

EDGARDO ALBERTO DONNA

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Tomo I



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

EDGARDO ALBERTO DONNA

Catedrático de Derecho Penal, parte general, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano

Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

Tomo I

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4375-0154 – 1013 Buenos Aires

Tucumán 2644– Tel. (042) 4555520 –

N 950-727-203-8

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.
Talcahuano 442 - Tel. (011) 4373-0544 - 1013 Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

COLABORADORES

JAVIER DE LA FUENTE
ROXANA PIÑA
CECILIA MAGGE
LINA ANLLO
MAXIMILIANO VACCALLUZZO
NATALIA BARBERO
LAURA ASTENGO
LUCRECIA SANMARTINO
DANIELA DUPUY
MARIANA GIMÉNEZ
CAROLINA ELÍAS

PRÓLOGO

El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo de un orden jurídico, esto es, de un orden social de mando que no sólo pretende imponerse por medio de la fuerza triunfante, sino que quiere también obligar como un orden de deber ser.

HANS WELZEL

El hombre de la edad moderna padece de angustia, que procede de la conciencia de no tener ni un punto de apoyo simbólico, ni refugio que le ofrezca seguridad inmediata, de la experiencia renovada constantemente de que el mundo no proporciona al hombre un lugar de existencia que satisfaga de modo convincente las exigencias del espíritu¹. La época actual le agregó, a este sentimiento, el de dominio. El hombre intenta dominar, controlar, tanto los elementos de la naturaleza como los de la existencia humana, y con ello tiene ante sí incalculables posibilidades, claro está que a costa de una mayor degradación espiritual. El peligro, dice Guardini, aumenta porque esta operación de dominación es realizada por el anónimo Estado o por la anónima empresa, en la época más actual². La consecuencia es el olvido de la personalidad y de la subjetividad, de modo que el hombre acepta casi religiosamente los objetos y las formas de vida que le son dados que, por otra parte, son impuestos por la planificación y fabricados en serie, de manera casi religiosa, creyendo que de esa manera se comporta racionalmente. Además, ha desaparecido el sentimiento del ser y la esfera individual del hombre, ya que éste es tratado como un puro

¹ GUARDINI, Romano, *El ocaso de la Edad Moderna*, Guadarrama, Madrid, 1958, p. 57.

² GUARDINI, ob. cit., p. 84.

objeto que en consecuencia debe mediarse mediante estadísticas. Esto lleva a la desaparición de la propia personalidad que es sustituida por conceptos sociológicos o normativos de persona, que son ajenos a su ser. No es extraño entonces que en el Derecho se haya despreciado aquel concepto de persona y se hable de relaciones sobre la base de comunicaciones en donde el sujeto ha sido desprovisto de connotaciones antropológicas y entender, como lo hace Luhmann, que la sociedad no está compuesta de seres humanos, sino de comunicaciones y que los seres humanos son sólo el entorno de la sociedad y no componentes de ella³. También es necesario recordar lo que hasta no hace mucho era verdad revelada y que queda graficada en las grotescas palabras de Polak, en el decir de Welzel: “El camino de la muerte del Estado y del Derecho en el comunismo es, a la vez, el camino el desenvolvimiento en todas las direcciones del papel rector del partido”⁴.

Sin embargo, no es ésta nuestra idea del fundamento de las Ciencias Jurídicas, la cual está anclada en la subjetividad, que a su vez tiene su base en la llamada autonomía ética del hombre y, por ende, en la libertad. Ha podido decir Welzel que “el reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si éste no quiere forzar simplemente en poder, sino obligar en tanto que Derecho”⁵. Esta idea implica la responsabilidad de cada ser humano, no sólo frente a la exigencia de sus derechos, cuestión ésta que es obvia, sino frente a sus deberes, cuestión que no lo es tal, y que suele decirse en otro contexto, casi negatoria de la primera. No se puede admitir seriamente el discurso ideológico por el cual se afirma que de todo lo que le acontece al ser humano nada tiene que ver su acción con su obra, sino que lo es de extrañas formas sociales, de las cuales nadie es responsable, lo que lleva a que su conducta, cualquiera fuere, esté justificada. Esta enseñanza, además de tener un gran contenido de demagogia, está signada por la irresponsabilidad, no sólo individual sino también social. Este pensamiento ideológico termina uniéndose en una relación de poder con el positi-

³ IZUZQUIZA, Ignacio y LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Pensamiento Contemporáneo 8, Paidós, 1984, p. 27.

⁴ POLAK, Karl, *Zur Funktion der Moral in der bürgerlichen Staats- und Rechtslehre*, cit. por WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía*, Aguilar, 1971, p. 210.

⁵ WELZEL, ob. cit., p. 252.

vismo, por el cual ambos conducen a que en la alternativa fundamental entre mera facticidad y deber ser vinculante, entre existencia biológica y existencia dotada de sentido, entre poder y Derecho, ambos optan por la facticidad, la existencia biológica y el poder⁶.

Dando respuesta, como es obvio, con gran deficiencia, a estas ideas, es que hace tiempo hemos iniciado la elaboración y publicación de un Derecho Penal que abarque la dogmática general como la particular de cada delito. En parte se va logrando este objetivo, aunque a costa de grandes esfuerzos, que no vale la pena a esta altura de los acontecimientos mencionar para no cansar al también sufrido lector.

Debo resaltar, en esta tarea, la ayuda de los docentes de mis Cátedras en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano, en este primer tomo de la llamada Parte Especial del Derecho Penal: en los delitos contra la vida, los abogados Maximiliano Vaccaluzo y Natalia Barbero han hecho una notable búsqueda de fallos nacionales, el primero, y de España, la segunda, sin los cuales el capítulo respectivo se hubiera visto empobrecido. También aportó material de jurisprudencia, en este tema, Carolina Elías. En el delito culposo hemos trabajado junto con la abogada Cecilia Magge, siendo ésta sólo un resumen de una obra sobre el tema que está en prensa. En los delitos de lesiones y de duelo he recibido el gran aporte de Javier Esteban de la Fuente. En igual jerarquía, la abogada Roxana Piña trabajó en la parte de los delitos de riña. Lina Anllo me ayudó en la estructura de los delitos contra el honor. También colaboraron con empeño y dedicación en el delito de abuso de armas Laura Astengo, y Lucrecia Sanmartino en el delito de abandono de personas. Además he tenido el aporte de Daniela Dupuy y Mariana Giménez en los delitos contra la honestidad y de abandono de personas, respectivamente. Por último, la obra que hoy empezamos a publicar abarca toda la parte especial y las leyes especiales más importantes. La bibliografía que se cita en este tomo es sólo la más utilizada, dejando un índice general de autores para el final de la obra, de modo que cualquier omisión que se crea que exista no lo es debido al método que se ha utilizado.

Como no puede ser de otra forma debo agradecer, nuevamente, a la Fundación Alexander von Humboldt por la ayuda en material bi-

⁶ WELZEL, ob. cit., p. 261.

bliográfico, y al Sr. Isaac Rubinzal que confió en esta obra, que al principio pudo tener destino incierto por las dificultades para abordar su tratamiento.

Por último, y contrariamente a lo que sostenía Napoleón cuando le contestaba a Goethe con respecto a qué se podía hacer con el destino, esto es con la tragedia, afirmando que la política es el destino⁷, nuestra respuesta es que el destino es la libertad y “que la libertad no es propiedad del hombre, sino el hombre es propiedad de la libertad”⁸.

Casi al cierre de este prólogo, hemos recibido la triste noticia que enluta a Javier y a Sandra. A ellos les dedicamos este libro, con el dolor de todos.

Buenos Aires, verano de 1999

⁷ HEIDEGGER, Martín, *Schelling y la libertad humana*, Monte Ávila Editores, 1985, p. 1.

⁸ HEIDEGGER, ob. cit., p. 11.

TÍTULO I

LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

CAPÍTULO I

DELITOS CONTRA LA VIDA

SUMARIO: I. Problemas referidos a la participación. II. El delito de homicidio. III. El bien jurídico protegido. 1. El tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. 3. Antijuridicidad. 4. Responsabilidad por el hecho. 5. Culpabilidad. IV. Homicidios calificados. 1. La agravación por el vínculo: el parricidio. 2. Parricidio extraordinario o excepcional. 3. El ensañamiento. 4. La alevosía. 5. Veneno u otro procedimiento insidioso. 6. Agravación por la causa. Precio. Promesa remuneratoria. 7. Muerte por placer, codicia, odio racial o religioso. 8. Agravación por el medio: medio idóneo para crear peligro común. 9. Concurso de dos o más personas. 10. Homicidio *criminis causa*, conexo con otro delito. V. Figuras atenuadas. 1. Homicidio calificado por atenuación. Infanticidio. 2. Problemas de la emoción violenta. VI. El aborto. 1. Bien jurídico. 2. La defensa del feto y la Constitución Nacional. 3. Concepto. 4. Tipo objetivo. 5. Tipo subjetivo. 6. Tipos penales del artículo 85. 7. La jurisprudencia y el delito de aborto. 8. Consentimiento de la mujer. 9. Los abortos impunes, artículo 86, incisos 1º y 2º. 10. Aborto preterintencional. 11. La tentativa de la mujer y los cómplices. VII. El suicidio. 1. Bien jurídico protegido. 2. La inducción al suicidio. 3. La ayuda al suicidio.

Los tipos penales que contempla el Capítulo I del Título I, esto es los llamados delitos contra la persona, comprenden una realidad distinta y abarcan todos aquellos tipos penales que sólo tienen relación con el aspecto físico del ser humano. De este modo lo que se ha denominado delitos contra la vida, vienen a proteger la vida y la integridad humana, en toda su extensión, esto es, desde la gestación en el seno materno hasta la muerte. Claro está que dicha protección se realiza mediante normas jurídicas independientes, con bienes jurídicos autónomos¹. En base a ello el legislador ha tipificado en los artículos 79 y 80 el homicidio doloso, en donde la pena tiene un máximo de privación de libertad, que puede llegar a ser perpetua. En el artículo

¹ GÖSSEL, Karl Heinz, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band I, C. F. Müller, Müller, 1987, Cap. I, par. 1.

84 se regula el delito de homicidio culposo. En el artículo 81 se han tipificado formas atenuadas de matar.

En el artículo 83 se encuentra la ayuda al suicidio, en tanto que el aborto ha sido previsto desde el artículo 85 en adelante. El legislador ha tipificado el delito de lesiones en los artículos 89 al 94. Luego se agregó el homicidio y lesiones en riña en los artículos 95 y 96, y el duelo en los artículos 97 al 103. Como demostración de la primacía de la protección física del individuo se ha legislado en los artículos 104 a 105 el abuso de armas, y recién se ha tipificado la exposición en peligro de la vida humana en el Capítulo VI (arts. 106 al 108).

En síntesis, el título en general poco dice y hay que estar más a los capítulos respectivos para analizar el bien jurídico protegido.

Se puede afirmar que en el homicidio el tipo penal básico doloso está tipificado en el artículo 79 del Código Penal. Los restantes artículos se refieren a distintas formas del homicidio, ya sea agravado, ya atenuado. En base a ello, es obvio que el tipo penal particular desplaza al general, y por ende, en los casos en que el sujeto haya tipificado el artículo 80 del Código Penal, éste desplaza al 79 del mismo Código². En igual sentido, quien ha matado, bajo el efecto de la emoción violenta, también tiene igual tratamiento, ya que no se trata de un tipo penal independiente. De todas formas, siguiendo a Schroeder, se ha explicitado la idea de que el homicidio emocional se trata de una forma de mesuración de la pena, con lo cual es posible la aplicación de la tentativa, con la consecuencia de que se privilegia su aplicación con respecto al artículo 80 del Código Penal³.

I. Problemas referidos a la participación

El problema se suscita en los casos en los cuales el autor ha tipificado un homicidio agravado, no así en el partícipe. Inversamente se pueden dar elementos del homicidio agravado en el partícipe y no en el cómplice. En base a la tesis del delito básico, previsto en el artículo 79 del Código Penal, si los elementos del homicidio emocional

² GÖSSEL, ob. cit., Cap. I, par. 1.

³ MAURACH y SCHROEDER, 1 & 2-IV A. En otra posición aunque con igual efecto, GÖSSEL, ob. cit., Cap. I, par. 1.

existen en el autor, pero no en el partícipe, éste sería condenado por el homicidio simple. En cambio, en el caso de que el autor no esté dentro de las agravantes y el partícipe sí, la solución es más compleja. Sólo podría condenarse al partícipe por la agravante si se dieran elementos particulares y personales. En caso contrario, al faltar los elementos típicos en el delito base, no se podría aplicar la agravante⁴.

II. El delito de homicidio

El artículo 79 del Código Penal aplica pena de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se establezca otra pena.

III. El bien jurídico protegido

1. *El tipo objetivo*

El bien jurídico que es la vida humana se concreta en la existencia de todo hombre, y por ende es el objeto de la acción del homicidio⁵. Es habitual que no se proponga una definición de lo que se entiende por vida humana porque ello resulta obvio⁶.

Por ende será abarcada por la protección toda formación humana, aunque sea monstruosa. Sigue rigiendo la afirmación de Liszt: "Todo lo parido por la mujer hay que considerarlo, a partir del parto como humano"⁷.

a) *Comienzo de la vida humana*

Se ha dicho, y bien, que la vida humana es un proceso dinámico, y por ende no es posible afirmar la existencia de un punto exacto de cuándo comienza la vida humana.

El problema de determinar desde cuándo corre la protección dada por el Derecho Penal al ser humano, en el delito de homicidio, no es menor, ya que antes de comenzar a nacer, la muerte del feto no tipifica

⁴ GÖSSEL, ob. cit., Cap. I, par. 1.

⁵ Ídem nota anterior.

⁶ BACIGALUPO, Enrique, *Los delitos de homicidio*, en *Estudios sobre la parte especial de Derecho Penal*, Akal, Madrid, España, 1991, p. 13.

⁷ LISZT, cit. por GÖSSEL, ob. cit., Cap. I, par. 2, I, a).

el delito de homicidio, sino el de aborto, que en nuestra legislación tiene una menor sanción.

La discusión jurídica tiene relación con el acto fisiológico por el cual el feto es expelido del vientre materno. La pregunta, entonces, consiste en determinar cuándo se considera que una persona ha comenzado a nacer. Sobre este punto la doctrina ha elaborado diversas soluciones, habiéndose llegado en un momento, y por obra de Núñez y Soler, a un primer análisis de la cuestión, relacionando el momento del nacimiento con el tipo penal del infanticidio. Y esto era así, ya que al ser el infanticidio una forma atenuada del homicidio (art. 81, inc. 2º del Cód. Pen.), se entendía que se estaba en presencia de este delito cuando la madre mataba al hijo durante el nacimiento, de lo que se deducía que la propia ley estaba dando el criterio consistente en que, desde el momento que comenzaba el nacimiento, también comenzaba a correr la protección al bien jurídico que se encuentra detrás del tipo penal del homicidio.

Toda esta solución se vio sacudida con la expresa derogación del infanticidio por ley 24.410, que nada dijo sobre este punto, con lo cual, nuevamente, se ponen sobre la mesa las viejas discusiones sobre el punto.

Es quizás este tema el que demuestra cómo el positivismo se queda sin respuestas ante un tema tan delicado, por una parte, y por otra, cómo el legislador antes de reformar un cuerpo normativo, como es el Código Penal, debe analizar todas las consecuencias que de ella se derivan. Si la doctrina y la jurisprudencia habían llegado casi a una solución pacífica sobre este punto no debe el legislador, de manera inconsulta, derogar una norma, sin antes solucionar el problema que crea con el acto legislativo. Sin embargo, en parte por la ignorancia, en parte por el apuro en dictar leyes, la jurisprudencia se encuentra con problemas que, como se verá, tienen serias consecuencias.

En una primera posición, se había afirmado que sobre la base del artículo 81, inciso 2º, del Código Penal se era sujeto pasivo del delito de homicidio, “aun antes de la completa separación del seno materno, durante el nacimiento, es decir, desde el comienzo de los dolores de parto, sin que exista base legal alguna para distinguir entre momentos anteriores o posteriores a la expulsión, como algunos autores enseñan”⁸.

⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Ejea, Buenos Aires, t. III, p. 18.

La cuestión no es sencilla, ya que habría que diferenciar las contracciones del parto de las precontracciones, y una vez fijado esto, diferenciar las contracciones de dilatación de las de puje⁹. Lüttger y el Tribunal Federal alemán habían afirmado que desde el punto de vista médico, el proceso de parto normal comienza con las contracciones de dilatación que ponen al feto en una posición de la que luego será expulsado por las contracciones de puje. Por ello las contracciones de dilatación ya pertenecen a los intentos de expulsión del seno materno y, por ende, en ese momento debe hablarse de comienzo del parto¹⁰.

El segundo criterio que se había dado en este tema está basado en el Código Civil, y determina que habrá persona cuando ésta esté completamente separada del seno materno. Con lo cual el momento de protección comienza recién cuando el niño esté completamente separado del seno de la madre. Este criterio es el que sigue la doctrina civilista. Así Llambías afirma que: "Nacer es, en su sentido directo, salir del vientre de la madre. Por tanto el nacimiento habrá quedado consumado cuando el concebido haya sido expelido o sacado del vientre de la madre". Y agrega: "Hasta entonces el concebido tiene su propio torrente sanguíneo pero no oxigena la sangre por sus pulmones ni se nutre por su aparato digestivo, sino que saliendo su sangre por el cordón umbilical, regresa por el mismo lugar luego de haberse oxigenado y nutrido por ósmosis a través de la placenta de la madre sin interferir en el torrente sanguíneo de ella"¹¹.

Bien ha sostenido Etcheverry que si se siguiera este criterio en el ámbito penal, se llegaría al extremo de no castigar el delito de aborto, ya que la criatura a la que se da muerte en el vientre de la madre, no ha existido jamás¹².

Resumiendo, las actuales posiciones se podrían sintetizar de la siguiente manera: una primera posición que afirma que la vida humana se inicia con el comienzo de la expulsión del seno de la madre (Bacigalupo, Lüttger, y con variantes, Gössel). Una segunda posición afirma que se produce después de la dilatación, cuando el feto corona y

⁹ GÖSSEL, ob. cit., par. 2, I, 1, a).

¹⁰ LÜTTGER, J. R., 1971, ps. 133, 134, cit. por GÖSSEL, ob. cit., par. 2, 1, a, número marginal 9.

¹¹ LLAMBÍAS, ob. cit., t. I, p. 263.

¹² POLITOFF, BUSTOS RAMÍREZ y GRISOLÍA, ob. cit., p. 56.

está preparado para iniciar la expulsión (Huerta Tocildo). Una tercera postura es que hay vida dependiente mientras el feto permanezca dentro del seno de la madre (García Vitoria). Otro grupo de autores, que son mayoritarios en España, exigen la separación completa del seno de la madre. En esa posición hay diferencias. Mientras un sector afirma que se exige la respiración pulmonar autónoma (Quintano, Cobo del Rosal), otros consideran que es suficiente la percepción visual del feto completamente separado de la madre (Gimbernát, Muñoz Conde), sin importar que el feto haya vivido separado de la madre o exista respiración pulmonar o corte del cordón umbilical (Rodríguez Deveza)¹³, o directamente respiración pulmonar autónoma¹⁴.

Si bien se puede afirmar que este criterio tiene la ventaja de tener apoyatura legal, la objeción que se puede hacer es que no hay motivo para afirmar que una vida humana dependiente sea menos valiosa que una que ya sea independiente, además de dejar sin protección, o con menor protección, al hombre durante el nacimiento.

González Rus ha sostenido lo que él llama una interpretación funcional independiente. En base a ello, la diferencia entre el aborto y el homicidio estaría dado por la existencia de la vida humana dependiente o independiente. “Desde la perspectiva de una eventual agresión, que es la que importa en los delitos contra la vida, la dependencia comporta una especial forma de aislamiento y protección del feto, de manera que pueda decirse que la vida es independiente cuando puede ser directa e inmediatamente lesionada y que es dependiente cuando la agresión inevitablemente incide de manera más o menos intensa sobre el cuerpo de la madre, siquiera sea como vehículo para la lesión. En definitiva: hay vida independiente cuando la expulsión haya llegado a un punto en que es posible matar directamente al producto de la concepción”¹⁵.

De acuerdo a una interpretación que debe estar basada en las normas constitucionales y los pactos sobre derechos humanos, hay que adherir a la posición que afirma que “desde el comienzo de las contracciones y de los dolores, o sea desde el inicio real del proceso

¹³ La síntesis ha sido tomada de GONZÁLEZ RUS, *El homicidio y sus formas*, en *Curso de Derecho Penal español*, Marcial Pons, 1996, t. I, p. 20.

¹⁴ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., t. I, ps. 8/9.

¹⁵ Ídem nota anterior, t. I, ps. 9/10.

activo, con su fase interna que conduce normalmente al nacimiento”¹⁶. Que coincide con la noción del parto del niño de acuerdo a la naturaleza, según la cual comienza el nacimiento cuando ha terminado el proceso de desarrollo del feto y empiezan los intentos de expulsión. Por eso, las contracciones de dilatación ya pertenecen a los intentos de expulsión del vientre materno. Este momento, o en el parto complicado (rotura de bolsa), comienzo de la cesárea, marcan el instante en que el feto se vuelve humano, en el sentido del Derecho Penal¹⁷.

b) *Casos particulares*

Como es obvio, las distintas posturas doctrinarias tienen una consecuencia práctica que se puede analizar en los casos que a continuación se explicitan. De todas formas, en este punto es en donde el legislador deberá analizar, en una futura reforma, las posibles lagunas legales, si es que pretende llenar las existentes.

Lo que decide la cuestión es la mayor o menor protección que se intente dar a la persona en el momento del parto. Y éste no es un tema menor, ya que, al haberse derogado el infanticidio, el juez en estos casos deberá optar entre el tipo penal del aborto o directamente el del homicidio agravado por el vínculo. Con lo cual, y desde un punto de vista de política criminal, se oscila en algunos casos, como serían las conductas imprudentes, entre ninguna punición y la máxima que tiene el sistema legislativo.

1) En el caso del actuar imprudente del médico durante el parto, debido al cual se causa la muerte del feto, hay que distinguir diversas soluciones según la posición que se asuma. Si las maniobras se han producido sobre la madre, dice González Rus, habrá aborto, pero como no existe el aborto culposo, la conducta será impune. En cambio, si se considera que ya es una persona, la conducta será punible como homicidio culposo.

2) Distinto problema es el caso de la prescripción de medicamentos dados a la madre, pero que provocan la muerte o las lesiones del feto

¹⁶ HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Sesator, Lima, Perú, 1982, t. I, p. 24.

¹⁷ GÖSSEL, ob. cit., par. 2, 1.a.

una vez nacido. La doctrina mayoritaria afirma que no hay lesiones al feto y, por lo tanto, tal conducta quedaría impune. Maurach en este aspecto es bastante claro: “El *nasciturus*, antes de que comiencen los dolores de contracción, no representa un objeto idóneo”¹⁸. Esta afirmación había sido también la de Binding al afirmar que la lesión al feto es impune¹⁹. Este criterio ha sido seguido en Alemania por autores como Lüttger, Schröder y Welzel. Éste es el criterio también seguido por Kaufmann, en el comentario al caso Contergan. Kaufmann afirma al respecto “que sería intolerable investigar cada aborto prematuro, cada enfermedad del recién nacido y cada caso de muerte que hayan sido causados culposamente durante el embarazo. La reglamentación de la vida de la embarazada, con numerosas prohibiciones para ella y otras personas, desalienta completamente si se piensa en la inseguridad de las medidas (¿Puede la embarazada tomar alcohol? ¿Durante cuánto tiempo? ¿En qué cantidad?)”²⁰. Por lo expuesto concreta Kaufmann de la siguiente manera: “La impunidad del aborto culposo y de la lesión del feto tiene el sentido correcto y, también según la comprensión moderna, obligatorio de preservar el ámbito de vida que rodea a la embarazada de reglamentaciones penales y de todas las dificultades e insignificancias correspondientes”²¹.

La jurisprudencia también ha sostenido el criterio seguido por la jurisprudencia alemana, en el caso de daños al niño que está por nacer, condenando a los médicos por lesiones culposas²¹⁻¹.

c) *Fin de la vida humana*

El segundo problema que se plantea tanto desde la dogmática penal como desde un punto de vista legal es el del final de la vida.

¹⁸ MAURACH, *Parte especial*, 4ª ed., p. 73.

¹⁹ BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Besonderer teil. 1, ps. 38 y 40 y ss.

²⁰ KAUFMANN, Armin, *Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1973, año 2, N° 1, enero-marzo de 1973, p. 16.

²¹ KAUFMANN, ob. cit., p. 16.

²¹⁻¹ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala I, 6-9-96. Con comentario a favor de los comentaristas del fallo, Gustavo Goerner y Anelise Carnevali, *La delimitación del sujeto pasivo en los delitos de aborto, lesiones y homicidio*, en *Doctrina Judicial* del 29-7-98.

El tema reviste real importancia debido a que, después de muerte la persona, ya no se podrá dar el delito de homicidio porque no existirá la víctima o el objeto de la acción. Este extremo determina la importancia de fijar el momento de la muerte de una persona. La ley argentina se ha decidido por tomar el criterio de muerte cerebral, con lo cual la discusión, por lo menos en este sentido, ha terminado.

La norma protege en el delito de homicidio al llamado sujeto pasivo hasta el momento de su muerte, motivo por el cual la decisión de la ley reviste suma importancia.

Es éste uno de los grandes problemas que se plantean en el Derecho y especialmente en el Derecho Penal, provocados por los avances de la ciencia médica, en este caso debido a los trasplantes de órganos, que ha llevado a que discuta nuevamente el momento preciso de la muerte de una persona.

Tradicionalmente “se ha considerado como muerte la paralización irreversible de los sistemas circulatorios sanguíneos y respiratorios, vinculada con la pérdida de toda actividad del sistema nervioso central, y seguida de toda célula y tejido del organismo”²².

En cambio, el legislador optó por un criterio valorativo cual es el de tomar el momento de la muerte, cuando las células cerebrales se han destruido, que se plasmó en las leyes 21.541, 23.184 y posteriormente en la ley 24.193 (art. 23), que regula específicamente el tema de los trasplantes²²⁻¹.

El criterio elegido por la ley para determinar el momento de la muerte de una persona es, sin duda, el que más se ajusta a la esencia

²² HURTADO POZO, ob. cit., p. 25.

²²⁻¹ Art. 23, ley 24.193: El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia irreversible de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Único Coordinador de Ablación e Implante.

La verificación de los signos referidos en el inc. d, no será necesaria en caso de paro cardiorrespiratorio total e irreversible.

de lo que es el ser humano. Así lo expresa Hurtado Pozo, al decir que la destrucción de las células cerebrales “trae como consecuencia el irremediable y progresivo proceso de destrucción de todo el organismo. Por esto, y no tan sólo por su rol en el aspecto psicoespiritual del hombre, la destrucción de las células cerebrales es el hecho decisivo para la determinación del momento en que la persona muere. La vida del hombre es algo diferente a la vida de algunos de sus órganos o de sus células y, también, al mantenimiento artificial de alguna de sus funciones. Luego, el hombre como unidad biopsicológica está muerto aun cuando alguno de sus órganos, por sí mismo, continúe funcionando o aisladas funciones vegetativas sean, artificialmente, mantenidas en actividad”²³.

d) *Sujeto activo*

De la forma en que está descripta en la ley, autor del delito de homicidio puede serlo cualquier persona. Sin embargo, como bien se ha hecho notar, esta afirmación sólo es válida en cuanto al homicidio por acción, ya que en cuanto al homicidio por omisión sólo podrá serlo la persona que se encuentre en la posición de garante. En el clásico ejemplo del niño que se ahoga en un estanque, muy distinta será la situación del padre que deja que su hijo se ahogue, de la del tercero que observa el mismo hecho. En el primer caso, habida cuenta del papel de garante que tiene el padre, se habrá tipificado un homicidio agravado, en cambio para el tercero sólo habrá una omisión de auxilio previsto por el artículo 108 del Código Penal²⁴.

e) *Los restantes elementos del tipo objetivo*

El tipo objetivo del delito de homicidio está constituido, tanto por la acción de matar como por el resultado muerte de otro ser humano, que deben estar unidos ambos por una relación de imputación objetiva o de causalidad, según sea la terminología que se utilice.

²³ Ídem nota anterior.

²⁴ DONNA y PIÑA, *El delito de omisión*, en prensa.

f) *La acción de matar*

Se puede definir como la causación de la muerte de otra persona física, si bien parte de la doctrina también afirma que la acción de matar consiste en acortar la vida de otro, esto es adelantar la muerte en el tiempo. De todas formas, ambas ideas expresan sustancialmente la misma cosa.

La primera consecuencia de lo hasta aquí expresado es que, de acuerdo a la ley, el suicidio no es punible, ya que se trata de la muerte del autor como tal y no de otra persona, que es una exigencia del tipo penal, sin perjuicio de que la ley puna la inducción al suicidio (art. 83, Cód. Pen.).

Es punible, y ésta es la segunda consecuencia, la eutanasia (sin perjuicio de una fuerte tendencia a aceptar su desincriminación), especialmente la llamada eutanasia pasiva, esto es, la muerte de una persona aunque sea para aliviar sus dolores. Distinta es la legislación alemana, que en el párrafo 216 prevé el homicidio a ruego, con fuerte disminución de la pena.

Hay un movimiento que busca desincriminar la eutanasia en casos límites; como ejemplo se encuentra el “Proyecto alternativo de ley de ayuda a morir” de la República Federal de Alemania²⁵.

Las líneas fundamentales del proyecto alemán son las siguientes: la vida debe ser protegida, porque ninguna persona está obligada a vivir, de modo que la dignidad del hombre y la autodeterminación deban ser protegidas hasta el momento de la muerte. De ese modo, la regulación del proyecto se basa en la voluntad del paciente, por una parte, y la situación concreta en que se encuentre, por otra. La ayuda en la muerte debe prevalecer frente a la ayuda a morir. Los criterios que utilizan los médicos deben ser objetivos, dentro de lo posible. El principio que rige el proyecto es el *in dubio pro vida*. En

²⁵ Véase el “Proyecto Alternativo de Ley de Ayuda a Morir de la República Federal Alemana”. Hay comentario de DONNA, Edgardo y BARREIRO, Miriam, en *Doctrina Penal*, 1990, año 13, N° 49/52, ps. 493 y ss. El proyecto fue editado en 1986 por la editorial Thieme y trabajaron en él tanto juristas como médicos. Entre los primeros figuran autores como Baumann, Callies, Eser, Roxin y médicos como Zülch y Wawerasik.

base a estos principios el suicidio, libre y responsable debe ser respetado, motivo por el cual la obligación del salvamento debe ser limitado. De todas formas, el homicidio a ruego es punible²⁶.

Hay que reconocer que el tema es sumamente complicado, habida cuenta de que se mezclan diversos ámbitos como ser el ético, el religioso y el jurídico. En la Argentina y de acuerdo con la ley actual, el dar muerte a un moribundo o la ayuda a morir es un homicidio o una ayuda al suicidio, ambas penadas por el Código Penal.

g) *Los medios morales*

La ley no ha distinguido entre los medios por los que se puede causar la muerte de otra persona, salvo lo dispuesto por el artículo 80, incisos 2º y 5º del Código Penal. De ese modo no se diferencia entre medios directos o indirectos, materiales o morales²⁷. Se ha criticado esta distinción, ya que todos los medios, en cuanto sean idóneos, es decir, se cause la muerte o por lo menos se ponga en peligro la vida, entran en la tipicidad del artículo 79 del Código Penal. Bien han hecho notar Estrella y Godoy Lemos que la objeción hecha por Carrara en cuanto al problema de poder probar tal extremo carece de importancia. Aunque hay que hacer notar que la idoneidad, si bien debe ser analizada *ex post*, sólo es admisible colocándose el juez en la posición *ex ante*²⁸.

Lo que no han advertido los autores causalistas al comentar este tema es que los medios utilizados tienen relación con el dolo. Si el medio moral es la forma en que el dolo del autor logra manejar la causalidad que lleva a la muerte o al peligro de muerte a la víctima, no se alcanza a ver el problema de la prueba que, por otra parte, se presenta en todas las etapas analíticas del delito, como ser en la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

Como ejemplo se podría dar el caso del autor que quiere matar

²⁶ DONNA y BARREIRO, ob. cit., ps. 494/495.

²⁷ ESTRELLA, Oscar Alberto y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte especial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 51.

²⁸ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 51.

a su tío para cobrar la herencia, y sabiendo que está muy enfermo del corazón le da una noticia que sabe le va a afectar y con ello consigue la muerte de su pariente. Si el autor que da la noticia sabe, de acuerdo a sus conocimientos, que ésta puede realmente matar al tío no hay duda del dolo, ya que hay manejo de la causalidad, y tampoco se advierte que existan problemas de prueba mayores a los que se dan en otras circunstancias.

2. *Tipo subjetivo*

El homicidio es un delito doloso de acuerdo a la técnica legislativa del artículo 79 del Código Penal. El objeto del dolo comprende los elementos del tipo penal objetivo, abarcando los medios utilizados. De ese modo, el autor debe conocer que su acción produce la muerte de una persona, y además, debe haber querido tal resultado.

Se acepta tanto el dolo directo de primer grado, como el de segundo grado y el eventual, salvo los casos de homicidios agravados, en donde por la forma de comisión del hecho se exige el dolo directo.

El dolo desaparece en casos de error de tipo, esto es, cuando el autor cree, por ejemplo, que dispara su arma en contra de un oso y es una persona y dicho error por las circunstancias del hecho era invencible. En caso de vencibilidad del error, el hecho será un homicidio imprudente.

En el caso de error en la persona, es decir el autor quiere matar a A y mata a B, el error es irrelevante dado los valores en juego. La equivalencia del valor de las personas hace que tal error sea irrelevante. Distinto será el caso de dicho error en los casos en que el sujeto quiera matar a otra persona, y sin embargo mate al padre.

3. *Antijuridicidad*

Como se vio en la parte general, la acción ilícita de matar desaparece en los casos en que el autor esté amparado en una causa de justificación, esto es por ejemplo la legítima defensa²⁹.

4. *Responsabilidad por el hecho*

En los casos de no exigibilidad, esto es, aquellos supuestos en

²⁹ DONNA, Edgardo, *Teoría del delito*, t. 2, par. 53 y ss.

los cuales el sujeto esté entrampado por dos deberes, por ejemplo, tampoco existirá la responsabilidad por el hecho, y en consecuencia tampoco se podrá imponer pena.

5. *Culpabilidad*

El autor no será reprochable en los casos de inimputabilidad o cuando actúe bajo error de prohibición invencible²⁹⁻¹.

IV. Homicidios calificados

El artículo 80 impone pena de reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

- 1) A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son;
- 2) con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso;
- 3) por precio o promesa remuneratoria;
- 4) por placer, codicia, odio racial o religioso;
- 5) por un medio idóneo para crear un peligro común;
- 6) con el concurso premeditado de dos o más personas, y
- 7) para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro, o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

Cuando en el caso del inciso primero de este artículo mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veinticinco años.

1. *La agravación por el vínculo: el parricidio*

La agravante del parricidio es una de las más antiguas en cuanto está arraigado a los mitos más profundos del hombre³⁰. El parricidio en sentido restringido es la muerte del padre por el hijo, que iba siempre acompañada de la pena de muerte y con grandes tormentos³¹.

²⁹⁻¹ DONNA, ob. cit., t. 2, pars. 91 y 55.

³⁰ FREUD, *El malestar en la cultura (tótem y tabú)*, Amorrortu, t. XIII, p. 11.

³¹ QUINTANO RIPOLLES, cit. por GRISOLÍA, BUSTOS y POLITOFF, p. 105.

La agravante exige un vínculo especial entre el autor y la víctima:

- a) Padre, madre o hijo legítimo o ilegítimo;
- b) ascendiente o descendiente legítimo, y
- c) cónyuge.

La agravante, según una parte de la doctrina, se basa en la mayor culpabilidad del autor debida a la profunda relación afectiva. Sin embargo se ha hecho notar que esto no es cierto, ya que el derecho no puede trabajar con ficciones. Las dudas en este punto se notan cuando se toma como fundamento de la agravante del homicidio la consanguinidad que deja de lado la relación adoptiva. Sin embargo López Bolado, entre otros, acepta que la adopción da pie a la agravante, ya que de acuerdo a la ley, se crea un nuevo estado de familia.

De todas formas, y cualquiera sea la opinión que se siga, sólo se podrá aplicar la agravante en un solo caso, ya sea en el caso de sangre o de adopción, pero nunca en ambos, ya que de ese modo se colocaría a la familia adoptiva en desigualdad de condiciones.

En cuanto a los esposos ya se ha dicho que una parte de la doctrina afirma que es el menosprecio del respeto que se deben los esposos entre sí. Sin embargo, y tal como lo han afirmado Grisolia, Bustos y Politoff, la verdadera fundamentación se encontraría en una característica propia del injusto, en cuanto se busca dispensar a la familia y a la institución del matrimonio de una mayor protección, con lo cual se trata de un delito pluriofensivo³². Pero cualquiera sea el fundamento de la agravante no se justifica la penalidad impuesta, que es fija, prisión perpetua, pudiendo elevarse a reclusión perpetua. Si tal sanción ya de por sí no parece adecuada, desde la perspectiva de política criminal, debería ser revisada a la luz de las normas constitucionales, y en el presente caso, debe ser cuestionada seriamente. Esto llevó a buscar en la reforma del año 1968, un paliativo en la última parte del artículo 80 del Código Penal, en las llamadas causas extraordinarias de atenuación.

