa en una riña, agravando la pena en caso de que de la riña resulten muerte o lesiones, o en caso de que una y otras sobrevengan inmediatamente después de la riña y a consecuencia de ésta. Esta fórmula es tan diáfana como breve.

El código argentino dice en su art. 95 : Cuando es riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los art. 90 y 91, sin que constare quienes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona ofendida.

El art. 119 del proyecto Coll-Gomez dice: "cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas resultare la muerte de alguna, sin que conste quien la ocasionó, se impondrá prisión por dos a seis años a todos que ejercieron violencia sobre la víctima".

Considero esta fórmula mejor concebida en su brevedad, que las alambicadas y extensas reglas de los arts 169 y 170 de nuestro código. Ellas precisan más eficazmente el carácter confuso y tumultuario que deben tener la riña para que sus desgraciados efectos determinen una imputabilidad relativa y una punibilidad moderada como las que todos los códigos señalan a los autores de este delito.

## II. DUELO

Atenta, también contra la vida, el cuerpo y la salud un delito de creación legal : el duelo.

El duelo regular es un combate o pelea singular que, previo reto o desafío, se lleva a cabo entre dos personas, con asistencia de dos padrinos mayores de edad, que eligen las armas y pactan las condiciones del lance.

El duelo es una costumbre muy antigua. Sus más calificados precedentes son : el duelo adivinatorio de los germanos, el duelo judicial el duelo por mandato, el torneo caballeresco, etc. Durante el siglo XVI el duelo fue muy frecuente. Bajo Napoleón I se difundió tanto en Francia, que hubo que reprimirlo con severidad, pues ocasionaba numerosas víctimas, sobre todo entre la oficialidad joven de los ejércitos imperiales. El pueblo germano conserva viva la tradición del duelo en sus universidades (en donde es frecuente que los estudiantes se batan por cualquier fruslería).

Se ha discutido mucho sobre sí el duelo es o no un delito, y si debe ser castigado o declarado impune. Hay códigos como el español vigente que no lo mencionan. Otros castigan el homicidio y las lesiones causadas en duelo, con las penas de los delitos comunes de homicidio y lesiones. Este criterio es seguido por la legislación francesa y noruega. pero la sistemática absolución de los duelistas en estos países ha determinado la presentación de diversos proyectos legislativos que conciben el duelo como un *delito especial*. Este es el sistema seguido por la mayoría de los códigos penales, inclusive por el nuestro.

Jiménez de Asúa, considera un tanto injusto que se haya hecho del duelo un delito especial privilegiado. Sin embargo, cree que las causas y motivos que llevan a los duelistas al campo del honor no pueden compararse a los móviles innobles que inspiran al asesino. Aún reconociendo que el duelo es un prejuicio, del cual se apartan ya socialistas y comunistas, tenemos que convenir que este prejuicio se asienta sobre una idea noble, la de que el honor está por encima de todos los demás bienes.

La represión personal que busca el duelista cuando trata de lavar su honra con su propia mano es, en principio, contraria al orden jurídico, porque desconoce la existencia de la ley, de los jueces y tribunales encargados de reprimir las ofensas. En realidad, deberían bastar estos resortes legales para que los ofendidos arreglasen sus cuestiones de honor. Pero, en la práctica, o la ley y los jueces resultan ineficaces, o los individuos prefieren acudir al duelo por creer que éste es el único medio de reparar el honor, no obstante su carácter aleatorio, ya que muchas veces suele triunfar el ofensor.

Si el duelo se suprimiera, por ser un rezago de costumbres bárbaras, -como quieren algunos tratadistas-, tal vez no habría manera de castigar las ofensas íntimas, aquellas que la justicia, con todo su aparato, no puede remediar ni reparar. admitiendo que hay duelos inevitables, Gauthier dice que éstos son tan irracionales como los otros, y que es mejor acudir a los tribunales que apelar a las armas. Gauthier advierte que el secreto del encuentro no se guarda nunca, y que la igualdad de las armas no existe, pues puede haber un brazo más vigoroso que otro, o ser más hábil uno de los que las

maneja; pero concluye que, a pesar de ser absurda, en el estado actual de las costumbres el duelo es excusable.

Adhiriéndose a la opinión de Gauthier, Jiménez de Asúa piensa que por mucho que el honor sea una cosa muy estimable y que las injurias y las calumnias modifiquen en cierta medida el juicio que tenemos de nosotros mismos, esto no justifica el duelo, y que es suficiente acudir a los tribunales. Jiménez de Asúa confía que éste puede ser el remedio que ponga coto al duelo, cuando esta costumbre se generalice entre las gentes honradas y cuando los tribunales castiguen con mano firme la calumnia y la injuria.

Tratando de evitar el duelo, Ferri había propuesto, como un sustitutivo penal, los tribunales de honor, que, según Tarde, serían el único medio de evitar los duelos. Pero la dificultad está en que las partes acepten los fallos. Preferible sería el sistema inglés en que el provocado acude a un juez, quien obliga a la otra parte a prometer, bajo caución, que la paz no será turbada.

En la práctica, todas las tentativas para prevenir el duelo resultan infructuosas. De esto tienen la culpa, según Jiménez de Asúa, la literatura que glorifica a los duelistas, y la nobleza y la milicia que cultivan el duelo más asiduamente que las otras clases sociales. Es que, como dice Merkel, con el duelo, los duelistas prestan homenaje a una fuerza espiritual fundamentalmente opuesta a la tendencia del Estado moderno a realizar la paz por el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la penalidad, la mayoría de los autores están de acuerdo en que las penas que se impongan a los duelistas no deben ser severas. Es injusto penar el duelo por sus efectos, como la hacía el código español de 1928, porque en un duelo a sable o a pistola no se puede medir ni prever el daño que se causaría al adversario. Medir la pena por los efectos del combate, es penar al duelista por aquello que no ha querido, por lo que el azar ha causado. Además, hay que tener en cuenta que la falta de resortes legales eficaces puede colocar al ofendido en un estado de legítima defensa, desde que no encuentra otro medio racionalmente necesario para contener la difamación que el duelo. El estímulo del honor debe ser tomado en cuenta para mirar con benevolencia a los duelistas, aplicándoles pena no muy severas. Esta es la doctrina que recoge nuestro código, como vamos a verlo.

Nuestro código reproduce casi literalmente las disposiciones sobre el duelo contenidas en el código del 63, alejándose en este punto de su modelo el Anteproyecto suizo de 1918, que no considera el duelo como un delito especial, sino que lo comprende, junto con otras varias infracciones, bajo el rubro de "actos que pongan en peligro la vida o la salud ajenas".<sup>1</sup>

Son sujetos activos y pasivos, al mismo tiempo, de este delito, los que se baten en duelo, y, en los casos expresamente señalados, los padrinos y los médicos que intervienen en un duelo. La morfología del duelo en nuestro código es la siguiente :

---

<sup>1</sup> Las disposiciones de nuestro código se parecen mucho a las del código penal argentino.