La jurisprudencia ha afirmado que: "...La breve separación personal de los esposos no excluye la agravante prevista en el inciso 1º del artículo 80 del Código Penal, porque esa situación no exime a la cónyuge de los deberes derivados del vínculo ni excluye la mayor

³² GRISOLÍA, BUSTOS y POLITOFF, p. 107.

sanción penal que merece el atentado contra su marido...”³³ Y más aún, “...demostrado el vínculo matrimonial y, actuando el autor voluntariamente sobre la persona de la que sin ninguna duda conoce que es su cónyuge, la muerte acaecida por esa conducta se convierte en uxoricidio, es decir, la muerte de la mujer por su legítimo esposo (art. 80, inc. 1º, Cód. Pen.) concurriendo en el caso de autos la agravante de alevosía (art. 80, inc. 2º, Cód. Pen.). Ya que la posición de la víctima no le permitió saber del artero hacer del sujeto activo, que aprovechó las circunstancias de nocturnidad para actuar cobardemente sin correr riesgo alguno, no importando si la mujer dormía, pues es indiscutible que ella en su posición, no miró lo que su esposo consumaba”³⁴.

El divorcio, de acuerdo a la ley 23.515 que reformó al Código Civil, especialmente los artículos 214 y 217, segunda parte, excluye el parricidio, ya que se disuelve el vínculo. La opinión contraria podía tener su fundamento en la ley anterior, que mantenía el vínculo a pesar del divorcio. No existe la causa de la agravante, ni las razones de política criminal que llevaron al legislador a incluir la desmedida protección del artículo 80, inciso 1º, del Código Penal.

De modo que se debe afirmar que, mientras exista el vínculo legal del matrimonio, la muerte de cónyuge llevará inevitablemente a la agravante.

En cambio, las dudas surgen cuando existen causas de nulidad del matrimonio. Si el matrimonio ya había sido declarado nulo antes del homicidio, habida cuenta la extinción del vínculo, la agravante no se tipificará.

La nulidad relativa, en los casos de buena fe del autor, con respecto a la existencia del matrimonio, no excluye la agravante, dada la existencia del vínculo como tal (art. 90, Cód. Civ.). Con lo cual, y en este punto es notorio, vuelve a mandar el dolo, a los efectos de la tipificación de la agravante.

Distinto tratamiento deberá darse en los casos de nulidad absoluta

³³ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala V, 27-3-79, “García Estivill, María T.”, L. L. 1980-B-709, 35.426-S.

³⁴ Cám. Crim., 3ª, de Jujuy, 9-4-81, “Puca, c/S.”

del matrimonio ya que no existe el vínculo, lo que en principio descarta la agravante, que está basada en la existencia de aquél.

Sin embargo la cuestión no es sencilla, ya que si el autor cree que el vínculo existe y mata, podría estar en el plano de la tentativa de homicidio agravado, aunque al no existir matrimonio como tal, el hecho quedaría en el delito base.

De acuerdo a la ley civil, la prueba del matrimonio sólo es posible de acuerdo a las normas específicas, esto es la partida de matrimonio. En cambio, en el caso de la filiación, si bien en principio y de acuerdo a la ley civil (Ley de Matrimonio Civil, art. 96; Cód. Civ., art. 114, y ley 14.367, art. 3º), rige igual criterio, también se podría recurrir a otros medios probatorios. Según el artículo 325 se exige la posesión de estado.

a) *El matrimonio y la omisión impropia*

La cuestión a resolver es si puede existir parricidio por omisión. Como se sabe, para que pueda darse el homicidio por omisión, que es sin duda impropia, deberá darse en el autor el papel de garante con respecto al bien jurídico. Como una de las fuentes de la posición de garante es el parentesco, luego la posibilidad del parricidio por omisión es cierta y posible. Sin embargo, Politoff ha advertido sobre este punto al afirmar que, si el parentesco es la fuente de la posición de garantía y por ende de la atribución del resultado, no puede operar a la vez como fuente de agravación, ya que se quebrantaría el *non bis in idem*³⁵. Sin embargo el mismo Grisolí ha afirmado que se trata de la naturaleza del título, y éste tiene fuerza, tanto para fundar el homicidio, como la agravante³⁶.

b) *Tipo subjetivo*

La redacción del parricidio pareciera estar fundada en las palabras de Pacheco, quien decía: “¿Se verifica realmente este crimen, cuando era desconocida la relación de paternidad, de filiación, de matrimonio que unía a las personas? ¿Es parricida el que mató a su padre, sin saber que era tal? ¿Podrían aplicarse a los edipos de nuestros tiempos las

³⁵ POLITOFF, Sergio, cit. por GRISOLÍA, BUSTOS y POLITOFF, p. 107.

³⁶ GRISOLÍA, BUSTOS y POLITOFF, p. 107, nota 6.

disposiciones del artículo que examinamos? Evidentemente, no. Cuando no hay un conocimiento de la cosa, no puede haber la responsabilidad de la acción que se comete. El que no sabe sino que mataba a un hombre cualquiera, el que no tuvo sino esta intención, no ha cometido otro crimen que el mero homicidio [...] Edipo podía ser un parricida para el ciego e inflexible destino de la poesía griega; mas no lo puede ser para la razón ilustrada de la moral del cristianismo³⁷.

En cuanto al dolo, la interpretación que se ha hecho sobre este artículo ha variado, según la posición dogmática de los autores.

- 1) Una primera posición, que tenía su base en la teoría causal de la acción, ha sostenido que la redacción del parricidio lleva a sostener que se exige dolo específico. El dolo específico había sido una construcción de la teoría italiana que tendía a diferenciarlo del dolo, el cual era interpretado como un dolo general, o como simple voluntad de producir un evento dañoso³⁸. El concepto de dolo genérico no puede ser sostenido doctrinariamente, ya que el dolo es conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, con lo cual se puede decir que todo dolo es específico, y por lo tanto sólo se puede hablar de dolo de matar, de hurtar, etcétera.
- 2) Una segunda posición afirma que éste es un elemento subjetivo del tipo, distinto al dolo, entendiendo que estos elementos subjetivos del injusto contribuyen a fundar el ilícito de la conducta. En estas condiciones, este elemento es distinto, en el parricidio, al dolo. Es un elemento que hace a las tendencias del autor o a sus motivos³⁹.
- 3) La expresión, “sabiendo que lo son” excluye a nuestro juicio cualquier forma de dolo que no sea el directo. El autor debe matar sabiendo con certeza que mata a su cónyuge, a un ascendiente o descendiente. La duda del autor descarta, a nuestro juicio, el dolo eventual.

³⁷ PACHECO, *Código Penal, concordado y comentado*, 5ª ed., 1881, t. III, p. 13, cit. por GRISOLÍA, BUSTOS y POLITOFF, p. 115.

³⁸ MANZINI, Vincenzo, *Trattato*, vol. I, N° 253.

³⁹ MAURACH y ZIPF, *Tratado de Derecho Penal*, par. 22, V, B.

c) *Participación y parricidio*

Se deben distinguir dos hipótesis en el tratamiento de este tema. La primera de ellas es cuando el autor material es *intraneus* y concurre un *extraneus* como partícipe, y la segunda, cuando el autor material es un *extraneus* y el *intraneus* es un partícipe.

- a) En el primer caso, a los partícipes se les imputa el delito agravado, sólo si saben con certeza la circunstancia agravante (art. 48, Cód. Pen.). La duda elimina la agravante. La solución se da habida cuenta de que el partícipe se sube al hecho típico y antijurídico de otro, motivo por el cual, en este caso, el cómplice que sabe que se mata al padre del autor, será abarcado por la agravante.
- b) Si quien es autor y tiene el dominio del hecho es el *extraneus*, no hay motivo para desconocer el principio de la accesoriedad, habida cuenta de que el delito principal sólo es homicidio y, en consecuencia, el hijo o el esposo actúa en un hecho ajeno, esto es típico de homicidio del autor principal. Sólo se podría dejar esta encrucijada de hierro en tanto y en cuanto se admitiese que hay una autoría mediata de un hecho doloso, con las dificultades que se plantean⁴⁰.

2. *Parricidio extraordinario o excepcional*

Habida cuenta el alto monto de pena por una parte, y la fijeza de ella por otra, el legislador ha determinado que en ciertas circunstancias la pena, en los casos de parricidio, pueda volver a ser la del homicidio simple.

La ley habla de circunstancias extraordinarias de atenuación. La fórmula proviene de Tejedor, de acuerdo a lo afirmado por Aguirre Obarrio⁴¹, y receptada por el decreto-ley 17.567, y mantenida luego por ley 23.077.

La calidad de los motivos llevan a que se determine una razonable

⁴⁰ DONNA, DE LA FUENTE, DUPUY y SANMARTINO, *Autoría y participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

⁴¹ MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, TEA, 1996, p. 183.

o comprensible disminución de los respetos hacia el vínculo de sangre o a la calidad de cónyuge que encuentra su génesis fuera del individuo. Se trata de una situación intermedia, en la cual no se dan los requisitos de la emoción violenta, pero sin embargo es justo atenuar la pena.

Estrella y Godoy Lemos han sintetizado las posiciones de la siguiente manera. “Son todos aquellos supuestos que ocurrieren fuera del orden habitual, común o natural, circunstancias graves o inusitadas, que no fundamentan la emoción violenta, pero tampoco constituyen circunstancias ordinarias o comunes a todo parricidio (Bertolino). Pueden referirse a las relaciones del autor con la víctima o a situaciones que, aunque referidas a la víctima, no se deben a su conducta (Núñez). Pueden ser una conducta propiamente dicha desplegada por la víctima o puede asumir la forma de un estado o situación de desgracia que determina que uno o ambos sean víctima de su propio estado personal (Laje Anaya)”⁴².

Los requisitos que se exigen deben ser por una parte negativos, en el sentido de que no deben darse los requisitos de la emoción violenta, y por otro, deben ser positivos, en el sentido de un hecho o circunstancia del ser del sujeto que lo ha llevado al delito, como ser la oligofrenia en grado de debilidad mental, que no llega a la incapacidad de culpabilidad. Además, que el hecho traduzca una entidad que se halle fuera del orden o regla natural o común, y que esa objetividad sea captada subjetivamente y que funcione como causa determinante de la muerte, y por consecuencia determine una disminución de culpabilidad del autor.

En síntesis, se trata de una atenuación de la pena debida a una menor culpabilidad del autor producida por las circunstancias en que ha actuado, y las propias del autor en el momento del hecho. Si bien no con estas palabras, la Cámara 4^a del Crimen de Mendoza, ha dicho que encuadra en esta atenuante el caso de que la autora del hecho sea débil mental, con una familia de padres alcohólicos, que vive de manera precaria (hacinamiento debido a un terremoto), que deja morir a su hija recién nacida con el fin de paliar la angustiada situación económica⁴³.

⁴² ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., t. I, p. 80.

⁴³ Cit. por ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 95.

Entre los casos que se pueden citar se encuentran aquellos en los cuales la víctima pide morir y las ofensas de la propia víctima, tales como las injurias. También es el caso de que el pariente haya antes abusado sexualmente del autor⁴⁴.

La jurisprudencia ha sostenido que el clima de desquicio y ruptura en la familia que llevaron a la ingesta alcohólica lleva a las circunstancias del artículo 80, última parte⁴⁵.

Circunstancias extraordinarias de atenuación en la jurisprudencia

Las circunstancias extraordinarias de atenuación comprenden situaciones singulares para el homicidio entre ascendientes, descendientes o cónyuges, por las que se disminuye el rigor de la pena fija adecuándola a una graduación aceptable⁴⁶. Las circunstancias extraordinarias de atenuación no escapan de la norma genérica del artículo 40 y su complementación, objetiva y subjetiva, del artículo 41 del Código Penal, sino que lo que se ha pretendido es que cuando el juez las considere para dictar su fallo y fijar la pena, tras comprobar que reúnen los atenuantes caracteres no comunes, sino de excepción, pueda hacer uso de la facultad que implícitamente le está acordando el nuevo párrafo⁴⁷.

Si bien dichas circunstancias comprenden a la concreta conducta delictiva, su comprensión total es mucho más amplia, ya que, consideradas pautas de valoración de la conducta del agente, atrapan la ejecución del delito, el delito mismo, las conductas de los actos anteriores, concomitantes y posteriores al suceso punible, la personalidad del autor, la personalidad y conducta del agente pasivo, las condiciones ambientales y culturales y todo aspecto que contribuya a integrar las pautas valorativas para una adecuada y justa valoración del hecho objeto de la voluntad decisoria. Ellas se dirigen no a la culpabilidad del sujeto activo, sino a su responsabilidad⁴⁸. Las circunstancias que

⁴⁴ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 183.

⁴⁵ Cám. Crim., 4ª Circ. de Gualaguay, 23-6-81, E. D. 101-594; Cám. 5ª Crim. de Mendoza, 22-2-88, cit. por ESTRELLA y GODOY LEMOS, t. 1, p. 94.

⁴⁶ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala V, 8-6-79, "Barrios, O. A."

⁴⁷ Cám. Fed. de Bahía Blanca, 3-9-68, E. D. 31-501.

⁴⁸ Cám. 5ª Crim. y Corr. de Córdoba, 16-4-71, E. D. 40-408.

favorecen al acusado en los términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal, no son suficientes, por sí solas, para encuadrar su conducta en las circunstancias extraordinarias de atenuación⁴⁹.

Se ha atenuado la conducta de la mujer que dio muerte a su esposo ante "...la falta a los deberes conyugales por parte de éste, el descuido del hogar, la indiferencia por la suerte de la mujer y los hijos, el abandono del hogar por aventuras amorosas, su retorno trayendo una enfermedad venérea, la ebriedad, que sin ser avanzada, era cotidiana, las dudas fingidas sobre la paternidad de la hija con el fin de herir a la cónyuge y las agresiones físicas y verbales..." concurren a la determinación homicida⁵⁰; mediaron circunstancias extraordinarias de atenuación "...de la conducta de quien dio muerte a su hija de dos años de edad, considerando la repercusión que tuvo en su ánimo la larga y penosa enfermedad que sufría la niña, cuyas posibilidades de recuperación creyó nulas, sus dificultades económicas, derivadas de sus propios quebrantos de salud, y las graves dificultades habidas con su compañera, madre de la criatura..."⁵¹ o si "...la encausada padeció una injusta e infortunada vida conyugal, sometida de continuo a muy graves y lacerantes agravios de distinto orden por parte de la víctima..."⁵²; "...si la acción delictiva del agente se produce en circunstancias que pueden calificarse de excepción, atendiendo a su personalidad, al drama de celos que venía soportando –justificados o no– en relación con la actitud de la víctima, que no puede menos que calificarse de equívoca, contemplada desde el punto de vista subjetivo con que pudo haberse presentado al autor..."⁵³, o si "...el motivo determinante del parricidio fue la inconducta del padre, con su consuetudinaria y agresiva ebriedad, los malos tratos frecuentes a la madre, las amenazas de muerte materializadas en agresión armada a toda la familia, el incidente de la víspera cuando la madre debió pedir protección porque su marido amenazaba degollarla, el desplante del padre ebrio a la madrugada cuando se refirió despectivamente respecto de sus hijos y, por fin, la

⁴⁹ Cám. Apel. de Dolores, 2-7-69, E. D. 31-504.

⁵⁰ Cám 5ª Crim. y Corr. de Córdoba, 16-4-71, E. D. 40-408.

⁵¹ Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 28-10-69. E. D. 39-456.

⁵² Cám. Nac. Crim., y Corr., Sala de Cámara, 11-3-69, E. D. 31-499.

⁵³ Cám. Apel. de Dolores, 2-7-69, E. D. 31-505.

actitud de la mañana del suceso, hosca, amenazadora, humillante...”⁵⁴; los estados de índole afectiva, siempre que no revistan la violencia necesaria para introducir, si resultaran excusables, la figura privilegiada de la emoción violenta⁵⁵; la infidelidad de uno de los cónyuges no constituye por sí una causa suficiente para provocar el estado emocional que requiere la atenuante⁵⁶; no se aplica la atenuante a “...quien mata a sus padres porque hacen una vida desordenada, llena de infidelidades recíprocas, que a él lo mortifican. Máxime si esto sucede cuando sus padres ya habían decidido enviarlo a vivir a otro país y cuando el sujeto tenía edad suficiente para dejar el domicilio de sus padres y emprender su propia vida autónoma...”⁵⁷

No son circunstancias extraordinarias de atenuación los estados psíquicos morbosos por sí mismos, ni los correspondientes a una deficiente personalidad, desde que éstos pertenecen al campo de la imputabilidad y deben ser juzgados con dicho alcance en los términos del artículo 34, inciso 1º, del Código Penal⁵⁸.

3. *El ensañamiento*

El antecedente del artículo 80, inciso 2º, del Código Penal es, en cuanto a la legislación extranjera, el Código Penal español de 1850 que se refería al ensañamiento como el matar aumentando inhumana y deliberadamente el dolor de la víctima. El proyecto Tejedor sólo hablaba de aumentar deliberadamente el dolor de la víctima antes de su deceso⁵⁹. La modificación del año 1968 excluyó la agravante de las sevicias graves de acuerdo con la opinión de Aguirre Obarrio, debido a que se trataba de la misma agravante, aun dentro de la opinión

⁵⁴ Cám. 2ª Apel. de Mar del Plata, 13-8-68, E. D. 28-309.

⁵⁵ Cám. Apel. de Dolores, 2-7-69, E. D. 31-504; Cám. Apel. Pen. de Mercedes, 2-4-68, E. D. 22-532.

⁵⁶ STJ de Chubut, 15-6-85 (484, STJ), E. D. 117-618.

⁵⁷ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala V, 7-4-86, “Schoklender, Sergio M. y otro”, L. L. 1986-C-365.

⁵⁸ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala II, 21-4-78, “Ceravolo, Domingo”, L. L. 1979-C-592 (35.171-S); BCNCyC 979-V-49, sum. 1969.

⁵⁹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 137.

de Moreno, ya que en el ejemplo que daba, sobre el castigo a menores para que trabajaran, no había dolo homicida⁶⁰.

Concepto

Es un modo cruel de matar. Es el deliberado propósito del autor de matar haciendo sufrir, o dicho de otra forma haciendo padecer sufrimientos físicos innecesarios a la víctima. Es posible cuando la víctima no está en condiciones de defenderse, con lo cual se mata complaciéndose en la agonía y por ende alargándola. El ensañamiento tiene lugar durante la ejecución del hecho. Se trata de una crueldad deliberada, de modo que se castiga la innecesariedad del incremento del daño⁶¹.

El ensañamiento requiere un elemento objetivo, consistente en el dolor o sufrimiento excesivo e innecesario que se le produce a la víctima con el fin de ocasionarle la muerte. Esto exige que la víctima se halle viva, por una parte, y consciente por el otro, de modo que pueda sentir el sufrimiento que se le infringe.

Se puede actuar con ensañamiento mediante sufrimientos tanto físicos como psíquicos (tortura, simulación de padecimientos a seres queridos).

En principio los autores han afirmado que no es posible el ensañamiento mediante omisión, aunque Bacigalupo la admite, poniendo como ejemplo, el caso de la persona que mata dejando morir a otro de hambre o sed⁶².

Desde el punto de vista subjetivo, se debe afirmar el dolo directo consistente en aumentar el sufrimiento de la víctima de manera innecesaria. No se dará la agravante en los casos de error, esto es, cuando el autor crea que no está ocasionando el sufrimiento o crea que esos dolores son indispensables para poder lograr sus propósitos homicidas.

Tampoco se estará dentro de la agravante en los casos en que víctima esté muerta. Por ello las acciones del autor, como ser el des-

⁶⁰ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 139/140.

⁶¹ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal español*, Bosch, Madrid, 1996, p. 17.

⁶² BACIGALUPO, ob. cit.

cuartizamiento del cuerpo de la víctima, no pueden entrar en la agravante que estamos estudiando, si ésta está muerta.

Es interesante la apreciación hecha por Queralt, que nosotros hemos ya observado en nuestras clases, de que más que un problema de dogmática penal estamos frente a un problema psiquiátrico. Más pareciera –dice el autor citado– que la sanción es por la persona que ejecuta el hecho, que por el hecho en sí, motivo por el que debería eliminarse la calificante⁶³.

El ensañamiento consiste, según la jurisprudencia argentina, en acrecentar deliberada e innecesariamente el sufrimiento de la persona ofendida, y debe producirse antes del fallecimiento⁶⁴. La casuística jurisprudencial al respecto es variada y se distingue la pauta rectora enunciada, siendo una cuestión de hecho, si se ha aumentado el padecer de la víctima en forma intencional y sin necesidad. En este sentido “...No se da la agravante de ensañamiento (art. 80, inc. 2º, Cód. Pen.), pese al número de golpes, el lapso de castigo y la indefensión de la débil víctima, por no darse los caracteres objetivos y subjetivos que requiere dicha agravante que consiste en acrecentar deliberadamente y con males innecesarios el sufrimiento de la persona ofendida, circunstancias que no se dan en el caso, por no advertirse nota alguna que lleve a considerar innecesaria la totalidad o algún segmento del accionar desplegado y respecto al fin propuesto, fin que debe circunscribirse al de causar un daño en el cuerpo o en la salud; no advirtiéndose por otra parte rasgos de sadismo en la acusada...”⁶⁵ Es difícil que concorra otro tipo de dolo que no sea el directo⁶⁶. Se ha entendido que: “...Tratándose de la comisión de un homicidio mediante una golpiza con un palo que produjo en la víctima varias fracturas, no se configura la agravante del ensañamiento pese al número de golpes, el lapso del castigo y la indefensión de la débil víctima, pues no se acrecentó –en el caso de autos– deliberadamente y con males innecesarios el sufrimiento

⁶³ QUERALT, ob. cit., p. 17.

⁶⁴ Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 25-11-75, E. D. 67-565.

⁶⁵ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala II, 28-8-81, “Martínez, Berta B.”, BCNCyC 981-IX-196.

⁶⁶ Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 28-6-67, E. D. 23-238.

de la persona ofendida, requisitos esenciales para la calificación de este delito, por lo que se tipifica el de homicidio simple (art. 79, Cód. Pen.)...”⁶⁷; “...concorre la agravante de ensañamiento, si la acusada golpeó por dos veces con un hierro a la víctima, que cayó al suelo aturdida; luego la roció con kerosene, y le prendió fuego sin que reaccionase, quedando impávida contemplando su obra inhumana...”⁶⁸; “...al matar con fuego a las víctimas el homicidio resulta calificado con ensañamiento (art. 80, inc. 2º, Cód. Pen.)...”⁶⁹ “...No hay homicidio con ensañamiento (art. 80, inc. 2º, Cód. Pen.), si la cruel repetición de los golpes con botellas no aparece dirigida a acrecentar el sufrimiento de la víctima, sino simplemente a asegurar su muerte (voto del Dr. Romero Victorica)...”⁷⁰ “... Quien sin proponerse otra cosa que castigar a la menor, le ha causado la muerte por la extraordinaria brutalidad de los medios empleados, no encuadra su proceder en la agravante de sevicias graves o en la de ensañamiento...”⁷¹

4. *La alevosía*

El proyecto Tejedor había definido a la alevosía afirmando que consistía en dar muerte, una muerte segura, fuera de pelea o de riña, de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente.

Las fuentes españolas, especialmente el Código de 1850, la definían como la muerte a traición y sobre seguro. El Código Penal de 1886 preveía la alevosía como una circunstancia agravante de la pena (art. 84), pero afirmando que ésta se daba cuando se obraba a traición o *sin peligro para el agresor*⁷².

Concepto

Es el empleo de medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurar el homicidio, sin riesgo para el autor,

⁶⁷ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala II, 28-8-81, “Martínez, Berta B.”

⁶⁸ Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 25-11-75, E. D. 67-565.

⁶⁹ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala I, 9-2-90, “A., J. A. y otros”.

⁷⁰ Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 6-7-71, E. D. 38-916.

⁷¹ Cám. Nac. Crim. y Corr., 21-3-61, E. D. 1-504.

⁷² MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 142.

de acciones que procedan de la defensa que pudiera hacer el ofendido⁷³. En otros términos, es un modo traicionero de matar.

Tiene una naturaleza mixta, que está integrada por aspectos objetivos, que se relacionan con los medios, formas y modos utilizados en la ejecución del hecho, y otro subjetivo, que tiene que ver con el ánimo de aprovecharse, mediante esos procedimientos, de la indefensión de la víctima. Es pues, un actuar sobre seguro y sin riesgo, con ánimo cobarde, con mayor plus de culpabilidad. No es necesario que la indefensión de la víctima haya sido provocada por el autor, bastando que éste se aproveche de la situación⁷⁴.

Los medios deben ser objetivamente idóneos, y no sólo en el ánimo del autor; deben reducir notablemente la defensa de la persona, pero no deben eliminarla.

El dolo del autor debe comprender que tanto los medios, el modo y las circunstancias, son aprovechados de modo que tiendan directamente a asegurar la muerte de la persona, con el fin de lograr una muerte sin riesgo. Por ello se ha afirmado que no hay alevosía en los casos en que el autor del homicidio sólo busca aliviar el dolor del moribundo o proporcionar una muerte placentera⁷⁵.

Los supuestos sobre los que se basa la alevosía son:

- a) El homicidio proditorio, en el cual al acto de matar precede el apostamiento, el acecho, la trampa, la emboscada, que aseguran una ejecución sin riesgo, ya que la víctima está desprevenida;
- b) el ímpetu o sorpresa, que es una agresión súbita, inopinada, inesperada ocultando el ataque;
- c) El aprovechamiento de una situación de indefensión del ofendido no provocada por el agente.

Lo esencial en la alevosía consiste en que el sujeto pudiera defenderse antes de la acción del autor, motivo por el cual no siempre es aplicable a los niños, y sí a las personas que duermen. En este

⁷³ GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho Penal español*, Bosch, 1996, t. I, p. 66.

⁷⁴ En igual sentido QUERALT, ob. cit., p. 16.

⁷⁵ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 67.

orden de ideas, la Cámara del Crimen de la Capital ha exigido no sólo el estado de indefensión de la víctima, sino además que el autor tenga en cuenta esa circunstancia para actuar⁷⁶.

5. *Veneno u otro procedimiento insidioso*

El procedimiento insidioso es aquel medio usado para matar, por el cual el autor del hecho esconde la agresión misma, la intención homicida como tal, de modo que hay autores que afirman que siempre el procedimiento insidioso es alevoso⁷⁷. La agravante existe cuando la acción es preordenada para matar sin peligro o riesgo para el autor.

En base a lo expuesto se puede sostener que existe una mayor dañosidad social y por ende un mayor injusto en la acción del autor que actúa con una víctima desvalida, por una parte, y por otra, se busca proteger a quien se halla en situación de inferioridad. Con lo cual hay una mayor perversidad de quien mata a traición y sobre seguro.

La particularidad, entonces, es el uso del veneno, que debe ser siempre dado de manera oculta, por ejemplo, inyectándolo o introduciéndolo de forma semejante en el cuerpo de la víctima.

Por veneno debe entenderse a toda sustancia animal, vegetal o mineral, sólida, líquida o gaseosa que, introducida en el cuerpo, mata cambiando su naturaleza por acción química.

Antes de la reforma del decreto-ley 17.567, se discutió si el vidrio molido entraba en el concepto de veneno, ya que éste no actuaba por descomposición química, sino por destrucción de las vísceras, con lo cual quedaba fuera del concepto genérico de veneno.

Con el agregado de “todo otro procedimiento insidioso”, se solucionó el problema definitivo y el vidrio molido entra en la agravante, en tanto y en cuanto sea dado de la manera antes dicha.

⁷⁶ Cám. Civ. y Com., 24-4-51, “D. A. y otro”, L. L. 62-744, cit. por ESTRELLA y GODOY LEMOS, p. 99. En este texto (p. 98) se puede ver el criterio de la SCJ de Mendoza (“F. c/l. F. s/Homicidio simple. Casación”), que sigue en principio la posición de Núñez.

⁷⁷ POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, ob. cit., p. 168.

6. *Agravación por la causa. Precio. Promesa remuneratoria*

El fundamento del severo castigo se encuentra en el mayor reproche que merece quien mata por un puro interés⁷⁸. Todos están menos seguros frente a quien mata sin odio, sin pasión o motivo conocido. El pacto puede ser escrito u oral, y siempre debe tener precio.

La agravante exige un pacto o convenio, por lo cual, el motivo o causa de la muerte debe ser el precio o la recompensa. De este modo el precio pagado o la recompensa futura debe ser la razón por la que el autor material del homicidio interviene y comete el hecho.

El contenido del convenio o pacto debe ser económico, ya que éste es el sentido que se esconde dentro del precio o promesa remuneratoria. También la limitación tiene sentido porque con ello se limita el tipo y se evita que todo homicidio entre en esta agravante. Sin embargo, quienes han opinado lo contrario afirman que tal extremo no se daría, ya que la ventaja que obtiene el autor “no es una consecuencia derivada de la muerte sino del hecho de matar: la obtención del beneficio no depende del resultado mortal cuanto de la realización de la acción homicida. En otras palabras no obtiene el beneficio con la muerte, sino por producirla”⁷⁹.

La norma exige un pacto por precio o promesa remuneratoria entre el que manda matar y el autor que va a realizar la acción material de matar. De acuerdo a la forma en que está redactada la norma, la agravante alcanza tanto al autor como a quien lo manda. Si bien alguna parte de la doctrina ha llegado a sostener que la agravante sólo alcanza al autor material (Muñoz Conde), en nuestro ordenamiento la cuestión no puede sostenerse, ya que quien paga es inductor y de acuerdo a las reglas de la participación responde por el hecho del autor principal. Soler, Núñez y Rodríguez Devesa: la agravante es para el que da y quien recibe recompensa. Beccaria y Carmignani, en cambio, opinan que la agravante comprende al sicario o al mandatario.

El precio se entiende que es aquello que se paga antes y debe tener un contenido pecuniario de orden económico. La promesa remuneratoria consiste en un ofrecimiento de pago posterior al hecho.

⁷⁸ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 69.

⁷⁹ Ídem nota anterior.

La agravante atiende a lo económico como fuente de delincuencia. Es esencial que el sujeto actúe por pacto.

El pacto, como tal, es un acto preparatorio y por lo tanto no punible, de acuerdo a las reglas generales de la participación.

7. Muerte por placer, codicia, odio racial o religioso

a) La muerte por placer

La agravante tiene su origen en el parágrafo 211 del Código Penal alemán y tiene como fuente inmediata al Proyecto Soler de 1960, siendo introducida por el decreto-ley 17.567

Se trata de la muerte producida para experimentar un placer, lo que lleva a un mayor castigo, habida cuenta de que se toma decididamente la vida del otro, como medio para conseguir una mayor sensación placentera.

El Código en su anterior redacción se refería al impulso de perversidad brutal, y las sucesivas reformas lo llevaron a la actual de matar por placer. De todas maneras, Núñez había incluido tal agravante en el impulso de perversidad brutal⁸⁰. A diferencia de Núñez, que había sostenido, tal como lo hemos visto, que es una forma de perversidad brutal y por ende el placer surge del acto de matar y ésta debe ser la causa del homicidio, Fontán Balestra es más amplio, afirmando que no sólo se debe dar el homicidio por impulso, sino que quien mata por placer, lo puede hacer actuando lenta y premeditadamente⁸⁰⁻¹.

a.1) Tipo objetivo

Define la agravante el concepto de placer, el cual debe ser entendido “como la sensación de contento o satisfacción que produce un hecho o circunstancia, por lo que, mata por placer, quien lo hace por el gusto o agrado que le produce el acto, sin otra motivación que lo haya determinado”⁸¹. Se encuadran en la agravante distintos supuestos, como ser el de matar para ver qué se siente, como por ejemplo,

⁸⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 64.

⁸⁰⁻¹ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, t. IV, p. 115.

⁸¹ CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, p. 36.

el caso que llevó a dos jóvenes a matar a un niño, que dio argumento para la novela *Compulsión*. Se incluyen en la agravante tanto fines placenteros, que surgen del propio homicidio, cuanto otros, como el de probar pólvora, según el caso traído por Núñez. En esta hipótesis, no hay duda de que se cumplen los extremos de este tipo penal cuando no hay una causa externa que explique el homicidio, sino que éste surge sólo de la psique del autor.

a.2) *Tipo subjetivo*

Esto explica entonces, el tipo subjetivo de la agravante que consiste en “la finalidad de satisfacer el deseo de sentir placer”⁸². Ésta debe ser la causa del homicidio, de modo que si existió otro motivo y en el momento del hecho el autor siente placer, no es alcanzado por la agravante.

b) *Codicia*

La agravante tiene su fundamento debido a que el autor mata por un fin abyecto como es la codicia. Por eso Núñez ha podido decir que la “codicia” se refiere a una característica espiritual del autor, vale decir, a su inclinación exagerada al lucro⁸³. Por ende mata, y su acción entra en la agravante, quien lo hace con el fin de tener una ganancia apreciable de dinero, siempre y cuando no sea una promesa previa al hecho, ya que ésta forma parte de otra agravante. De ese modo se estará dentro de este inciso, cuando el autor mate para tener una herencia u otro beneficio económico, pero no, en cambio, cuando el autor mate para poder casarse con la viuda, sólo movido por la pasión.

c) *Odio racial o religioso*

La norma, como se sabe, fue introducida por el decreto-ley 4778/63, incorporada por el decreto-ley 17.567 y terminó de incluirse definitivamente por ley 23.077. Ambas normas se basaron en la Se-

⁸² Ídem nota anterior.

⁸³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 65.

gunda Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio de la Asamblea de Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1948, punto XII, a la cual adhirió Argentina el 9 de abril de 1956. Posteriormente se han incorporado a la Constitución una serie de Pactos sobre Derechos Humanos, que en parte confirman esta agravante. Se suma además la ley 23.549 sobre discriminación, la cual también agrava las penas en los casos en que el delito se cometa por odio a una raza, religión o nacionalidad. Dice Creus que la única parte que se puede aplicar, en el caso del homicidio, es el de odio a la nacionalidad, ya que el resto no se podrá debido a que el artículo 80 prevé el máximo de pena posible, esto es la perpetua⁸⁴.

Debe diferenciarse esta agravante del llamado genocidio, que consiste en matar colectivamente a grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos y además el de destruir a ese tipo de grupos, tal como ha sucedido en el régimen nacional socialista con la raza judía, o últimamente en la guerra de Bosnia. Y ello es así ya que el inciso 4º del artículo 80 del Código Penal, es todavía más severo. No requiere la eliminación de un grupo, o una muerte colectiva, sino que basta con la muerte de una sola persona con ese fin.

c.1) *Tipo objetivo*: El homicidio debe ser realizado por odio racial o religioso. No alcanza que se mate a una persona de otra raza o religión, si no se lo hace con el elemento subjetivo del odio.

c.2) *Tipo subjetivo*: La esencia de la agravante, como se podrá ver, es sin duda subjetiva⁸⁵, y consiste fundamentalmente en la muerte de otra persona, por odio, esto es la aversión a una religión o raza, y ese ser el motivo del homicidio⁸⁶.

8. *Agravación por el medio: medio idóneo para crear peligro común*

Según Gómez, el fundamento de la agravante es la mayor peligrosidad que se revela por parte del autor, al cometer el homicidio, mediante los medios que además crean un peligro común. En cambio para Núñez

⁸⁴ CREUS, ob. cit., p. 39.

⁸⁵ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 66/67; Cám. Crim. y Corr., L. L. 109-115.

⁸⁶ CREUS, p. 38; NÚÑEZ, t. III, p. 67.

el fundamento está dado por la dificultad de la defensa basada en la naturaleza de la acción del homicida. Creus, por su parte, afirma que la agravante se funda en el poder letal del medio elegido por el autor del homicidio que facilita indiscriminadamente el daño a terceros.

Para nosotros la agravante se basa esencialmente en el uso de un medio que provoca daños a terceros, lo que revela una mayor intencionalidad criminal y, por ende, una mayor culpabilidad.

La agravante, tal como aparece en el texto actual, proviene de decreto-ley 17.567. La fórmula anterior hablaba de incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar otros estragos.

Es un homicidio cometido mediante delito contra la seguridad común, de modo que existe una relación de medio a fin por el que se causa la muerte. Esto implica que no se estará ante la calificante si el autor se aprovecha de una de las circunstancias antes mencionadas, ya sea por él provocada, ya sea por otros, a los efectos de matar a otra persona. En este caso se tendrá un homicidio con ocasión de un peligro común y no usado como medio para matar⁸⁷. Tampoco se estará frente a la agravante en el supuesto de que el autor provoque el peligro común, y luego por omisión deje morir a la víctima.

a) *Tipo objetivo*

La agravante exige que el autor utilice para matar un medio idóneo para crear un peligro común. Bien ha dicho la doctrina que para que se dé la agravante, basta con que el sujeto utilice un medio que sea apto para la creación del peligro, aunque en el momento del hecho el autor mate por otro motivo. Creus, trae el ejemplo de quien quiere matar mediante un explosivo, en medio de una manifestación pública, y al arrojarla mata a su víctima, no por la explosión, sino por el golpe que sufre la persona con el artefacto. "Basta con la idoneidad para generar el peligro sea propio de la naturaleza del medio y de las circunstancias en que el autor lo utilizó, aunque por razones extrañas al plan del autor no haya sido idóneo, en el caso concreto, para generarlo"⁸⁸.