1. Duelo regular (art. 171);
2. Duelo irregular (art. 173);
3. Instigación al duelo (art. 172);
4. Provocación al duelo.

Sujetos de delito :

1. Los duelistas;
2. La nodriza
3. Los médicos.

## **5. DUELO REGULAR**

Duelo regular es el que se realiza de acuerdo con los cánones del llamado código del honor y con intervención de dos padrinos. Esta figura está incluida en la regla del art. 171, que dice :

La integran los siguientes elementos :

1. Un combate singular del cual pueden salir ilesos los duelistas o que puede dar como resultado lesiones leves o graves, o muerte;
2. Intervención de dos padrinos mayores de edad que, con el carácter de representante de los duelistas, pacten las condiciones del duelo y eligen las armas, ciñéndose en todo a las prescripciones del código que rige en lances entre caballeros; y
3. Voluntad manifiesta de batirse<sup>2</sup>.

Atendiendo a los resultados, el art. 171 contiene los siguientes supuestos :

1. Duelo regular sin lesiones
2. Duelo regular con lesiones leves
3. Duelo regular con lesiones graves
4. Duelo regular con muerte de uno de los duelistas.

En el primer y segundo casos la pena será prisión no mayor de tres meses.

En le tercer y cuarto casos, no obstante la gravedad del resultado, la pena será prisión no mayor de cinco años. Esta penalidad menor confirma lo que dijimos anteriormente, o

---

<sup>2</sup> Debo explicar los 3 elementos.

sea que el duelo es un delito especial, de categoría privilegiada, que no se castiga por sus resultados.

En el caso del duelo regular, el código impone una pena elevada al duelista desleal, que es aquel que falta en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos.

Atendiendo a los resultados del duelo el art. 174 regula la responsabilidad del duelista desleal, de la siguiente manera :

1. Si no resultan lesiones o si resultan lesiones únicamente leves, la pena será penitenciaria no mayor de tres años.
2. Si resultan lesiones graves, la pena será penitenciaria no mayor de doce años.
3. si resulta muerte, la pena será penitenciaria no menor de quince años.

Esta severidad en el tratamiento penal del adversario desleal, está de acuerdo con la idea del honor, que es la que inspira el duelo. El duelo es lance entre caballeros, y un caballero no debe tratar de conseguir ventajas sobre el contrario, violando las reglas ajustadas por los padrinos. Si o hace, su conducta revela dolo evidente, propósito manifiesto de causar un daño grave. Merece (por tanto, una pena mayor)<sup>3</sup>.

#### *Responsabilidad de los padrinos y los médicos*

La ley sanciona, igualmente, la intervención de los padrinos en los casos taxativamente señalados en los arts. 174, 175 y 176.

Del mismo modo que a los duelistas, a los padrinos les está vedado apartarse de los cánones del honor o factor, condiciones tan severas que de ellas resulta necesariamente la muerte de los duelistas. El duelo, tributo pagado a un prejuicio social, no debe buscar esta consecuencia, como algo indeclinable, porque entonces la intención de los duelistas y la de los padrinos sería francamente homicida. Además, a los padrinos les incumbe un deber especial, y es el de limitar, hasta donde sea posible, las consecuencias desgraciadas del duelo, reduciendo por medio de la persuasión el propósito homicida que pudieran animar a los duelistas.

En la última parte del art. 174, el código reprime a los padrinos que usaren, cualquier género de alevosía en la ejecución del duelo o que lo concertaren con conocida ventaja de uno de los combatientes. La responsabilidad de los padrinos se regula en este caso, del mismo modo que en el caso del combatiente desleal, o sea según que del duelo no resulte daño o que resulten lesiones graves o muerte.

---

<sup>3</sup> En seguida debo tratar de la segunda calificativa agravante especial consignada en el art. 174 (duelo por interés pecunario u objeto inmoral).

El art. 175 contiene el caso de los padrinos que concertaren un duelo a muerte o en condiciones tales que de ellas debiere resultar la muerte. La pena de los padrinos es, conforme a esta regla, la que corresponde a los duelistas.

Serán también punibles los padrinos, conforme al art. 176, si hubieren excitado a los adversarios a batirse. La ley no señala expresamente la pena aplicable a este caso. Pero, tratándose de instigación al duelo, cabe aplicar aquí las penas establecidas en el art. 172.

La ley considera, por lo general, impune la intervención de los médicos en un duelo, salvo que, a tenor de lo dispuesto en el art. 176, hubieren excitado a los duelistas a batirse, en cuyo caso les correspondería, como el caso de los padrinos, la pena de los instigadores.

## 6. DUELO IRREGULAR

Duelo irregular es el que se realiza sin la concurrencia de padrinos mayores de edad que elijan las armas y pacten las condiciones del combate. Esta figura se halla incluida en el art. 173 que dice La integran los siguientes elementos :

1. Combate singular del cual pueden salir ilesos los duelistas o que puede dar como resultado lesiones leves o graves o muerte;
2. Prescendencia de padrinos que pacten las condiciones del duelo y eligen las armas;
3. Voluntad de batirse en forma irregular.

Un duelo irregular es un caso de riña dual, con empleo de armas, en que los duelistas se ponen voluntariamente al margen de las pragmáticas del código del honor. Esta irregularidad da al lance un carácter de suma peligrosidad, y hace de los duelistas delincuentes comunes que deben responder con arreglo a las disposiciones pertinentes del resultado producido.

El duelo irregular no goza, pues, del privilegio de la pena atenuada, debido a que los duelistas ponen de manifiesto un dolo específico que cambia la naturaleza del evento. Mejor dicho, el duelo irregular no es duelo : es una vulgar pelea en que cada uno de los duelistas trata deliberadamente de causar al adversario heridas graves o la muerte. De ahí que el art. 173 aplique a los duelistas las penas comunes del homicidio o de las lesiones graves que resultaren. Esta severidad se atempera, sin embargo, si no resulta muerte ni lesiones graves; en cuyo caso la propia regla impone a los duelistas una pena no mayor de un año.

Duelo por interés pecuniario u otro objeto inmoral<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Esto va como circunstancia calificativa aparente del duelo regular.

El art. 174 reprime en su primera parte al que provoca a duelo o da causa a un desafío, por un interés pecuniario o por otro objeto inmoral. La ley castiga con severidad este caso, en vista de que, bajo la apariencia de un lance caballeresco, el provocador persigue un fin deshonesto y reprobable. Integran esta figura los siguientes elementos :

1. Un combate singular del cual pueden resultar o no lesiones leves o graves o muerte;
2. Un interés pecuniario, como en el caso del que reta a otro por pago; o un objeto inmoral, como en el caso del que trata de atemorizar a otro para obtener alguna ventaja o provecho personal;
3. Voluntad de batirse para alcanzar cualesquiera de estos fines.

El art. 174 regula la responsabilidad conforme a los siguientes supuestos :

1. Si no resulta muerte ni lesiones graves, la pena será penitenciaria no mayor de tres años.
2. Si resultan lesiones graves, la pena será penitenciaria no mayor de doce años.
3. Si resulta muerte, la pena será penitenciaria no menor de quince años.

## **7.- INSTIGACION AL DUELO**

En regla especial la ley destaca el caso del que instiga a otro a provocar o aceptar un duelo, o desacredita públicamente a otro por no desafiar o por haber rehusado un duelo.

En éste como en otros casos la instigación suele tener un carácter motor determinante del hecho, de manera que si ella, no se produjera, éste tal vez no llegaría a cumplirse.

Cuántos sujetos débiles de carácter dejarían de batirse, si no fueran empujados directamente por medio de consejos o indirectamente por medio de la difamación.