⁸⁷ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 70.

⁸⁸ CREUS, ob. cit., p. 44.

b) *Tipo subjetivo*

El autor debe haber querido matar con el medio que crea un peligro común. En este sentido debe existir el dolo directo de matar con los medios típicos antes examinados, y en ese caso parte de la doctrina ha sostenido que se puede matar por medio de la omisión impropia, ya que el sujeto asumiría el papel de garantía de la vida del otro⁸⁹. En contra de esta posición, Rodríguez Mourullo, entre otros. Debe haber, entonces, una conexión, similar a la que se exige en el artículo 80, inciso 7º, del Código Penal, de modo que si no existe tal unión entre el delito medio y el final —esto es el homicidio—, sólo se estará ante un concurso de ambos delitos, pero no en la agravante del homicidio. En síntesis, se exige el dolo directo en el delito final, y cualquier otro de los dolos en el delito medio. Esta posición ha sido seguida por Soler y Núñez; en cambio, Fontán Balestra y Gómez rechazan tal posibilidad.

Tampoco hay acuerdo en cuanto al concurso entre ambos delitos, y este problema sólo se resolverá en el caso concreto y frente a si existen una o varias acciones en la comisión del hecho.

9. *Concurso de dos o más personas*

El fundamento de la agravante consiste en que al matar mediante el concurso de personas se disminuye la defensa de la víctima.

a) *Tipo objetivo*

Laje Anaya ha sostenido que, tal como está redactado el tipo penal, se exige que además del que mata existan dos o más personas, o sea que como mínimo deben ser tres personas⁹⁰. Para Fontán Balestra, en cambio, bastan dos personas que intervengan en el hecho⁹⁰⁻¹. La actuación de los intervinientes debe ser tanto en el carácter de autores como de cómplices, en tanto se debilite la defensa de la víctima. De esa manera está claro que el inductor no puede llevar a la agravante si no participa en el hecho.

⁸⁹ GONZÁLEZ RUS, p. 71.

⁹⁰ LAJE ANAYA, t. I, p. 24 y CREUS, igual, p. 32.

⁹⁰⁻¹ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 120.

b) *Tipo subjetivo*

La ley exige desde el punto de vista subjetivo que las personas se reúnan a los efectos de matar, esto implica que exista una pre-determinación con el fin de realizar el homicidio y con ello aprovechar la disminución de la defensa de la víctima.

10. *Homicidio "criminis causa", conexo con otro delito*

El texto del artículo 80, inciso 7º, tal como está redactado, proviene del Proyecto de 1906, en su artículo 84, inciso 3º; del artículo 111 del proyecto de 1891, y del proyecto de los '60, que se plasmó en el decreto-ley 17.567⁹¹.

La esencia del agravamiento en el homicidio *criminis causa*, consiste en una conexión ideológica, aunque como dice Núñez se comprende una unión final y también impulsiva⁹².

a) La conexión ideológica, como causa final, se relaciona de la siguiente forma:

En primer lugar, el homicidio se realiza con el fin de cometer otro delito, que tanto puede ser cometido por quien mata, como por otra persona. De esta forma, el homicidio se tipifica tanto para preparar, facilitar o directamente consumir otro delito.

En segundo lugar, el homicidio se comete con el fin de ocultar otro delito, como ser la muerte de una persona para que no delate al autor o evitar que el hecho sea descubierto; en el ejemplo de Núñez, matar al policía que está investigando el hecho.

En tercer lugar, se puede cometer el homicidio con el fin de asegurar los resultados de otro delito.

Por último, se comete el homicidio con el fin de asegurar la impunidad, tanto para sí como para otra persona. El otro delito del que habla la ley tanto puede ser doloso como culposo o preterintencional. Ésta es una excepción ya que el resto del inciso sólo se refiere a

⁹¹ Se puede consultar a: Ramos Mejía, en J. A. 1946-IV-734, L. L. 80-413; L. L. 50-1, J. A. 73-61.

⁹² NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 51; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, ps. 106 y ss.

delitos dolosos. De igual modo se deben excluir las contravenciones, porque como bien lo dice Fontán Balestra la ley sólo habla de delitos⁹²⁻¹.

Tampoco es necesario que coincidan las personas entre ambos delitos, ya que se puede matar a lo fines de ocultar el delito de otro. Como ejemplo se puede dar el caso de una persona que a los fines de ocultar un homicidio culposo de la esposa, que ocupa un cargo alto en el gobierno, mata a un vagabundo que es el único testigo que existe.

b) La conexión ideológica como causa impulsiva, según Núñez, existe cuando el autor mata por no haber obtenido el resultado que se propuso. Para ello es necesario que antes del homicidio se haya cometido o intentado otro delito. La mayor pena existe por un mayor injusto por parte del autor, habida cuenta de que, al no haber obtenido el resultado que se había propuesto, que ya era delictivo, mata. Es una conexión de tipo impulsivo, que como dice Núñez pretende ampliar a posteriori el ámbito de la conexidad final⁹²⁻². Poco importa si la víctima del homicidio también lo fue del primer delito que ha fracasado, o es totalmente ajeno a él.

c) Subjetivamente, se requiere dolo directo, ya que por la estructura de los tipos penales en cuestión no es admisible el dolo eventual. El autor mata con un fin determinado, o porque no pudo consumir otro ilícito. Desde esta perspectiva, no es admisible el dolo eventual, ya que la dirección de la voluntad del autor no lo admite. En este contexto se puede admitir el ejemplo dado por Núñez, en el cual quien intenta violar a una persona, y a los efectos de que ésta deje de gritar, la golpea y muere a consecuencia de la golpiza. Claro está que el propio Núñez se ve obligado a aclarar, en la nota 133, que el problema reside en la fuerza de los golpes. Sin embargo, no advirtió el profesor de Córdoba que no se trataba de un problema de fuerza en los golpes, sino de la intención del autor, lo que no extraña debido a la teoría causal que sustentaba.

La agravante es subjetiva, de modo que no es necesario ni siquiera

⁹²⁻¹ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, p. 109.

⁹²⁻² NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 53.

la tentativa del otro delito, salvo en la gravedad de conexidad impulsiva y en la de asegurar la impunidad después de otro delito.

Si se realiza el otro delito existirá concurso real, ya que no hay duda que son dos acciones distintas que realizan tipos penales distintos.

Asimismo, la tentativa y la consumación se refieren al homicidio, de modo que muerta la víctima no es necesaria la consumación del delito conexo.

Por último debe diferenciarse claramente el artículo 80, inciso 7º, del Código Penal, del artículo 165 del mismo Código, cuestión que si bien se verá más adelante, exige por lo menos una breve explicación.

Ambos tipos son sin duda dolosos, aunque alguna doctrina admite la culpa en homicidio en ocasión del robo. Sin embargo, lo que diferencia al artículo 80, inciso 7º, es el dolo, que debe ser directo, y la conexidad con el otro delito⁹²⁻³.

Así la jurisprudencia ha sostenido que la agravante que contempla el artículo 80, inciso 7º del Código Penal requiere, para su configuración, que se plasme el nexo psicológico entre el homicidio y la otra figura delictiva⁹³, es decir que para que exista la concurrencia de la agravante en cuestión no siempre es necesario una preordenación anticipada, ya que la ley únicamente exige que el fin delictuoso funcione como motivo determinante del homicidio, lo que no requiere indefectiblemente una reflexión, sino sólo una decisión, que puede incluso producirse súbitamente en la ejecución del hecho⁹⁴.

Es imprescindible que exista una conexión ideológica entre ambos delitos⁹⁵, habiéndose dicho al respecto que la "...connotación teleológica del artículo 80, inciso 7º del Código Penal, configurada por el

⁹²⁻³ DONNA, Edgardo y GOERNER, Gustavo, *Una nueva aportación para la interpretación del artículo 165 del Código Penal y el respeto al principio de culpabilidad*, en L. L. 1992-A-832.

⁹³ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala IV, 9-4-87, "Rodríguez, Eduardo y otro", L. L. 1987-D-343.

⁹⁴ Cám. Fed. de San Martín, 14-9-88, "Firmenich, Mario E.", D. J. 1989-2-68. Igualmente entiende que la preordenación no es requisito para que se configure el homicidio *criminis causa*; SCJ de Buenos Aires, 25-9-79, "Contreras, Omar E.", D. J. B. A. 117-303: "...La preordenación debe ser excluida como elemento indispensable del homicidio *criminis causa* y la decisión de matar puede ser posterior, en forma imprevista siempre que concurren los motivos del art. 80 del Cód. Pen."

elemento subjetivo de lo injusto, incluida en el tipo penal, está representada por la preposición 'para' en una relación de medio a fin...⁹⁶ debiendo la mentada conexidad ser acreditada fehacientemente⁹⁷, además "...debe recordarse que la esencia de todas las figuras comprendidas en el homicidio *criminis causa* es subjetiva"⁹⁸.

Se ha entendido que se configura el homicidio *criminis causa* el actuar del imputado que "...quiso robar y al tener resistencia de las personas intenta eliminarlas, reflejando un desprecio de la vida en la búsqueda de dinero, que se compadece con la figura del homicidio y no con el artículo 165 del Código Penal..."⁹⁹ o cuando "...existiendo relación de medio a fin entre el robo y el homicidio subsiguiente, es evidente que éste fue consumado para obtener la impunidad, encuadrando así el hecho en el delito de homicidio *criminis causa* del artículo 80, inciso 7º del Código Penal..."¹⁰⁰; pero no estando acreditado el dolo de matar, ni aun en su modalidad eventual, no corresponde la aplicación de la figura agravada¹⁰¹.

V. Figuras atenuadas

1. Homicidio calificado por atenuación. Infanticidio

Se debe aclarar que el delito de infanticidio fue derogado por ley 24.410, por lo que la figura tuvo vigencia hasta el 10 de enero de 1995. No explicó el legislador las causas de la derogación, con el

⁹⁵ Cám. Crim. de General Pico, 16-12-76, "Rodríguez, José L.", B. J. L. P. 979-24-61.

⁹⁶ SCJ de Buenos Aires, 25-9-79, "Contreras, Omar E.", D. J. B. A. 117-303.

⁹⁷ "...Corresponde aplicar la figura de robo agravado del art. 165 del Cód. Pen. y no la del homicidio *criminis causa*, si no está acreditada la conexión psicológica entre la intención de matar y el otro delito que se propone cometer el autor..." (Cám. Nac. Crim. y Corr., sala II, 27-9-91, "Ponce, Jorge E.", L. L. 1992-A-371; en igual sentido: Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VI, 9-8-89, "Charrutti Curbello, Luis E.", L. L. 1990-A-428).

⁹⁸ TSJ de Córdoba, Sala Penal, 19-8-82, "Pomilio, Héctor H. y otros", L. L. 1983-B-283.

⁹⁹ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala I, 21-2-91, "Amaya, Soledad A.", L. L. 1991-D-239.

¹⁰⁰ SCJ de Buenos Aires, 2-5-79, "Sallago, Juan D. y otros", D. J. B. A. 117-6.

¹⁰¹ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala I, 12-2-88, "Leiva, Oscar A.", L. L. 1990-A-694, Jurisp. Agrup., caso 6946.

problema de que toda muerte de la madre al hijo que nace se desplaza al artículo 80, inciso 1º, del Código Penal, con los inconvenientes de la pena, a la que ya hicimos alusión.

2. *Problemas de la emoción violenta*

a) *Homicidio en estado de emoción violenta.*

Artículo 81, inciso a

La ley impone pena de reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años, en los casos en que se matare a otro, encontrándose el autor en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

Se ha sostenido que el motivo de la atenuación, o eximente incompleta, que prevé el artículo 81, inciso 1º, del Código Penal, es que la criminalidad del autor es menor, en cuanto a que mata debido a la fuerza impulsora que está en su ánimo y encuentra su causa en la conducta de la víctima. Existe una atenuación de su culpabilidad debido a la disminución de los frenos inhibitorios del autor, que se reflejan en una menor capacidad de culpabilidad.

b) *Los problemas que surgen del Código Penal suizo, como antecedente del Código Penal argentino*¹⁰²

Los problemas que se han suscitado con respecto a la interpretación de la atenuante, se deben en parte, a los antecedentes legislativos¹⁰³, especialmente el anteproyecto suizo elaborado por la Segunda Comisión de Expertos –texto de 1915–, artículo 104, que afirmaba que “*si le delinquant à tué alors qu’il était en proie à une émotion violente et que les circonstances redaient excusable*”. Y el texto en alemán decía: “*Toetet der Taeter in einer nach den Umstaenden entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung...*” Con posterioridad el proyecto culmina en el Código Penal suizo (art. 113). Con esta fórmula, el legislador buscaba una regulación legal que terminara la casuística de los homi-

¹⁰² Todo el tema de los antecedentes lo hemos extraído de HURTADO POZO, *Manual de Derecho...* cit., ps. 122 y ss.

¹⁰³ ZAFFARONI, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, t. IV, p. 19.

cidios producidos en los respectivos cantones. En este sentido, la propuesta de Hafter, modificada luego por Thormann y completada luego por distintas discusiones, fue el texto que se incorporó y rigió hasta 1937.

Al buscar superar las fórmulas casuísticas que existían en los cantones suizos, se intentaba evitar los abusos que se habían producido, habida cuenta que cualquier impulso pasional, terminaba siendo una atenuante del homicidio. Posteriormente el anteproyecto de 1908 hizo alusión a la emoción violenta (*heftigen Gemütsbewegung*), aunque sin querer hacer la distinción entre pasión y emoción. En síntesis, “la preocupación principal era la de privilegiar los casos en que el agente actuaba en un estado psíquico desordenado, impetuoso, violento”¹⁰⁴.

De este modo, la fórmula tenía dos efectos; el primero era el de eliminar los abusos escandalosos, ya que no bastaba con comprobar la situación de hecho provocadora, y el segundo es que entraban en la fórmula casos que no sólo abarcaban los llamados pasionales¹⁰⁵.

Sin embargo, la expresión “quisiera colocar mejor el impulso anímico justificado por las circunstancias que haga aparecer disculpable el hecho por un motivo ético”, atribuida a Thormann, motivó que parte de la doctrina argentina buscara para explicar el homicidio emocional, y por ende para que se diera la eximente incompleta, la existencia del llamado motivo ético. Fue Ramos quien sostuvo expresamente que “no basta que haya emoción violenta si no existe un motivo ético inspirador, el honor herido en un hombre de honor, la afrenta innecesaria, la ofensa injustificada”, de modo que “son motivos éticos únicamente aquellos que mueven de una manera adecuada a una conciencia normal”¹⁰⁶.

En contra de esa posición reaccionaron Soler, Peña Guzmán, Núñez y Jiménez de Asúa. Este último afirmaba que Ramos tendría razón si el texto suizo hubiera materializado la propuesta de Hafter y Thormann, pero que al triunfar la propuesta más amplia no se puede invocar

¹⁰⁴ HURTADO POZO, ob. cit., p. 123.

¹⁰⁵ Ídem, p. 124.

¹⁰⁶ RAMOS, Juan P., *Curso de Derecho Penal. Segunda parte*, Buenos Aires, t. V, p. 84.

el antecedente. Sin embargo, como bien lo hace notar Hurtado Pozo, la doctrina y la jurisprudencia de Suiza han acudido a los motivos éticos para justificar la emoción¹⁰⁷, hecho éste que, en parte, justificaba la posición de Ramos.

Sin embargo, se debe sostener que no integra el tipo penal la índole moral, la eticidad de la causa de la emoción, sino que la exigencia típica está en analizar “si el estado de emoción violenta resulta comprensible, y si cualquier otra persona, en las mismas circunstancias, caería en tal estado emocional. Es decir, si el homicidio representa un suceso excepcional realizado por una persona bajo la intensa presión de una situación conflictiva de la que ella misma no es culpable”¹⁰⁸. En otras palabras, exigir un fundamento ético a la emoción sería a nuestro criterio contradictorio con un Estado de Derecho basado en la autonomía ética del hombre. Además, la discusión pasaría al análisis de si el motivo es o no ético, lo que llevaría a una total anarquía en la valoración del estado emocional, similar al que se produce en el delito de corrupción cuando se lo analiza desde el punto de vista moral.

c) *Concepto de emoción*

Bien se ha hecho notar la dificultad de hacer una conceptualización de lo que es la emoción. Krueger ha sostenido que “la vivencia más íntima y profunda que experimentamos en el sentimiento se resiste por su propia naturaleza a toda elaboración científica”¹⁰⁹. Ahora bien, en la emoción pueden distinguirse dos aspectos: “Un determinado contenido del horizonte vivencial y otro del centro de las vivencias del fondo endotímico. Los valores del horizonte vivencial no son otra cosa que la cualidad de lo que a nuestra interioridad llega cuando nos sentimos afectados, la fisonomía valiosa positiva o negativa con que nos es dada la realidad que nos sale al encuentro. Así, aquello que de lo que nos alegramos tiene, en tanto que es objeto de la alegría, otra faz que lo que nos lleva a la emoción religiosa [...] éstos son rasgos característicos de la cualidad objetiva de valor de determinadas

¹⁰⁷ HURTADO POZO, ob. cit., p. 126.

¹⁰⁸ Ídem, p. 130.

¹⁰⁹ KRUEGER, F., *Das Wesen der Gefühle*, 1929, cit. por LERSCH, Philipp, *La estructura de la personalidad*, Scientia, Barcelona, España, 1968, p. 189.

vivencias estimulantes”¹¹⁰. En los procesos de la estimulación la realidad con que nos hemos encontrado y enfrentado, dice Lersch, queda inmediatamente incorporada a la intimidad del centro endotímico adquiriendo siempre determinado contenido¹¹¹. En cada emoción se distinguen dos facetas, una que corresponde a un estado actual del ánimo, que es la del colorido o tonalidad endotímica y otra la “emoción” propiamente dicha. Ambos aspectos se ensamblan complementariamente¹¹².

La cualidad endotímica es el estado de ánimo actual que está contenido en cada emoción y es específico de ella¹¹³.

Respecto a su matiz, las emociones se distinguen no sólo por tener diferentes cualidades endotímicas, sino también por el grado de profundidad que alcanzan, o mejor dicho, por el grado en que la cualidad endotímica específica para cada emoción aislada —la alegría, el enfado, la pena, etcétera— impregna en cierto modo toda la vida anímica. Una emoción será más profunda cuanto mayor territorio de la vida anímica esté incluido en su esfera y reciba de ella su colorido y su matiz. Si las emociones son profundas, todos los contenidos parciales de nuestra vida anímica, tanto en una sección transversal como longitudinal, reciben de ellas una cualidad de totalidad, con sentido propio, y se hallan en una relación recíproca unos con otros¹¹⁴. Cuando la emoción es profunda impregna toda la personalidad y deja tras de sí un estado de ánimo duradero¹¹⁵.

En cuanto a las emociones propiamente dichas, se puede decir que interrumpen el curso regular, el ritmo normal de todo acontecer psicosomático, y por ende son sentidas como un trastorno de la esfera corporal, especialmente la parte regulada por el sistema nervioso vegetativo. Afirma Lersch que las emociones se dividen en primitivas, tales como el susto, la excitación y el pavor —que también pueden

¹¹⁰ LERSCH, ob. cit., p. 190.

¹¹¹ Ídem nota anterior.

¹¹² Ídem nota anterior.

¹¹³ LERSCH, ob. cit., p. 191.

¹¹⁴ Ídem, p. 192.

¹¹⁵ Ídem nota anterior.

encontrarse en los animales— y las propias de la vida anímica superior, tales como el horror, el entusiasmo, la indignación y la cólera¹¹⁶.

Ahora bien, las emociones primitivas se caracterizan en el horizonte noético, es decir, aquel en el cual se diferencian las percepciones, las representaciones y los pensamientos, gracias a los cuales elabora su propia imagen del mundo, y que constituye el fundamento de la conducta consciente y por ende dirigida a una finalidad; “resulta estrechado en su amplitud y oscurecido en su claridad, incluso llegando a desaparecer totalmente como tras una cortina de niebla. En las emociones primitivas el hombre pierde su capacidad de pensar, por la cual se distingue del ser puramente animal, y gracias a la cual es capaz de percibir conscientemente el mundo como una ordenación de objetos y de relaciones y de dirigir inteligentemente su conducta. Tiene lugar una desintegración de la capa noéticovolitiva de la persona, una caída hacia una actitud pre-intelectual, no espiritualizada y no controlada por la voluntad”¹¹⁷.

La emoción puede afectar la inteligencia de los propios actos, y no requiere la pérdida de la memoria. La diferenciación en cuanto a la intensidad lleva a la distinción entre emociones y sentimientos.

En cuanto a la pasión, Ramos había sostenido que la misma no tenía el carácter de instantaneidad, ni tampoco la intensidad, distinguiéndola, de ese modo, de la emoción.

d) *La emoción violenta*

La emoción, según la ley, para que pueda llegar a ser una eximente incompleta y por ende disminuir la pena, debe ser violenta, en el sentido de que con su intensidad disminuyan o se debiliten los frenos inhibitorios de la voluntad. Si, en cambio, la intensidad de la emoción lleva a que se pierdan tales frenos inhibitorios, la conducta se encuadraría en la eximente completa del artículo 34, inciso 1º, del Código Penal, esto es la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad¹¹⁸. Este cuadro puede verse cuando hemos explicado el grado de la emoción y como ella puede, según Lersch, afectar de manera profunda la inteligencia.

¹¹⁶ LERSCH, ob. cit., p. 193.

¹¹⁷ Ídem nota anterior.

¹¹⁸ DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. II.

De acuerdo a lo expuesto, el tipo penal requiere dos elementos: uno subjetivo, que es la emoción, y otro normativo, que consiste en que esa emoción, por las circunstancias dadas, sea excusable, con lo cual lo que se debe justificar es la emoción, pero no el homicidio. Y esto tiene una explicación dogmática, ya que si lo que se justificase fuese el homicidio, entonces se estaría frente a una causa de justificación, que como es obvio, excluiría la pena y no la atenuaría.

La emoción, como hemos visto, se puede caracterizar como una crisis, circunscripta y visible del sentimiento, motivada por sensaciones que la percepción introduce en el campo de la conciencia, o por representaciones, es decir, imágenes, recuerdos e ideas que surgen de ella. Esta conmoción del ánimo se puede traducir en ira, dolor, miedo y excitación¹¹⁹. Es un estado subjetivo duradero, por lo cual es una cuestión de hecho, que depende, obviamente, de la prueba que se produzca en el juicio.

En cambio, el juicio de justificación es más complejo, ya que supone y exige en el juzgador una valuación jurídica de la totalidad compleja del hecho y del autor¹²⁰.

El elemento normativo, esto es “las circunstancias que hicieran excusables”, debe entenderse de la siguiente manera: la emoción por sí no justifica, sino que son las circunstancias que han motivado esa emoción las que llevan a la disminución de la pena. Bien dice Soler que “la agresión ilegítima es a la justificante de legítima defensa, como la provocación es a la excusa del homicidio emocional”¹²¹.

La causa de la atenuación es subjetiva, con lo cual se deben analizar las circunstancias en que actuó el homicida, tanto antes del hecho como durante el propio homicidio. Pero, por otra parte, el juicio es objetivo, en el sentido de que se deben analizar esas circunstancias y las exigencias que tenía el autor frente a ellas. Es el caso en que el

¹¹⁹ CABELLO, Vicente P., *Psiquiatría forense en el Derecho Penal*, t. 2-B, Hammurabi, Buenos Aires, ps. 85 y ss.

¹²⁰ FRÍAS CABALLERO, *La cólera como elemento del homicidio emocional. Doble homicidio por emoción violenta. Homicidio provocado en el Código Penal argentino*, en *Temas de Derecho Penal*, p. 285.

¹²¹ SOLER, ob. cit., ps. 79/80.

Derecho exige que se deba someter a la persona a actos que pueden ser injustos, como ser la orden de detención o el embargo.

e) *Justificación causal de la emoción*

La doctrina ha sostenido, en forma casi unánime, que no se premia al intemperante cuando la emoción no ha tenido ninguna causa externa, sino que surge del propio carácter del autor. Este extremo conlleva la exigencia de una causa provocadora, cuya génesis debe estar fuera del autor, que excite sus emociones, tales como la ira, el odio, etcétera.

Esto exige una causa eficiente personal, en el sentido de que debe provocar la emoción, de acuerdo a las pautas que fijan las normas de la cultura social, pero de ninguna manera las normas éticas.

Tampoco tiene importancia el tiempo, en el sentido de que bien puede existir un lapso prolongado entre la emoción y el homicidio. Piénsese en el autor que soporta la infidelidad de la cónyuge y luego de un tiempo explota y la mata.

En síntesis, el origen de la causa de la emoción no debe estar en el propio emocionado, pero el autor debe haber sido extraño a la causa.

Además debe haber una vinculación entre el estado emocional y el homicidio. Se exige una conexión causal entre la emoción que debe ser violenta, que esa emoción se dé en el momento del homicidio, y que ese estado exista entre la determinación y el hecho.

f) *La emoción violenta y la jurisprudencia en general*

Los fallos jurisprudenciales han seguido estos criterios dados:

Se ha dicho: la ley atenúa el homicidio porque el sujeto activo no ha tenido al momento del hecho el pleno dominio de sus acciones. Pero "...la figura privilegiada del artículo 81, inciso 1º, del Código Penal no fue acuñada para premiar a los violentos, hipermotivados y pasionales..."¹²², porque impone, además, que la conducta homicida sea excusable¹²³.

¹²² SCJ de Buenos Aires, 14-10-82; "Cheres, Héctor D.", D. J. B. A. 124-2; ídem, 7-9-82, "Juárez, Oscar F.", D. J. B. A. 123-433. En igual sentido, al no ser excusable el estado de emoción violenta por el carácter irascible del homicida, Cám. Pen. de Morón, 8-11-87, "Vite, Alberto A.", L. L. 1990-B-629, Jurisp. Agrup., caso 7053.

¹²³ SCJ de Buenos Aires, 21-9-82, "Quaresma, José G.", D. J. B. A. 123-450.

Para que el estallido emotivo determinante del homicidio resulte excusado por el derecho penal, es preciso:

- a) Que el estado emocional resulte explicado, no ya por la misma conmoción anímica, sino por las circunstancias que envuelven a esa conmoción;
- b) que la afrenta provocadora represente una injusticia de no escaso relieve, idónea para producir sin más una reacción de magnitud;
- c) que como consecuencia del agravio injusto y provocado, el homicida se encuentre impelido por una causa que tenga para él cierto aspecto de justicia aunque por exceso de ira haya pasado los límites debidos, y
- d) que la fuerza impulsora del homicidio sea extraña al autor, o sea, *que su génesis sea ajena al emocionado mismo*¹²⁴.

La figura calificada del delito previsto en el artículo 81, inciso 1º, del Código Penal se distingue del homicidio doloso por dos elementos normativos propios: uno psicológico, el estado de emoción violenta, y el otro valorativo constituido por las circunstancias que la hicieran excusables¹²⁵.

Supone alguna “relación de proporción” entre la causa desencadenante y la reacción emocional, no pudiendo aceptarse como hechos que expliquen la reacción, en los casos de provocación, aquellas actitudes que no encierran cierta forma de injusticia de parte del provocador¹²⁶.

Cuando una emoción es violenta no debe necesariamente dañar la memoria. El recuerdo de lo sucedido no es excluyente de la emoción violenta, pudiendo, en caso de una amnesia afectiva, ser incluida en un estado de inconsciencia¹²⁷.

¹²⁴ Cám. Acus. de Córdoba, 12-12-84, “Lucero, Salvador B.”, L. L. Córdoba 985-625.

¹²⁵ SCJ de Buenos Aires, 22-9-81, “Intrieri, Pedro D.”, D. J. B. A. 121-289.

¹²⁶ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VI, 26-6-79, “Fernández, Agustín J.”, L. L. 1980-A-446, BCNCyC 979-VI-67, sum. 2223, J. A. 1980-I-412.

¹²⁷ SCJ de Buenos Aires, 25-9-90, “Sandoval, Ramón D.”, P. 34.568, L. L. 1991-A-344.

Lo atinente a la existencia o inexistencia de emoción violenta es una cuestión de derecho común ajena al recurso extraordinario¹²⁸.

Se ha encuadrado en la figura del artículo 81, inciso 1º a quien mató al amante de su esposa, habiendo recibido humillaciones de parte de la víctima y de su propia esposa, quienes andaban juntos sin siquiera tratar de disimular su relación, y constantes provocaciones y amenazas frente a su domicilio, lo que provocó ser desbordado emocionalmente y reaccionar en forma callada y violenta, volviendo recién a la realidad cuando el policía, arma en mano, le ordena que se detenga y allí es cuando manifiesta “usted no sabe quién es ese tipo, es un delincuente del barrio, me arruinó la vida”¹²⁹, o si el procesado al herir mortalmente al amante de su compañera, había perdido el pleno dominio de su capacidad reflexiva, encontrándose disminuidos sus frenos inhibitorios¹³⁰; se ha excusado la conducta de la mujer que mató al hombre con el que aspiraba a casarse, quien en momentos de intimidad sexual le exigió actos sexuales aberrantes y ante su negativa le pegó, insultó y descalificó como mujer, dando por terminada la vinculación y, posteriormente, la relegó al asiento trasero del automóvil durante el regreso, en cuyo transcurso continuó, entre risas e ironías, tratándola de mujer inservible para él y todo hombre¹³¹, o quien habiendo sido agredido por la víctima, hombre más joven, de carácter pendenciero, regresa más tarde al lugar del hecho armado de un revólver y le efectúa dos disparos ante la renovación de la injuria¹³², o si el procesado encontró a su mujer en brazos de otro hombre y al pedir explicaciones, recibe insultos y provocaciones de parte de éste, a quien da muerte, no obstante el hecho de que el procesado desconfiara de su esposa y la vigilara¹³³.

Se ha rechazado la atenuante “...si la acusada no bien ocurrido el hecho tomó un geniol en la cocina y luego dirigiéndose al cuarto de su hijita la despertó diciéndole ‘maté a tu padre’, para acto seguido

¹²⁸ CSJN, 18-10-83, “Aladro, Domingo”, L. L. 1984-D-698, Sec. Jurisp. Agrup., caso 5334.

¹²⁹ Cám. Acus. de Córdoba, 13-5-88, “B., H. C.”, L. L. Córdoba 1989-60.

¹³⁰ Cám. Acus. de Córdoba, 28-9-89, “Merlo, Luis E.”, L. L. Córdoba 1990-981.

¹³¹ Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 11-8-72, E. D. 46-352.

¹³² Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 29-8-72, E. D. 45-216.

¹³³ Cám. Nac. Crim. y Corr., Sala de Cámara, 27-10-67, E. D. 22-411.

acostarse en la cama con su hija, y fumando un cigarrillo, esperó a que aclarara para sacar el cadáver; si ella misma refiere que no hizo el hueco en forma inmediata porque no había luz, y si la usaba la iban a ver los vecinos, señalando –asimismo– que cuando aclaró alrededor de las 5:00 cavó el pozo, sacó el cadáver, lo envolvió en una frazada y lo arrojó en su interior junto con ropa de cama; si horas más tarde de la ejecución del hecho, ante la pregunta que le formulara su suegro respecto al paradero de su hijo, silenció el suceso respondiendo que éste había abandonado el hogar, y si la hija de la acusada expresó que en circunstancias en que su madre le contara el hecho no la notó si estaba nerviosa...”¹³⁴, o si “...la incitación que el occiso (homosexual) efectuó al procesado no estaba revestida de aptitud suficiente para generar una reacción cruel y brutal por parte del acusado. Ello en virtud de que es inaceptable la sorpresa que alega, puesto que conocía las tendencias del damnificado...”¹³⁵, o cuando se actúa con “ánimo frío y en forma deliberada”¹³⁶, o cuando el autor revela premeditación (fue al encuentro de la víctima portando un arma)¹³⁷.

VI. El aborto¹³⁸

El artículo 85 castiga al que causare un aborto con las siguientes penas:

1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin con-

¹³⁴ Cám. Crim. 5ª de Córdoba, 15-9-78, “Nanni de Reyes, Luján A.”, B. J. C. XXII-823. En el caso, sin embargo se consideró que concurrían circunstancias extraordinarias de atenuación, ya que “...la víctima desplegó una serie de actos injuriosos para con su esposa que se tradujeron en golpes, insultos, aventuras amorosas, resultando aquélla un desorbitado sexual, que orientó su libido hacia personas del sexo opuesto, sin límites de edad, lo que fue minando la estabilidad del matrimonio y que la esposa fue soportando penosamente en aras de mantener a flote el grupo familiar constituido, hasta que se produjo el desenlace letal...”

¹³⁵ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VI, 1-4-80, “Montes, R.”, BCNCyC 980-VI-109.

¹³⁶ SCJ de Buenos Aires, 28-12-90, “Domingo de Armoa, María E.”, D. J. B. A. 141-3969 (del voto del Dr. Rodríguez Villar).

¹³⁷ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VII, 16-8-87, “Arizzi, Raúl E.”, L. L. 1990-B-630, Jurisp. Agrup., caso 7056 (del voto del Dr. Ouviaña).

¹³⁸ Es interesante, como bibliografía, NÚÑEZ y JIMÉNEZ, en L. L. 26-977.

sentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de muerte de la mujer.

2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

1. *Bien jurídico*

Podemos ubicar el delito de aborto dentro del Libro Segundo del Código Penal. En su primer título se plasman los delitos que atentan contra las personas, en el que podemos encontrar en su Capítulo I a todos aquellos delitos “contra la vida”.

Antes de comenzar a hablar del aborto tenemos que tener primero en claro cuál es su concepto. Si bien el Código Penal no da una definición de aborto, no por ello se puede decir que no sea posible definir de manera específicamente jurídica. Se puede conceptuar al aborto de dos maneras diferentes: a) jurídicamente, y b) médicamente.

Para empezar, el concepto legal de aborto, como delito contra la vida, atiende, en su materialidad, a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte del fruto.

Médicamente, desde el punto de vista puramente ginecológico, el aborto atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada prematuramente.

El bien jurídico protegido es la vida del feto, lo que se protege es una vida que, aunque se desarrolla en las entrañas y a expensas de la madre, merece una protección independiente de la vida misma de ésta, pero no de su salud. La ley toma en cuenta como elemento distinto para agravar la pena la muerte de la madre, pero no el daño en la salud que el proceso abortivo implica en sí mismo (art. 85, Cód. Pen.).

Según la opinión mayoritaria, el aborto protege un bien jurídico autónomo, diferente de los intereses de la mujer embarazada y vinculado de algún modo a la “vida humana”.

Las opiniones comienzan a dividirse cuando se trata de determinar el contenido específico de dicho bien. Mientras algunos afirman que

el objeto de protección penal es la vida humana anterior al nacimiento, otros sostienen por el contrario, que el bien jurídico protegido es el valor socio-cultural “esperanza de vida”.

Otro importante sector de la doctrina no limita el objeto de tutela del delito de aborto a un único bien jurídico, sino que lo extiende a un conjunto de intereses entre los que destacan –además de la vida humana y la esperanza de vida– el interés demográfico del Estado, la vida e integridad física de la mujer y su derecho de autodeterminación¹³⁸⁻¹.

Son presupuestos materiales –indefectiblemente– del aborto, en la ley argentina:

- 1) Existencia de un embarazo;
- 2) la vida del feto, y
- 3) su muerte a raíz de los medios abortivos utilizados al efecto.

Con respecto al segundo presupuesto material, “vida del feto”, existe jurisprudencia contradictoria en relación a si este presupuesto debe probarse o si lo que debe probarse es su no existencia.

En las legislaciones el bien jurídico en el delito de aborto ha ido cambiando, a veces en base a teorías totalitarias, como por ejemplo en la italiana, en la cual en el Código de 1932, incluyó al aborto entre los delitos “contra la integridad y la sanidad de la estirpe”, que, como es obvio tenía estrecha relación con la ideología política del régimen vigente en esa época¹³⁹. En igual sentido, en la Alemania del nacionalsocialismo se intentó en el proyecto de reforma del Código Penal, colocar al aborto entre los atentados contra la raza y la herencia. Esta idea nefasta, por supuesto, llevó, como bien hace notar Bustos, a la ordenanza del 9 de marzo de 1943, por la cual quedaban exceptuadas de la prohibición del aborto las personas de origen no alemán¹⁴⁰.

¹³⁸⁻¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; BARREIRO, Agustín Jorge y otros, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 421.

¹³⁹ ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, p. 21, cit. por BUSTOS, ob. cit., p. 185.

¹⁴⁰ BUSTOS, ob. cit., p. 186. En la nota, en esa misma página, se hace notar, con cita de Welzel, al absurdo que pueden llevar los extravíos sistemáticos en la elección del bien jurídico, sin perjuicio de la ideología existente en ese momento.