La ley castiga a los instigadores teniendo en cuenta, de un lado, el solo hecho de la instigación, aun cuando ésta no de ningún resultado; y apreciando, de otro lado, sus consecuencias, cuando la instigación determine el duelo.

Los supuestos del pertinente art. 172 regulan la responsabilidad del instigador de la siguiente manera :

1. Si el duelo no se realiza, o si, realizado, no se han producido muerte ni lesiones graves, la pena será multa de la renta de treinta a sesenta días; y
2. Si el duelo se realiza, y el resultado es muerte o lesiones graves, la pena será prisión no mayor de cinco años.

### Circunstancias calificativas agravantes y atenuantes del duelo<sup>5</sup>

El duelo puede calificarse en el sentido de la agravación o de la atenuación de la responsabilidad, según que concurren, respectivamente, las circunstancias enumeradas en los arts. 177 y 178.

Son circunstancias calificativas agravantes, conforme al art. 177 :

1. El hecho de haber uno de los duelistas desechado explicaciones suficientes o satisfacción decorosa de su adversario, o el haberse negado a darlas.
2. El hecho de que notoriamente uno de los duelistas tenga el hábito de retar o de buscar ocasiones de reñir.
3. El hecho de haber uno de los duelistas injuriado o ultrajado al otro con el propósito evidente de ocasionar el duelo.

En estos tres casos el juez podría aumentar la pena hasta en un tercio sobre el máximo que corresponda al delito.

Favorecen los calificativos atenuantes, conforme al art. 178 :

1. Al injuriado o ultrajado que se batiere por no haber podido obtener de su ofensor satisfacción decorosa:
2. Al que se batiere por grave ofensa inferida a sus padres, hijos o esposa;
3. Al que se batiere por haber desechado su adversario la satisfacción decorosa del agravio;
4. A los combatientes que hubieren procurado precauciones para evitar el peligro de muerte.

En estos cuatro casos el juez podrá disminuir la represión hasta límites inferiores al minimum legal.

---

<sup>5</sup> Están más adelante.

### III. PONER A PELIGRO O ABANDONAR PERSONAS EN PELIGRO

Inspirándose, en parte, en el anteproyecto suizo de 1918 y, en parte, en el código argentino, nuestro código agrupa bajo el título de "exponer a peligro o abandonar personas en peligro" diversas infracciones contra la vida, el cuerpo y la salud, cuya morfología es la siguiente :

- 1.- Exposición a peligro, (arts. 179-180-181);
- 2.- Abandono, (arts 179-180-181);
- 3.- Omisión de auxiliar a personas abandonadas o en peligro (arts. 182 y 183).
- 4.- Malos tratos y negligencia para con los menores (art. 184);
- 5.- Exceso de trabajo de los menores subordinados (art. 185).

Veamos cada una de estas figuras :

#### 9. Exposición a peligro

La figura de la exposición a peligro se halla incluida junto con la del abandono en el art. 179, que dice : (leer). Apartándose de la mayoría de los textos legales, el maestro distingue entre "exponer a peligro" y "abandonar".

La figura (corriente) que encontramos en casi todas las leyes penales, es la del abandono de niños o de personas invalidas. Nuestro código del 63 castigaba (art. 311) el abandono de un menor de 7 años imputable a la persona bajo cuya custodia se encontrare, (y aumentaba gradualmente la pena según que la vida del menor estuviere tan sólo en peligro o que a consecuencia del abandono el menor muriese).

El art. 480 del código español vigente, (que es propiamente el de 1870) contiene la misma regla, y tampoco emplea el término "exposición". El código argentino (art. 166) sanciona al que abandona a un menor de 10 años o a otra persona incapaz por causa de enfermedad, a quien deba mantener o cuidar, (y aumenta gradualmente la pena según que del abandono resulte un grave daño en el cuerpo o en la salud del menor o incapaz, o la muerte). Manteniendo esta misma regla, el reciente proyecto Coll-Gomez (art. 142) reprime el abandono de un menor de menos de doce años o de otra persona incapaz por causa de enfermedad o ancianidad, (aumentando la pena según que, a consecuencia del abandono, sobrevengan lesiones graves o gravísimas o la muerte). Innovando la regla, el propio proyecto Coll-Gomez reprime en precepto distinto (art. 146) la exposición o abandono por causa de honor, de un menor de tres días, (por

causa de honor, elevando la pena si sobreviene la muerte del abandono o lesiones graves o gravísimas)<sup>6</sup>

El anteproyecto suizo de 1918 castiga en sus arts. 112 y 113 tanto al que estando encargado de la custodia de una persona que no se halle en estado de protegerse a sí misma o teniendo el deber de velar por ella, la expusiere a un peligro de muerte o a un peligro grave e inminente para la salud; cuanto al que estando encargado de la custodia de una persona que no se halle en estado de defenderse a sí misma<sup>7</sup>, la abandonare cuando se hallaba en peligro de muerte o en un peligro grave e inminente para la salud<sup>8</sup>. Como se ve, el anteproyecto suizo, que no habla expresamente de exposición o abandono de niños, establece diferencia entre exponer a peligro y abandonar en peligro, diferencia que ha recogido nuestro código.

Para la doctrina clásica no hay más exposición que la de niños recién nacidos. Según esta doctrina, exponer a un niño equivale a depositarlo en un paraje público para que alguien lo recoja.

Carrara distingue entre exposición propiamente dicha y exposición con abandono. Hay exposición propiamente dicha cuando, por ejemplo, después de haber colocado a su hijo en el torno de un hospicio (donde es seguro que el expósito encontrará cuidados), la madre no se retira sino después de haberse cerciorado que la tornera ha recogido a la criatura. Hay exposición con abandono cuando la madre, después de exponer a su hijo, (a la puerta de una casa) se retira antes de ver si alguien recoge al niño y sin tener, por tanto, la seguridad de que el expósito recibirá la inmediata asistencia que su tierna edad reclama.

Conforme a esta doctrina, para que haya exposición de infante propiamente dicha, se requiere :

- 1.- Exposición del infante;
- 2.- Que éste no haya sido expuesto con intención de procurarle la muerte; y
- 3.- Que no haya sobrevenido la muerte del infante como consecuencia de la exposición.

Los viejos códigos, entre otros el español de 1822, distinguían entre la exposición en lugares destinados a este fin, como casas de expósitos u otras instituciones equivalentes, y la exposición realizada fuera de estos lugares. El primer caso era considerado impune siempre que la madre declarase expresamente la legítima y urgente necesidad que la obligaba a la exposición, como la falta de medios de sustento,

---

<sup>6</sup> Regla en cierto modo impuesta en el art. 107 del vigente argentino.

<sup>7</sup> El texto suizo vincula la idea de abandono y la de defensa a la de peligro. Tal es la fuente de nuestro código.

<sup>8</sup> Habría sido mejor que nuestro código emplease solamente el término "abandono", suprimiendo el término "exposición". Así habría habido más claridad.

por ejemplo. El segundo caso era considerado ilegal y se castigaba por reputarse verdadero abandono. (El clásico Pacheco, fundamentando la no punibilidad de la exposición de niños propiamente dicha, efectuada en lugar adecuado, decía, que la sociedad, que ha establecido casas de beneficencia, no puede castigar a quienes se valen de ellas sea por motivos de honra, sea por no tener con qué alimentar a sus hijos).

Según esto, cabe afirmar que el art. 179 de nuestro código no sanciona la exposición de niños propiamente dicha, ya que ella no crea ni supone verdadero peligro.

La figura que debemos destacar, en primer término, en este artículo, es, pues la que corresponde al delito que Carrara llamaba "exposición con abandono" y que consiste en exponer a un peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud, a un niño o a una persona incapaz de valerse por sí misma.

Sujeto pasivo de este delito puede ser no sólo un niño, sino también un adulto inválido, incapaz de valerse por sí mismo. Sujeto activo será (restrictivamente) toda persona bajo cuya protección o cuidado se encuentre el niño o el inválido expuesto. Integran la figura los siguientes elementos :

- 1.- Exposición de un niño o de una persona incapaz de valerse por sí misma;
- 2.- Peligro de muerte o de grave e inminente daño para la salud de la víctima, derivada del acto de exposición;
- 3.- Relación de dependencia del expuesto respecto del expositor, derivada de la ley o de hecho;
- 4.- Dolo de peligro

1) La exposición a peligro a que se refiere el art. 179 tiene, a no dudar, una significación más lata que la exposición propiamente dicha, no sólo supone peligro, sino porque comprende, además de los niños, a los adultos inválidos, -y porque al no señalar dicho artículo límite a la edad del infante,- tal como hacen otros códigos -incluye necesariamente otras formas de exposición a peligro, distintas de la colocación del recién nacido<sup>9</sup> en la vía pública. (Según este concepto más lato de la exposición a peligro, el art. 179 es aplicable tanto al que, de noche, expone en mitad de la calle o en el quicio de una puerta o en otro lugar inadecuado, a un recién nacido, a un inválido o a un enfermo, sin preocuparse de si la policía o algún particular recoge al expuesto, cuanto al caso de aquel que obliga a un niño de pocos años a ejecutar un acto riesgoso o peligroso, del cual puede resultar un daño para su salud o la muerte; cuanto al caso de aquel que coloca al inválido o al enfermo en situación igualmente peligrosa para su

---

<sup>9</sup> Es precisamente la misión en nuestro código del dato relativo a la edad de la víctima, lo que no permite establecer una diferencia precisa entre las figuras de exponer y abandonar en peligro.

salud o su vida y de la que no puede desembarazarse en razón de su incapacidad física).

2) Es indudable que con arreglo a este precepto, la conducta del agente es la que crea el peligro. (Mejor dicho, el peligro por exposición, tal como lo entiende el art. 179, no es extraño a la voluntad del agente, aun cuando éste no desee que dicho peligro se convierta de potencial en real).

Este peligro debe ser entendido como la posibilidad de daño que el agente crea respecto de la persona determinada, y se castiga como simple entidad potencial, con independencia del daño sobreviniente. Esta entidad potencial puede ser un peligro de muerte o un peligro de grave e inminente daño en la salud. El recién nacido expuesto de noche en la vía pública corre el peligro de ser devorado por los perros o aplastado por un vehículo, o el no menos inminente de morir de hambre y de frío. Y el inválido o el enfermo expuesto en las mismas condiciones, corre el mismo peligro, aunque tal vez en menor grado que el recién nacido<sup>10</sup>

3) La ley exige, que entre el expositor y el expuesto exista un nexo legal o de hecho, del que se deriven deberes de protección y cuidado que el agente está obligado a cumplir. Quiere esto decir, que el autor ha de estar ligado a la víctima por algún deber personal, y que sin este requisito el delito será distinto. (Según esto no será juzgado como exposición el hecho del que, deseoso de vengarse de su enemigo, le roba al hijo, no para especular con el plagio, sino para abandonarlo en la vía pública).

En el art. 179, están comprendidos restrictivamente : 1. todos aquellos que legalmente tengan al niño o al inválido bajo su protección, caso que puede ser el de los padres o el del tutor o curador; y 2. todos aquellos que de hecho tengan al niño o al inválido bajo su cuidado. Al crear unos y otros, por medio de la exposición, un peligro para la vida o la salud de seres débiles o incapaces de valerse por sí mismos, y a quienes tienen el deber de proteger y cuidar por virtud de la ley o por obligación aceptada o libremente contraída, ponen de manifiesto el propósito de desprenderse de sus obligaciones para con la víctima, a sabiendas del peligro que le hacen correr.

4) Por último, este delito se configura por la concurrencia del dolo de peligro, implícito en la voluntad del expositor. El dolo de peligro es un dolo eventual que no supone la intención de dañar la salud del expuesto, ni la de causarle la muerte, aun cuando una y otra consecuencia debieran ser previstas. El que expone a un niño es posible que no desee su muerte; pero siendo el acto de exposición susceptible de ocasionar una consecuencia tan grave como ésta, el mero hecho de crear o hacer posible ese peligro basta para que al expositor se le repunte delincuente, aún cuando por haber sido recogida a tiempo la víctima no haya sufrido daño en la vida o en la salud. La exposición a peligro es fin en sí misma. Pero es posible que también sea medio para cometer otros delitos como los de lesiones, homicidio o alteración del estado civil (para destruir la filiación y el nombre de la víctima y arrebatarle sus derechos patrimoniales

---

<sup>10</sup> La entidad "peligro" debe ser entendida aquí restrictivamente, ya que el código se ocupa en otros títulos de otras formas de peligro.

(art. 218). Por ello resulta difícil determinar cuándo el dolo es solamente de peligro o cuándo es directo, ya que no siempre es posible alcanzar la verdadera intención del autor. Desde luego, si existiera dolo directo y el agente hubiera querido por medio de la exposición privar de la vida a su víctima, se daría la figura del homicidio.

Nuestra ley no toma en cuenta el móvil en la exposición a peligro. Pero ésta puede obedecer al deseo de no querer el actor cumplir los deberes de custodia, alimentación y protección, o al hecho de no poder cumplir esos deberes, como en el caso del sujeto carente de recursos. (el art. 179 no contiene la salvedad implícita en el art. 536 del código español de 1928, que castigaba al que "teniendo medios suficientes para ello" incurriera en abandono, regla de la que podía inferirse la impunidad del abandono determinado por falta de "medios suficientes"). Tampoco menciona el art. 179 la causa de honor, móvil determinante de la mayoría, si no de la totalidad, de los casos de exposición de recién nacidos.

## **10. Calificativas agravantes**

Concurren como circunstancias calificativas del delito de exposición a peligro, las que taxativamente señalan los arts. 180 y 181.

Estas circunstancias son todas agravantes. Conforme a la primera regla si, a consecuencia de la exposición, muere la víctima o sufre grave daño en el cuerpo o en la salud, y el culpable no ha tenido la intención de ocasionar la muerte o el daño, la pena será penitenciaria o prisión no mayor de seis años. Aunque esta penalidad es mayor que la impuesta por el art. 179, no es propiamente la que corresponde a las lesiones o al homicidio causado intencionalmente.