No hay duda, a nuestro criterio, de que en la ley argentina, siguiendo en esto al Código de España de 1848, el aborto está entre los delitos contra las personas. Para Núñez, por ejemplo, el bien jurídico protegido es la vida del feto¹⁴¹, idea ésta que también fue seguida por Soler, se plasmó en el proyecto de Código Penal de 1960. Con ello se sigue una vieja tradición en el tema, como se puede ver tanto en Pacheco como en Carrara, para quienes se atenuaba el castigo, ya que lo que se destruía era un germen, una esperanza de vida y no una vida definitivamente adquirida (nota). En igual sentido ha opinado Antolisei, cuando afirma que “el interés que realmente es ofendido por este hecho criminal es la vida humana, ya que el producto de la concepción –el feto– no es *spes vitae* y mucho menos una *pars ventri*, sino un ser viviente verdadero y propio, el cual crece, tiene un propio metabolismo orgánico y, al menos en el período avanzado de gravidez, se mueve y tiene movimiento cardíaco”¹⁴². Hurtado Pozo hace notar que el bien jurídico es el nuevo ser durante el embarazo. Y esto tiene consecuencias en cuanto a la fecundación *in vitro*, ya que el fruto obtenido mediante este proceso es idéntico al embrión que surge de la fecundación llamada natural. Sin embargo, la protección que da el Código Penal no alcanza a la fecundación *in vitro*, sino sólo al feto que se encuentra dentro del seno de la madre.

2. La defensa del feto y la Constitución Nacional

Ahora bien, la protección al feto surge, tal como se ha hecho notar, no sólo por imperio del Código Penal, sino que, después de la reforma Constitucional de 1994, se basa en ella y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Rige en este punto lo dispuesto por el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴³, y el artículo 6 del Pacto Internacional de De-

¹⁴¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 160.

¹⁴² ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal* cit., t. I, p. 83. También BUSTOS, ob. cit., p. 187.

¹⁴³ Art. 4.1. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

rechos Civiles y Políticos¹⁴⁴. Con ambos textos a la mano, Bidart Campos ha expresado de manera concluyente que el derecho a la vida, que ya estaba incluido en el artículo 33 de la Constitución Nacional, lleva a que el aborto viola ese derecho a la vida, y que abortar –con o sin ley que lo autorice– es inconstitucional. Y afirma en forma enfática: “Ni siquiera el aborto por motivos terapéuticos, eugenésicos o sentimentales, podría purgarse. No llegamos a decir que la Constitución obligue a penalizar el aborto mediante ley, pero sí decimos que cuando lo penaliza –como nuestro Código Penal– las desincriminaciones que a continuación hacen excepción a la punición aparentan revestir implícitamente el alcance de una especie de autorización legal que, en cuanto tal, sí es inconstitucional”¹⁴⁵.

Ya antes de la reforma decía el citado autor, que: “La Constitución Argentina no contiene una norma expresa sobre el derecho a la vida, pero nadie duda –y mucho menos si se computa la jurisprudencia de la Corte Suprema– que está incluido entre los derechos implícitos o no enumerados del artículo 33. Cuando el Código Civil se refiere al comienzo de las personas físicas, proporciona infraconstitucionalmente en forma explícita la pauta de que el Derecho Constitucional a la vida esta protegido desde la concepción. En nuestro Derecho, por eso, y aunque ninguna norma infraconstitucional hiciera arrancar el derecho a la vida desde la concepción, entendemos que el aborto lo viola, y que abortar con o sin ley que lo autorice es inconstitucional. Ni siquiera el aborto por motivos terapéuticos, eugenésicos, sentimentales, podría purgarse¹⁴⁶. La conclusión de Bidart Campos es que al estar protegida la vida desde la concepción, todo tipo de aborto es inconstitucional. Sin embargo admite que puedan existir causales muy restringidas sobre el aborto especial.

Sin embargo, creemos que esta posición confunde, en parte, problemas de antijuridicidad con problemas de atribuibilidad, tal como intentaremos explicar más adelante. Una cosa es que la ley justifique

¹⁴⁴ “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

¹⁴⁵ BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1991, t. III, p. 177.

¹⁴⁶ Ídem nota anterior.

el aborto y otra muy distinta es que exista una causa de exculpación, que puede existir en la propia ley.

De todas formas, hay que tener en cuenta que en el Derecho argentino el feto no es titular de derechos de igual forma que el ser nacido. El Código Civil en este aspecto es bastante claro, ya que expresa que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas” (art. 70, Cód. Civ.) y por ende “son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno” (art. 63, Cód. Civ.). Dice Llambías, explicando la norma, “que Vélez adapta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho sólo cambia el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser”¹⁴⁷. Sin embargo la misma ley condiciona al hecho del nacimiento el reconocimiento de la persona. El artículo 74 del Código Civil dispone que “si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido”. Esto implica, según Llambías, que la personalidad de la persona por nacer no es perfecta sino imperfecta en cuanto está subordinada a la condición resolutoria del nacimiento sin vida¹⁴⁸.

De acuerdo a ello, no hay duda de que el tratamiento jurídico también debe ser diferente. Y esto es lo que hace el Código Penal. No es posible deducir de los preceptos constitucionales ya citados, que se exija igual protección de la persona por nacer que de la ya nacida¹⁴⁹.

Se ha discutido, por parte de la doctrina, desde cuándo existe la vida humana protegida jurídicamente. Se ha dicho que el objeto de la acción en el aborto es ya el óvulo fecundado, antes inclusive de su nidación (teoría de la fecundación), por una parte, y por otra, que sólo existirá dicho objeto una vez producida la fijación del óvulo fecundado en las paredes del útero (teoría de la nidación). Según sea la postura que se siga, serán distintas las consecuencias legales.

¹⁴⁷ LLAMBÍAS, Jorge, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, p. 244, Perrot, Buenos Aires, 1969.

¹⁴⁸ LLAMBÍAS, ob. cit., t. I, p. 246.

¹⁴⁹ HURTADO POZO, ob. cit., p. 186.

De lo que no hay duda, en principio, para nuestro ordenamiento legal, es de que la vida se protege desde la concepción hasta la muerte, pero lo que cambia es la fuerza de la protección. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte, y menor desde la concepción hasta el nacimiento. Por lo demás la cuestión ha sido legalmente decidida en virtud del Pacto de San José de Costa Rica, ya que en su artículo 4 expresamente afirma: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”.

3. *Concepto*

La ley no ha dado un concepto de aborto, afirmando directamente que se castiga a quien lo causare. Ahora bien, hay un concepto médico que considera que existe aborto con la expulsión del producto de la concepción, que es provocada prematuramente. Sin embargo el texto legal es más amplio, ya que se refiere a la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Con lo cual el aborto no es otra cosa que la muerte del producto de la concepción humana, privándole de vida intrauterinamente, o bien cuando se llega al mismo fin por medios que provocan la expulsión prematura, consiguiendo que muera en el exterior por falta de condiciones de viabilidad¹⁵⁰.

4. *Tipo objetivo*

a) *Presupuestos del delito de aborto*

Para que pueda darse el delito de aborto es necesario que se den, en principio, dos presupuestos básicos, que son la existencia de un embarazo en la mujer y que el feto esté con vida, ya que el delito en sí consiste en la causación de la muerte del feto por distintos medios¹⁵¹.

b) *Existencia del feto vivo*

Debe, sin lugar a dudas, existir un feto, y además que se encuentre vivo, motivo por el cual no es objeto de protección el feto ya muerto y la llamada mola.

¹⁵⁰ BUSTOS, ob. cit., ps. 190/191.

¹⁵¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 162.

La discusión, como ya se pudo analizar al tratar el tema desde cuándo se protege la vida humana, consiste en analizar desde cuándo se considera que existe un feto. Tampoco la doctrina se ha puesto de acuerdo en este tema. Para un sector habrá feto desde el momento en que el huevo femenino es fecundado por el semen. Para otro sector sólo habrá feto desde el momento que el huevo fecundado se anidó en el útero¹⁵². Maurach, Schroeder y Maiwald, hacen notar que el feto recién toma su individualidad a partir de la anidación, y que, aun naturalmente, hay un alto porcentaje de pérdidas de los huevos fecundados, lo que torna difícil, desde el punto de vista de la política criminal, castigar el aborto antes de la anidación¹⁵³.

En cuanto al momento hasta el cual se protege al feto como tal, nos remitimos a lo dicho cuando hemos fijado posición en el delito de homicidio, aunque está claro que si ya existe el proceso de nacimiento del niño, no podrá hablarse del delito de aborto¹⁵⁴.

c) *Comienzo de la vida humana: criterios para su determinación*

Podría decirse que la existencia de la vida humana en el *nasciturus* es una mera incertidumbre, por lo que mal se podría erigir a dicha vida en bien jurídico protegido por el Derecho Penal.

A través de los delitos contra la vida, el Derecho Penal protege fundamentalmente la existencia físico-biológica del ser humano.

Lo que debe determinarse es a partir de qué momento comienza la protección del bien jurídico.

De fijarse el comienzo de la protección penal en la fecundación, la utilización de dispositivos intrauterinos (DIU) como medios de control de la natalidad quedaría comprendida dentro de las conductas prohibidas por la norma, ya que tales dispositivos no impiden la concepción

¹⁵² WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., par. 41, 1, a. Interesante es el caso de Maurach, ya que en la edición segunda afirma que la protección del feto va desde el momento de la fusión germinativa.

¹⁵³ MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian y MAIWALD, Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil*, 7ª ed., C. F. Müller, 1988, t. I, par. V, 5.

¹⁵⁴ DONNA, *Notas sobre el delito de homicidio*, en *Revista Campus*.

sino la anidación del óvulo fecundado en el útero materno¹⁵⁵. Además de admitirse la protección penal del *nasciturus* a partir de la fecundación, las conductas abortivas ocurridas durante el período anterior a la anidación no podrían castigarse sino como tentativa imposible, pues los medios científicos actualmente disponibles no permiten probar el embarazo en dicha etapa inicial, a lo que se debe agregar que la propia mujer sólo puede sospechar su estado de embarazo, pero desconoce si el mismo realmente se ha producido¹⁵⁶.

Aquella posición conduciría a considerar como objeto de protección penal también al producto de un embarazo extrauterino, criterio que si bien no impediría la impunidad del aborto, dado el peligro que aquél supone para la mujer¹⁵⁷, y la posibilidad consecuente de recurrir a la indicación terapéutica¹⁵⁸, supone sin embargo un injustificado retraso de la solución jurídica del problema.

Las modernas técnicas de fecundación *in vitro* han dado lugar a una nueva problemática en el ámbito penal vinculado a la destrucción de los óvulos fecundados y no implantados, cuestión que siempre podría resultar dudosa en caso de fijarse el límite mínimo de protección de la vida humana en la fecundación.

Puede observarse a simple vista la diferencia existente entre las penas establecidas para el aborto y para el homicidio.

Si ambas normas legales protegen el mismo bien jurídico "vida", no podría entenderse la menor reprochabilidad en el caso del aborto, la que está traducida en una menor entidad punitiva con relación a la establecida para el homicidio.

A la vista del Derecho positivo, es innegable la diferencia de valoración jurídica entre la vida nacida y la no nacida.

Algunos autores consideran que el cambio de valoración se pro-

¹⁵⁵ Cfr. GROPP, *Der Straflose*, ps. 193 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, p. 82.

¹⁵⁶ Cfr. RUDOLPHI, *STGB Systematischer Kommentar*, antes del par. 218, RN 10; ROXIN, *Der Minderheitsvorschlag*, ps. 180 y ss.; DíEZ RIPOLLES, *La reforma*, ps. 45 y ss.; GROPP, *Der Straflose* cit., p. 196.

¹⁵⁷ Cfr. LÜTTGER, *Vorträge*, p. 22.

¹⁵⁸ Algunos doctrinarios excluyen el embarazo extrauterino del objeto material, pero sin embargo admiten las posibles dudas que surgen del párrafo anterior.

duce por “el cambio de bien jurídico protegido”, ya que de tutelarse en ambos casos la vida humana, los contrastes señalados sólo podrían explicarse como resultado de una decisión arbitraria del legislador, explicación que naturalmente no es aceptable en un Estado de Derecho.

Otros, por el contrario, afirman que a través de los delitos de aborto y homicidio se protege un mismo bien jurídico: “la vida humana”, cuyo valor no sufre modificación alguna por los cambios externos y en particular por el nacimiento. El mayor rigor con que el Derecho castiga los ataques contra la “vida nacida” se explica por motivos ajenos al valor del bien jurídico¹⁵⁹.

Una última corriente considera que el nacimiento supone un cambio cualitativo a partir del cual el valor de la vida se ve fuertemente incrementado.

Tanto el delito de aborto como los tipos de homicidio protegen

¹⁵⁹ Dentro de esta postura podríamos incluir al Tribunal Constitucional alemán, quien manifestó en su sentencia del 11-4-85 que “...la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido, por efectos del tiempo, a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el *status* jurídico público y privado del sujeto vital.

”Que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

”Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital. Y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, adquirir plena individualidad humana.

”De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”.

un mismo bien jurídico: *la vida humana*. Lo que sucede es que, a diferencia de otros bienes jurídicos, la vida no es un fenómeno estático al que le es posible asignar un valor único e invariable. Por el contrario, durante su desarrollo, este bien se ve sometido a una serie de transformaciones que inciden en su consideración social, lo que a su vez se refleja en su diversa valoración jurídica.

La *concepción* y el *nacimiento* constituyen los dos momentos fundamentales en este cambio valorativo. Ambos fenómenos representan importantes transformaciones biológicas en la vida del ser humano que no son indiferentes a la sociedad ni, en consecuencia, al Derecho.

Con la *concepción*, la vida surgida de la fecundación queda definitivamente individualizada. Esa primera e importante transformación biológica marca el punto de arranque de su tutela jurídica, porque a partir de ese momento estamos en presencia de “un nuevo ser humano” único y plenamente identificable¹⁶⁰.

El *nacimiento*, por su parte, marca el comienzo del proceso de “socialización” del ser humano, una de cuyas primeras manifestaciones se produce precisamente en el ámbito jurídico al atribuírsele a la calidad de *persona*, es decir, la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones. Este cambio fundamental provoca una notable elevación en la valoración social, y consecuentemente jurídica, de la vida humana. Con el nacimiento el ser humano se incorpora a la comunidad, pasa a ser un miembro de la sociedad con total independencia de la madre que lo gestó¹⁶¹, y aunque es verdad que el recién nacido sigue depen-

¹⁶⁰ Mediante sentencia del 5-4-95 afirmó el Tribunal Supremo de España que “el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero”, de modo que “negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad, manteniendo la idea de la *nulteris portio* es desconocer la realidad”. Por ello, continúa la sentencia, “el mismo Código Civil se ve forzado a tener por persona al concebido (arts. 29 y 30, Cód. Civ.) y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación, que el conservar la integridad física y psíquica”.

¹⁶¹ En este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de Barcelona, en 1985 determinó que: el nacimiento supone “...un paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad...” De este modo el criterio de la socialización aparece como complementario del criterio biológico y no como sustituto de éste. Con ayuda del criterio biológico es posible construir el concepto de

diendo de otros para vivir, ya no se trata de una dependencia necesaria de una única persona. El recién nacido puede vivir sin su madre, el feto no¹⁶².

Mediante el reconocimiento de estas diferencias valorativas en el desarrollo de la vida humana, es posible explicar las variaciones en la intensidad de su tutela penal sin necesidad de negar carácter “humano” a la vida en gestación, posición que parece insostenible desde el punto de vista biogenético y obliga a una interpretación excesivamente forzada del Derecho positivo.

Es de notar que el reconocimiento del carácter relativo y variable del valor de la vida humana entraña el riesgo de un cierto debilitamiento de la protección de tan importante bien jurídico y puede dar lugar a equívocos que conduzcan a inaceptables distinciones cualitativas entre los seres humanos.

De todo lo expuesto se deduce que no es típica la conducta de prevención del embarazo, aun en los casos, siguiendo la posición mayoritaria, de dispositivos que eviten la anidación del huevo.

Tampoco será típica la conducta que elimine la llamada preñez aparente. Se acerca esta idea a la del no castigo de la tentativa con medios mágicos.

La viabilidad del feto es una cuestión de hecho, que como tal, y atento a la jurisprudencia general, queda al margen del recurso de casación.

d) *El embarazo de la mujer*

La otra exigencia es que la mujer se encuentre embarazada, de modo que no se protege al embrión fecundado *in vitro*, ya que no

vida humana que está en la base de los delitos contra la vida. Con el primero se precisa el valor de dicha vida en atención a una de sus grandes transformaciones biológicas.

¹⁶² Al menos hasta que adquiere viabilidad. Pero ella sola no supone un cambio cualitativo que incremente el valor de la vida no nacida, como pretende Arroyo Zapatero en su libro *Prohibición del aborto* (ps. 68 y 71) pues de lo que se trata es de que el niño efectivamente haya nacido, que realmente haya desaparecido la dependencia natural y necesaria con su madre. De esta misma opinión DÍEZ RIPOLLES, *La reforma* cit., p. 66.

está en el vientre de la madre¹⁶³. En este sentido hay, una laguna en la legislación argentina que no regula el tema.

e) *Sujeto activo*

Tal como está redactada la norma, no hay duda que sujeto activo puede ser cualquier persona. Sin embargo de acuerdo a la ley argentina, el sujeto activo sirve para diferenciar las distintas clases de aborto, y las respectivas penas que le corresponden a cada uno de esos tipos penales. En este sentido la ley ha previsto el aborto de terceros con y sin el consentimiento de la madre (art. 85, Cód. Pen.). El aborto practicado por médico, cirujano, partera o farmacéutico (art. 86, Cód. Pen.) y, por último, el aborto practicado por la propia mujer embarazada (art. 88, Cód. Pen.).

f) *La muerte del feto*

La ley prevé que la muerte del feto debe ser provocada, esto es, el aborto no debe ser espontáneo. La muerte se dará, tal como hemos venido sosteniendo, con expulsión o sin expulsión del seno materno.

En principio no habrá problemas con acciones que lleven al aborto: actos positivos del sujeto activo, ya sea el tercero, ya sea la madre, conducentes a la muerte del feto. Rigen en este aspecto las reglas generales de la causalidad, o si se prefiere de la llamada imputación objetiva¹⁶⁴. Los medios en este caso pueden ser múltiples: mecánicos, térmicos, eléctricos, químicos, psíquicos u hormonales. Bien dice Hurtado Pozo que no existe nada que no pueda ser utilizado como medio abortivo, y que, por otra parte, la ley tampoco ha señalado medio alguno especial¹⁶⁵.

El problema se suscita cuando surge la pregunta de si es posible el aborto mediante omisión. Bustos ha sostenido, en contra de la posición de Schönke-Schröder, y de Maurach, que en la legislación chilena, que por otra parte es similar a la argentina, no podría darse el aborto por omisión¹⁶⁶. Y esto surge debido a que al hablar la ley de

¹⁶³ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 162.

¹⁶⁴ HURTADO POZO, ob. cit., p. 191.

¹⁶⁵ Ídem nota anterior.

¹⁶⁶ BUSTOS, ob. cit., p. 195.

causar un aborto, “lo que sugiere la idea de que el agente desencadena el proceso causal. Es más –agrega Bustos–, en la única forma pasiva prevista expresamente, no se satisfizo el legislador para castigar a la mujer con el solo hecho de tolerar o no evitar su aborto, sino que exigió que consintiera en él”¹⁶⁷. En cambio en España, González Rus, entre otros, afirma que es posible la comisión por omisión, “dado que las distintas modalidades delictivas aparecen concebidas como tipos prohibitivos de causar”¹⁶⁸.

El delito de aborto se consuma con la muerte del feto, tanto sea dentro del útero materno o fuera de él. En cambio, si luego de las maniobras abortivas el feto vive se estará frente a una tentativa de aborto.

5. *Tipo subjetivo*

En general se debe afirmar que el delito de aborto, salvo el caso del artículo 87 del Código Penal, es doloso. Es decir, quien actúa, lo debe hacer sabiendo que la mujer está embarazada, la naturaleza de los medios que utiliza, y que el fin de su acto es la muerte del feto. Lo mismo cabe para la mujer que practica su propio aborto o que lo consiente.

La discusión se centra en qué dolo se exige. Núñez afirma que sólo se puede aceptar el dolo directo, esto es el propósito de matar al feto, “vale decir, proceder para matarlo”¹⁶⁹. Critica Núñez la opinión de Soler, que afirmaba que se admitía el dolo eventual con respecto a la muerte del feto, y el dolo directo si era exigible con respecto a la expulsión, dando como ejemplo el caso de la aceleración del parto. La crítica se basa en que el parto acelerado es un proceso de nacimiento y no de aborto. En este sentido lleva razón el autor citado, debido a la posición que hemos tomado, en el sentido de que habrá homicidio cuando se mate una vez iniciado el proceso de parto¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Ídem nota anterior.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., t. I, p. 139.

¹⁶⁹ NÚÑEZ, t. III, p. 165.

¹⁷⁰ Ídem nota anterior, p. 166.

6. *Tipos penales del artículo 85*

De acuerdo al texto legal, el aborto puede ser causado por un tercero que puede haber actuado en contra del consentimiento, expreso o tácito de la mujer, por una parte, y por otra, con el consentimiento de la mujer. Además existe el caso del autoaborto de la mujer, que regula el artículo 88 del Código Penal.

a) *Aborto causado por terceros*

En el artículo 85 se regula el aborto causado por un tercero, quien es el autor principal del hecho delictivo, ya que es quien realiza los actos que llevan a muerte del feto o, dicho en otras palabras, consuma el tipo penal.

a.1) *Aborto practicado por un tercero sin el consentimiento de la mujer*

Afirma González Rus que este delito es complejo, ya que está integrado por el aborto por una parte y coacción por el otro, en el que junto al ataque a la vida en formación se lesiona la libertad de determinación de la mujer¹⁷¹.

La ley incluye en este caso cualquier aborto que se realice sin el consentimiento expreso o tácito de la madre. Se comprenden todos los supuestos posibles en que el tercero realiza el aborto sin el consentimiento de la mujer. Entran los casos de engaño, aprovechando el error de la mujer, ya sea por confianza en el autor, ya sea por un descuido de ésta. Además, se incluyen los casos de inconsciencia, ya sea que la mujer ha consentido, por ejemplo para realizarse otra operación, o directamente como un caso de violencia. De más está decir que entran en estos casos los de violencia (*vis absoluta*) y la coacción (*vis compulsiva*)¹⁷².

El error del sujeto que cree que tiene el consentimiento de la madre, elimina la agravante, dado que es un elemento del tipo.

¹⁷¹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 145.

¹⁷² HURTADO POZO, ob. cit. p. 192.

a.2) *Aborto practicado por un tercero con consentimiento de la mujer*

En el caso del aborto por un tercero, pero con el consentimiento de la mujer, no hay duda de que, como bien lo dice González Rus, intervienen por lo menos dos personas, esto es, el autor del hecho y la mujer que consiente. Sin embargo en este tipo penal sólo puede ser sujeto activo el tercero, ya que el artículo 88 del Código Penal castiga expresamente a la mujer que causare su propio aborto, o lo consintiera¹⁷³.

El consentimiento es un elemento del tipo. La mujer autoriza las maniobras abortivas que se realizarán, lo que no equivale a que tenga un poder de disposición sobre el bien jurídico, ya que también este aborto tiene pena.

La mujer consiente expresamente si su manifestación, que puede ser verbal, por escrito o por signos inequívocos, es en el sentido de que el tercero mate al feto (art. 917, Cód. Civ.).

En cambio, consiente tácitamente si deja que el tercero actúe y no se opone a ello. Debe conocer que el tercero va a producir la muerte del feto. De acuerdo a la redacción del texto legal, no es admisible el consentimiento presunto.

El consentimiento requiere sólo la capacidad para delinquir, debido a que no es un acto que tenga por fin tener efectos civiles, con lo cual la capacidad que se exige es la general para poder ser imputable, y no la del Código Civil. En este sentido también se exige que la mujer tenga capacidad de culpabilidad en el sentido del artículo 34 del Código Penal¹⁷⁴.

a.3) *Agravamiento por el resultado*

En los dos supuestos del artículo 85 del Código Penal, se agrava la pena, a quince y seis años respectivamente, si muere la persona.

Hay varios problemas en la interpretación de esta agravante. En

¹⁷³ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 146.

¹⁷⁴ NÚÑEZ, t. III, p. 170; DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, par. 83.

primer lugar, si debe haber o no aborto para que se dé la agravante. En segundo lugar, a qué tipo de imputación se debe dar la muerte.

En lo que hace al primer problema, una parte de la doctrina ha exigido que para que la muerte de la mujer agrave el hecho, el aborto tiene que haberse realizado plenamente, o sea que el autor mate al feto. Si esto no ocurre, ya sea porque no existe el embarazo, o está muerto el feto, o directamente no se logra la muerte de éste, no se dará la agravante, y sólo se podrá dar una tentativa o un delito imposible de aborto, en concurso con homicidio culposo¹⁷⁵.

Una segunda posición afirma que basta que el aborto sea tentado y ocurra la muerte de la mujer, para que se dé la agravante¹⁷⁶. Núñez por su parte, adhiere a esta postura, afirmando que la ley sólo se refiere a "si el hecho fuese seguido de muerte", lo que no equivale, según esta posición, a decir que de la muerte del feto derivare la muerte de la madre. En síntesis, sólo se requiere tentativa de aborto, para Núñez, ya que la ley se refiere al hecho, por una parte, y además, la tentativa como tal, también admite la agravante. Por último lo que ha querido el legislador es un mayor castigo de aquel que ha realizado maniobras abortivas, con dolo de aborto, cuando a raíz de ello la madre muere¹⁷⁷.

La dificultad para resolver el problema se encuentra en la propia redacción de la ley, que habla de aborto solamente, y no de maniobras abortivas, de modo que, en este sentido, la posición más apegada a la ley es la que sostiene que tiene que existir aborto consumado. Y en apoyo de esta tesis, se puede dar el caso de quien inicia maniobras abortivas estando el feto muerto. Pues bien, en estos casos, la doctrina española, con un texto más amplio que el nuestro, ha sostenido que no se da la agravante¹⁷⁸.

Pero el problema más grave se da en cuanto a la relación existente entre el aborto y el homicidio, ya que como se ha dicho es un delito cualificado por el resultado¹⁷⁹. Una primera posición que se afirme

¹⁷⁵ SOLER, ob. cit., t. III, p. 119, FONTÁN BALESTRA, t. IV, p. 218.

¹⁷⁶ La minoría de la Cám. Crim. de la Capital, 4-8-44, J. A. 1945-I-292, cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 171.

¹⁷⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 172.

¹⁷⁸ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., t. I, p. 147.

¹⁷⁹ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., t. I, p. 148.

solamente en la relación causal, podrá afirmar que dándose una causalidad entre la primera acción ilícita y la muerte, aunque ésta fuera de una forma fortuita e imprevisible, se estaría frente a la agravante. No hay duda de que, desde el punto de vista objetiva debe existir una relación entre el delito base, esto es el aborto y la posterior muerte. Y esto surge cuando la muerte se produce debido al peligro inherente que lleva la acción de matar al feto. Con lo cual se exigen las dos partes de la imputación objetiva. La relación causal propiamente dicha, y el aumento del riesgo al bien jurídico, en este caso la vida de la madre. A nuestro juicio se trata de un homicidio culposo. Es decir, existe dolo de aborto e imprudencia en la muerte de la madre. En cambio si la muerte se produce con dolo, ya sea de primer grado o eventual, rigen las reglas del concurso. Esta interpretación se ajusta al principio de culpabilidad por una parte, al existir una relación subjetiva entre el resultado muerte y la imprudencia de la persona, y por otra parte, en el caso de que la muerte sea dolosa, rigen las reglas del concurso, ya que de lo contrario se estaría castigando de igual manera al aborto más el homicidio, que el homicidio con dolo eventual¹⁸⁰. En igual sentido opina Núñez en la doctrina nacional, admitiendo cualquiera de los tipos de dolo¹⁸¹.

a.4) *Participación profesional*

El artículo 86 dispone que incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por el doble de tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. El artículo, tal como está redactado, constituye una clara alteración a regla de la participación criminal, debido a que, cualquiera sea la calidad y el grado de la intervención de los profesionales enumerados, éstos quedan sometidos a la pena del delito, sumada, además, la pena de inhabilitación¹⁸².

El motivo o causa de este artículo está, según Pacheco, en que la profesión de una facultad científica impone obligaciones de moralidad

¹⁸⁰ CEREZO MIR, *La regulación del aborto en el proyecto de nuevo Código Penal español*, en ADPCP, 1982.

¹⁸¹ Ídem nota 177.

¹⁸² NÚÑEZ, ob. cit., p. 174.

que no tienen en tal punto los simples particulares. La medicina es para curar a los enfermos, y no para hacer abortar a las mujeres embarazadas¹⁸³. Grisolíá, Bustos y Politoff, por su parte, afirman, siguiendo a Cobo del Rosal y Mourullo, que en estos casos hay mayor reprochabilidad de aquel que actúa desatendiendo deberes que personalmente incumben al facultativo. De allí que la agravante no se comunica a los partícipes no facultativos, como ser al inductor del médico¹⁸⁴.

a.5) *Sujeto activo*

En este caso sólo lo pueden ser las personas mencionadas en la ley, esto es, médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos, siguiendo en esto al Código español de 1822, que hablaba de médicos, cirujanos, boticarios, comadrones o matronas. Como la ley argentina no agregó ninguna otra aclaración, tal como lo hizo el Código de España y el de Chile, entendemos que la mención de los sujetos activos es taxativa.

La ley exige que el médico actúe abusando de su ciencia o arte para causar o cooperar en el aborto. Interpretando una norma similar, Grisolíá, Bustos y Politoff, han sostenido que “la expresión abusando de su oficio [...] sólo puede aplicarse al facultativo que realiza la acción típica no justificada, motivada por fines ajenos a los principios terapéuticos que deben guiar su función profesional. Si lo que perseguía era evitar los sufrimientos u otros conflictos psíquicos o físicos de una paciente, lo que está abarcado por su misión, aunque haya traspasado el límite de la licitud, no podría considerarse un abuso del oficio en el sentido del precepto agravatorio”¹⁸⁵. Similar posición ha sostenido Núñez, en cuanto sólo es abusiva la intervención del médico si éste actúa maliciosamente para causarlo o cooperar en el aborto. De ninguna manera cuando su intención es salvar la vida de la madre, o curar mayores males físicos¹⁸⁶.

Ahora bien, cuando la ley se refiere a la cooperación, la doctrina ha entendido que se refiere tanto a un obrar físico como psíquico,

¹⁸³ PACHECO, *Derecho Penal. Código Penal comentado*, t. III, p. 43.

¹⁸⁴ GRISOLÍA, BUSTOS y POLITOFF, ob. cit., p. 223; RODRÍGUEZ MOURULLO y BARREIRO, ob. cit., ps. 423 y ss.

¹⁸⁵ Ídem, p. 226.

¹⁸⁶ NÚÑEZ, t. III, ps. 174/175.

junto con el autor, para lograr el fin del aborto¹⁸⁷. Sin embargo, Núñez sostiene, en contra de Soler, que no se ha ampliado el grado de comprensión de la participación, sino que, por la propia actividad profesional, los actos de estas personas, tienen una connotación distinta a la de terceros no especializados.

7. *La jurisprudencia y el delito de aborto*

La jurisprudencia se ha movido de manera oscilante en el tratamiento del aborto. Se ha sostenido que acreditado el estado de embarazo y no existiendo elemento alguno que permita afirmar que el feto no estuviera con vida al momento de realizarse las maniobras abortivas, corresponde el juicio de reproche por el delito de aborto (art. 85, segunda parte, del Cód. Pen.) en concurso ideal con lesiones gravísimas (art. 92 del Cód. Pen.). El requisito de vida del feto es un presupuesto indispensable para la consumación de este delito, lo que no significa que la vitalidad fetal deba probarse por una ecografía previa. El embarazo en términos normales se desarrolla hasta culminar en el parto y nacimiento y nada indica que este desarrollo se interrumpiera previamente a la intervención practicada¹⁸⁸.

En contradicción al fallo anteriormente comentado¹⁸⁹, no existiendo en el delito de aborto prueba alguna que permita dar certeza de que en el momento de realizarse el mismo el feto estuviera con vida, debe calificarse el hecho como lesiones culposas gravísimas. La acción típica requiere la existencia de un feto vivo, el bien jurídico protegido es la persona por nacer.

También se ha sostenido que aun en la ausencia del feto en gestación, que representa el *corpus criminis*, no existe ápice procesal que obstaculice la demostración de la conducta abortiva, cuando los restantes datos integradores del *corpus delicti* han concurrido en el caso¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Ídem nota 182.

¹⁸⁸ Cám. Nac. Crim., sala VI (Camiña, Elbert), 8-2-93, causa 24.364, "Ruzo, Beatriz del Valle" (def.), Sent. "M", Sec. 13.

¹⁸⁹ Cám. Nac. Crim., sala I (Donna, Rivarola, Tozzini), 20-4-93, causa 42.289, "Parente de Sinisi, Camila C." (def.), Sent. "A", Sec. 2.

¹⁹⁰ Cám. Nac. Crim., sala V (Almeyra, Madueño, Scimé), 23-5-80, causa 12.504, "Cora, Isabel" (def.), *Boletín de Jurisprudencia*, año 1980, entrega VII, p. 128.

Para acreditar la existencia del cuerpo del delito de aborto, no son suficientes las confesiones de la partera y la presunta embarazada, si no están corroboradas por prueba pericial, única prueba idónea para comprobar la existencia de preñez, los signos demostrativos de la expulsión violenta del feto y demás circunstancias mencionadas en el artículo 225 del Código Procesal Penal¹⁹¹.

Es competente para conocer en el delito de aborto el juez del lugar donde al practicarse las maniobras abortivas se produjo la muerte del feto, y no el juez de la jurisdicción donde se extrajeron sus restos con la finalidad primordial de preservar la salud de la mujer¹⁹².

Con respecto a este punto –competencia–, la doctrina es unánime al considerar que, como se ha dicho anteriormente, el juez competente es el del lugar donde se practicaron las maniobras abortivas y se produjo la muerte del feto.

Corresponde entender en la causa a la justicia penal que tenga jurisdicción en el lugar donde se ejecutaron las maniobras abortivas y tiene allí su domicilio la persona que practicó la operación, aunque la muerte del feto pueda haber ocurrido en otro lugar. Ello conforme al principio según el cual el hecho punible se estima cometido en todas las jurisdicciones a través de las cuales se desarrolló la acción y también en el lugar de verificación del resultado, lo que permite elegir una de dichas jurisdicciones atendiendo las exigencias de una mejor economía procesal¹⁹³.

El médico que efectúa una operación en lugar no apto para ello, sin tener los medios adecuados, sin poder dejar al paciente en observación y realiza la intervención de manera imprudente, somete a su paciente a riesgos evitables, por ende tipifica el delito culposo. La regla de evitabilidad debe determinarse en base a criterios generales, basados en la pregunta que debe hacer un miembro consciente y sensato del grupo de

¹⁹¹ Cám. Nac. Crim., sala II (Rivarola, Pérez Allen), 22-3-78, causa 27.972; “Urzua, E. G.” (def.), *Boletín de Jurisprudencia*, año 1984, N° 1, enero-febrero-marzo, p. 17; “Apellaniz de Arciani, Teresa”, 29-9-78; “Yanzon, Omar G.”, 20-2-79, entre otras.

¹⁹² “Salto, María Antonia”, 1-9-87, Competencia, N° 179, XXI, t. 310, p. 1694.

¹⁹³ “Segovia, Ramona Elvira”, 1-1-74, t. 288, p. 215; en igual sentido “Rodríguez de Ayala, Transfiguración Agapita”, 1-1-74, t. 288, p. 219.

profesionales del arte de curar, cuando constata la ausencia de condiciones para ejecutar adecuadamente el tratamiento correspondiente; su actuar infringe el deber de cuidado si no realiza una consulta necesaria, entrega el paciente al médico especialista o lo transfiere al hospital. Un exceso de autoestima es causal de violación de dicho deber¹⁹⁴.

Si bien no puede responsabilizarse al procesado por el delito de aborto, por no haberse podido acreditar fehacientemente el estado de embarazo y tampoco corresponde reproche no por tentativa inidónea, sino por atipicidad de la acción; en cambio debe adecuarse su conducta en la figura de homicidio culposo (art. 84, Cód. Pen.), al establecerse por plena prueba que la intervención por vía vaginal practicada por el encausado causaron las lesiones que produjeron una infección, causa de la peritonitis aguda, tardíamente operada, por demora del propio encausado en su consultorio, donde la mantuviera toda una noche en observación y medicada, que agrava el riesgo de producción del resultado no querido, pero sí previsible para un facultativo, cual es el peligro y finalmente la muerte del paciente.

La modificación de la calificación de aborto por la de homicidio culposo no significa una “alteración del hecho”, ya que son tipos legales de un mismo género, tratados consecuentemente bajo el mismo capítulo respectivo del Código Penal y protegen el mismo bien jurídico vida que caracteriza al referido acápite.

Además, sólo hay mutación esencial del hecho cuando los elementos materiales o aun solamente psíquicos (dolo, preterintención, culpa) que lo constituyen y deben ser jurídicamente valorados, son distintos y más graves que los especificados en la imputación. Por ello, no hay modificación del hecho cuando el juez, manteniendo firmes los mencionados elementos, da al mismo hecho una calificación jurídica distinta de la contenida en la imputación¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Cám. Nac. Crim., sala I (Donna, Rivarola, Tozzini), 20-4-93, causa 42.289, “Parente de Sinisi, Camila C.” (def.), Sent. “A”, Sec. 2.