De acuerdo con la segunda regla, si la exposición hubiere sido cometida por un ascendiente, descendiente o hermano del niño o del inválido o por el cónyuge de éste, la pena será penitenciaria o prisión no mayor de seis años si de la exposición no resulta daño grave en el cuerpo o en la salud, ni muerte; y penitenciaria o prisión no mayor de ocho años si se produce alguno de estos resultados y si el culpable no tuvo la intención de causarlos. Aunque la ley no menciona aquí la calidad de legítimo o ilegítimo, deben entenderse comprendidas en la regla ambas clases de parientes.

La ley no concede ninguna atenuante especial. Se aparta así de la norma establecida por otras legislaciones. El código argentino por ejemplo, (art. 107) disminuye la pena a la mitad cuando el abandono fuere de un menor de tres días aún no inscripto en el Registro Civil y se cometiere para salvar el honor propio de la esposa, madre, hijo o hermana. (Este precepto ha sido reproducido por el art. 146 del reciente proyecto Coll-Gómez, con el agregado del término "exposición" que no emplea la precitada regla).

## **11. Abandono**

Hay que destacar, en segundo término, en el art. 179, la figura del "abandono". Sanciona esta regla al que "abandonare o dejare en desamparo a un niño o a una

persona incapaz de valerse por sí misma, que esté legalmente bajo su protección o que se halle de hecho bajo su cuidado".

En este como en el caso anterior, sujeto pasivo puede ser un niño o un inválido o una persona enferma o físicamente incapaz de valerse por sí misma. Sujeto activo será únicamente aquel cuya protección y cuidado estuviere colocada la víctima. La figura del abandono la integran los siguientes elementos :

- 1.- Abandono o desamparo de un niño o de una persona incapaz de valerse por sí misma;
- 2.- Peligro de muerte o de daño para la salud de la víctima;
- 3.- Relación de dependencia del abandonado respecto del actor, derivada de la ley o de hecho;
- 4.- Dolo de peligro.

1.- A fin de que no exista implicancia (y para acordar el comentario al texto no muy preciso de la ley) debemos concebir la figura del abandono como excluyente de la de exposición a peligro. El abandono no supone necesariamente la colocación de la víctima en la vía pública u otro lugar inadecuado<sup>11</sup>. La idea del legislador parece ser la de que puede haber abandono sin exposición, como en el caso del tutor que, olvidando sus obligaciones, hace entrega a un desconocido de la persona de su pupilo; o como en el caso del propio tutor que omite proporcionar a su pupilo enfermo los cuidados médicos que su estado reclama; (o como en el caso de la madre o el padre indígena que entrega a su menor hijo en calidad de sirviente a cambio de una suma de dinero). ¿ Y no podrían trasladarse a la figura del "abandono" las modalidades de la *exposición con abandono*, mencionadas dentro de la figura de "*exposición a peligro*", comentada anteriormente, dejándose reservadas a la comprensión de esta última tan sólo ciertas formas de peligro creadas no precisamente por la *exposición*, entendido este vocablo como "*colocación en lugar público e inadecuado*", sino por la *acción peligrosa* determinada o creada por voluntad del agente, cualquiera que sea el carácter de dicha acción ?.

2.- Aunque el art. 179 no dice "el que abandonare en peligro", sino que se refiere simplemente al "abandono" y al "desamparo", sin agregar, como en el caso de la exposición, las notas "peligro de muerte" e "inminente daño", es indudable que la entidad peligro está implícita en todo caso de abandono o de desamparo de un niño o de una persona incapaz de valerse por sí misma.

3.- En el caso del abandono como en el de la exposición, el actor ha de estar ligado a la víctima por especiales deberes de protección y custodia, cuya omisión es determinante

---

<sup>11</sup> Por lo mismo, podríamos decir que excluye a los recién nacidos, mejor dicho, a los lactantes, o tal vez mejor, a los niños que no caminan, que son más susceptibles de ser expuestos y de correr peligro con la exposición.

del delito. Esta omisión que puede ser parcial o total, debe apreciarse según el grado de peligro que engendra.

4.- Por último, en este como en el caso anterior funciona un dolo eventual, el dolo de peligro. (Cabe hacer, sin embargo, un distingo, y es que, en ciertas formas de abandono, el peligro se objetiva tanto que la omisión de protección frente a él convierte casi el dolo eventual en un dolo directo).

No obstante que el código no hace expresa mención del móvil en este delito, al individualizar la pena deberá investigarse el que haya podido mover al actor a abandonar a su víctima.

En cuanto a los calificativos agravantes, los que mencionan los arts. 180 y 181 son comunes a la exposición y al abandono. Conviene por tanto a esta figura lo dicho respecto de la primera.

Y por lo que hace a los calificativos atenuantes, anotamos el mismo vacío que en el caso precedente : el código ha omitido mencionar la causa de honor no obstante ser ella motivo determinante de algunas formas de abandono<sup>12</sup>.

#### Omisión de auxilio a persona en peligro

Será conveniente diferenciar el objeto y significación de cada una de estas dos reglas. El art. 182 contiene la figura de omisión de auxilio a personas abandonadas o desamparadas. El art. 183 contiene la figura de omisión de auxilio a personas en estado de peligro.

(La figura del abandono de personas en peligro su ubica).- Las reglas de los arts. 182 y 183 se refieren a ciertos delitos de comisión por omisión, en los que la infracción de un deber de humanidad puede determinar un daño en la vida o en la salud de las personas, por falta o negación de un auxilio o socorro oportuno y pasible.

Tratándose de hechos como estos en que aparentemente no hay bien jurídico lesionado, podría decirse que no existe fundamento para castigar al omiso. Pero la doctrina, y muchos textos legales, han resuelto la cuestión en sentido afirmativo, estableciendo que estos hechos constituyen delito, no obstante que las obligaciones morales que ellos violan se derivan de un consorcio cuyos fines no son estrictamente los de custodia y asistencia. Esta es la doctrina sostenida por los clásicos. Es Carrara quien propone el siguiente caso : un cazador abandona en un lugar solitario a su compañero herido y en peligro de muerte, y privado de socorros, no obstante que con un poco de sentido humanitario podía haberlo conducido a lugar poblado o reclamar el auxilio o intervención de otros. ¿ Es responsable este cazador ?. Carrara responde que sí, que es responsable o de lesiones culposas o de homicidio culposo. (¿ Es acertada esta solución ?).

---

<sup>12</sup> Hay que comentar el Decreto de 2 de julio de 1937 sobre entrega de menores para servidumbre.

(Parece indudable que, siendo la cooperación y ayuda necesarias a la conservación del agregado social, y habiéndose establecido por tal motivo que dicha cooperación y ayuda constituyen imperativos morales vigentes para toda la sociedad, falta a estos imperativos el que, pudiendo, omite un auxilio urgente y posible, como en el caso de aquel que viendo que un hombre se desangra en un lugar apartado, sigue su camino indiferente sin socorrerlo ni dar aviso a la autoridad.)

(El problema que estas figuras punitivas vitalizan y solucionan es, más que el de las relaciones entre la moral y el Derecho, aquel otro referente a cual debe ser el grado de interferencia de la primera en el segundo, o, más propiamente, hasta qué límite es permisible la conversión de las normas morales que rigen la convivencia social en preceptos legales penalmente protegidos. En estos últimos tiempos se nota una marcada tendencia a transformar ciertos imperativos morales en reglas de derecho positivo defendidos en su eficacia por sanciones penales, tal como en el caso del incumplimiento de los deberes de asistencia por los padres respecto de los hijos, y viceversa, que muchos códigos modernos reprimen por medio de reglas singulares distintas de las que estamos examinando. Podría decirse que un aumento en la sensibilidad moral del hombre, concomitante con una intensificación del instinto de conservación social, favorece esta evolución que, después de todo, es la que han seguido el Derecho Penal y la Moral, en sus relaciones próximas, desde el momento mismo de su diferenciación en el seno del grupo primitivo. La moral nace de las necesidades del grupo; pero sólo se hace eficaz cuando se convierte en derecho penalmente protegido).

En la legislación vigente, el código italiano merece especial mención, porque (apartándose de otras leyes) dobla la pena al que con su omisión de auxilio o socorro determina la muerte de la persona en peligro (hay que ver el C.I.).

El código argentino en su art. 108 castiga al que encontrando perdido o desamparado a un menor de 10 años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omite prestarle el auxilio necesario, pudiendo hacerlo sin riesgo personal, o no da aviso inmediato a la autoridad.

Nuestro viejo código del 63 castigaba en su art. 311 al que, pudiendo, no auxiliare a un niño, cuya vida estuviere en inminente peligro por causa de desamparo; y en su art. 314 penaba igualmente al que, encontrando perdido o desamparado a un menor de siete años, no lo recogiere o lo depositare en lugar seguro, dando cuenta a los padres o guardadores del menor, o a la autoridad.

El vigente código legisla sobre la materia en las reglas de los arts. 182 183 que incluyen dos modalidades del delito de omisión de auxilio.

## **12. Omisión de auxilio a personas abandonadas o en desamparo**

Conforme a la regla del art. 182, sujeto activo puede ser cualquier persona a excepción de las taxativamente indicadas en los arts. 179 181. Sujeto pasivo no puede sino ser un niño o un adulto incapaz de valerse por sí mismo, (o sea un enfermo o un inválido).

Integran esta figura los siguientes elementos :

- 1.- Un niño o un enfermo o un inválido en estado de abandono o desamparo;
- 2.- Conocimiento directo personal de ese estado por el agente;
- 3.- Omisión de aviso a la autoridad;

1- La situación de abandono o desamparo a que se refiere el art. 182, equivale a cualquiera de las modalidades del abandono a estudiadas.

2- Esta situación ha de ser personal y directamente conocida por el omiso, quien, como reza el artículo, ha de haber "encontrado" al niño o adulto en desamparo, lo que equivale a constatar por sí mismo dicho estado.

3- La ley impone en este caso la obligación de dar inmediato aviso a la autoridad, y es la omisión de este aviso la que determina el delito. (Desde luego, el enjuiciamiento de esta omisión impone, en algunos casos, una especial consideración de los factores espacio y tiempo, ya que dificultades provenientes de estos factores pueden retardar u obstaculizar el cumplimiento de tal obligación).

Semejante omisión evidencia en el agente, falta de sensibilidad, de sentido ético, de amor por sus semejantes. Las premisas anteriormente expuestas justifican el que se considere punible a un sujeto de esta clase, que, aunque es posible que no desee ningún daño al abandonado, puede dar lugar con su egoísmo a que surja alguno, y grave.

### **13. Omisión de auxilio a personas en estado de peligro**

Conforme a la regla del art. 183 sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, a excepción de las personas nombradas en los arts. 179 y 181. Sujeto pasivo no puede ser sino un herido o cualquier otra persona en estado de peligro.

Son elementos integrantes de esta figura :

1. Un herido u otra persona en estado de peligro;
2. Conocimiento personal y directo por el agente de ese estado de peligro;

### **14. Omisión de auxilio inmediato o de aviso a la autoridad.**

1. Alude esta regla genéricamente a todas las formas de peligro que ya hemos estudiado, relevando de modo expreso el caso del herido, cuya vida puede hallarse en inminente riesgo (niños y adultos en peligro caben, desde luego dentro de la regla).

2. El estado de peligro ha de ser conocido por el omiso, en forma personal y directa, como si a la vuelta de una esquina éste encuentra a un herido que se desangra.

3. El artículo exige que se preste auxilio inmediato a la persona en peligro o que se de aviso a la autoridad. El deber de ayuda puede prestarse pues en una u otra forma, y el delito se configura por la omisión de ambas a la vez. Esta ayuda no es exigible de modo absoluto, en el primer caso. La ley justifica la omisión de auxilio cuando existe imposibilidad material para prestarla. Al que no sabe nadar por ejemplo, no puede exigírsele que se lance al mar para salvar al que está ahogándose. La ley penal regula actos normales, pero no actos heroicos. Esta justificación está defectuosamente expresada en el art. 183, en la frase "aunque no lo exponga a daño o peligro personal", que induce a errar respecto de su significado. Más correctamente, el art. 108 del código argentino expresa esta causa justificativa por medio de la frase "cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal", que deja entender claramente que lo que la ley castiga es la omisión de un auxilio posible por quien se halla en condiciones de prestarlo.

También en este caso se pone de manifiesto la indiferencia egoísta del agente ante el peligro en que otro se halla y que el omiso sabe que puede conjurar, bien sea por su inmediata intervención personal, bien sea por medio de un aviso oportuno a la autoridad. La omisión puede en algunos casos tener el carácter de un dolo específico, como cuando el imputado presencia no sólo indiferente, sino gozoso, el grave peligro en que se debate su enemigo, a quien no se cree obligado a salvar. (pero en otros casos, la omisión puede deberse a una causa que no puede dejarse de tomarse en cuenta, y es el temor que asiste al que encuentra a un herido, por ejemplo, de verse complicado en las investigaciones policiales, razón por la cual no lo auxilia ni da aviso a la autoridad).

No está demás advertir, que en estos delitos por omisión, es bastante difícil identificar al omiso, por cuyo motivo esta clase de delincuentes no pasa nunca por nuestros estados judiciales.

## **15. Malos tratos y negligencia para con los menores**

La ley trata, en seguida, de otras formas de peligro para la vida y la salud de los menores, determinados por malos tratos, actos de crueldad y descuidos o negligencias capaces de perjudicar gravemente su desarrollo físico o intelectual. La regla pertinente del art. 184, que reproduce casi literalmente el art. 118 del anteproyecto suizo de 1918, dice : (leer).

Con arreglo a este artículo son sujetos activos de delito todos los que tengan a su cargo la crianza, educación o guarda de un menor de 16 años. Sólo puede ser sujeto pasivo un menor de esta edad.

Integran la figura los siguientes elementos:

1. Actos que importen descuidos o maltratos que perjudiquen gravemente la salud o el desarrollo intelectual de un menor de 16 años;
2. Relación de dependencia de la víctima respecto del agente;
3. Peligro para la salud del menor;

#### 4. Voluntad criminal.

(Menores están comprendidos en la regla). Pero ¿y si la víctima tuviese más de 16 y menos de 18 años y se encontrase en calidad de pupilo sería aplicable el artículo? Opino que sí. El límite de edad lo considero en este caso un dato sin importancia para la configuración del delito).

1. Hay en este delito una forma de comisión por omisión y una forma de comisión por acción. En el primer caso, los perjuicios graves surgidos en la salud del menor o en su desarrollo intelectual pueden ser causados por la negligencia o por el descuido de la persona obligada a velar por él. En el segundo caso, esos perjuicios son una consecuencia de los maltratos inferidos al menor, entendiéndose por maltratos, acciones de violencia ejercidas sobre la víctima o vejámenes morales.