¹⁹⁵ Cám. Nac. Crim., sala IV (Campos, Escobar, Valdecampos), 17-4-86, causa 30.836, “Rocchia, Elbio Vicente” (def.), Sent. “C”, Sec. 6; en igual sentido: Cám. Civ. Crim., sala IV (Martínez, Pagano, Sciné), 12-5-83, causa 27.565, “Quinteros de Giglio” (def.), *Boletín de Jurisprudencia*, año 1983, N° 3, mayo-junio, p. 96.; plenario “Wainer, Sara y otro”, 1-7-66, L. L. 123-247.

En cuanto a la constitucionalidad del delito de aborto, la jurisprudencia ha sostenido que no corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 85, inciso 2º, y 88 del Código Penal (posición mayoritaria). El derecho a la vida está protegido por la Constitución Nacional y también por la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054)–. El embrión feto no es parte del cuerpo de la mujer, se trata de un ser independiente que se está gestando en su interior y sobre los derechos de la mujer a su intimidad, a disponer de su cuerpo, ha de prevalecer el derecho a la vida de la persona por nacer, siendo éste de superior jerarquía que la libertad en tanto la presupone. La protección de quien ni siquiera puede defenderse por sí mismo justifica la intervención del Estado y la ley prevé el delito de aborto (art. 85, Cód. Pen.), tutelando la vida del feto independientemente de la de la madre (del voto formando mayoría del Dr. Locio).

El Código Civil (arts. 51, 70 a 74 y concs.) y el Código Penal (arts. 85 a 88) protegen la vida del hombre desde su comienzo con la concepción y se prolonga en el tiempo a través de una serie de etapas hasta concluir con la muerte del sujeto (del voto formando mayoría del Dr. Costa).

En materia de delitos contra la vida es condición esencial que la acción se dirija contra otro “ser en el mundo”, esto es alguien que ha nacido y presente signos característicos de humanidad. El sujeto pasivo debe ser una persona de existencia visible tal como lo prevé la ley penal para el homicidio y las lesiones, por eso ha de excluirse cuando acontezca antes del nacimiento del ser en gestación, sea cual fuere su estado –germen, embrión, feto–, porque por sobre los múltiples motivos de nuestro interés ha de prevalecer la persona de la madre, el respeto de su intimidad, y su derecho a disponer de su cuerpo tanto como del pensamiento y de todas las manifestaciones de su espíritu (de la disidencia del Dr. O’Neill).

El ser humano en uso de su libre albedrío puede consumir contra sí mismo la muerte por suicidio, u otra acción grave pero no fatal, como la amputación de un miembro, lesiones de todo tipo, sin secuela penal para la consumación o la tentativa. En este esquema se inserta el supuesto de aborto, y habida cuenta de que el feto integra, es una

de las partes del cuerpo de la mujer embarazada, por aplicación de la vieja máxima sobre el que puede lo más puede lo menos, resulta posible que la mujer concrete alguna de tales decisiones, sea el suicidio, amputación, destrucción de una o varias partes del cuerpo, o el aborto como objetivo específico o complementario (de la disidencia del Dr. O'Neill).

Corresponde declarar la inconstitucionalidad de las normas del Código Penal incriminatorias de la mujer incurso en aborto y/o del profesional requerido por la misma al efecto (arts. 85, inc. 2º, y 88 del Cód. Pen.) por implicar violación al artículo 19 de la Constitución Nacional. Este precepto constitucional guarda correspondencia con la preservación de la intimidad de la mujer y de su libertad en cuanto a disponer de su cuerpo y, no obstante, cuan extrema y grave sea su decisión –suicidio, autolesión imputación, aborto, etcétera– ha de prevalecer la garantía constitucional sobre cualquier injerencia estatal y la consiguiente legislación represiva (de la disidencia del Dr. O'Neill)¹⁹⁶.

8. *Consentimiento de la mujer.*

El artículo 88 del Código Penal

Si bien el artículo 88 del Código Penal en su última parte establece que la tentativa del aborto de la mujer no es punible, esta impunidad no alcanza a la que consintió que un extraño intentara hacerla abortar, ya que la necesidad de castigar al tercero que interviene como autor somete el hecho al estrépito del foro. Si como se señalara en la Exposición de Motivos de 1891, el fundamento de la exención de pena para la mujer que intenta causar su propio aborto es evitar el escándalo y la turbación de la familia, sin utilidad apreciable para la sociedad que no se sentiría muy alarmada por la ineficaz tentativa, en la hipótesis de conato de aborto consentido, la punibilidad de los ejecutores determina que el estrépito del fuero deba producirse, razón por la cual el motivo determinante de la excusa absoluta carece de toda utilidad¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Cám. Apel. Civ., Com., Crim. y Corr. de Necochea, 21-12-93, "M., O. I.", caso 45.918.

¹⁹⁷ Cám. Civ. Crim., sala VI (Andereggen, Pintos, Calvo), 26-02-82, causa 7931, "Manterola, B. H." (def.), *Boletín de Jurisprudencia*, año 1982, N° 1, p. 1; NÚÑEZ,

Muerte de la mujer. Artículo 85, inciso 2º, segundo párrafo

La figura de aborto agravado por la muerte de la mujer (art. 85, inc. 2º, párrafo segundo, Cód. Pen.) es un claro ejemplo de delito preterintencional. Trátase de una conducta compleja, en la que a la acción dolosa que compone el elemento esencial de la tipicidad se añade otra culposa derivada de la no observancia del debido cuidado para evitar el resultado muerte que determina la agravación. Implica un tajante antagonismo entre la conducta abarcada por el dolo, cuya finalidad es la de suprimir la vida del hijo por nacer sin dar muerte a la madre y la que arriba a la causación letal por incorrecta elección de los medios empleados para desarrollar la primera actividad final; la suma de ambos elementos típicos es la que sustenta la punibilidad del aborto agravado por muerte de la mujer (voto del Dr. Costa)¹⁹⁸.

9. *Los abortos impunes: artículo 86, incisos 1º y 2º*a) *El aborto terapéutico*

La doctrina italiana y española, han tratado esta eximente de pena abordándola con arreglo al régimen del estado de necesidad, posición ésta que ha influido en la doctrina nacional, que también ha seguido este rumbo. Más modernamente, se ha afirmado que se trata de una causa de justificación fundamentada en el conflicto de intereses entre la vida en formación y la vida o salud de la madre¹⁹⁹. Para Grisolia,

Derecho Penal Argentino, t. III, párrafo 85, VIII; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*, t. I, p. 596; FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, t. IV, p. 226. Nota: se ordenó remitir las actuaciones a instrucción para que se investigue la conducta de la mujer que consintió en la tentativa de aborto.

¹⁹⁸ Cám. Nac. Crim., sala I (Mitchell, Bonorino Perú, Costa), 12-7-84, causa 28.046, "Álvarez, M. T." (def.), *Boletín de Jurisprudencia*, año 1984, N° 3, julio-agosto-septiembre, p. 275; NÚÑEZ, *La culpabilidad...* cit., ps. 21 y ss.; ZAFFARONI, *Teoría del delito*, ps. 356 y ss.; MONTOVANI, *Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva*, en *Doctrina Penal* 22-268. Nota: La procesada fue condenada a la pena de tres años y seis meses de prisión por el delito de aborto consentido agravado por la muerte de la mujer.

¹⁹⁹ CUERDA RIEZU, ARROYO ZAPATERO y MIR PUIG cits. por GÓNZALEZ RUS, ob. cit., p. 162.

Bustos y Politoff se trata, además de un estado de necesidad, del ejercicio legítimo de la profesión médica²⁰⁰.

La regla que se puede extraer de la ley es que se exige que exista un conflicto de intereses entre la madre y la vida del feto, que sólo puede ser resuelto con el aborto, con lo cual la muerte del feto es la solución menos perjudicial que decide la colisión entre ambos bienes jurídicos que, como ya hemos señalado, en nuestra legislación tienen distinto valor, siendo de mayor valor la vida de la madre²⁰¹. De todas formas se debe hacer notar que, como es realizado por el médico y con fines terapéuticos, no es necesario que se den ciertas condiciones inherentes al estado de necesidad, tales como la actualidad, la no inminencia del mal que se quiere evitar. Sólo es necesario que el peligro exista, basado en la propia *lex artis*²⁰². Es el caso de la mujer con una dolencia cardíaca o de otro tipo, que queda embarazada y que según el criterio médico el embarazo o el parto le hacen correr riesgos, por ese motivo se aconseja el aborto²⁰³.

Está claro que el aborto debe haberse realizado con el fin de evitar un peligro, tanto para la vida como para la salud de la madre. Advuértase que este elemento subjetivo es básico, ya que, de lo contrario, faltaría el elemento subjetivo de toda causa de justificación que llevaría a que la conducta dejara de estar justificada y pasara a ser típica, ya sea como delito consumado o como tentativa²⁰⁴.

El otro requisito consiste en que el conflicto no pueda ser evitado por otros medios menos dañosos para la vida del feto. En este punto, la remisión al estado de necesidad justificante nos evita mayores comentarios. En síntesis, es un estado de necesidad, sólo que los únicos que pueden practicarlo son los médicos diplomados, con el propósito de salvar a la vida o la salud de la madre, con base en los conocimientos especiales del médico. No es preciso que sea un especialista en obstetricia y ginecología, ya que la ley no exige la especialización y tampoco podría hacerlo, habida cuenta de que el peligro para la madre bien puede detectarlo otro especialista.

²⁰⁰ GRISOLÍA, BUSTOS y POLITOFF, p. 232.

²⁰¹ En igual sentido GONZÁLEZ RUS, ob. cit., t. I, p. 164.

²⁰² GRISOLÍA, BUSTOS y POLITOFF, p. 230.

²⁰³ Ídem nota anterior.

²⁰⁴ DONNA, ob. cit., t. I, ps. 76 y ss.

El problema que se plantea es que el médico se niegue a realizar el aborto basado en objeciones de conciencia, derecho éste reconocido a nuestro criterio por la Constitución Nacional, especialmente por el artículo 19 de la Constitución Nacional y los Pactos sobre Derechos Humanos, especialmente en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰⁵. La negativa a realizar el aborto quedaría, en principio, amparada en una causa de justificación, esto es el ejercicio legítimo de un derecho²⁰⁶. Sin embargo si el hospital es público y no hay posibilidad de que se realice por otro médico, el deber de médico y de funcionario público prevalece sobre la objeción de conciencia, ya que el valor de la vida de una persona es mayor al problema de conciencia²⁰⁷.

El otro requisito de la eximente es que la mujer dé el consentimiento para que se realice el aborto. En este caso no se admite ni el consentimiento presunto ni el tácito. De este modo, si el médico igual realiza el aborto, en contra de la voluntad de la madre, se estará ante el tipo penal de aborto sin consentimiento. En este punto el consentimiento forma parte de la estructura de la justificación.

En cuanto al peligro, éste debe ser tanto para la vida como para la salud de la madre. En este punto se incluye no sólo el funcionamiento orgánico, propiamente físico, sino además las posibilidad cierta de un daño psíquico, tales como las enfermedades mentales, graves depresiones, tendencias suicidas de la madre, etcétera²⁰⁸; este punto ha sido poco considerado en los trabajos de los autores argentinos, y debería ser analizado con mayor profundidad. Si el embarazo o el parto puede producir algún tipo de alteración en la psiquis de la mujer, aunque no sea una genuina enfermedad mental –tal el caso de una neurosis grave–, el aborto estaría permitido. Los problemas de diagnóstico no empecen el tema de la interpretación de la ley.

²⁰⁵ Art. 12: “Toda persona tiene derecho a libertad de conciencia y de religión”. Igual el art. 18.

²⁰⁶ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 166.

²⁰⁷ Ídem, p. 167. Sobre la objeción de conciencia es de estimable valor el trabajo de HIRSCH, en el *Seminario Internacional de Derecho Penal*, Univ. Belgrano, en prensa.

²⁰⁸ GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 170.

b) *Aborto eugenésico*

El artículo 86, párrafo segundo, inciso 2º, del Código Penal, afirma que el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente.

Para Núñez se trata de un aborto que tiene por fin el perfeccionamiento de la raza²⁰⁹. De modo que esta finalidad eugenésica sobre el bien jurídico, que es la vida en el seno materno, representa para Núñez la razón justificadora del aborto. Ahora bien, es claro que después del desastre del nacionalsocialismo esta justificante ha entrado en franco desprestigio. Y la tendencia doctrinaria es tender a la exclusión de la justificación²¹⁰.

b.1) *El caso de la mujer idiota o demente*

En este punto no hay duda en la doctrina de que el aborto es posible. Se exige, como condición fundamental, una violación o atentado al pudor, que haya dado lugar al embarazo de mujer idiota o demente. Según Núñez, la idiotez o demencia debe ser un estado de la mujer en el momento de la violación o del atentado al pudor. Por lo tanto, si la mujer es normal y posteriormente se vuelve idiota o demente, no es de aplicación el artículo en cuestión. Sólo podrá hablarse del aborto terapéutico²¹¹.

También se ha interpretado que como es una regla de justificación, los términos de idiota o demente no deben ser interpretados en sus términos estrictamente científicos. Por lo tanto se entiende por idiota o demencia a todas las afecciones mentales susceptibles de ocasionar taras hereditarias. Tampoco es necesaria la declaración judicial del artículo 140 del Código Civil. Además, es el médico quien de acuerdo a los criterios de la *lex artis* determinará si dicha tara hereditaria es posible²¹².

²⁰⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. I, p. 390; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, p. 235.

²¹⁰ GRISOLÍA, BUSTOS y POLITOFF, ob. cit., p. 228.

²¹¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. I, p. 391.

²¹² Ídem, p. 392.

La norma exige que la mujer dé su consentimiento si ha recobrado la razón. En caso contrario, será el consentimiento del representante el que tendrá valor. Para Núñez, no es necesario que sea el representante de acuerdo al Código Civil, sino que es suficiente que sea el guardador de aquella²¹³.

b.2) *El caso de la mujer sana que es violada, o el aborto sentimental*

Para Núñez el llamado aborto sentimental no entra en este artículo, ya que se ciñe aparentemente al texto legal, aunque sin dar ningún otro fundamento²¹⁴.

En cambio, Soler ha fundamentado la posición contraria, afirmando que es sorprendente que la ley hable primero de violación y después de atentado al pudor de la mujer idiota. Con lo cual se pregunta, y con razón, qué es el atentado al pudor del que habla el artículo en cuestión. Y sigue con el razonamiento diciendo que es al acceso carnal a lo que se llama violación²¹⁵. La cuestión, a los efectos de decidir si el aborto sentimental está o no legislado en la ley, es lograr descifrar qué es este atentado al pudor que no figura en otra parte del Código Penal. Soler interpreta que la ley no ha querido decir, cuando afirma “si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor”, más o menos lo siguiente: “De una violación o de un hecho que excluye la cópula”, sino “de una violación o de acceso carnal”²¹⁶. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que la segunda parte del artículo estaría de más, porque no diría nada. Sería algo así como que afirmara, “mediante violación o violación”.

La base de la confusión, según Soler, surge del antecedente de la ley. La comisión del Senado, había tomado el artículo de la versión francesa del proyecto suizo, que tradujo la palabra alemana *Schändung* por *attentat à la pudeur d'une femme idiote, aliénée, inconsciente ou incapable de résistance*. Y éste es el sentido de la palabra *Schändung*

²¹³ Ídem, ps. 392/393.

²¹⁴ Íbidem; PECO, *El aborto en el Código Penal argentino*, en *Revista Penal Argentina*, t. VI, ps. 180 y ss.

²¹⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1963, t. III, p. 112.

²¹⁶ SOLER, ob. cit., t. III, p. 113.

en alemán. En cambio, para la violación por la fuerza el alemán usa el término *Notzucht*. Pues bien, el equívoco, según Soler, surge por dos causas: “El hecho de que la palabra violación sea genérica; el hecho de que se haya aceptado en el texto de la ley una traducción que es correcta, pero que al incorporarse a nuestro Código resulta equívoca con respecto a la expresión abuso deshonesto”²¹⁷. Con esta interpretación, no cabe duda de que se llega a la conclusión de que la ley ha previsto la posibilidad del aborto en todo caso de violación²¹⁸.

Si bien éste es un argumento de peso, frente a la casi nula argumentación de Núñez, no hay duda de que, aunque no se hubiera previsto por la ley, la mujer que ha sido violada y aborta entraría en una causa de no exigibilidad de otra conducta. El Derecho no puede exigir héroes. De esta forma juega como causa que excluye la atribuibilidad, tal como lo hemos sostenido en nuestro libro, basado en criterios de *prevención general*. *Adviértase que quien aborta, en esas condiciones, no tiene una posición contraria al Derecho*. Es más, en situaciones normales es seguro que esta mujer no abortaría²¹⁹.

10. Aborto preterintencional

El artículo 87 del Código Penal reprime con prisión de dos meses a dos años al que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.

Tampoco en esta clase de aborto la doctrina nacional, como era de suponer, se ha puesto de acuerdo. Las hipótesis que se han planteado van desde los que sostienen que se trata de un aborto culposo (Ramos, Peco, Oderigo y Díaz), hasta la posición que afirmó que se trataba de un aborto con dolo indirecto (Gómez)²¹⁹⁻¹.

Núñez, por su parte, afirma que se castiga un hecho de violencia contra la madre, con resultado mortal para el hijo. La diferencia

²¹⁷ Ídem nota anterior.

²¹⁸ SOLER, ob. cit., t. III, p. 114. En igual sentido, RAMOS, *Curso de Derecho Penal*, t. V, p. 125; MOLINARIO, *Derecho Penal*, p. 96.

²¹⁹ DONNA, *Teoría del delito...* cit., t. II, par. 67.

²¹⁹⁻¹ RAMOS, *Curso*, t. V, N° 136, p. 127; ODERIGO, *Código Penal anotado*; DÍAZ, Emilio, *El Código Penal*, N° 350.

con el aborto común consiste en que no hay propósito de causar el aborto. Núñez afirma que se elimina el dolo de propósito, quedando, entonces, sólo un dolo que no sea directo. Y por ende, “la cuestión se debe sacar decididamente del campo de la culpa”²²⁰. Y esto porque el legislador no lo ha tipificado de la manera que lo ha hecho para el tipo culposo, y además la estructura que ha usado el legislador lo ha sacado de la culpa. Con lo cual se eliminan del artículo 87 del Código Penal todos los abortos causados con ese fin, y por ende comprende toda violencia que no obedezca a él, aunque el aborto se le presente como un resultado eventual de la violencia. En síntesis, no comprende todo dolo directo y el culposo, por lo tanto no es un aborto preterintencional²²¹.

Soler por su parte afirma que éste es un caso de aborto preterintencional. Exige que se tenga el propósito de emplear violencia en la mujer y en contra de ella, pero no contra el feto²²².

Para Grisolia, Bustos y Politoff se trata de un tipo compuesto, por un actuar doloso con respecto a la violencia, en contra de la mujer, y en cuanto al aborto tanto es aceptable el dolo eventual como la culpa.

No hay duda de que ésta es la opinión más clara sobre el punto, tanto por la redacción de la norma, como por los principios generales que rigen al Derecho Penal, en cuanto se debe imputar objetiva como subjetivamente. Entonces, es lógico que la violencia sea dolosa, y el aborto pueda ser culposo por una parte o con dolo eventual por otro.

Como elementos del tipo penal se debe dar un estado de embarazo de la mujer, que le conste al autor o le sea notorio. En este punto se debe decir que no se acepta que el autor tenga dudas sobre el estado de la mujer. Es notorio cuando la generalidad puede advertirlo sin esfuerzo²²³.

Por violencia debe entenderse el despliegue de energía física por el autor contra la mujer. Se comprende el uso de hipnóticos o narcóticos.

²²⁰ NÚÑEZ, t. III, p. 177.

²²¹ Ídem, p. 177/178.

²²² SOLER, t. III, p. 108/109.

²²³ NÚÑEZ, t. III, p. 179; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, p. 229.

La muerte del feto debe producirse por esa violencia ejercida en contra de la mujer, ya sea dentro o fuera del seno materno²²⁴.

El artículo 87 del Código Penal absorbe las lesiones inherentes al resultado como tal. En cambio las lesiones graves y gravísimas, que se separan del aborto, así como la muerte de la mujer, concurren realmente.

El aborto causado por la propia mujer

El artículo 88 reprime con prisión de uno a cuatro años a la mujer que causare su propio aborto o consintiere que otro se lo causare. Además agrega que la tentativa de la mujer no es punible.

Tipo objetivo

Sujeto activo: Sujeto activo sólo puede ser la mujer que cause su propio aborto.

Elementos del tipo: El tipo exige que se realicen actos de consumación del aborto, de modo que los actos de coautoría llevan a que se transforme en un aborto consentido por la mujer. Esto no quita que pueda haber actos de complicidad de terceros en el obrar típico de la mujer.

Tipo subjetivo

El tipo subjetivo exige dolo directo de la mujer, que debe tener la intención de causar su propio aborto. Esto lleva a descartar como delito de aborto el supuesto de que la mujer cause su propio aborto pero sin esa finalidad, como es el caso de que pretenda suicidarse y a raíz de ello muera el feto²²⁵.

11. *La tentativa de la mujer y los cómplices*

De acuerdo a la ley, la tentativa de la mujer no es punible. La exclusión de pena alcanza, como bien lo dice Soler, a todo tipo de tentativa, ya sea idónea como inidónea y a los casos de delito imposible para quienes sigan esa terminología; de igual manera al delito frus-

²²⁴ Ídem nota anterior.

²²⁵ NÚÑEZ, t. III, p. 181.

trado²²⁶. Como la causal de la impunidad consiste en evitar el escándalo para la familia, dado que la pena en estos casos no tendría ningún beneficio y, sin lugar a dudas, causaría grave daño, especialmente al hijo que nacería vivo, es obvio que la impunidad es también para los cómplices²²⁷.

VII. El suicidio

En el Derecho argentino no es delito el hecho de quitarse la vida, como es obvio, pero tampoco lo es la tentativa de suicidio. El legislador ha entendido que de acuerdo al artículo 19 de la Constitución Nacional es éste un ámbito en el cual el Estado no debe ingresar, ya que la decisión de vivir o no es un acto propio de la conciencia del hombre.

La legislación castellana y española anterior a la codificación, imponía pena de confiscación de bienes a quienes se causaban la muerte, condicionada a que el suicida tuviera descendencia²²⁷⁻¹.

Sí en cambio está castigada con prisión de uno a cuatro años la instigación a otra persona al suicidio, o la ayuda a cometerlo. La ley exige sólo que el suicidio se haya tentado o consumado. Una norma de este tipo ha sido considerada como una ventaja para la seguridad jurídica, ya que no es necesario recurrir a complicadas construcciones jurídicas tal como lo hace la doctrina alemana, que carece de un precepto similar²²⁸. Sin embargo la cuestión no nos parece tan sencilla, habida cuenta de que, desde el punto de vista de la política criminal, no es seguro que el castigo al que ayuda al suicidio sea siempre necesario, habida cuenta las discusiones actuales sobre la eutanasia pasiva en casos extremos.

De modo que la ley distingue entre la inducción y la ayuda al suicidio.

²²⁶ SOLER, t. III, p. 107.

²²⁷ Ídem nota anterior; ídem nota 225.

²²⁷⁻¹ DÍEZ RIPOLLES, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis y LAURENZO COPPELLO, Patricia, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, t. I, p. 167.

1. *Bien jurídico*

El bien jurídico protegido por la norma es la vida humana, de igual forma que los tipos penales que se han visto²²⁸⁻¹.

El problema que surge de la ley es si la vida propia es un bien disponible. Para un sector de la doctrina, la vida humana es un bien indisponible (Cerezo Mir, Mir Puig, Romeo Casabona) y por ende la impunidad del que se causa la muerte, o permite que se la causen, se debe a razones de política criminal²²⁸⁻².

En cambio, otro sector reconoce la disponibilidad de la propia vida, siempre por parte del titular, limitando en cambio los efectos con respecto a terceros (Bustos Ramírez, Queralt Jiménez). La idea básica es que es un bien disponible para el titular, pero para terceros el Estado tiene obligación de hacerla respetar.

En síntesis, no hay duda de que la impunidad del suicida es el conocimiento de un derecho que está en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Pero como bien dice Díez Ripolles, este derecho está limitado, dado que el consentimiento no es causa de atipicidad en el homicidio, como también se pune la instigación y la ayuda al suicidio²²⁸⁻³.

2. *La inducción al suicidio*

a) *Tipo objetivo*

Sujeto activo: puede ser, como es obvio, cualquier persona, ya que la ley no ha puesto limitación a la autoría.

Sujeto pasivo: también puede ser cualquier persona.

a.1) *La acción típica*

Al hablar la ley de inducción al suicidio se refiere a una inducción normal, de acuerdo a las reglas generales del tema²²⁹. Se trata de la

²²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Provocación al suicidio mediante engaño*, en *Doctrina Penal*, 1986, p. 246.

²²⁸⁻¹ DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 170.

²²⁸⁻² Ídem nota anterior, p. 171.

²²⁸⁻³ Íbidem, p. 182.

²²⁹ DONNA y otros, *Autoría y participación* cit.

producción directa por medios psicológicos de tomar la resolución de la propia muerte. Por ello debe darse, primero, la producción de la resolución en el ánimo del suicida y la ejecución de la acción por parte del suicida, por lo menos en grado de tentativa²³⁰.

Se ha hecho notar que en este delito existe una particularidad de la teoría general de la participación. Se trata de una participación en un hecho atípico. Esto lleva a plantear la tesis de que estamos frente a un problema de autoría mediata, y que la menor pena se debe a que quien tiene el dominio del hecho es el propio suicida. Sin embargo, si se diera realmente el caso de una autoría mediata propia, por decirlo de alguna forma (esto sucede actuando el sujeto pasivo como instrumento por violencia, coacción, error o incapacidad), no hay duda de que se está ante el tipo del delito de homicidio. Es el caso que trae Muñoz Conde en el cual “una mujer que queriendo desembarazarse de su marido, lo convenció para suicidarse juntos. Para ello vertió veneno en una botella de licor que hizo tomar a su marido, tras hacer el acto sexual con él y prometerle solemnemente que ella también se suicidaría. El marido murió; ella, que no tomó nada de la botella, siguió viviendo”²³¹. El tribunal alemán condenó a la mujer por asesinato, esto es, el artículo 80, inciso 1º, del Código Penal argentino.

A nuestro juicio estos casos no pueden ser considerados como instigación al suicidio cuando la decisión de morir no ha sido resultado de una voluntad autónoma, sino debido a un error o engaño del tercero. Esto sitúa a quien instiga en la clara situación del autor mediato. Igualmente se debe incluir como caso de autoría mediata cuando el autor, si bien conoce el riesgo de la acción, confía en el tercero y éste le oculta el real riesgo a la persona²³².

En igual sentido debe resolverse la cuestión del caso “Sirio”, juzgado en Alemania, en el cual “se trataba de un individuo que convenció a su novia para que, habiendo hecho previamente ésta un seguro de vida del cual era beneficiario, se matara, asegurándole que inmediatamente reencarnaría en otro cuerpo, por supuesto más hermoso y

²³⁰ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español* cit., ps. 20 y ss.

²³¹ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 248.

²³² En este aspecto coincidimos con Muñoz Conde.

joven, que estaba preparado para ella en el Lago de Ginebra, luego seguiría viviendo en otro planeta, el Sirio, de donde él procedía”²³³. El tribunal alemán falló el caso como tentativa de asesinato, ya que la mujer nunca tuvo la intención de matarse, porque inmediatamente reencarnaría. El tribunal falló aduciendo que el hombre tenía el dominio del hecho y que la mujer era un simple instrumento en sus manos. Afirmó: “Si se oculta al que se está quitando la vida, que realmente está causando su muerte, hay que considerar que el que provoca este error y con su ayuda conduce consciente y voluntariamente el proceso que desemboca o debe desembocar en la muerte, es autor de un delito contra la vida (intentada o consumada) en virtud de su superior conocimiento, con el que manipula al engañado y lo convierte en instrumento contra sí mismo”²³⁴. Si bien esta conclusión fue aceptada por la doctrina, la duda que surge es si el suicidio se lleva a cabo dentro de una decisión libre de la persona, aunque el motivo sea errado, como por ejemplo quien se suicida como miembro de una secta. El propio Roxin, como bien lo hace notar Muñoz Conde, afirma que: “Si una persona plenamente responsable y actuando sin ningún tipo de presión es consciente de que realiza un suicidio, el error que desencadena el hecho es solamente un error en los motivos, que no excluye la responsabilidad del agente en el suicidio. Del mismo modo, que si alguien es inducido a asesinar al enemigo político con la promesa de que irá al cielo como recompensa por su heroica acción, nada impide que sea hecho responsable del asesinato por él cometido”²³⁵.

Por estas razones, Muñoz Conde afirma que el principio, flexible por cierto, “es que de un modo general, abstracto y apriorista, sólo la provocación de un error sobre la cualidad letal de la acción o sobre el hecho mismo de la muerte, puede fundamentar una autoría mediata de quien provoca ese error y con ello el asesinato”²³⁶. Sin embargo esta conclusión es relativa, y debe analizarse, a nuestro juicio, un detenido análisis del hecho, ya que, en estos casos, lo que está comprometido es justamente la voluntad de decisión del sujeto.

²³³ B. G. B., 5-7-83, cit. por MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 259.

²³⁴ Cit. por MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 260.

²³⁵ ROXIN, cit. por MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 262.

²³⁶ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 263.

Distinto será cuando ambas personas decidan matarse, el caso del suicidio por amor. En estos supuestos, no hay duda de que será de aplicación el artículo 83 del Código Penal.

La muerte del suicida o la tentativa de suicidio es un elemento del tipo, motivo por el cual debe rechazarse la idea de que ésta es una condición objetiva de punibilidad. De este modo la mera proposición al suicidio, sin que se lleve a cabo la acción, es en nuestro Derecho una conducta impune.

De quedar claro que no es suicidio aquella acción del que se causa la muerte a raíz de una agresión ajena, como por ejemplo, quien se lesiona por tomar el arma del atacante o por torpeza frente a la agresión.

b) *Tipo subjetivo*

La inducción, como se sabe, es dolosa, motivo por el cual no es posible la inducción imprudente al suicidio, de acuerdo a la redacción de la ley.

3. *La ayuda al suicidio*

a) *Tipo objetivo*

Sujeto activo: también puede serlo cualquier persona.

Sujeto pasivo: sólo puede serlo aquel que haya decidido matarse y tenga capacidad para hacerlo²³⁶⁻¹, no siendo suficiente sólo la oportunidad, sino que es necesario que el suicida tenga el dominio del hecho, esto es que comprenda la trascendencia de lo que va a emprender²³⁶⁻².

a.1) *La acción típica*

El problema de este tipo penal consiste en qué radica la ayuda de la que habla el Código Penal. Hay que tener en cuenta lo antes argumentado, que se está prestado una colaboración de un hecho que no es típico. Sólo entrarían dentro de este tipo penal aquellas conductas

²³⁶⁻¹ DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 86.

²³⁶⁻² Ídem nota anterior, p. 189.

que se equiparan a la complicidad necesaria, esto es, a la primaria, pero no a la complicidad secundaria, ya que de lo contrario se estarían violando las reglas de la participación que distinguen entre ambas colaboraciones. Por lo tanto quedan fuera de este tipo aquellas conductas que sólo favorecen, fortalecen o instruyen sobre el suicidio, como ser las asociaciones de este tipo²³⁷. La opinión contraria se encuentra en la obra de Estrella y Godoy Lemos, quienes abarcan la ayuda del artículo 46 del Código Penal²³⁸.

En los casos de omisión no parece, tal como está redactada la norma, que se acepte la omisión simple. Por ende, el simple no hacer, no evitar el suicidio, no entra en el tipo penal en cuestión²³⁹.

Distinto es el caso cuando el sujeto está obligado a evitar el suicidio, esto es la omisión impropia. En estos supuestos la doctrina mayoritaria en la Argentina acepta que se puede tipificar este hecho²⁴⁰.

Sin embargo en estos casos nos asalta una duda, pues se pasaría de la complicidad a la autoría sin ninguna explicación lógica. Esto es, el omitente activo sería autor del suicidio, lo que no parece lógico.

²³⁷ En igual sentido, QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., p. 23.

²³⁸ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 138.

²³⁹ En igual sentido, ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 138; QUERALT JIMÉNEZ, ob. cit., p. 22.

²⁴⁰ De nuevo puede consultarse a Estrella y Godoy Lemos (ob. cit., p. 138), quienes citan a Soler, Núñez, Fontán Balestra, entre otros.

HOMICIDIO CULPOSO

ANTECEDENTES Y UBICACIÓN DE LA CULPA

SUMARIO: I. El bien jurídico. Jurisprudencia. II. Tipo objetivo: infracción del deber objetivo de cuidado. 1. Autonomía del hecho imprudente. 2. Los tipos abiertos. 3. La imprudencia como consecuencia de la infracción al deber de cuidado. 4. La lesión al deber objetivo de cuidado. El injusto de acción. Jurisprudencia. III. Tipo subjetivo. IV. La antijuridicidad. 1. Legítima defensa. Jurisprudencia. 2. Estado de necesidad justificante. Jurisprudencia. V. La culpabilidad. VI. Autoría y participación. Jurisprudencia.

Conviene aclarar previamente cuál ha sido la ubicación sistemática de la culpa en los antecedentes legislativos para poder comprender el método de nuestro actual cuerpo normativo.

La culpa en el proyecto Tejedor tiene un tratamiento genérico y no se refiere a delitos en particular sino a todos aquellos en los que interviniese este factor. También se refiere a los grados de la culpa y remite al comentario oficial del Código de Baviera. El sistema del proyecto Tejedor es seguido por el proyecto Villegas, Ugarriza y García, de la misma forma que el Código de 1886.

En cambio, el proyecto de 1891 cambia la estructura de los sistemas anteriores suprimiendo concretamente el título genérico referido a la culpa o la imprudencia. Así, en la exposición de motivos se sostuvo que: “El artículo 115 prevé especialmente el caso de homicidio causado por culpa o imprudencia. Nuestro proyecto no consigna en la parte general disposiciones sobre la culpa, encontrándose en el segundo libro determinada la representación que corresponde en los casos en que la merezcan los hechos producidos por aquella causa”.

El proyecto de 1906 acompañó al de 1891 y en su exposición de motivos volvió a explicar la conveniencia de apartarse de un sistema

genérico contemplado en la parte general del Código al decir que “en vez de establecer reglas generales, que por su condición de tales deberán aplicarse a todos los delitos –sistema seguido por el Código vigente–, hemos preferido el de establecer a continuación de todo delito susceptible de ser cometido por imprudencia, la pena que le corresponde por razón de esa circunstancia”. Las razones de ese cambio basadas en lo inadecuado de dictar normas o disposiciones de carácter general y su aplicación se refiere a ciertos y determinados delitos, siguiendo a los Códigos italiano y holandés, por ese entonces¹.

I. El bien jurídico

Las acciones imprudentes sólo son punibles en la medida en que producen determinados resultados. La acción disvaliosa debe necesariamente conectarse con un resultado disvalioso. El homicidio culposo integra la categoría de los delitos de resultado sin el cual –en este caso la muerte–, no configura el injusto en examen. De forma tal que si ese resultado no se ha producido o su producción es ajena a la acción típica, el delito no se habrá cometido. Por ejemplo, si el resultado se ha producido por causas ajenas a la acción imprudente, como es el caso del herido que fallece en otro accidente al ser transportado camino al hospital o en el mismo nosocomio debido a un incendio.

El resultado –en este caso la muerte– es una exigencia constitutiva del tipo. La relación de causalidad entre el resultado y la acción forman parte del tipo objetivo del delito culposo².

El agravio a la persona física consiste en el ataque a la vida, suprimiéndola mediante la acción imprudente, como veremos en adelante. El bien jurídico es el centro de la construcción, tanto de la norma como del tipo penal³.

Expresa Creus⁴ que no obstante la genérica denominación de la ley

¹ MORENO (h), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. III, ps. 399/403.

² MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho Penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. II, párrafo 43, p. 137.

³ DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. II, párrafo 36, p. 57.

⁴ CREUS, *Derecho Penal. Parte especial cit.*, t. I, § 6.

en el caso de los delitos contra las personas en donde se hace referencia al portador de los bienes jurídicos, sólo queda comprendida en la protección penal el interés por la protección física y psíquica del hombre en todas sus manifestaciones, es decir su vida, su estructura corporal, la plenitud de su equilibrio fisiológico y del desarrollo de sus actividades mentales. En cambio, sostiene el nombrado autor que los demás atributos de la persona, es decir los que conforman la personalidad, como el honor, la honestidad, el estado civil, la libertad, son amparados en otros títulos.

Jurisprudencia

Lesiones leves: daño en el cuerpo o la salud. Interrelación de los conceptos, alcance del término “daño en la salud”. Producción del dolor sin daño físico. Viabilidad de la figura

El tipo del artículo 94 del Código Penal resulta ser complejo y alternativo, ya que cualquiera de sus dos formas —daño en el cuerpo o daño en la salud— constituyen el delito de lesión, aunque no sea admisible una separación radical entre ellos por la estrecha relación que tienen entre sí. Sin embargo, puede conceptualizarse el daño en la salud como toda “perturbación del tono vital”, es decir, la causación de una ruptura del estado de equilibrio. Por lo tanto, producir dolor físico, con cierta duración, aunque fuere breve, implica lesión, aunque no exista daño en el cuerpo.