2. Entre la víctima y el actor ha de haber una relación de dependencia. Esta relación la establece el hecho de la crianza, de la educación o de la guarda del menor, que impone al agente especiales deberes de protección y asistencia y de los cuales no debe prescindir.

3. En este delito concurre también la nota de peligro que se deriva tanto del descuido del autor como de los maltratos inferidos a la víctima, cuya salud física o cuyo desarrollo intelectual pueden ser gravemente perjudicados.

4. La voluntad criminal está representada tanto por el olvido de inaplazables deberes de protección y asistencia, como por la crueldad, el tratamiento rudo o la intolerancia usados por el actor en agravio de un ser débil e indefenso.

El art. 184 regula las circunstancias agravantes de este delito de la siguiente manera:

1. Si el maltrato o la negligencia hubieren causado al niño una lesión corporal grave y el delincuente pudo prever este resultado, la pena será penitenciaria no mayor de 5 años o prisión no menor de 6 meses.

2. Si la negligencia o el maltrato hubieren causado la muerte del niño y el delincuente pudo preverla, la pena será penitenciaria no mayor de diez años.

Con respecto a la primera agravante, no se alcanza qué diferencia "puede haber entre perjudicar gravemente" la salud del menor, y causarle una lesión corporal grave. Perjuicio grave e irreparable en la salud, causado por la negligencia o por los maltratos, puede ser una tuberculosis, tanto o más grave que una lesión corporal. La ley es, sin embargo, en el primer caso, menos severa que en el segundo, y esto implica error.

#### **16. Exceso de trabajo de los menores subordinados**

La última regla del título que estamos estudiando comprende todas aquellas formas de exceso de trabajo, de las que pueden derivarse, fatiga física e intelectual, daño grave y permanente para la salud, o la muerte de los menores subordinados, víctimas del espíritu de lucro, del egoísmo o de la inhumanidad de jefes, patrones o maestros, El art.

185, que reproduce casi literalmente el art. 119 del Anteproyecto suizo de 1918, se inspira como la regla anterior en un sentido de protección de los menores. Dice así:

"El que por espíritu de lucro o egoísmo o por inhumanidad fatigare físicamente o intelectualmente a un menor de edad que le estuviera subordinado como empleado, obrero, aprendiz, doméstico, alumno o pensionista, de manera que la salud del fatigado sea afectada o gravemente comprometida, será reprimido con prisión no mayor de dos años o con multa de la renta de tres a treinta días.

La pena será de penitenciaría no mayor de cinco años, o prisión no menor de seis meses, si la fatiga hubiere causado un daño grave y permanente a la salud de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado.

En caso de muerte, si el delincuente pudo prever este resultado, la pena será de penitenciaría no mayor de diez años".

### **Delitos contra las buenas costumbres. Delitos contra la libertad y el honor sexuales.**

Bajo el rubro genérico de delitos contra las buenas costumbres, la Sección III comprende los delitos contra la libertad y el honor sexuales y los delitos de corrupción. Estos delitos infringen tanto la moralidad sexual como el orden jurídico.

El derecho penal tiene a este respecto un campo más restringido que el de la moral porque la ley punitiva no castiga todas las violaciones de la ética sexual, sino solamente aquellos hechos que, dentro de la esfera sexual lesionan gravemente bienes jurídicos individuales o colectivos. De estos hechos, unos atacan la libertad sexual o sea la libertad que el individuo tiene de disponer sexualmente de su cuerpo como en el caso de la violación o en el de los abusos deshonestos; y otros atentan contra la decencia pública en materia sexual, como en los casos de homosexualismo, prostitución y corrupción de menores, rufianismo y exhibición deshonestas.

El título I de la Sección III trata de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, cuya morfología es la siguiente :

- Violación (arts 196 - 197 - 198 - 199)
- Pederastia (art. 199)
- Atentados al pudor (art. 200)
- Estupro (art. 201 y 202).

#### **I. Violación**

La violación debe definirse diciendo que es el acceso carnal con una mujer, fuera de matrimonio, contra o sin su voluntad. (Esta es la definición de la violación propiamente dicha). La violación ofrece dos modalidades :

1. violación propiamente dicha (art. 196 y 197)
2. violación impropia (arts 198 y 199)

##### **1. Violación propiamente dicha (art. 196)**

La primera modalidad de la violación propiamente dicha se aloja en la regla del art. 196, que dice (leer):

"Será reprimido con penitenciaría o prisión no menor de dos años, el que por violencia o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera de matrimonio".

La violación propiamente dicha es pues, el acceso carnal ilegítimo con una mujer, hecho que se tipifica por el uso de la violencia o la grave amenaza como medios empleados por el varón para lograr el fin sexual apetecido.

Sujeto pasivo de este delito sólo puede ser una mujer, sea virgen o desflorada, de buena o de mala fama. La víctima ha de ser, además, una mujer viva (ya que el acto de necrofilia que recae en una muerta constituye el delito incluido en el art. 286<sup>1</sup>)

##### *A. Elementos*

Integran el delito de violación propiamente dicho los siguientes elementos :

1. Acto sexual ilegítimo con una mujer;
2. Violencia física o grave amenaza;
3. Falta de consentimiento de la víctima;

---

<sup>1</sup> Esto no es exacto, debo revisar este concepto. Parece que nuestra ley no legisla sobre necrofilia.

#### 4. Voluntad criminal

##### A.1. Acto sexual ilegítimo con una mujer

El acto sexual a que se refiere el art. 196, es el acto de yacer un hombre con una mujer, o sea la cópula entendida en su normal y cabal concepto. (porque la unión sexual contra natura, aun realizada con mujer, no constituye violación, sino abuso deshonesto).

Este acto sexual ha de ser fuera de matrimonio, o sea concubito ilegítimo, pues el coito ejecutado por el marido con violencia o sin consentimiento de su mujer, no constituye violación. El marido, al disponer sexualmente de su mujer, obra en ejercicio legítimo de un derecho derivado del matrimonio. En todo caso, responderá de las vías de hecho o de las lesiones inferidas con ocasión de la cópula violenta, pero no será autor del delito de violación.

¿ Este será el caso del divorciado ? no, porque aquí sí hay violación, pues el divorcio habrá disuelto el vínculo. ¿ Y si hay sólo separación ? ¿ Y si el marido fuere sífilítico, tendría la mujer derecho a resistir ? Y si le concedemos este derecho ¿ habrá violación ? Sí (ver C. Civre?). ¿ Y si el marido es un degenerado que pretende realizar el acto sexual delante de varias personas, a lo cual la mujer se opone ? ¿ Habrá violación ?

##### A.2. Violencia física o grave amenaza

El segundo elemento de la violación lo integran según el art. 196 : la violencia física o la grave amenaza. La violencia física supone el empleo de la fuerza por el varón para reducir a la mujer y obligarla a sufrir el coito. A este respecto hay autores que suponen que en toda violación en que el acto se consuma, hay siempre algo de consentimiento por parte de la mujer, porque si en realidad ésta se resistiera hasta el fin, el varón no lograría su propósito, por imposibilidad física. Sobre este particular la doctrina clásica sostiene (por boca de Pacheco), que no es indispensable que la mujer haya hecho una resistencia desesperada y que se hayan vencido todos sus esfuerzos. Puede estimarse que la víctima ha cedido a la fuerza empleada por el varón cuando no le es ya posible persistir en la resistencia opuesta; más no es preciso que llegue al completo abatimiento físico<sup>2</sup>.

La resistencia de la mujer, como exigían los antiguos criminalistas, no sólo ha de ser seria, es decir, expresión de una voluntad contraria al propósito del varón, sino también constante, sostenida hasta el último momento. La mujer que resiste al principio y luego cede al deseo del que violentamente intenta poseerla, no puede considerarse como víctima de violación. ¿ Y en el caso del miedo que paraliza la voluntad de la víctima ? (debate).

La dificultad de probar la violencia, así como la resistencia de la mujer, determinó a los antiguos jurisconsultos a formular una serie de presunciones (legales) de las que se deducía la existencia del delito de violación. Dichas presunciones son :

- a. una resistencia constante y siempre igual por parte de la pretendida violada;
- b. evidente desigualdad entre las fuerzas del agresor y de la agredida;
- c. que ésta hubiera gritado o pedido auxilio; y
- d. la existencia de huellas y señales sobre la mujer, que atestigüen la fuerza empleada. Estas son normas de prudencia y principios de prueba que, en mi concepto, debe tener presente el abogado y el magistrado, a fin d evitar pasar por violación un coito.

El empleo de amenaza grave plenamente consentido constituye otro de los elementos característicos de este delito. Se trata aquí no sólo de la amenaza de hecho que se hace por medio de puñal o revolver, sino de la amenaza moral que recae sobre la buena fama, reputación o intereses de la mujer a quien é varón coacciona en esta forma para conseguir sus favores. La amenaza puede, también ser dirigida contra un tercero, padre, hijo o esposo, a fin de rendir por este medio la voluntad de la mujer deseada.

---

<sup>2</sup> A menudo, la mujer se rinde sin oponer mucha resistencia, paralizada por el terror o temerosa de que el violador emplee mayor violencia, ocasionándole daños más graves o, tal vez, la muerte.

Es requisito, que la amenaza sea grave, o, lo que es lo mismo, capaz de paralizar la voluntad de resistir. Además, el mal con que se amenaza ha de ser inmediato, pues si fuera remoto, la mujer amenazada podría evitarlo sin daño de su honor sexual.

### *A.3. Falta de consentimiento de la víctima*

Es igualmente característico de la violación la falta de consentimiento o conformidad de la víctima. Si el consentimiento se produjera en mujer de conducta irreprochable de más de 16 y menos de 21 años, entonces habría estupro por seducción. Y si se produjera en mujer libre de más de 21 años, entonces habría nada más que una cópula sin consecuencias penales (art. 201). (El consentimiento otorgado por mujer idiota o enajenada, se reputa inválido y, por tanto, hay violación (art. 198). Falta el consentimiento, por completo, en los casos en que la mujer es inconsciente o ha sido puesta en estado de inconsciencia con el fin de violarla, o es incapaz de resistencia o ha sido puesta por el agente en la imposibilidad de resistir (arts. 197 y 198)<sup>3</sup>. Si el elemento subjetivo es la violación propiamente dicha, se halla integrado por la conciencia que el autor tiene de obrar en contra de la voluntad de la violada, y por el voluntario empleo de la violencia para lograr el acceso carnal ilegítimo.

Para que haya violación la ley no exige el requisito de la honestidad de la víctima, y es lógico que no lo exija pues, lo que ya defiende en este caso en la integridad física de la persona. Según esto, tanto la mujer honesta como la prostituida puede ser violada, ya que la mujer que ejerce el meretricio puede negar su cuerpo a quien le repugne o desagrade, sin que haya quien se crea con derecho para obligarla a ceder por fuerza o amenaza.

Esta doctrina no ha prevalecido siempre. Crivellari discrimina la evolución histórica seguida por este concepto. Primero se tuvo por no imputable la violencia ejercida sobre la prostituta, que venía a ser algo así como un funcionario público que no podía rehusar sus funciones a quien la requería. Posteriormente, dominó la idea del pecado, que era el mismo con una mujer honesta que con una meretriz. Después primó el concepto de la criminalidad de la acción carnal violenta que es una ofensa a la libertad personal equiparándose a la víctima prostituta a la víctima honesta. En cierto sector prevaleció sin embargo la idea de que la violencia sobre la prostituta debe pensarse con pena menor, la razón de que habiendo en la víctima contaminación inmoral, la malignidad y daño del agente son menores. Hoy tiende, felizmente, a prevalecer el sentido de la equiparación, que es el más justo, de modo que la violación de la prostituida es tan punible como la de la mujer honesta.

### *B. Circunstancias calificativas de la violación propiamente dicha*

Son circunstancias calificativas agravantes de la violación propiamente dicha, las incluidas en el art. 203, a saber :

- a.** el haber el autor causado por medio de la violación un grave daño a la salud de la víctima, si el delincuente pudo prever este resultado.
- b.** el haberse entregado el violador a actos de crueldad como en el caso de los sádicos que acompañan el acto sexual de lesiones y golpes, pues en la erótica de estos anormales se asocian estrechamente el orgasmo de la cópula y la imagen de la sangre y del dolor de la víctima.
- c.** el haber el autor en razón de los actos de violencia cometidos, causando la muerte de la violada, si el delincuente pudo prever este resultado.

El código no considera expresamente como circunstancias calificativas agravantes de la violación : el parentesco, que en otras legislaciones determina una mayor sanción para el violador incestuoso; ni el abuso de confianza o de las relaciones domésticas; ni el concurso de varios, que da mayor eficacia al empleo de la fuerza y anula más fácilmente la resistencia de la víctima.

Circunstancias calificativas del delito de violación propiamente dicho. (arts. 197-198-202-203).

---

<sup>3</sup> Hay violación en el caso de astucia o fraudes. Comentar el art. 121 del C. Argentino.

El delito de violación se agrava en determinados casos; aunque el código no lo diga expresamente, considero que la primera agravante, por lo que hace a la víctima, es la *menor edad de ésta*. Aquí la aparición tiende a ser mayor a medida que disminuye la edad de la víctima. Tanto más monstruoso en este delito, cuantos menos años tiene la víctima y cuanto mayor es el peligro que corren su vida o su salud, tanto por la violencia ejercida, cuanto por el acto sexual. ¿ Es posible incluir aquí la violación de un menor por una mujer ?

Una segunda agravante es la que funciona en los casos presentes en el art. 198 (enajenado, loca, idiota, inconsciente, ebria, incapaz de resistencia). Mujer privada de razón o de sentido (desde el sueño a la idiotez) y ser el autor extraño a esta situación - mujer enferma incapacitada para resistir (invalidez).

**d.** El parentesco<sup>4</sup> El horror y la repugnancia que inspiran estos casos, hace que se invoque mayor sanción para el violador incestuoso, nuestro código no comprende expresamente, en artículo separado el caso de la violación incestuosa de la hija por el padre, ni el de la hermana por el hermano.

---

<sup>4</sup> Yo : En este caso la filiación ilegítima se equipara a la legítima.