Cám. Crim. y Corr., sala IV, causa 43.770, “Rey, Amadeo”, 17-2-94

II. Tipo objetivo: infracción del deber objetivo de cuidado

1. Autonomía del hecho imprudente

Sostiene Roxin que la culpa, conforme a la más reciente concepción en Alemania y casi unánime, es un problema del tipo. Un comportamiento culposo puede ser en el caso concreto justificado o exculpado; pero si era o no culpa propiamente tal, se decide en el tipo⁵.

⁵ ROXIN, Claus, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, 1ª ed., Promociones y Publicaciones Universitarias S. A., colección IURA-3, Barcelona, 1992, p. 89.

Partiendo de la acción como hecho del hombre no existe en este aspecto diferencia alguna con el concepto de acción en los delitos dolosos. Las diferencias, sostienen Maurach y Gössel, deben orientarse a la evitabilidad de los perjuicios de bienes jurídicos provocados por las acciones. El hecho punible culposo es una conducta dirigida a un fin y dominada por la voluntad dirigente⁶.

En igual sentido la acción es una conducta humana relacionada con el medio social, dominada por la voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado⁷.

La acción es la base del hecho punible culposo que goza de una estructura autónoma frente al hecho doloso, con caracteres excluyentes. La ausencia de dolo no presupone la aplicación residual del tipo culposo⁸.

El delito imprudente hasta hace relativamente poco tiempo se encontraba al margen del Derecho Penal, dedicado básicamente al delito doloso. El delito imprudente, calificado más como delito civil, no había tenido mayor trascendencia en el ámbito del Derecho Penal hasta que el progreso tecnológico, la revolución industrial del siglo XIX, abrió las puertas de la legislación punitiva a este tipo de injustos⁹.

2. *Los tipos abiertos*

La concepción moderna en el Derecho Penal está signada en que los delitos imprudentes sólo son punibles en la medida en que el tipo delictivo está expresamente contemplado en la ley como forma de garantizar el principio de legalidad (art. 18, Cont. Nac.). De forma tal que no hay una correspondencia simétrica entre los tipos dolosos y los culposos, salvo en algunos casos en que el tipo legal contempla o abarca tanto la forma dolosa como la culposa; tal el caso del homicidio (art. 84), de las lesiones (art. 94), de la malversación de caudales públicos (art. 262), y de la evasión (art. 281, párrafo segundo), entre otros.

⁶ MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., t. II, párrafo 42, p. 122.

⁷ DONNA, ob. cit., t. II, párrafo 29, p. 17.

⁸ MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., p. 127.

⁹ MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1991, p. 17.

Sin embargo en nada vulnera este principio la circunstancia de que los delitos culposos o imprudentes son denominados “tipos abiertos” en la medida en que el juez o el intérprete determina la acción imprudente completando el tipo de injusto, dado que no es posible que el legislador describa con exactitud todos los comportamientos imprudentes.

La expresión “tipos abiertos” se debe a Welzel, para quien constituyen una restricción al principio de determinabilidad legal de la punibilidad dado que parte del tipo está legalmente descrito y el resto necesita ser completado por el juez. Se trata de una remisión tácita a la autoridad judicial¹⁰. Es en estos casos en que el legislador se refiere a la imprudencia o negligencia sin indicar la materia o contenido de la prohibición.

Lo que sí hay que hacer –sostiene Muñoz Conde– es buscar un punto de referencia para comparar la acción realizada y determinar si ha sido imprudente; tal referencia lo constituye el *deber objetivo de cuidado*¹¹. La naturaleza de la imprudencia está dada por la *infracción al deber objetivo de cuidado* o la *infracción a la norma de cuidado*. Será necesario entonces analizar el elemento normativo y núcleo del tipo que constituye el injusto imprudente: el deber objetivo de cuidado.

Se sostiene que tipos abiertos son aquellos que expresan un deber jurídico, no resultan una descripción de la conducta prohibida y ese deber jurídico ha de ser objeto de un juicio de valoración por parte del juez en el caso concreto¹².

Las reglas son generalizaciones que deben aplicarse en el caso en concreto, necesarias para que el juez cierre el tipo determinando si hubo o no imprudencia. Verificar una lesión en tal sentido puede resultar indiciario pero no excluyente o determinante del tipo legal. Por ejemplo: invadir el lado izquierdo de la calzada cuando no viene nadie en contra, para evitar atropellar a un niño es, a pesar de la infracción formal, un acto prudente; seguir por el mismo lateral puede ser imprudente¹³.

¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Temis, Bogotá, p. 57.

¹¹ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 74.

¹² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1ª ed., PPU, Barcelona, 1989, citando en igual sentido a Cerezo Mir y a Bustos Ramírez.

¹³ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 76.

Explica Zaffaroni¹⁴ que la característica esencial del tipo culposo y lo que lo diferencia del doloso, es la forma de individualizar la conducta prohibida. En tanto en el doloso la conducta se ciñe a una descripción, en el culposo ésta permanece indeterminada y determinable en el caso concreto. Se trata de una exigencia que no obedece a la voluntad del órgano legisferante (ya que la indeterminación sería inconstitucional) sino a la naturaleza de las conductas que el legislador quiere prohibir. De ahí que la técnica legislativa (la estructura del tipo) sea diferente a los delitos dolosos.

Dice este autor que “se sanciona cualquier conducta que causa determinado resultado lesivo, siempre que el resultado sea previsible y la conducta viole un deber de cuidado de modo determinante para la producción del resultado”¹⁵.

También Jescheck¹⁶ sostiene que el hecho de que el tipo de los delitos imprudentes haya de completarse mediante valoraciones judiciales adicionales no implica una vulneración al mandato de determinación debido a que la concreción de los deberes de diligencia sometidos a un desarrollo continuo no es imaginable sino por vía de la práctica forense.

El tipo que revela –sostiene Zaffaroni¹⁷– una cierta indeterminación se cierra por una norma que debe individualizarse en cada caso y que es la que establece el deber de cuidado. Es entonces que, para este autor, la indeterminación de la conducta prohibida lo es prima facie pero nunca es absoluta.

La norma de cuidado que integra el tipo imprudente es una norma de determinación que persigue evitar la lesión al bien jurídico, motivando a los ciudadanos a no realizar conductas constitutivas de delitos. Determina una de las formas en que debe realizarse la conducta para que ésta sea correcta¹⁸.

¹⁴ ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte general*, § 358, ps. 384 y 385.

¹⁵ ZAFFARONI, ob. cit., § 358, p. 385.

¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, párrafo 54, p. 512.

¹⁷ ZAFFARONI, ob. cit., § 359, p. 388.

¹⁸ MIR PUIG, cit. por CORCOY BIDASOLO, ob. cit., ps. 84 y 102.

3. *La imprudencia como consecuencia de la infracción al deber de cuidado*

La imprudencia tiene un contenido ajeno al dolo toda vez que el autor no vulnera voluntariamente el mandato de la ley sino por la falta de un deber que le es exigido. La lesión al deber de cuidado es en este caso involuntaria. La imprudencia no es sino un tipo especial de acción punible y no una mera forma de culpabilidad junto al dolo¹⁹.

Jescheck se refiere al actuar imprudente como el que realiza el tipo de una ley penal como consecuencia de la infracción involuntaria de un deber de cuidado y no lo advierte, pese a su obligación, y aun teniéndolo por posible confía, contrariando su deber, en que no se producirá el resultado²⁰.

Esta definición permite distinguir entre las dos clases de imprudencia: a) inconsciente (*negligentia*) y b) consciente (*luxuria*) y sostiene que la importancia práctica de la distinción radica en que por ese modo se traza la línea que la separa del dolo eventual.

La violación al deber de cuidado debe hallarse en cada tipo penal en particular, como es el caso del artículo 84 del Código Penal, y se exterioriza mediante formas como: *imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo*.

Incorre en imprudencia quien realiza una acción de la cual debió abstenerse por ser en sí misma peligrosa y capaz de ocasionar daños²¹. La negligencia en cambio es una forma de desatención, de inercia psíquica²².

Al decir de Zaffaroni, mientras el negligente no hace algo que la prudencia aconseja hacer, el imprudente realiza algo que las reglas de la prudencia aconsejan no hacer²³. Puede afirmarse que tanto la impericia como la inobservancia de los reglamentos no son más que

¹⁹ JESCHECK, ob. cit., p. 512.

²⁰ JESCHECK, ob. cit., párrafo 54, p. 511.

²¹ TERRAGNI, Marco Antonio, *Homicidios y lesiones culposos*, p. 108.

²² TERRAGNI, ob. cit., p. 109.

²³ ZAFFARONI, ob. cit., § 558, p. 385.

casos de negligencia e imprudencia, siendo que para algunos autores como Malamud Goti²⁴ todos pueden reducirse a imprudencia.

4. *La lesión al deber objetivo de cuidado. El injusto de acción*

Mediante la prohibición penal de comportamientos imprudentes se busca evitar la realización de acciones que conduzcan a la lesión de bienes jurídicos, en este caso, la vida.

La esencia del delito culposo reside en la valoración sobre la clase y modo de ejecución de la acción (desvalor de la acción) con el fin de superar el aparentemente espinoso problema que planteaba el deslinde entre delitos doloso y delito culposo, cuando ambos tenían como inicio acciones finales, es decir, dirigidas²⁵.

Se intenta determinar la relación entre la acción imprudente y el resultado, concluyendo que “el núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario realizar”²⁶. Por consiguiente el *tipo objetivo* del hecho punible culposo incluye una acción descuidada referida al bien jurídico perjudicado²⁷.

Las reglas de cuidado –necesarias para completar el tipo de injusto– resultan un indicador –aunque no el único– al igual que la previsibilidad, para brindar al intérprete judicial de las herramientas básicas para completar el tipo. Por ejemplo: el comportamiento de un conductor experimentado, las reglas de comportamiento en actividades profesionalmente regladas (médicos, enfermeros, ingenieros, etc.) permiten establecer el *cuidado objetivo* que en el caso concreto deberá guiar el autor en miras a la *evitación del resultado* lesivo al bien jurídico.

Dice Welzel que sólo se puede lograr el contenido del cuidado objetivo para el caso individual considerando los dos aspectos rela-

²⁴ Cit. por ZAFFARONI, ob. cit., t. III, § 358, p. 386.

²⁵ TOZZINI, Carlos y BUSTOS, Juan, *Los delitos culposos*, NPP, abril-junio 1975, ps. 227 y ss. (228).

²⁶ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 74.

²⁷ MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., t. II, párrafo 43, III, p. 139.

cionados entre sí: el reconocimiento razonable de peligros y el colocarse prudentemente ante ellos²⁸.

Tozzini y Bustos sostienen que el deber de cuidado es objetivo porque no es otra cosa que una conducta modelo o rectora sustentada sobre la imagen generalizada del hombre prudente, inteligente, previsor, diligente, y nutre su contenido del ámbito de relación en que se injerta el obrar²⁹.

Consecuentemente se sostiene que el deber de cuidado es un deber intelectual general, no orientado de forma inmediata al ordenamiento; es consecuencia de la existencia de normas regladas –reglas técnicas– (que pueden ser legales, de costumbre, de uso) de la vida social y es por ello una condición implícita común y esencial de toda norma jurídica³⁰.

Entre la acción contraria al deber de cuidado y el resultado debe verificarse una relación causal que establezca que el resultado es el producto de la acción misma. De forma tal que no basta con que la acción sea contraria al deber de cuidado exigido –ya sea por normas implícitas o explícitas– y que haya producido un resultado dañoso, lesivo al bien jurídico, sino que debe mediar entre ambas una relación causal³¹.

Remarcan en este aspecto algunos autores, que si el resultado de todas maneras se hubiese causado por la acción, no existe relación entre la inobservancia del cuidado requerido y el resultado y, por lo tanto, no se da lo injusto del delito culposo³². Se cita en este punto como ejemplo el caso del suicida que es arrollado por un imprudente conductor y que igualmente hubiese causado la muerte del suicida de ser prudente. En este caso Zaffaroni sostiene que la conducta es atípica³³.

La producción del resultado pertenece al tipo de los delitos im-

²⁸ WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán*, p. 189, cit. por TOZZINI y BUSTOS, ob. cit., p. 229.

²⁹ TOZZINI y BUSTOS, ob. cit., p. 229.

³⁰ HARDWIG, cit. por CORCOY BIDASOLO, ob. cit., p. 91.

³¹ TOZZINI y BUSTOS, ob. cit., p. 230.

³² TOZZINI y BUSTOS, cit. por ZAFFARONI, ob. cit., t. IV, § 363, p. 407.

³³ ZAFFARONI, ob. cit., § 363, p. 407.

prudentes de resultado. El homicidio y las lesiones son algunos de los casos cuya causación corresponde a la acción disvaliosa del autor.

5. *Síntesis*

En síntesis, y fijando nuestra posición, se puede afirmar que el deber de cuidado se determina objetivamente. “Se trata de una medida objetiva, que está en función de la necesidad de protección de los bienes jurídicos y de las exigencias de la vida social”³⁴.

Por ello la medida de cuidado debido es independiente de la capacidad de cada individuo³⁵. El juicio de previsibilidad es objetivo, esto es, la conducta debe ser analizada colocándose el juez en la posición del autor antes del hecho, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto que pueden ser conocidas por un hombre inteligente más el saber experimental de la época, sumado esto al conocimiento propio del autor³⁶.

La finalidad de la acción no es relevante para el tipo penal, por ende tampoco es necesaria una teoría de la imputación objetiva. Como requisito básico se exige en el delito imprudente la existencia de una relación entre la violación del deber de cuidado y el resultado³⁷. El resultado debe ser objetivamente previsible, pero esta previsibilidad objetiva no alcanza, sino que entre el desvalor de acción y de resultado debe haber una conexión interna, que conduzca a la afirmación de que el resultado se haya producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido³⁸. El resultado no es abarcado por la voluntad, y por ende la peligrosidad no se debe referir al objetivo inmediato emprendido por el autor, sino que debe ser evaluado con relación al deber objetivo de cuidado³⁹.

La responsabilidad de la lesión al bien jurídico se afirmaba, entonces, sobre el peligro, y este juicio sobre la peligrosidad de la conducta debía ser realizado *ex ante*. Pero como bien dice Küpper, toda

³⁴ CEREZO MIR, ob. cit., p. 151.

³⁵ Ídem nota anterior, p. 152.

³⁶ FRISCH, ob. cit., p. 65.

³⁷ KÜPPER, ob. cit., p. 100; CEREZO MIR, ob. cit., p. 153.

³⁸ CEREZO MIR, ob. cit., p. 169.

³⁹ HIRSCH, ob. cit., p. 75.

conducta violatoria del deber de cuidado es al mismo tiempo una conducta que aumenta el riesgo⁴⁰. No es posible admitir el riesgo *ex post*, ya que si el resultado se produjo quiere decir que la acción era peligrosa⁴¹.

Jurisprudencia

Lesiones culposas. Deber del conductor de cerrar las puertas del vehículo de transporte de pasajeros

1. Si el imputado guiaba el vehículo de transporte de pasajeros con las puertas abiertas, contraviniendo la ordenanza municipal 23.583, es responsable a título de culpa por el resultado dañoso que dicha omisión contribuyó a causar.
2. La responsabilidad del autor no queda purgada ni por la eventual imprudencia de la víctima, ni por la existencia de una cadena que había colocado el reo en la abertura.

Cám. Crim. y Corr., sala II, causa 13.065, "Lavena, Oscar", 20-3-71 (cit. por Tozzini y Bustos, ob. cit.)

Lesiones culposas. Distracción de la víctima. Deber de ceder el paso para el automotor que dobla

1. La distracción de la víctima no excluye la culpabilidad de quien conduciendo un automotor embiste al peatón en plena senda reglamentaria y en circunstancias en que giraba para doblar.
2. Tanto la Ley Nacional de Caminos como la ordenanza de tránsito imponen al conductor de automotores que doblan, el deber no sólo de aminorar y aun de parar si es necesario, sino también el de ceder el paso al peatón, venga o no distraído, con prioridad absoluta indiscutible.

Cám. Crim. y Corr., sala I, causa 16.325, "Valeri, Juan", 30-5-74 (cit. por Tozzini y Bustos, ob. cit.)

⁴⁰ KÜPPER, ob. cit., p. 101. Cerezo Mir afirma: "Desde una contemplación *ex ante*, toda acción que no responda al cuidado debido supone un aumento del riesgo" (p. 172).

⁴¹ CEREZO MIR, ob. cit., p. 172.

Homicidio culposo. Culpa de la víctima. Deber del peatón de respetar las señales luminosas de paso

1. Si la víctima cruzó la arteria corriendo, cuando los semáforos permitían el paso de los automotores, el resultado fatal aparece como inevitable para el conductor, aunque hubiese conducido a menor velocidad.
2. No debe considerarse “velocidad peligrosa” en las bocacalles a la que excede la fijada en el Código de tránsito, sino la que supera a la sincronización de los semáforos, pues dicho Código ha sido, de facto, dejado sin efecto por la misma autoridad municipal que colocó las señales luminosas de paso.
3. No en todas las vías de circulación se han colocado tales aparatos, pero donde ellos están visibles deben ser respetados con todas sus derivaciones, entre las que surge la de la velocidad, que es lo que hará alcanzar al conductor las señales siguientes franqueándole el paso.

Cám. Crim. y Corr., sala VI, causa 6259-5, “Ghirardi, Jorge”, 8-4-75

Lesiones culposas: violación al deber objetivo de cuidado: alcance

- a) Los potenciales daños que puedan producir los animales de propiedad de un circo configuran un supuesto de riesgo abstracto, que se halla dentro del marco del riesgo permitido.
- b) La violación del deber de cuidado no constituye por sí sola la relación de causalidad determinante de las lesiones, pues ello implicaría consagrar un régimen de responsabilidad objetiva, vedado por el Derecho Penal; por lo tanto, si la causalidad está determinada por la imprudencia ajena, cesa la responsabilidad penal.
- c) La mera transgresión de normas reglamentarias no necesariamente determina la producción del resultado dañoso, por lo que no constituye prueba concluyente de la violación al deber de cuidado.

Cám. Crim. y Corr., sala VI, causa 25.137, “Ribeiro Soares, Jorge”, 29-4-93

*Lesiones culposas. Conducta negligente.
Conductor de tren subterráneo*

Cabe reputar negligente la conducta del conductor de un tren subterráneo que al desatender la señal luminosa que le indicaba peligro, no redujo su velocidad a “paso de hombre” –10 km/h– como le era indicado, embistiendo así a otro convoy que se hallaba detenido por falta de electricidad, provocando lesiones a varios pasajeros.

Cám. Crim. y Corr., sala V, causa 29.407, “Cañete, Roberto”, del 19-5-92

*Lesiones culposas. Accidente de tránsito. Registro vencido.
Responsabilidad penal: necesaria acreditación*

El hecho de que el procesado no haya renovado el registro para conducir, no importa necesariamente una demostración de su culpa, así como su posesión no la excluye. Tal circunstancia constituye simplemente una infracción a las leyes de tránsito, que no releva de la acreditación de la responsabilidad penal del infractor, ya que cada ilicitud requiere el pertinente juicio de culpabilidad, sin que la comprobación de la falta inicial torne a su autor responsable de todo lo que se le impute como derivación secuencial de aquélla (*versare in re illicita*).

Cám. Crim. y Corr., sala I, causa 41.188, “Guigon, Jorge”, 14-10-92

*Aborto: tipicidad. Feto con vida.
Lesiones gravísimas. Mala praxis*

- a) No existiendo en el delito de aborto prueba que permita dar certeza de que en el momento de realizarse el mismo, el feto estuviera con vida, debe calificarse el hecho como lesiones culposas gravísimas. La acción típica requiere la existencia de un feto vivo, pues el bien jurídico protegido es la vida de la persona por nacer.
- b) El médico que realiza una operación en un lugar no apto para ello sin tener los medios adecuados, sin poder dejar al paciente en observación y realiza la intervención de manera imprudente, somete a su paciente a riesgos evitables, por ende tipifica el delito culposo.

La regla de evitabilidad debe determinarse en base a criterios generales, basados en la pregunta que debe hacerse un miembro consciente y sensato del grupo de profesionales del arte de curar, cuando constata la ausencia de condiciones para ejecutar adecuadamente el tratamiento correspondiente; su actuar infringe el deber de cuidado si no realiza una consulta necesaria, entrega al paciente al médico especialista o lo transfiere al hospital; un exceso de autoestima es causal de violación de deber de cuidado.

Cám. Crim. y Corr., sala I, causa 42.289, "Parente de Sinisi, Camila", 20-4-93

III. Tipo subjetivo

Se señala que si bien en los delitos culposos o imprudentes existen requerimientos objetivos y subjetivos, no puede equipararse a la estructura del tipo doloso. Para determinar aspectos que hacen al tipo culposo objetivo, como ser la *violación al deber de cuidado*, resulta necesario referirse a aspectos del tipo subjetivo como la *finalidad y previsibilidad del resultado*⁴².

Comprende este aspecto subjetivo la previsibilidad, que es el núcleo del tipo subjetivo y ella se refiere –sostienen Maurach y Gössel⁴³– al perjuicio descuidado-evitable tipificado en el tipo objetivo y a la totalidad de los elementos del tipo objetivo: sujeto del hecho, objeto del hecho y resultado, incluyendo la infracción al deber de cuidado y la causalidad de la evitabilidad. Explica que, si aquella falta respecto de uno solo de estos elementos, cae el tipo subjetivo y con éste la punibilidad.

Siguiendo ello se afirma que al tipo subjetivo culposo pertenecen:

- a) La voluntad de realizar la conducta final de que se trate con los medios elegidos, y
- b) en su aspecto intelectual o cognoscitivo, la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea en los bienes jurídicos

⁴² ZAFFARONI, ob. cit., § 364, p. 408. Sostiene que algunos autores prefieren no hablar de tipo culposo subjetivo porque puede inducir a error al relacionarlo con el tipo subjetivo doloso. El autor entiende que es posible y correcto hacerlo. De la misma manera Maurach, Gössel y Zipf desarrollan el tipo culposo objetivo y subjetivo en forma separada (*Derecho Penal. Parte general 2*, § 43, V, p. 176).

⁴³ MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., 2, § 43, V, ps. 178 y 179.

ajenos y de prever ese resultado conforme ese conocimiento⁴⁴. Si no existe la posibilidad subjetiva de ese conocimiento, la conducta será atípica.

En punto a este aspecto se señala⁴⁵ que la atipicidad subjetiva en la culpa puede resultar por dos razones: que el resultado esté más allá de la capacidad de previsión (ignorancia invencible), o que el sujeto esté en una situación de error de tipo invencible. Se afirma que un caso de error de tipo invencible es el de un individuo que conduce por una carretera sinuosa de montaña por la noche guardando las precauciones debidas y observando las reglas de circulación, y causa una lesión porque un bromista cambió los carteles que indican la dirección, lo que determinó que siguiera circulando en dirección prohibida.

En cuanto al tipo subjetivo, Struensee afirma que en todo tipo de imprudencia en el tipo objetivo se contiene un conjunto de circunstancias asociadas normativamente con la producción causal conforme a la cual se han seleccionado los factores de riesgo constitutivos del tipo de imprudencia; se ha realizado el tipo objetivo de imprudencia. En la medida en que el autor se representó (tipo subjetivo e imprudencia) aquellos factores de riesgo (tipo objetivo) que, conforme a la ley causal pertinente, desembocaron en el resultado, el tipo de imprudencia se da completo (congruencia), la infracción del deber de cuidado ha causado el resultado⁴⁶.

La culpa consciente (previsión) e inconsciente (previsibilidad), entran dentro del análisis del tipo subjetivo. En el primer caso –nos enseñan Maurach y Gössel–, el autor ha reconocido la posibilidad de la producción del resultado, pero como consecuencia de una sobrevaloración de su capacidad de dirección final y de una minusvaloración de las reglas de cuidado, ha confiado poder evitar el resultado.

En cambio, la culpa inconsciente (*negligentia*) se da cuando el autor ni siquiera ha llegado a prever la posibilidad de realización del tipo. Señala que la culpa consciente es un defecto del querer, el autor actúa pese a haber previsto la posibilidad de configuración del tipo.

⁴⁴ ZAFFARONI, ob. cit., § 364, p. 410.

⁴⁵ Ídem nota anterior.

⁴⁶ STRUENSEE, ob. cit., p. 443; CUELLO CONTRERAS, ob. cit., p. 485.

La culpa inconsciente es un defecto en la representación y voluntad, actúa porque no previó la realización del tipo⁴⁷.

IV. La antijuridicidad

Es la constatación o verificación de que el hecho típico producido es contrario al ordenamiento jurídico. Sostiene Muñoz Conde⁴⁸ que ella es un predicado de la acción, con el que se la califica para denotar que la acción es contraria al ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad significa que el autor de un hecho típico ha infringido una norma que está exigiendo su validez⁴⁹.

La antijuridicidad de un hecho típico imprudente puede resultar excluida por las causas de justificación al igual que con un hecho doloso. No obstante la diferencia en la estructura de los tipos por dolo y por imprudencia trae aparejadas especialidades en lo que hace a las causas de justificación⁵⁰.

El desarrollo de nuevas técnicas beneficiosas en el aspecto social —como la medicina—, energético e industrial trae frecuentemente un incremento del riesgo de daños a bienes jurídicos. De la misma forma la producción de bienes y de espectáculos artísticos y deportivos pueden y de hecho ponen en peligro la vida e integridad física de espectadores y participantes⁵¹.

Sostienen Maurach y Gössel⁵² que el conflicto entre la conservación de bienes jurídicos y la posibilidad o, al menos, la ausencia de impedimentos para el progreso social debe solucionarse mediante dos etapas: la extracción de aquellas formas de conducta peligrosas que sean ejecutadas mediante las reglas acerca del cuidado y, en segundo lugar, mediante la aceptación como jurídicamente admisibles, como lícitos, de determinados perjuicios a bienes jurídicos realizados contraviniendo las normas de cuidado, es decir en forma prohibida y típica.

⁴⁷ MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., p. 180.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 84.

⁴⁹ DONNA, ob. cit., t. II, § 53, p. 126.

⁵⁰ JESCHECK, ob. cit., § 56, p. 534.

⁵¹ MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., t. II, § 44 I, ps. 188 y 189 y ver también MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 71.

⁵² MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., § 44 I, p. 191.

La primera etapa conlleva la restricción de los tipos y la segunda, una causal especial de autorización de perjuicios típicos a bienes jurídicos, criterio que es también compartido –sostiene este autor– por Jeschek.

De esta forma la infracción normativa sólo constituye uno de los presupuestos de la antijuridicidad al que debe agregarse la no aplicación de normas permisivas justificantes⁵³.

En este sentido –explica Donna–, el tipo penal permite un juicio provisional sobre la antijuridicidad del hecho, un primer panorama sobre ésta, siendo que la tipicidad es un indicio de antijuridicidad que se afirma de manera concluyente cuando no existe ninguna causa de justificación⁵⁴.

Es pues que en el ámbito de los delitos culposos los perjuicios típicos que son contrarios a la norma por infringir un deber de cuidado, pueden constituir el objeto de la norma permisiva, es decir de las causales de justificación. De ahí que –sostiene Maurach– se pueda referir a dichas acciones como las menciona Engisch, como “puestas en peligro permitidas” o acciones de *riesgo permitido*⁵⁵.

Como causas de justificación en los hechos por imprudencia hay que considerar especialmente la legítima defensa, el estado de necesidad justificante y el consentimiento de la víctima⁵⁶, aunque en este caso también sería causa de exclusión de la tipicidad, según nuestra posición⁵⁷.

1. *Legítima defensa*

Desde el punto de vista subjetivo el autor sólo quiere actuar en consonancia con el ordenamiento jurídico. De ahí, sostienen Maurach y Gössel, que están justificados por legítima defensa los casos de lesiones o muertes culposas en los cuales el autor ha querido impedir la agresión mediante disparos de advertencia o lesiones de poca entidad, utilizando los medios en forma tan descuidada que por ese solo hecho se han producido lesiones graves o incluso la muerte, que habría resultado evitable mediante la utilización cuidadosa de tales medios⁵⁸.

⁵³ Ídem nota anterior.

⁵⁴ DONNA, ob. cit., t. II, § 44, p. 69.

⁵⁵ MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., p. 192.

⁵⁶ JESCHECK, ob. cit., § 56, p. 535.

⁵⁷ DONNA, ob. cit., t. II, § 9, p. 163.

⁵⁸ MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., p. 147.

Jurisprudencia

Lesiones culposas. Legítima defensa: improcedencia. a) Ausencia de demostración de la agresión ilegítima. b) Imposibilidad de realizar la acción defensiva en contra de tercero inocente

a) Si bien es posible la legítima defensa de terceros mediante el obrar culposo, no pueden alegarse los extremos del artículo 34, inciso 6° del Código Penal respecto del imputado que produjo lesiones a una persona por su acción descuidada (desviarse al carril contrario), pretendiendo salvar los bienes jurídicos de los pasajeros que llevaba, al evitar así que las personas que salían de un partido de fútbol subieran al ómnibus que conducía, si no se ha podido acreditar en la causa la agresión ilegítima que haya motivado dicha acción defensiva.

b) No hay legítima defensa si se lesionan bienes jurídicos de terceros inocentes, pues aunque la intención fuera la de evitar la agresión, la acción defensiva debe ser, en el mejor de los casos, en contra de los atacantes y no de una persona totalmente ajena a los hechos.

Cám. Crim. y Corr., sala I, causa 44.008, "Cabrera, Alejandro", 12-12-94

2. Estado de necesidad justificante

En este caso también el elemento subjetivo comprende el conocimiento de la situación fáctica de necesidad. Al igual que en el anterior –sostienen Maurach y Gössel–, la previsión del daño al bien jurídico menos valioso pertenece al elemento subjetivo de justificación. Así por ejemplo, el médico que en camino al lugar del accidente lesiona descuidadamente el bien jurídico de la seguridad en el tránsito público⁵⁹.

Jurisprudencia

...que el aquí acusado, si bien con su actuar habría puesto condición a lo ocurrido, ello se debió a un obrar impulsado por un evidente estado de necesidad. En el caso del transporte de un herido o enfermo

⁵⁹ MAURACH, ob. cit., ps. 197 y 198.

urgido de asistencia médica, no queda otro recurso que proceder con premura, conduciendo velozmente el transporte en que se lo traslada, trátase de una ambulancia, un patrullero o un vehículo particular y, en este último caso, a falta de sirena y otro elemento exteriorizante la única manera de anunciar el paso veloz es hacer señales con las luces, o agitar un pañuelo blanco. Dicha emergencia lleva implícito conducirse a alta velocidad y realizar maniobras no aconsejadas en los reglamentos en circunstancias normales, pero que la necesidad impone en casos como éste, dependiendo del éxito de la misma de la mayor o menor pericia y serenidad del conductor y a veces hasta el azar, no todo puede verse dado el estado de ánimo comprensible del autor [...] la conducta habría sido típica e ilícita pero no culpable...

Cám. Crim. y Corr. de San Martín (Prov. de Buenos Aires), sala I, causa 20.148, "Cárdenas, Julio César s/Homicidio y lesiones culposas", 6-10-92

V. La culpabilidad

El juicio de culpabilidad consistente en la reprochabilidad del ilícito culposo se sostiene sobre los elementos de la capacidad de culpabilidad y de la conciencia potencial de la ilicitud⁶⁰.

Significa la reprochabilidad de la acción típica y antijurídica atendiendo a la actitud interna jurídicamente desaprobada que en aquélla se expresa⁶¹. La imprudencia es el primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad, y la capacidad de culpabilidad sobre la base de la edad y estado psicofísico del autor. Sostiene Jescheck que al igual que en los hechos dolosos la culpabilidad por imprudencia presupone la conciencia de la antijuridicidad o en su caso la inevitabilidad del error de prohibición. En este supuesto, la conciencia de antijuridicidad tiene una significación en el sentido de que el autor debe saber que las exigencias objetivas de cuidado que tienen que cumplirse constituyen verdaderos deberes jurídicos y no meras normas de cortesía o la costumbre o el decoro. Basta –dice este autor– para el reproche de culpabilidad la conciencia *potencial* del injusto, pero respecto del error

⁶⁰ MAURACH y GÖSSEL, ob. cit., t. 2, § 44 II, p. 208.

⁶¹ JESCHECK, ob. cit., § 57, p. 538.

evitable de prohibición pesa menos en el marco de la imprudencia que la plena conciencia de lo injusto⁶².

Corresponde destacar que en la culpabilidad de estos delitos, cuando está referida a la formación de voluntad del individuo, tendrá especial importancia la no exigibilidad de otra conducta más que en los delitos dolosos. Adquieren más relevancia las causas de inculpabilidad en los culposos dado que en éstos basta una modificación en el modo de la acción y no ya en su dirección misma. Se señala que el miedo, el cansancio, la necesidad tienen mayor ámbito de influencia que en los delitos dolosos⁶³.

En la posibilidad de reprochar una conducta cuya causa haya producido el resultado, debe considerarse la posibilidad de previsión según sus facultades y conocimientos personales. En el caso de un profesional se deberán tener en cuenta los conocimientos propios que exige la profesión. Este criterio subjetivo de previsibilidad del resultado está basado en la posibilidad que tiene el autor de advertir y observar el deber de cuidado.

La previsibilidad subjetiva del resultado no ofrece problemas o inconvenientes en la *imprudencia consciente* ya que el autor mismo ha advertido la peligrosidad de la situación, no obstante está convencido que ello no va a ocurrir. El problema, en cambio, se produce —dice Jescheck⁶⁴— en la *culpa inconsciente*. Aspectos como el curso causal, la previsión del resultado y las facultades personales del autor requieren un especial análisis a la hora de analizar la culpabilidad.

VI. Autoría y participación

Sólo a título de autor son admisibles las conductas imprudentes o culposas, no así en el caso de autor mediato.

Tampoco resulta admisible la participación.

⁶² JESCHECK, ob. cit., § 57, p. 539.

⁶³ TOZZINI y BUSTOS, ob. cit., ps. 232 y 233.

⁶⁴ JESCHECK, ob. cit., § 57, p. 542.

Jurisprudencia

Homicidio culposo. a) Arma reglamentaria: tercero inexperto. Policía que le entrega el arma. Participación: delitos culposos: imprudencia. Dominio del hecho. Necesidad del sujeto activo. b) Delitos culposos. Autoría mediata. c) Teoría del delito: violación del deber de cuidado objetivo: requisitos para su configuración

a) Debe absolverse del delito de homicidio culposo al policía que entrega su arma a un tercero quien, ignorante por completo en cuanto al uso de los implementos, la manejó de tal manera que imprudentemente dio lugar a la producción del disparo que dio muerte a otro sujeto. Ello es así toda vez que de acuerdo a la estructura del tipo culposo, sólo debe ser responsabilizado de la muerte aquella persona que ha violado el deber de cuidado que directamente afecta al bien jurídico, ya que no es posible la participación en ninguna de sus formas, quedando de tal modo sólo la responsabilidad a título de “autor”, siendo éste en el tipo culposo sólo aquella persona que tiene el dominio del hecho y que no ha dominado el peligro pudiendo hacerlo, por no haber realizado la conducta debida.

b) La autoría mediata en el delito culposo sólo es posible en los casos en que “el hombre de atrás” maneje a una persona sin responsabilidad, o a una persona no libre, pero siempre será necesario que aquél maneje la situación de peligro.

c) El deber de evitar daños no dolosos de bienes jurídicos termina allí donde la primera acción solamente desencadena la acción libre y dañosa de uno de aquéllos, ocurrida en virtud de la libre decisión del poseedor del bien jurídico dañado o de terceras personas.

Cám. Crim. y Corr., sala I, causa 44.127, “Rosas, Luis”, 30-12-94

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

I. Delitos: Homicidio doloso (art. 138, Cód. Pen. de 1995); asesinato (art. 139, Cód. Pen. de 1996); homicidio por imprudencia (art. 142, Cód. Pen. de 1995)

Artículo 138

“El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”.

Artículo 139

“Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- ”1. Con alevosía.
- ”2. Por precio, recompensa o promesa.
- ”3. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido”.

Artículo 142

”1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

”2. Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años.

”3. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años”.

II. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español

1. *Artículo 138 del Código Penal español de 1995: homicidio doloso*

A) Se sostiene la teoría de la equivalencia de las condiciones y es punible la conducta que es causa predominante y única o *conditio sine qua non*: suprimida ésta *in mente* no habría posibilidad de imaginar que hubiera podido ocurrir el efecto (18-10-82: 5647); salvo en caso de accidente extraño (10 y 27-2-68: 842 y 1067).

B) En el supuesto *aberratio ictus* o desviación en el golpe, se considera homicidio doloso (20-4-85: faltante).

C) Para la configuración del delito de homicidio ha de partirse de la existencia de dolo de matar, directo o eventual. Se determina según la teoría del consentimiento: el sujeto, representándose un resultado dañoso de muy probable originación, lo aprueba o acepta o ratifica, inicial o posteriormente (16-10-86 y 19-5-93: 5624 y 4176).

D) Para la prueba del dolo: modalidad de “prueba de indicios”, es decir, signos objetivos que sirvan para evidenciarlo y que son todas las circunstancias que preceden a la acción (anteriores, coetáneas o posteriores), relaciones entre agresor y víctima, etcétera (30-1-84: 438).

E) Existen dos corrientes en cuanto a las circunstancias que se deben probar para inducir la existencia del dolo de matar:

La más criticada establece que el elemento subjetivo de la voluntad del agente ha de jugar un papel decisivo, el elemento psicológico está por encima de la impresión que resulte de lo fáctico. Algunos factores detectables son las relaciones entre autor y víctima, la personalidad, las actitudes en momentos precedentes, las manifestaciones de los intervinientes, etcétera.

La corriente opuesta pero más aceptada prefiere los aspectos objetivos del comportamiento y en especial la aptitud del medio empleado

y el carácter vital del lugar del cuerpo al cual fue dirigido el golpe (21-12-90: 9743; en contra: 11-6-90: 5265).

F) El homicidio por omisión y el requisito de la situación de garante son temas pacíficos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. La omisión debe ser causal del resultado típico y los tres requisitos de la omisión son el elemento objetivo (la omisión), el elemento subjetivo (voluntad dolosa) y el elemento normativo (deber de actuar derivado de precepto o mandato jurídico (10-12-82: 7398).

G) Legítima defensa:

Se aplica la legítima defensa incompleta ante exceso en la acción defensiva (10-2-84: 752).

En el requisito de la necesidad racional del medio empleado de la legítima defensa, está implícito el requisito de proporcionalidad entre bienes, y, en caso de desproporción, habrá legítima defensa incompleta (30-10-85: 5073).

H) Atenuantes ordinarias:

1) *Arrebato*: intenso disturbio emocional que afecta y disminuye las condiciones de imputabilidad (29-9-87: 6659).

2) *Obcecación*: el dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales de los Testigos de Jehová que dan un valor absoluto al consentimiento con preeminencia de la libertad de conciencia sobre el derecho a la vida, y un ferviente y radical altruismo que autoriza a poner en riesgo o sacrificar la vida de los fieles por razones trascendentes, pueden conducir a una ofuscación del raciocinio y la pérdida del pleno dominio de la voluntad, a un estado pasional caracterizado por el disturbio psicológico (27-3-90: 2626).

3) *Embriaguez*: ingestión de bebidas alcohólicas que no es frecuente en la persona; depende de la influencia del estado de ebriedad en la capacidad de culpabilidad del autor, que a su vez depende de la impregnación alcohólica en la sangre: si no se puede determinar en forma precisa, se aplicará el principio *in dubio pro reo* (2-4-90 y 4-1-90: 3041 y 270).

4) *Arrepentimiento espontáneo*: presentarse voluntariamente y arrepentido en la comisaría para confesar la actuación y que se le aplique justicia (10-6-86: 3133).

I) Necesidad de derogación del delito de infanticidio: los hechos nos ponen ante un delito de parricidio; el concepto de honra (única diferencia con el parricidio) ya no es adecuado en los actuales momentos ya que es mínimo el reproche social a una madre soltera; va en contra del principio constitucional de igualdad al existir una desproporción en las penas de infanticidio y de asesinato o parricidio; por lo tanto, este tipo delictivo no tiene ya razón de ser (12-5-88: 3653).

J) Es posible la tentativa de homicidio con dolo eventual. No se requiere un dolo específico. Toda figura delictiva susceptible de consumación mediante dolo eventual puede serlo también en su forma incompleta (25-10-89: 8477).

K) El dolo de homicidio comprende el dolo de lesiones: si no es comprendido pero se produce por imprudencia, hay concurso ideal de homicidio doloso frustrado y lesiones por imprudencia (14-2-89: 1571); si las lesiones están unidas sin discontinuidad (por la teoría de unidad natural de la acción), las lesiones quedan consumidas en el homicidio frustrado (23-6-89: 5205).

2. *Artículo 139 del Código Penal español de 1995: asesinato con alevosía*

A) En la alevosía convergen factores objetivos (*modus operandi*) y subjetivos (conocimiento por parte del agente de que el *modus* seleccionado disminuye la posibilidad de fracaso). Hay tres modalidades de asesinato alevoso: el proditorio (caracterizado por la emboscada), el aleve por sorpresa (caracterizado por el ataque súbito), y el asesinato con aprovechamiento del desvalimiento o indefensión del ofendido no provocados por el sujeto activo (13-6-86: 3151).

Casos de alevosía particularmente tratados:

1) *Proditorio*: caracterizado por la emboscada y se traduce en el trazado de un plan delictivo con ocultamiento del agente en lugar propicio a la espera de la víctima, todo para asegurar el resultado sin riesgo (19-2-87: 1268).

2) *Aleve por sorpresa*: ataque súbito, inesperado y repentino que elimina cualquier clase de riesgo para los malhechores (9-5-86: 2436).

B) El concepto de esta agravante ha ido cambiando: comenzó como sinónimo de traición o actuación solapada contrapuesta a la lealtad (corriente espiritualista); luego se la relacionó al aseguramiento en el hecho o al obrar sobre seguro (corriente materialista) y finalmente se la consideró como cobardía ínsita en quien elimina cualquier posibilidad de riesgo en la ejecución material del acto (25-4-85: 2134). La doctrina (p. ej., L. Gracia Martín) no está de acuerdo con esta última conclusión jurisprudencial.

C) No será necesario que el autor haya conseguido realizar objetivamente los fines de la circunstancia, es decir, el aseguramiento de la ejecución o haber evitado el riesgo de la reacción defensiva de la víctima. Basta con que el sujeto haya obrado con dicha finalidad (14-2-89: 1567).

D) Se exige además de los elementos objetivos (aseguramiento de la acción delictiva y eliminación de la reacción defensiva del ofendido) el elemento subjetivo (18-12-86: 7956); aunque la jurisprudencia no es coherente porque en caso de muerte de personas en situación de inferioridad (niños, ancianos, etc.) considera que siempre hay alevosía sin excepción (13-6-86: 3151: faltante).

E) Generalmente el autor utilizará los medios alevosos desde el principio, pero la alevosía puede aparecer en cualquier momento de la ejecución del hecho: la circunstancia cualificativa de la alevosía surge en el momento de la comisión de los hechos (23-1-90: 2952).

F) La alevosía es incompatible con el dolo eventual, ya que es una agravante de tendencia (3-10-87: 6951).

G) Se rechaza la alevosía en caso de riña o pelea porque en tales casos nunca podrá decirse que el ataque se produjo de modo inesperado y sorpresivo (21-5-86: 2864); pero se deben analizar las circunstancias de la riña ya que quizás los contendientes pueden no esperar un ataque contra su vida y concurriría la alevosía (20-6-87: 4979). La jurisprudencia flexibiliza el criterio en algunos casos (14-2-87: 1254).

H) El empleo del medio comisivo del veneno queda absorbido dentro de la alevosía (29-9-86: 4859).

I) Hay dos criterios jurisprudenciales:

1) La alevosía supone una mayor gravedad de la culpabilidad (14-4-92: 3047).

2) La alevosía supone una mayor gravedad del injusto (2-12-86: 7775).

J) En el caso del asesinato, la alevosía es un elemento específico y constitutivo del tipo del injusto del asesinato (8-7-86: 4055).

3. *Por precio, recompensa o promesa*

K) Si el estímulo pecuniario aparece como elemento constitutivo el tipo (no como agravatorio), tanto el autor material del hecho como el inductor serán responsables ambos del delito de asesinato (10-5-86: 1445).

4. *Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido*

L) Se requiere no sólo el propósito en el culpable de aumentar el dolor del ofendido, sino la realidad de actos que conocidamente hayan producido un sufrimiento mayor que el propio del delito (20-12-84: 6590).

M) La circunstancia de ensañamiento tiene su esencia en la perversidad o maldad exagerada o poco usual en la forma de comportarse del autor que encuentra singular goce en prolongar los sufrimientos del ofendido, martirizándole, atormentándole o torturándole innecesariamente antes de matarle. Esa maldad no aparece cuando se ejerce sobre una persona ya fallecida (4-2-89: 1468).

N) No basta la voluntad de matar, habrá de concurrir la voluntad de hacer sufrir. No hay ensañamiento cuando el sujeto activo cree que para matar a su víctima son necesarios los múltiples golpes (29-6-89: 8421).

Ñ) Tres manifestaciones del ensañamiento: agravante genérica, cualificativa del delito de asesinato y subtipo agravado del delito de lesiones.

El ensañamiento ha de ser necesariamente frío, refinado y reflexivo, diferente de la cólera (26-9-88: 7029).

O) Para que haya ensañamiento es preciso que exista un elemento

subjetivo: si no es claro el propósito de aumentar el dolor de la víctima, no es aplicable por el principio de legalidad, aunque la conducta mereciera una pena mayor que la de homicidio (25-4-88: 2922).

5. *Artículo 142 del Código Penal español de 1995: homicidio por imprudencia*

A) Requisitos que configuran las infracciones culposas: acción u omisión voluntaria no intencional (ausente de dolo directo o eventual); actuación negligente o reprochable por falta de previsión; factor normativo representado por la infracción del deber objetivo de cuidado (normas convivenciales o específicas); originación de un daño; adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado y el *damnum* sobrevenido (22-9-95: 6755).

B) Diferencia entre la imprudencia temeraria y la imprudencia simple: en la primera hay una inadopción de los cuidados más elementales exigidos por la vida de relación; en la segunda se acusa la omisión de la atención normal (22-9-95: 6755).

La diferencia entre ambas radica en la gravedad que alcanza la infracción de las normas objetivas de cuidado (30-3-87: 2238).

En cada caso concreto hay que preguntarse sobre la gravedad de la infracción del deber de advertencia, sobre la posibilidad que tenía el agente de elegir una línea de actuación menos arriesgada, y sobre la gravedad de la infracción de la norma de prudencia (22-12-86: 7974).

Será temeraria si el agente deja de adoptar las previsiones que exige la más rudimentaria cautela, y será simple si omite la diligencia media (27-2-85: 1546).

C) Ejemplo de imprudencia temeraria: Conducir con cierta cantidad de alcohol en la sangre superior a la establecida por la tasa legal es considerado imprudencia temeraria (20-11-85: 5437).

D) En el homicidio culposo, la muerte no querida de un hombre se verifica como consecuencia de una conducta que no iba dirigida ni a lesionar ni a matar, pero que ha sido realizada con tal negligencia que ha dado lugar a un resultado mortal que no había sido previsto aun siendo previsible (28-5-84: 2688).

E) No hay imprudencia temeraria por el resultado letal, sino

por el modo de operar un arma: se creó una situación de riesgo y no se duplicaron las precauciones; por lo tanto, hubo temeridad (31-1-92: 615).

F) La culpa profesional se da cuando el resultado se produce a consecuencia de un acto profesional de una impericia o negligencia profesional, esto es una ineptitud incompatible con la profesión, torpeza o descuido inexcusables conforme a la *lex artis*. Hay que distinguir la culpa del profesional de la culpa profesional (21-2-86: 910).

G) En el caso de homicidio preterintencional, hay que distinguir dos situaciones. Antes de la reforma de 1983 del Código Penal español, se aplicaba para los casos de un resultado de muerte por acción inicial de lesiones dolosas (por imprudencia) y de un resultado de muerte por caso fortuito. Después de la reforma, se resuelve por concurso de delitos: concurso ideal (9-2-84: 741) o concurso real (28-3-84: 2299).

CAPÍTULO II

LESIONES

SUMARIO: I. Aspectos generales. 1. Bien jurídico protegido. 2. El tipo objetivo. 3. El tipo subjetivo. 4. Consumación y tentativa. II. Lesiones leves. 1. Carácter subsidiario. 2. Importancia del daño. 3. Acción penal. III. Lesiones graves. 1. Debilitaciones permanentes. 2. Peligro para la vida del ofendido. 3. Inutilidad para el trabajo por más de un mes. 4. Deformación permanente en el rostro. IV. Lesiones gravísimas. 1. Enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable. 2. Inutilidad permanente para el trabajo. 3. Pérdida de un sentido, órgano o miembro. 4. Pérdida de la palabra. 5. Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir. V. Lesiones calificadas. VI. Lesiones atenuadas. VII. Concurrencia de atenuantes y agravantes. VIII. Las lesiones culposas.

I. Aspectos generales

1. *Bien jurídico protegido*

El bien jurídico protegido por este capítulo es, sin lugar a dudas, la integridad corporal y la salud de la persona humana. Como veremos, no solamente se protege el cuerpo del individuo sino también su salud, es decir, se incluye tanto el aspecto anatómico como el fisiológico. Además no sólo se tutela la salud física sino que también la psíquica. En este sentido, Díez Ripolles afirma que el bien jurídico en el delito de lesiones es la integridad y salud personales, entendiendo el adjetivo como alusivo a la doble vertiente física y mental del ser humano¹.

¹ DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 330.

Actualización al delito de lesiones

Para Anton Oneca las lesiones implican una disminución en la integridad corporal, un daño en la salud o una incapacidad para el trabajo². Por salud debe entenderse un estado en que el ser orgánico ejerce normalmente sus funciones, o en palabras de la Organización Mundial de la Salud, como un estado de completo bienestar físico, mental y social. En síntesis se puede decir que la salud es un estado ideal del cuerpo y de la mente, aunque Romeo Casabona afirma que ese estado se expresa mejor con la idea de bienestar, en el sentido de armonía, de plenitud psíquica y corporal²⁻¹. Debido a esta compleja situación del bien jurídico, que lleva a que Bokelmann haya sostenido que en realidad se trata de un menoscabo al bienestar corporal, la ley ha tenido que conformarse con destacar en su protección ciertos fenómenos particularmente cargados de significación en cuanto al detrimento o deterioro de la armonía general del organismo. Sobre la base de ello la pérdida de un órgano no sólo supone alteraciones anatómicas y fisiológicas, sino además las repercusiones sociales que este daño tiene, tal como la incapacidad para el trabajo³.

Sin embargo la protección de la ley no se dirige solamente a este estado ideal, sino al estado de salud e integridad corporal que posea el individuo en particular en el caso concreto⁴.

En igual sentido el Reichsgericht ha sostenido que el matrato corporal indica en un sentido amplio y general toda lesión infligida en el organismo directa y físicamente, que sea capaz de causar sensación de dolor, malestar corporal y molestias en el bienestar del otro⁴⁻¹.

Es decir, en el delito se comprende a cualquier alteración del normal funcionamiento del cuerpo, ya sea por pérdida de sustancia

² ONECA, Anton, *Notas críticas al Código Penal. Las lesiones*, en *Estudios penales*, Bilbao, 1965, p. 778, citado por ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho Penal*, I, *La actividad curativa*, Bosch, 1981, Barcelona, p. 134; GÖSSEL, *Strafrecht Besonderer Teil* cit., p. 141.

²⁻¹ ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 134.

³ Ídem nota anterior, p. 135.

⁴ *Ibidem*, p. 137.

⁴⁻¹ Cit. por ROMEO CASABONA, p. 108.

corporal o por inutilización funcional de cualquier órgano o miembro (integridad), ya sea por enfermedad física o psíquica (salud)⁵.

El derecho a la integridad física y psíquica tiene rango constitucional. Según el artículo 5º, inciso 1º, del Pacto de San José de Costa Rica –incorporado a la Constitución Nacional– “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

La cuestión más importante que se presenta es si sólo quedan comprendidas en la ley las lesiones provocadas a personas nacidas o también las causadas a personas por nacer. La mayoría de la doctrina tradicional considera que el sujeto pasivo debe ser el mismo que en el delito de homicidio, esto es, el ser humano desde que comienza el nacimiento hasta que se produzca la muerte. Las lesiones al feto serían atípicas salvo que constituyan tentativa de aborto. Así se expide por ejemplo Soler⁶, Fontán Balestra⁶⁻¹ y Núñez⁷.

Lucero Offredi, señala que esta posición implicaría aceptar una grave cesura en el sistema jurídico argentino, ya que mientras por un lado éste reconoce al *nasciturus* su condición de persona de existencia visible (arts. 51 y 54, Cód. Civ.), protege penalmente su vida, lo somete a patria potestad, le atribuye representación y ampara civil y penalmente sus derechos patrimoniales, por otro lado dejaría huérfana de protección penal su integridad física sustancial. Según este autor, a diferencia de lo que el Código Penal hace cuando regula los delitos contra la vida de las personas, al momento de tutelar su integridad física, ya no distingue entre las personas nacidas y las por nacer⁷⁻¹.

En sentido similar se expide Creus, quien promulga la revisión de la restricción del concepto de sujeto pasivo, destacando que “el otro” puede ser el feto, ya que la ley no nos pone en necesidad de

⁵ GONZÁLEZ RUS, Juan José, en *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Derecho Reunidas, Madrid, t. I, p. 181.

⁶ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Astrea, Buenos Aires, 1992, t. III, p. 123.

⁶⁻¹ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. IV, p. 263.

⁷ NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1972, p. 27.

⁷⁻¹ OFFREDI, Lucero, *Estudio de las figuras penales*, Advocatus, Córdoba, 1994, t. I, p. 105.

distinguir sujetos pasivos distintos de una misma acción, como ocurre con matar, que contempla conjuntamente los tipos de homicidio y de aborto⁷⁻².

También Laje Anaya sostiene que si bien nuestra ley, al otorgarle protección a la vida humana, siempre distinguió entre la persona por nacer (aborto) y la persona que ya comenzó a nacer o que ha nacido (infanticidio y homicidio), no hizo esta distinción al discernir la tutela de la integridad física, por lo que puede sostenerse fundadamente, frente a las normas civiles que señalan el comienzo de la existencia de las personas (arts. 63 y 70, Cód. Civ.), que el feto también puede ser el otro a que se refiere el artículo 89, y con ello sujeto pasivo del delito de lesiones⁸.

Por nuestra parte creemos que una correcta interpretación de la ley debe llevar a considerar atípicas las lesiones causadas al feto. Resulta claro que cuando el legislador quiso incriminar la acción contra la persona por nacer, lo hizo expresamente a través del delito de aborto. En materia de lesiones, omitió el tratamiento de la cuestión, por lo que resulta ilegítimo llenar el vacío legal en perjuicio del acusado.

Si bien la interpretación extensiva de la ley no se encuentra prohibida, hay que ser muy cuidadosos con no “sobrepasar” el texto legal violando el principio de legalidad.

Además de ello, el considerar al feto como posible sujeto del delito de lesiones acarrearía serias contradicciones legales. Por un lado estaríamos frente al absurdo de que mientras la tentativa de lesión al feto por parte de la mujer sería punible, la tentativa de aborto resulta impune en virtud de lo dispuesto en el artículo 88 *in fine* del Código Penal. Desde otro punto de vista, el criterio rechazado debe admitir necesariamente las lesiones culposas al feto por vía del artículo 94 del Código Penal, cuando el legislador no incriminó el aborto culposo sino solamente el preterintencional (art. 87, Cód. Pen.).

En consecuencia, entendemos que las “lesiones al feto” son atípicas en nuestra legislación penal. En síntesis, el sujeto pasivo y objeto

⁷⁻² CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1990, t. I.

⁸ LAJE ANAYA y GAVIER, *Notas al Código Penal argentino. Parte especial*, Marcos Lerner, Córdoba, t. II, p. 58.

material del delito de lesiones es el ser humano con vida independiente, por lo tanto, no lo son los seres humanos carentes de vida y los seres humanos que tienen vida dependiente⁸⁻¹. Por igual razón, al hablar la ley de otro, las autolesiones no son punibles.

Ante una eventual reforma, podría incluirse el delito de lesiones al feto, como lo hace el nuevo Código Penal de España, que no sólo regula la lesión dolosa al feto, sino también la culposa⁸⁻², aunque deberá ser motivo de un riguroso estudio.

2. El tipo objetivo

a) Acción típica

La ley prevé dos acciones conceptualmente distintas, pues el delito puede consistir tanto en causar un daño en el cuerpo de la víctima como en dañar su salud, con lo cual se trata de un delito de resultado material.

Para que se tipifique el delito pueden darse cualquiera de las dos modalidades mencionadas. Por lo general el mismo hecho va a importar simultáneamente un daño en el cuerpo y también en la salud del sujeto pasivo.

1) *Daño en el cuerpo*: Por daño en el cuerpo cabe entender a toda alteración en la estructura física del organismo. Se afecta la anatomía del cuerpo humano, pudiendo tratarse de lesiones internas (ruptura en órganos o tejidos internos) o externas (cortaduras visibles, mutilaciones, contusiones, quemaduras, manchas, pigmentaciones en la piel, etc.).

⁸⁻¹ DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 341.

⁸⁻² El artículo 157 dispone “el que por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados por tiempo de dos a ocho años”. Por su parte el artículo 158 establece que “el que por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto” (DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, ob. cit., ps. 622 y ss.).

El delito consiste en alterar la integridad física de la propia víctima, siendo irrelevante que en el caso concreto se “mejore” al organismo. Quien por la fuerza somete a un individuo a una cirugía plástica con el fin de corregir sus defectos físicos, sin lugar a dudas comete el delito de lesiones.

Tal como afirma Soler, el concepto de integridad anatómica está referido al hombre tal cual es, no tal como sería un arquitecto humano. En consecuencia, hay lesión en la supresión de un miembro o de un quiste o de una verruga⁹.

Esto tiene importancias prácticas fundamentales, sobre todo en materia de tratamientos médicos, pues de acuerdo al criterio sostenido, la intervención quirúrgica que se realiza sin el consentimiento del paciente (ej. amputación de una pierna gangrenada), según una posición, constituye una acción típica de lesiones, aunque haya implicado una mejora en la salud de la víctima¹⁰. En tales casos el médico será responsable penalmente, a no ser que haya mediado un consentimiento presunto, o un error sobre la antijuridicidad del acto a nivel de la culpabilidad. Sin embargo, la posición mayoritaria en doctrina está conteste en que la falta de consentimiento lleva a tipificar el delito de coacciones, cuando éste lo permite, y no el de lesiones, habida cuenta del fin terapéutico del médico.

Para que el hecho constituya lesión no es necesario que el sujeto pasivo sienta dolor. Por ejemplo el corte del cabello o de las uñas

⁹ SOLER, ob. cit., p. 119.

¹⁰ Otra opinión sostiene González Rus, quien señala que la integridad en sí misma y desconectada del concepto más general de salud no puede ser el bien jurídico protegido, en la medida que puede haber pérdidas provocadas de sustancia corporal que persiguen precisamente mejorar la salud del sujeto (GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 181). Esto lo lleva a considerar atípica cualquier intervención que determine una mejora en la salud, aun en el caso de que ello sea a costa de la integridad corporal (ob. cit., p. 189). El autor aclara que si pese a existir una mejora en la salud, no se contaba con el consentimiento de la víctima, tampoco se dará el tipo penal de lesiones, sino en todo caso, se habrá cometido un delito contra la libertad de disposición del paciente. En las operaciones con resultado positivo, el consentimiento resulta necesario para excluir el eventual delito de coacciones, pero no tiene incidencia en la exclusión de la responsabilidad por lesiones (ob. cit., p. 193). Tampoco comparte esta posición MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 103.

pueden ser constitutivos del delito, pues se afecta la anatomía del sujeto¹¹. Tampoco se exige que exista emanación de sangre, en muchos casos habrá lesiones sin que esto suceda e incluso sin que se note exteriormente. Tal es el caso de fractura de huesos, afectación de músculos, ligamentos, hemorragias internas, etcétera.

En cambio, es necesario que el hecho deje secuelas de cierta duración en el organismo de la víctima. El simple hecho de torcer momentáneamente un brazo o de pegar una bofetada no constituye lesión¹².

2) *Daño en la salud*: Es toda alteración en el funcionamiento del organismo de la persona. La lesión no se refiere al aspecto anatómico sino fisiológico del ser humano. Si salud significa “equilibrio anatómico funcional”¹³, existirá daño en la salud toda vez que se rompa o altere dicho equilibrio.

Se puede afectar tanto la salud física como psíquica de la víctima. Como sostiene Soler, la alteración del psiquismo constituye también el delito de lesiones, siempre que pueda afirmarse que se trata de una alteración patológica, sea ésta durable o relativamente pasajera, como el desmayo, excluyéndose todo lo que es pura impresión, sensación o percepción¹⁴.

Con relación al daño psíquico, no sólo se incluyen los casos en que se causa una enfermedad mental a la víctima (ej. alienación), sino también cuando se la afecta psicológicamente. En este caso, no alcanza con el mero agravio moral sufrido, sino que debe haber un real daño psíquico sobre el damnificado.

El daño en la salud puede referirse al funcionamiento general de todo el organismo o a ciertas funciones particulares. Se incluyen varias

¹¹ Conf. SOLER, ob. cit., p. 119; CREUS, ob. cit., p. 80; en contra NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1961, t. III, p. 187. La jurisprudencia parece no compartir el criterio señalado en el texto, pues se ha dicho que no configura lesión la pérdida de cabello, porque la vitalidad de las personas no puede verse afectada por alteraciones efectuadas en partes físicas destinadas a ser cortadas, sin perjuicio de que tal proceder pueda eventualmente constituir delito contra el honor (Cám. Nac. Crim., sala III, c. 20.809, “Casali, H.”, 26-8-86).

¹² Conf. SOLER, ob. cit., p. 119; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 274; en contra NÚÑEZ, ob. cit., p. 188; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 60.

¹³ BONNET, E. F. P., *Medicina legal*, 2ª ed., López, Buenos Aires, 1993, p. 431.

¹⁴ SOLER, ob. cit., p. 120.

formas como por ejemplo el contagio de una enfermedad, la causación de fiebre, diarreas, vómitos, desmayos, e incluso de sensaciones desagradables como el dolor, las náuseas o el asco. En estos casos también es necesario que se trate de una situación de cierta duración, pues la mera sensación desagradable no alcanza para ser considerada lesión¹⁵.

En nuestro país los tribunales han discutido si la mera causación de dolor constituye lesión. Para un sector, el daño en la salud puede conceptualizarse como toda “perturbación del tono vital”, es decir, la causación de una ruptura del estado de equilibrio. Por lo tanto, producir dolor físico, con cierta duración, aunque fuere breve, implica lesión, aunque no existe daño en el cuerpo¹⁶.

Otra posición estima que para la lesión es necesario que concurra un daño, el cual no se caracteriza por el dolor sino por las manifestaciones que haya producido el ataque en la integridad física¹⁷.

b) *Los medios*

La ley no exige ningún medio especial de comisión del delito. Sólo son tenidos en cuenta los medios de perpetración para las figuras calificadas previstas en el artículo 92.

Es un delito de comisión que puede ser perpetrado por acción u omisión. Al igual que en el homicidio, también cabe incluir a los “medios morales”, tales como emociones intensas, tratos especialmente desconsiderados, miedo, etcétera.

Resulta indiferente que el autor lesione con su propio cuerpo o utilice otras armas o instrumentos idóneos.

c) *Sujetos*

1) *Sujeto activo*: El autor del delito puede ser cualquier persona, pero debe tratarse de un ser humano distinto del que sufre la lesión. La autolesión no puede configurar ninguno de los delitos previstos en este capítulo. Distinta es la situación del Derecho Penal Militar donde la mutilación o causación de la propia incapacidad física es punible como infracción militar, si obedece al fin de sustraerse al cumplimiento

¹⁵ En contra NÚÑEZ, ob. cit., p. 188.

¹⁶ Cám. Nac. Crim., sala IV, c. 43.770, “Rey, A.”, rta.: 17-2-94.

¹⁷ Cám. Nac. Crim., sala III, c. 27.904, “R. B.”, rta.: 20-11-90.

de las obligaciones que impone la ley de defensa nacional o los compromisos de servicios (art. 820, Cód. Just. Mil.), aunque como sostiene Núñez, aquí la autolesión se castiga por implicar la violación de un deber y no por ser atentatoria para la persona¹⁸.

Lo dicho no significa que la autolesión no pueda constituir un caso de autoría mediata, lo que se daría si el sujeto es utilizado como instrumento de un tercero.

Como veremos, el artículo 92 prevé un caso de agravamiento cuando el delito se comete sobre un ascendiente, descendiente o cónyuge.

2) *Sujeto pasivo*: La víctima, como vimos antes, debe ser una persona nacida y obviamente debe tratarse de un sujeto con vida (ver lo dicho supra respecto del bien jurídico en el delito de homicidio).

d) *El problema del consentimiento del lesionado*

Si bien el Código Penal omite el tratamiento de la cuestión, el consentimiento viene como un instituto elaborado por la dogmática jurídica¹⁹. Para dar un adecuado tratamiento a este problema, es preciso recordar que el ilícito penal no se integra solamente con un desvalor de acción (conducta dolosa o culposa) sino también con un ilícito de

¹⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 191.

¹⁹ Es interesante la regulación efectuada por el nuevo Código Penal de España: según el artículo 155, “en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz”. Por su parte el artículo 156 dispone que “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

resultado (lesión o peligro del bien jurídico)²⁰. En el caso del consentimiento, existe una renuncia a la protección penal del bien jurídico de parte del titular, lo que excluye el desvalor del resultado y, por lo tanto, el ilícito.

Al decir de Maurach y Zipf, de esta forma, el consentimiento pasa a ser un problema propio de la lesión del bien jurídico y no de la justificación de una lesión semejante, puesto que la exclusión de una posibilidad de lesión penalmente relevante no puede ser clasificada acertadamente desde el punto de vista de la justificación de una acción típica, sino solamente dentro de la exclusión de la tipicidad²¹.

Es decir, cuando la víctima consiente la lesión al bien jurídico, la conducta se convierte en atípica. Pero esto es así sólo en caso de consentimiento expreso. Es indudable que el presunto no puede excluir la tipicidad ya que no ha existido una renuncia del bien jurídico por parte de su titular. En este supuesto el consentimiento sólo puede actuar como causa de justificación²².

Para que el consentimiento sea válido es necesario que el bien jurídico amenazado sea susceptible de disposición privada. En el caso de las lesiones, no hay duda de que la integridad física es un bien en principio disponible²³. ¿Qué es sino el consentimiento lo que convierte en atípica una intervención quirúrgica? Sin embargo, la disponibilidad del bien jurídico mencionado no es absoluta. No es posible admitir el consentimiento cuando el hecho afecta la dignidad de la persona. A título de ejemplo, resulta jurídicamente intolerable que alguien preste su cuerpo

²⁰ Este desvalor del resultado está presente incluso en la tentativa y en los llamados delitos de peligro. En tales casos no aparece en forma de lesión sino de mero peligro.

²¹ MAURACH, Reinhard y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de la 7ª ed. alemana, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 286; DONNA, ob. cit., § 59, p. 173.

²² MAURACH y ZIPF, ob. cit., p. 287; en igual sentido BACIGALUPO, Enrique, *Consentimiento del lesionado en el Derecho Penal y en la Dogmática Penal Españoles*, en *Revista de Derecho Penal*, Juris, N° 1.

²³ Como sostiene Berdugo, negar la posibilidad de disposición de la salud significa concebir el bien jurídico salud personal desde una perspectiva estática: como algo que hay que tener, pero de lo que no se puede disponer. Ello choca directamente con los principios que la Constitución maneja acerca de la persona y en particular contradice el libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10 de la Constitución Española (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, cit. por GONZÁLEZ RUS, ob. cit., p. 182).

para realizar experimentos, o que autorice la amputación de algún miembro por simple masoquismo. Tales pautas han sido receptadas por el Código Penal alemán, al señalar que las lesiones corporales realizadas con consentimiento son antijurídicas sólo cuando el hecho, pese al consentimiento, contraviene las buenas costumbres (art. 226, a)²⁴.

La validez del consentimiento también está sujeta a que la víctima tenga capacidad para comprender la situación en la que consiente, y que actúe voluntariamente, sin haber sido víctima de error, engaño o intimidación²⁵.

Además de ello el consentimiento debe ser anterior a la acción, puesto que el brindado posteriormente carece de relevancia penal. Por otra parte es fundamental que el sujeto pasivo lo haya mantenido hasta el último momento.

Finalmente para que el consentimiento produzca todos sus efectos no alcanza con que haya sido pronunciado, sino que se exige que el autor lo haya conocido. Subjetivamente se pueden plantear dos problemas:

- a) Si el autor obra desconociendo la existencia del consentimiento, deberá ser penado a título de tentativa²⁶.
- b) La otra situación se da cuando el autor cree erróneamente estar frente a un consentimiento que objetivamente no existe. En este caso si el error radica en el campo de los hechos, cabe considerar la existencia de un error de tipo; si en cambio, descansa sobre concepciones jurídicas equivocadas, estaremos frente a un error de prohibición²⁷.

²⁴ En estos casos como el consentimiento no es válido habrá delito. Sin embargo es indudable que el contenido del injusto es menor cuando la lesión es consentida.

²⁵ El consentimiento obtenido mediante engaño o carente de algún otro elemento volitivo es irrelevante para el derecho penal, al igual que el consentimiento de un inimputable, como por ejemplo, el de una persona que está bajo una fuerte influencia del alcohol o de estupefacientes (ver MAURACH y ZIPF, ob. cit., p. 297).

²⁶ Ante la presencia de un consentimiento eficazmente otorgado desaparece la posibilidad de una lesión penalmente relevante y, con ella, la del ilícito de resultado. Si el autor no tiene conocimiento de estos hechos, el ilícito de acción sigue plenamente presente en él, con lo cual se produce la situación de la tentativa; el autor es punible por la tentativa inidónea (MAURACH y ZIPF, ob. cit., p. 299).

²⁷ Por ejemplo, si el autor supone equivocadamente la existencia de un consentimiento, se tratará de un error de tipo; si, en cambio, estima como eficaz el consen-

Una especial atención merece el llamado consentimiento presunto que, como dijimos, debe ser estudiado como una causa de justificación. Se trata de casos en que el consentimiento expreso no existe ni puede ser recabado a tiempo, porque el titular del bien jurídico, o su representante, no resultan localizables, o porque el enfermo precisando urgentemente un tratamiento ha perdido el conocimiento, pero cuya prescripción hubiera sido previsible con seguridad según una consideración *objetiva y ex ante* de todas las circunstancias²⁸.

Sólo se debe recurrir a esta causa de justificación cuando no exista la posibilidad de obtener oportunamente la renuncia al bien jurídico por parte de su titular. En la medida que ello no acarree peligro para el afectado, es preciso esperar la decisión del titular del bien jurídico. Es impropio eludir el derecho a la autodeterminación del detentador del bien, recurriendo precipitadamente al consentimiento presunto²⁹.

En definitiva, lo fundamental en el consentimiento presunto es que pueda preverse la renuncia al bien jurídico por parte de su titular, para lo cual, se deberán respetar en lo posible los puntos de vista (conocidos) y las valoraciones del titular del bien jurídico, debiendo determinarse sobre la base de indicios objetivos³⁰.

Sin perjuicio de la opinión que hemos vertido sobre el problema de la mala praxis, especialmente en el delito imprudente³⁰⁻¹, el tema del consentimiento ha sido tratado *in extenso*, por la jurisprudencia. Así el Tribunal Superior alemán (sala IV), afirmó condenando a los médicos por la falta de consentimiento del paciente, y tomando como base la

timiento otorgado respecto de un bien jurídico no disponible, habrá error de prohibición (MAURACH y ZIPF, ob. cit., p. 665).

²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., trad. de José Luis Manzanares de Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 347, quien coloca varios ejemplos: "si se ingresa en el hospital a un enfermo grave inconsciente, cabe realizar sin consentimiento la operación que por razones médicas debiera practicarse en seguida, siempre que se estime que él mismo hubiera dado su conformidad en caso de conocer la situación. Basta igualmente con el consentimiento presunto de la mujer en una interrupción del embarazo por indicación médica, cuando el real no pueda ser recabado, a causa, por ejemplo de su estado de inconsciencia..."

²⁹ MAURACH y ZIPF, ob. cit., p. 493.

³⁰ Ídem, p. 494.

³⁰⁻¹ DONNA y MAGGE, *El delito imprudente*, Rubinzal-Culzoni, en prensa.

integridad corporal de acuerdo al artículo 2º de la ley fundamental, “que exige también su respeto en una persona que rechaza sacrificar su integridad corporal cuando se la libera de un mal peligroso para la vida. Nadie puede constituirse en juez sobre la cuestión de estar dispuesto en cualquier circunstancia a sacrificar la integridad corporal, aun razonablemente, para devolver con ello la salud. Estos principios obligan razonablemente a los médicos. Verdaderamente es derecho primordial de éste curar a la persona enferma de sus males conforme a sus posibilidades. Pero este derecho y deber tiene sus límites en el derecho fundamental a la libre autodeterminación del ser humano sobre su cuerpo. Sería una intervención jurídica en la libertad y dignidad de la persona humana, el que un médico —aunque por razones médicas justificadas— realice arbitraria y autoritariamente una operación de graves consecuencias sin el consentimiento del enfermo, cuya opinión puede ser obtenida a tiempo. Pues incluso un enfermo en peligro de muerte puede tener razones fundadas y respetables, no sólo de carácter personal sino también moral, para rechazar una operación aunque sólo a través de ésta pudiera ser liberado de su enfermedad”³⁰⁻².

e) *Las lesiones terapéuticas*

Existen innumerables prácticas terapéuticas que implican la causación de una lesión en la víctima. Cuando un cirujano realiza una intervención quirúrgica con el fin de extraer la vesícula del paciente, sin lugar a dudas cumple perfectamente el tipo penal de lesiones, por lo menos en su aspecto objetivo. Lo mismo ocurre cuando el dentista extirpa una muela con caries, o cuando alguien se somete a una cirugía estética. En todos estos casos, existe una alteración en la estructura física del organismo, lo que constituye un daño en el cuerpo.

Para explicar este problema y evitar la punibilidad de esas acciones, muchos consideran que el médico actúa amparado en una causa de justificación como es el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber³¹.

³⁰⁻² BGH, 28-11-57; 2. Strafsenat. Beschl. v. 25-3-88, GÖSSEL, ob. cit., p. 152; otra opinión es la del propio Romeo Casabona.

³¹ LÓPEZ BOLADO, Jorge, *Los médicos y el Código Penal*, Universidad, Buenos Aires, 1981, p. 75.

Sin embargo a nuestro juicio, lo fundamental para excluir la punibilidad de estas conductas es el consentimiento del paciente. El titular del bien jurídico es el único que se encuentra facultado para consentir alguna intervención en su organismo. El deber del médico nunca puede ir más allá de la voluntad del paciente, salvo que éste se encuentre incapacitado para consentir³². Recordemos que el artículo 19 de la ley 17.132³³ establece que “los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesiones graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad al representante del incapaz”.

En consecuencia, presupuesto general del tratamiento médico (salvo los casos excepcionales de tratamiento obligatorio o de estado de necesidad) es el consentimiento del paciente. Parece obvio que esto sea así, pues es el propio paciente quien debe decidir libremente. Una obligación de tratamiento convertiría a la persona en simple “conejiillo de Indias”³⁴.

Por ello que para la licitud de las intervenciones médicas es preciso que el paciente haya prestado su consentimiento en forma libre, habiendo recibido previamente toda la información necesaria por parte del profesional³⁵.

³² Si el paciente pudiendo hacerlo no autorizó la intervención, se habrá realizado el tipo penal de lesiones, aunque se haya causado una mejora en su salud (ver la opinión contraria en la nota 10).

³³ Dicha ley regula el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas.

³⁴ Conf. MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 107.

³⁵ En este sentido ha dicho la jurisprudencia que la conducta del imputado, quien extraía muestras de sangre a los pacientes voluntarios, tras lo cual, aplicando anestesia les espiraba médula ósea por punciones en la cresta ilíaca, constituye el delito de lesiones. Las víctimas fueron engañadas, ya que creían prestarse voluntariamente sólo a donativos de sangre, lo que vicia el consentimiento que prestaron a la intervención del profesional (Cám. Nac. Crim., sala VI, c. 18.398, “Weissbrod, P.”, 17-11-89).

En este tema adquiere fundamental importancia el problema del consentimiento presunto analizado supra. Debemos recordar que sólo es posible presumir el consentimiento de un paciente en estado de inconsciencia, cuando se pueda inferir que, sobre la base de la debida explicación médica acerca del estado de su salud, aquél probablemente hubiera consentido la operación³⁶.

El instituto del consentimiento presunto es de carácter excepcional, de allí que cuando el médico tenga posibilidades de recabar la autorización del paciente, debe proceder de ese modo³⁷.

En cambio Romeo Casabona afirma, por el contrario, que si existen las condiciones generales del tratamiento curativo, que son la indicación terapéutica y la *lex artis*, no se dan los extremos del tipo penal de lesiones. La llamada indicación terapéutica es la valoración a los efectos

³⁶ MAURACH y ZIPF, ob. cit., p. 493, quien señala que se pueden presentar situaciones difíciles de solucionar, cuando el paciente no ha recibido una aclaración acerca de una intervención cuya necesidad o adecuación se determina solamente durante la operación. Aquí debe procederse a una cuidadosa ponderación de los peligros y molestias de una nueva intervención frente a la posibilidad de que el paciente no consienta en esta segunda intervención, una vez instruido al respecto (de gran importancia práctica en el caso del cese de funciones corporales como consecuencia de la nueva operación, por ej., al eliminar la capacidad de procreación).

³⁷ Frente a una oposición expresa al tratamiento, el médico no puede hacer nada, aunque esté en juego la vida de su paciente. En todos los casos, debe respetar la "autodeterminación" del paciente, siempre obviamente que sea capaz. Como señala Maurach y Zipf, ello rige igualmente para las decisiones anticipadas, con las cuales se pretende excluir determinados métodos de tratamiento para el futuro, como el sujeto que deja constancia en sus documentos personales que no acepta transfusiones de sangre (véase MAURACH y ZIPF, ob. cit., p. 496). Sin embargo, en nuestro país se ha sostenido que "la aseveración de la validez y obligatoriedad del documento por el cual se autoriza a los médicos a no efectuar tratamientos o transfusiones de sangre por contraponerse a su religión, en el caso Testigos de Jehová, aun en caso de inconsciencia del otorgante, se contrapone manifiestamente al citado artículo 19, inciso 3º, ley 17.132, que justamente exime al médico de respetar la voluntad del paciente en los supuestos de inconsciencia, alienación mental y lesionados graves por causa de accidentes" (Juzgado de Paz Letrado del Senado, Ensenada, Provincia de Buenos Aires, 9-3-93, E. D. 153-264). En igual sentido se ha señalado que —conforme lo dispone el art. 19, inc. 3º de la ley 17.132—, el respeto a la voluntad negativa del paciente a ser tratado médicamente o ser internado cede cuando se está en presencia de lesiones graves por causa de accidentes (SCJBA, 15-12-92, E. D. 153-99).

de ponderar los beneficios, por una parte, y los riesgos previsibles para la salud, por otra. La *lex artis* es la aplicación adecuada del tratamiento correcto. El razonamiento se basa en que en estos supuestos y cuando se obtenga éxito en la intervención, el médico ha actuado, en una valoración global del hecho, protegiendo al bien jurídico³⁷⁻¹. Sólo quedaría como residual el delito de coacciones, pero debido a la forma en que está legislado en el Derecho argentino no es de aplicación al caso.

Distinto es el supuesto en que la intervención médica, en contra de la voluntad del paciente, fracasa, ya que en este caso el bien jurídico ha sido menoscabado de alguna manera. Con lo cual desde esta posición la acción terapéutica se caracteriza por su eficacia o capacidad potencial para suprimir un daño o deterioro de la salud o sustituirlo por otro que sea menor³⁷⁻².

f) *Cirugías de cambio de sexo*

Uno de los temas de mayor discusión actual es el de las intervenciones que se practican con el fin de cambiar el sexo de un individuo. La ley 17.132 establece en su artículo 19, inciso 4º, que los profesionales que ejerzan la medicina tienen prohibido llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial. Por su parte, el artículo 20, inciso 18 prohíbe practicar intervenciones que provoquen la esterilidad, sin que exista una indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores.

En consecuencia, para que la intervención sea válida, no alcanza con el consentimiento del paciente, sino que además se exige que exista una indicación terapéutica perfectamente determinada y la correspondiente autorización judicial.

³⁷⁻¹ ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 165. También a favor de esta posición: HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, p. 55; HORN, *Systematischer Kommentar BT*, p. 10; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 289.

³⁷⁻² ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 168.

f.1) *La indicación terapéutica*

Como señala López Bolado, para saber si la intervención quirúrgica a efectos de cambiar el sexo es necesaria resulta de suma utilidad conocer el verdadero estado sexual anterior del paciente, pues la situación va a variar según que se trate de un pseudohermafrodita, de un hermafrodita puro o de un homosexual³⁸.

- a) Los pseudohermafroditas son sujetos que se encuentran malformados sexualmente; poseen un sexo, pero desdibujado por razones locales o generales. Por ejemplo, el individuo que presenta los órganos genitales atrofiados.
- b) Los hermafroditas verdaderos presentan en cambio la morfología o desarrollo de dos sexos opuestos.
- c) Finalmente los homosexuales poseen una morfología genital normal en relación a un sexo, pero están psíquica y emocionalmente en conflicto. Padecen una contradicción sexual entre su anatomía y su psique.

En los dos primeros casos la intervención quirúrgica sin dudas es admisible, pues existe una verdadera indicación terapéutica. En esos supuestos los médicos no hacen más que restaurar o corregir el órgano dañado, o bien actúan con el propósito de definir o normalizar el sexo preponderante³⁹.

En cuanto a los homosexuales, si bien es una cuestión harto discutida, en general se considera ilícita la intervención. El sexo se considera como un bien jurídico indisponible puesto que del mismo emergen una serie de consecuencias jurídicas en relación con la sociedad (por ejemplo la posibilidad de contraer matrimonio, etc.). Además se estima que el tratamiento quirúrgico no variará las cosas, sino que las agudizará, pues el sujeto seguirá siendo homosexual y su impotencia respecto al sexo contrario continuará, pero doblemente, porque:

- 1) Sus órganos genitales originarios han sido amputados, y
- 2) los artificiales colocados no actuarán como reales, porque son

³⁸ LÓPEZ BOLADO, ob. cit., p. 144.

³⁹ Ídem, p. 145.

una penosa imitación y eventualmente le acarrearán problemas posteriores de inadaptación⁴⁰.

En nuestra opinión, aun cuando sea sumamente discutible desde el punto de vista de la autonomía ética del hombre (art. 19, Const. Nac.), entendemos que nuestra legislación actual prohíbe las intervenciones de cambio de sexo sobre sujetos homosexuales. Frente a ellos, es muy difícil encontrar una indicación terapéutica perfectamente determinada como exige la ley⁴¹.

En síntesis la castración, como la extirpación de los órganos sexuales de una persona o la eliminación permanente de la capacidad de su utilización, sólo será posible siempre que el daño a la salud que se le quiera evitar sea grave, esto es que se halle en peligro de perder la vida o de graves alteraciones fisiológicas o psíquicas⁴¹⁻¹.

f.2) *La autorización judicial previa*

Otro de los requisitos legales es la previa autorización judicial para practicar la intervención. La razón es que la modificación del sexo de la persona produce importantes consecuencias jurídicas, motivo por el cual el Estado quiere efectuar un control de esas intervenciones autorizándolas cuando corresponde.

Félix Trigo Represas explicó el requisito comentado señalando que “las operaciones de cambio de sexo son ilícitas. Las prohíbe la ley 17.132 porque el sexo no depende de la voluntad del interesado, compitiendo sólo al Estado autorizar su modificación atento a las consecuencias jurídicas que de ellas derivan y porque son mutilantes de órganos de reproducción, lo que puede configurar el delito de lesiones gravísimas. Sin embargo puede llevarse a cabo, previa autorización

⁴⁰ Ídem nota anterior, p. 153.

⁴¹ Muchas veces se habla del “derecho a la identidad sexual” para defender este tipo de intervenciones. Sin embargo no existe un derecho constitucional de cambiar de sexo a placer del interesado, es decir, a un transexualismo libre, porque ello no coincidiría con el pensamiento iusnaturalista que inspira la Constitución, pero sí a que toda persona tenga un sexo definido, según su conformación predominante, punto propio de las ciencias médicas (véase SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 281).

⁴¹⁻¹ ROMEO CASABONA, ob. cit., p. 175.

judicial, en los casos de hermafroditismo o pseudohermafroditismo en los que se procura favorecer la mejor definición del sexo existente que aparece como incierto o mixto⁴².

Sin embargo el requisito en cuestión es duramente criticado por algunos autores, alegando que el exigir autorización judicial para una intervención tendiente a curar a un pseudohermafrodita, vulnera el principio de igualdad ante la ley y el de inviolabilidad de la intimidad de la persona. La acción médica –se sostiene– no consiste en modificar el sexo del paciente por mera voluntad de éste o por enjuiciable criterio médico. El sexo no es más que un lugar del cuerpo en el que se cumplirá la intervención quirúrgica con el mismo significado que hubiese tenido un segundo estómago o la falta de una parte de intestino, si tales hubieran sido las malformaciones congénitas⁴³.

g) Esterilización

Se entiende por esterilización toda intervención médica o quirúrgica, que causa en el paciente, hombre o mujer, incapacidad para engendrar, orgánica o funcional, temporal o definitiva. A diferencia de la castración –eliminación de órganos con pérdida de la capacidad sexual–, la esterilización importa la supresión de la capacidad procreativa⁴⁴.

Los procedimientos quirúrgicos más empleados son, en la mujer, la esterilización tubárica que consiste en la ligadura o electrocoagulación de ambas trompas de Falopio, resultando totalmente eficaz como método anticonceptivo. El método es irreversible, aunque actualmente ya existen técnicas de permeabilización. En el varón se utiliza la vasectomía bilateral, que consiste en cortar y ligar los dos cordones espermáticos (conductos deferentes), con lo que se intercepta el paso de los espermatozoides⁴⁵.

⁴² TRIGO REPRESAS, Félix A., opinión publicada en el diario *Los Andes*, Mendoza, 19-9-82, cit. por ARIAS DE RONCHIETO, Catalina Elsa, en su trabajo sobre *Pseudoilicitud de intervenciones quirúrgicas por pseudohermafroditismo*, en E. D. 104-1983-927.

⁴³ ARIAS DE RONCHIETO, ob. cit. en nota anterior, p. 930.

⁴⁴ BLANCO, Luis Guillermo, *Esterilización de adultos capaces*, en E. D. 161-1995-204, con citas de Miguel Mongue y Ramón Mateo.

⁴⁵ BLANCO, ob. cit., p. 298, con citas de autores extranjeros.

La ley 17.132 como requisito para practicar una esterilización exige el consentimiento del paciente o sus representantes, que exista una indicación terapéutica perfectamente determinada, y que se hayan agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores (arts. 19, inc. 3º, y 20, inc. 18).

Existe indicación terapéutica cuando la intervención está destinada a la curación, mejora o mantenimiento de las condiciones de salud, o bien, a la supervivencia del paciente, ya sea aquélla efectiva (actual) o preventiva (a futuro), en cuanto esta última intervención favorezca a su calidad de vida⁴⁶.

En consecuencia, si no se da el requisito de indicación terapéutica, el consentimiento de la paciente es ineficaz, y en caso de practicarse la esterilización, el médico será responsable penalmente. Como sostiene Blanco, así es la letra de la ley, aunque también es cierto que la realidad social es otra, y que tales normas carecen de toda operatividad y eficacia en lo que hace a la difundida práctica de esterilización voluntaria, efectuada con el fin de impedir la procreación, en forma privada y sin que medie necesidad terapéutica alguna que la avale, y, por supuesto, sin que suscite cuestión judicial alguna⁴⁷.

En nuestra opinión, en esta materia el legislador se ha excedido en su facultad reglamentaria, vulnerando el principio de libertad y de autonomía ética del hombre. Una cosa es que la esterilización sin indicaciones terapéuticas sea un acto moralmente reprochable, pero algo muy distinto es que jurídicamente un individuo no tenga derecho de disponer de su propia capacidad reproductiva. Creemos que la norma analizada es de dudosa constitucionalidad por resultar contraria a los principios previstos en los artículos 19 y 28 de la Constitución Nacional.

Los tribunales se han expedido con relación al tema analizado, señalando que la ley 17.132 en su artículo 20 prohíbe a los profesionales del arte de curar practicar intervenciones quirúrgicas que provoquen esterilización sin la existencia de una indicación terapéutica adecuada. De ello se desprende que el profesional médico se encuentra habilitado a efectuar aquellos actos quirúrgicos, cuando razones terapéuticas así

⁴⁶ Ídem nota anterior, p. 211.

⁴⁷ Ídem, p. 213.

lo aconsejen no necesitando, por lo tanto, autorización judicial para llevarlos a cabo –en el caso resuelto, la paciente era diabética insulino-dependiente, y debido a su enfermedad tenía serios problemas para controlar su fertilidad, habiendo tenido sus embarazos anteriores prematuros⁴⁸–.

En idéntico sentido se ha expedido el Juzgado en lo Criminal de Instrucción N° 26 de la Capital Federal⁴⁹, y el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 1⁵⁰. En ambos casos se declaró innecesaria la autorización judicial previa, cuando se cumplan con los requisitos previstos en la ley.

Desde otro punto de vista, se ha señalado que debe rechazarse la acción de amparo que busca con ella el otorgamiento de una autorización o, al menos, una declaración en el sentido de que no existe obstáculo jurídico para llevar a cabo una operación de ligadura de trompas, por ser ésta de apreciación ajena a esta instancia judicial⁵¹.

h) *Lesiones deportivas*

Es muy común que en prácticas deportivas se produzcan lesiones sobre los participantes. Pensemos en deportes como el boxeo, los artes marciales, el rugby o el automovilismo. Se trata de actividades que a pesar de ser altamente riesgosas, son fomentadas y queridas socialmente. Por ello sería absurdo suponer que cada golpe que un boxeador le confiere a otro implique la realización de un tipo penal.

Todo tipo penal supone cierta valoración o contenido de antijuridicidad, lo que no se da en los casos mencionados. En las lesiones deportivas ni siquiera puede hablarse de una infracción normativa, y por lo tanto, tampoco existe indicio de antijuridicidad.

En consecuencia, las lesiones causadas en el deporte, y dentro de sus reglas, constituyen un caso de “conducta socialmente adecuada” excluyente de la tipicidad. A diferencia de las causas de justificación,

⁴⁸ Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial N° 5 de Lomas de Zamora, *in re* “R. de G., G. y otro s/Venia judicial”, 25-4-94.

⁴⁹ Res. firme de fecha 1-3-88; E. D. 138.

⁵⁰ Res. firme de fecha 14-10-88; E. D. 130-523.

⁵¹ Juzgado Civil y Comercial N° 7 de Mar del Plata, c. 49.736, “Álvarez”, 7-7-95; J. P. B. A. 92-145.

no se trata de permitir una conducta con el fin de solucionar una situación concreta de conflicto, sino de que representan un obrar correcto, un mandato de conducta⁵².

El problema está en establecer un límite a la impunidad de tales lesiones. Entendemos que debe considerarse atípico todo aquello que resulte tolerable teniendo en cuenta las reglas de cada disciplina. Como sostuvo la jurisprudencia alemana, no pueden quedar impunes las lesiones que se producen mediante infracción dolosa o gravemente imprudente a las reglas deportivas⁵³.

3. *El tipo subjetivo*

El Código prevé las formas dolosa (arts. 89 a 93) y culposa (art. 94).

En el caso de las figuras dolosas, el delito puede cometerse con dolo directo o eventual. Esto último sucederá cuando el autor se presente como posible la lesión en la víctima y a pesar de ello, con total indiferencia, siga adelante con su acción. Tal situación debe diferenciarse de la culpa consciente, donde el autor se representa el peligro o posibilidad del resultado, pero confía en que –por sus habilidades u otra circunstancia– el mismo no se producirá⁵⁴.

⁵² MAURACH y ZIPF, ob. cit., p. 279.

⁵³ Tribunal Supremo de Baviera, año 1961, p. 2072, cit. por JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 537.

⁵⁴ Sobre este aspecto los Tribunales entienden que la lesión leve no requiere una forma particular de dolo, pues éste puede ser eventual, indirecto o directo, y así tanto responde por ella el que usando medios adecuados desprecia la probabilidad de causar un daño a otro, como el que obra a pesar de ver que el daño es una consecuencia necesaria de los medios usados o del objetivo que se persigue (Cám. Apel. de San Miguel de Tucumán, “Bevaqua, Manuel”, 7-7-81). Desde otro punto de vista se consideró que se configura el delito de lesiones leves dolosas cuando todo el contexto de la situación fue creado por el procesado, que se apodera de un rodado en el que viajaban los menores, requiriéndole las víctimas que los dejara bajar del automóvil, y ante su negativa, asumió el papel de garante de la salud de ellos, motivo por el cual se lo debe hacer responsable, pues debió pensar en el posible daño en la salud que les podía ocasionar con su obrar altamente riesgoso al maniobrar el vehículo bruscamente, y sin embargo no se detuvo en su accionar por más que haya tenido presente esas lesiones, ya que el fin último de robo le interesaba más que el daño, que necesariamente iba unido a su proceder (Cám. Crim., sala I, c. 43.747, *in re* “Sosa Cordero, A.”, 8-7-94).

Subjetivamente en este delito se pueden presentar dos situaciones peculiares:

- 1) Si un sujeto intenta cometer lesiones gravísimas y por razones ajenas a su voluntad sólo comete lesiones leves, debe responder por lesiones gravísimas en grado de tentativa. Lo mismo cabe decir cuando queriendo cometer lesiones graves sólo consuma leves, y
- 2) a la inversa, si el autor desea cometer una lesión leve, y sin quererlo, comete lesiones graves o gravísimas, hay que distinguir dos posibilidades:
 - a) Que el resultado lesivo sea atribuible a título de culpa: aquí el autor responderá por lesiones leves dolosas en concurso ideal con lesiones culposas. Se trata de una forma “preterintencional” que al no estar regulada por la ley, debe resolverse de acuerdo a las normas sobre concurso de delitos, y
 - b) que el resultado haya sido imprevisible: en este caso, el sujeto sólo responderá por lesiones leves dolosas pues el resultado final no puede ser atribuido subjetivamente. A esta solución puede llegarse ya sea aplicando los principios sobre causalidad e imputación objetiva, o simplemente recurriendo a los conceptos y elementos del tipo penal culposos.

Sobre el punto se ha sostenido que si las lesiones causadas fueron de mayor gravedad que las queridas por el procesado, su responsabilidad debe reducirse a la propia de la lesión leve que se procuró inferir; es decir, el plus culposos incidirá en un aumento del injusto, y de la pena, mas no en la calificación legal de los hechos⁵⁵.

El aspecto subjetivo es fundamental pues permite distinguirlo de otros delitos como la tentativa de homicidio. Si el autor quiere matar, aunque sólo logre causar lesiones, incurre en el delito de homicidio tentado.

Con respecto a este último aspecto, la jurisprudencia es muy clara

⁵⁵ Cám. Nac. Crim., sala I, c. 43.333, “Díaz, Jorge Norberto”, 18-4-94.

al exigir que se pruebe de manera inequívoca la intención por parte del autor de causar la muerte del sujeto pasivo. Para que exista tentativa de homicidio no basta con la gravedad de las heridas ni los medios utilizados, sino que se debe acreditar cabalmente el propósito homicida⁵⁶.

Igualmente, cuando el autor tenía la intención de matar, y luego de lesionar a la víctima desiste del homicidio, sólo debe ser penado por lesiones y no por tentativa de homicidio⁵⁷, ya que se aplican las reglas del desistimiento⁵⁷⁻¹.

4. *Consumación y tentativa*

El delito se consuma con la causación del daño en el cuerpo o en la salud. Admite tentativa, para lo cual habrá que analizar el grado de lesión que se quiso ocasionar. El dolo del autor será determinante para establecer si responde por lesiones leves, graves o gravísimas en grado de tentativa, según lo explicado en el punto anterior. Así, si el sujeto quiere sacar un ojo y no lo logra, cometerá lesiones graves tentadas.

Un problema muy discutido es la relación que guarda esta figura con la de abuso de armas. Si puede determinarse que el autor intentó cometer una lesión grave o gravísima, existirá sin lugar a dudas tentativa de lesión, desplazándose la figura de abuso de armas⁵⁸.

En los casos en que el fin del sujeto fuera cometer lesiones leves, hay que hacer una distinción: cuando se utilizan armas de fuego, la figura del artículo 104, primer párrafo, absorbe al tipo penal del artículo 89, pues contiene una pena mucho mayor. En cambio, si se trata de una agresión con otra arma, debe aplicarse la figura de lesiones leves (art. 89), pues el artículo 104, párrafo tercero, tiene menor pena.

⁵⁶ Ver Cám. Nac. Crim., sala VII, c. 19.482, "Ojeda, J.", 31-5-94; Sala de Feria I, c. 115, "Matorras, O.", 18-1-94; sala VII, c. 16.820, "Amaro Guevara, S.", 21-4-92; sala II, c. 30.748, "Pérez, P.", 15-5-86; sala VII, c. 10.606, "Berardi, H.", 4-7-89; sala III, c. 19.384, "Morán López", 26-11-85; Cám. Crim. de San Martín, sala I, "Gómez, J.", 26-9-92.

⁵⁷ Cám. Nac. Crim., sala VI, c. 26.923, "Rojas, J.", 12-10-95.

⁵⁷⁻¹ DONNA, Edgardo A., *La tentativa*, Belgrano, 1996, ps. 58 y ss.

⁵⁸ SOLER, ob. cit., p. 122; NÚÑEZ, ob. cit., p. 194.

II. Lesiones leves

De acuerdo al artículo 89 del Código Penal:

Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código.

1. *Carácter subsidiario*

La figura del artículo 89 del Código Penal tiene carácter subsidiario, pues el tipo penal se aplica sólo cuando el hecho no esté previsto en otra disposición del Código.

Así, las lesiones leves quedan absorbidas cuando el hecho configura el delito de tentativa de homicidio, lesiones en riña, duelo, lesiones graves o gravísimas. También cuando se trata de delitos que se cometen utilizando la fuerza sobre la víctima como el robo⁵⁹, la violación o la resistencia y atentado contra la autoridad.

En este sentido se ha dicho que las lesiones leves ocasionadas con motivo de la violencia ejercida para el robo, son consumidas por éste mediante las reglas del concurso aparente de tipos penales⁶⁰.

Pero en cuanto a este carácter subsidiario, hay que aclarar que si un daño está previsto expresa o tácitamente como integrante de otro delito, queda desplazada la eventual consideración del hecho como lesiones leves, si media alguna causa excluyente de la pena del otro delito⁶¹.

Sin embargo, el criterio sostenido en el texto, no ha sido aceptado por un sector de la jurisprudencia que considera que no quedan subsumidas por la violencia del robo, aquellas lesiones leves producidas

⁵⁹ Ver DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *Concurso de leyes en el robo con violencia de que se siguen lesiones leves*, en *Doctrina Penal*, Depalma, año 11, 1988.

⁶⁰ Cám. Nac. Crim., sala III, c. 40.734, "S. R.", 25-3-93; T. O. C. de Capital Federal N° 7, 8-6-93, E. D. 153-558; Cám. Nac. Crim., sala VI, c. 23.883, "M. A.", 22-10-92. En sentido análogo Cám. Pen. de Azul, P. 6492, RSD-131-82, S. 22-9-82, "L. A. A."

⁶¹ SOLER, ob. cit., p. 125.

en ocasión de ésta, sino que debe estarse a la calificación legal de robo en concurso ideal con lesiones leves⁶².

En igual sentido se ha dicho que configura el delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con lesiones leves, el accionar del imputado que luego de que el oficial policial le imparta la orden de presentarse detenido se trabe en lucha con él, produciendo una herida en el tórax⁶³.

2. *Importancia del daño*

La ley sólo exige la causación de un daño en el cuerpo o en la salud, sin referirse a la medida o entidad del daño. Esto ha generado una discusión con relación a las lesiones ínfimas o también llamadas “lesiones levísimas”, como puede ser un pequeño rasguño, un moretón o el simple hecho de arrancar un cabello.

Para la doctrina tradicional estos hechos son constitutivos del delito de lesiones. En ese sentido se dice que el daño por insignificante que sea, implica un atentado a la persona material que va más allá de la agresión con arma, la cual ya es delictiva para la ley (art. 104). El no uso del arma y la cura espontánea e inmediata, influyen en la naturaleza del daño en el cuerpo o en la salud, pero no lo eliminan como tal⁶⁴. En igual sentido Soler señala que en principio no puede negarse que implique lesión cualquier daño en el cuerpo o en la salud por leve que sea⁶⁵.

Es indudable que todo injusto penal requiere la afectación del bien jurídico, lo que puede traducirse en una lesión o un peligro hacia el mismo. Parte de la doctrina recurre a la “teoría de la insignificancia” exigiendo cierta gravedad o entidad en la afectación del bien. Si la coacción penal tiene por finalidad preservar la seguridad jurídica, y

⁶² Cám. Nac. Crim., sala I, c. 43.581, “Musumeci, Gustavo A.”, 1-8-94 –el Dr. Donna votó en disidencia considerando que las lesiones leves quedan subsumidas por la violencia del robo–. En igual sentido al voto de la mayoría Cám. Nac. Crim., sala VI, c. 26.127, “Alegre, Fabián”, 3-8-94.

⁶³ Cám. Nac. Crim., sala I, c. 41.427, “D. L., L. E.”, 26-10-92. En igual sentido Cám. Nac. Crim., sala VII, “O., M.”, 28-2-92; Cám. Crim. 4ª, Circ. Gualaguay, “C. A.”, 24-2-81.

⁶⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 189.

⁶⁵ SOLER, ob. cit., p. 125.

para ello brinda protección a ciertos bienes, cuando éstos sólo han sido mínimamente afectados, la reacción penal por su gravedad es de hecho injusta y ello daña hondamente el sentimiento público de seguridad⁶⁶.

Esta posición es buena en la medida que intenta excluir del derecho penal los llamados “delitos de poca monta”. Así como tradicionalmente se han protegido muchos bienes jurídicos sólo contra ciertas formas de ataque, debería ser natural que respecto a bienes jurídicos que son básicamente merecedores de protección, la actuación del derecho penal comenzara sólo a partir de una determinada intensidad del daño a este bien⁶⁷.

Sin embargo a nuestro juicio la llamada teoría de la insignificancia es contradictoria. La afectación del bien jurídico existe o no existe, se da o no se da. En esto no hay “medias tintas”. Por más mínima que sea la lesión es indudable que en alguna medida el bien jurídico ha sido vulnerado. A diferencia de otras situaciones, como el consentimiento donde existe una verdadera renuncia a la protección penal del interés jurídicamente protegido, aquí contamos con una acción que viola la norma y que mínimamente lesiona la integridad física de la víctima.

Ahora bien, frente a situaciones extremas, donde la lesión conferida es insignificante, una alternativa viable es recurrir al principio de razonabilidad (art. 28 de la Const. Nac.), declarando en el caso concreto inconstitucional la pena por no guardar relación con la gravedad del hecho.

El principio de razonabilidad está previsto en el artículo 28 de la Constitución Nacional⁶⁸. Al decir de Bidart Campos, para la constitucionalidad de la ley hace falta un cierto contenido de justicia. A

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ediar, t. III, ps. 553 y 555.

⁶⁷ MAURACH y ZIPF, ob. cit., p.218.

⁶⁸ También el artículo 30 del Pacto de San José de Costa Rica dispone “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidos”.

este contenido de justicia lo llamamos razonabilidad. Su opuesto es la arbitrariedad. De modo general podemos decir que cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable⁶⁹.

Como señala Sagüés, para aprobar el examen de razonabilidad, la norma tiene que subordinarse a la Constitución, adecuar sus preceptos a los objetivos que pretende alcanzar, y dar soluciones equitativas, con un mínimo de justicia⁷⁰.

Podría ser irrazonable imponer un mes de prisión al individuo que simplemente ocasiona un mínimo rasguño a la víctima. En tales casos no existe un problema de “insignificancia”, sino de inconstitucionalidad de la pena aplicada al caso concreto.

Esta idea parece ser sostenida por parte de la doctrina que señala que en los casos de lesiones levísimas, la afectación del bien jurídico es insuficiente para poner en marcha las graves consecuencias de la coerción penal, porque el hecho en sí no ha tenido entidad suficiente para comprometer sensiblemente el poder de disposición de un sujeto sobre su integridad corporal, y porque el ejercicio de la coerción penal

⁶⁹ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, t. I, p. 228.

⁷⁰ SAGÜÉS, ob. cit., t. I, p. 700. Según los fallos citados por este autor, la CSJN considera que es irrazonable la ley cuando los medios que arbitra no se adecuan a los objetivos cuya realización procura (“Flores”, *Fallos*: 307:906), o a los fines que requirieron su sanción (“Ferri”, *Fallos*: 311:1176), o cuando no media correspondencia entre las obligaciones que impone y los propósitos que pretende alcanzar (“Cine Callao”, *Fallos*: 247:121). Por otra parte, de acuerdo al Alto Tribunal, quedan descalificadas las reglas jurídicas irrazonables cuando consagran una manifiesta iniquidad (“Flores”, *Fallos*: 307:906; “Miguel”, *Fallos*: 308:1631; “Coutinho”, *Fallos*: 304:1259). Es claro el autor cuando señala que la misión del Poder Judicial estriba en averiguar si la ley reglamentaria de un derecho constitucional está dentro de las posibilidades de regulación que brinda la Constitución al Congreso y no en indicarle a éste cuál es la hipótesis más recomendable de reglamentación. Pero aclarado ello, cabe advertir que para determinar si una norma es razonable o no, el juez debe investigar, en alguna medida, algo sobre su conveniencia, ventajas, eficacia o acierto (ob. cit., p. 703).

sobre el autor importaría una privación de bienes jurídicos sumamente rigurosa y desproporcionada a la entidad de la falta⁷¹.

A pesar de lo dicho, con relación al tema analizado, la jurisprudencia ha sostenido que el daño, por insignificante que sea, implica un atentado a la persona material, por lo que resulta viable la tipificación del delito de lesiones⁷².

3. *Acción penal*

Conforme al artículo 72 del Código Penal, las lesiones leves, dolosas o culposas, constituyen delitos dependientes de instancia privada. Con esto se procura evitar un desgaste jurisdiccional en casos en los que muchas veces la propia víctima de lesión leve prefiere que no se sustancie un proceso, sea porque no le interesa que el autor del delito sufra castigo, lo perdona o se conforma con la reparación de los daños y perjuicios⁷³.

Sin embargo, la acción se transforma en oficiosa cuando median “razones de seguridad o interés público”. La exposición de motivos de 1968 decía que se incluía el caso de la conducción temeraria de vehículos, de manifiesta impericia o cuando la víctima fuera un representante de la autoridad⁷³⁻¹.

Los tribunales se han expedido con respecto a varios aspectos de la acción penal por el delito de lesiones leves:

a) *Requisitos de la denuncia penal*

Aunque el damnificado no se manifestara expresamente sobre el hecho de instar la acción pública, ello surge de su concurrencia a la seccional preventora a relatar los hechos de que fue parte y poner la negligencia a cargo del chofer del colectivo, no siendo necesario el empleo de fórmulas sacramentales, sino la actuación personal y clara

⁷¹ VIRGOLINI, Julio E. S., *Las lesiones levisimas: un caso de atipicidad por insignificancia*, en *Doctrina Penal*, año 8, Depalma, 1985.

⁷² Cám. Nac. Crim., sala I, “García Noli, Alberto”, 18-4-94. En igual sentido Cám. Nac. Crim., sala III, “P. J.”, 5-3-92.

⁷³ MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Buenos Aires, 1966, t. I, p. 200.

⁷³⁻¹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, p. 200.

en procurar el conocimiento del hecho por parte de la autoridad y de su dilucidación a través del desarrollo de la acción⁷⁴.

La expresión de la damnificada, que responsabilizaba al conductor de otro rodado, debe ser interpretada como manifestación de voluntad idónea para instar la acción pública⁷⁵.

Si el damnificado, al declarar ante la autoridad policial, expuso claramente su voluntad de que se investigue el hecho, ello es suficiente para que la instancia esté habilitada⁷⁶.

Si la víctima manifestó expresamente no instar la acción penal, corresponde declarar la nulidad de lo actuado hasta la sentencia inclusive, pero excluyendo el sumario de prevención⁷⁷.

b) *Pluralidad de víctimas*

Tratándose de un hecho único con distintos damnificados, basta que una sola de las víctimas haya instado la acción⁷⁸.

c) *Pluralidad de delitos*

Cuando de un accidente de tránsito resultan víctimas con lesiones graves y leves, la acción pública iniciada con motivo de las primeras abarca a las segundas⁷⁹.

d) *Modificación de la calificación legal*

Si la investigación comenzó por homicidio, la circunstancia de que luego se determine que no era la de homicidio la figura aplicable, sino la de lesiones leves, no implica retrotraer el procedimiento a la etapa en la que debió existir impulso de parte para iniciar el proceso, toda vez que ello se encontraría en pugna con los fundamentos mismos de la institución establecida en el artículo 72 del Código Penal⁸⁰.

⁷⁴ Cám. Nac. Crim., sala I, "Cabrera, Jesús", 3-11-87, J. A. 1988-IV-494.

⁷⁵ Cám. Nac. Crim., sala I, "Ruffinelli, F.", 23-6-89, J. A. 1990-II-535.

⁷⁶ Cám. Nac. Crim., sala II, "Alonso", 15-8-89.

⁷⁷ Cám. Nac. Crim., sala II, "Mata, Juan", 12-2-82.

⁷⁸ Cám. Nac. Crim., sala II, "Portila, Alberto", 1-12-89.

⁷⁹ Cám. Apel. de San Isidro, sala II, "Badino, Enrique", 29-7-82.

⁸⁰ Cám. Nac. Crim., sala III, "Martínez, Pedro", 3-4-84.

e) *Razones de seguridad o interés público*

Cuando la causa del accidente fue el incumplimiento de la ordenanza que exige a los conductores de vehículos de transporte público mantener cerradas las puertas entre las paradas autorizadas, median razones de seguridad pública⁸¹.

Median razones suficientes de seguridad y resulta legítima la actuación oficiosa cuando las lesiones obedecieron a la temeraria conducción de un vehículo; en los tiempos que corren, desatender las señales luminosas que regulan el tráfico automotor merece, por lo menos en la ciudad de Buenos Aires, esa caracterización⁸².

Afecta el interés público la posible impericia en un acto quirúrgico practicado en el Hospital Militar, dada la conveniencia para la comunidad en contar con un eficiente servicio sanitario que preserve la salud de las fuerzas militares⁸³.

No median razones excepcionales tratándose de las lesiones culposas producidas por quien cumplía el servicio militar a una persona que transitaba en un medio de transporte de pasajeros⁸⁴.

f) *Perdón del ofendido*

Si el damnificado instó expresamente la acción por lesiones leves, ésta recuperó su naturaleza ejercitable y perseguible de oficio, por lo que el perdón de aquél sólo tendrá relieve en el ámbito del resarcimiento patrimonial⁸⁵.

g) *Aplicación retroactiva de la ley 23.487*

Un aspecto muy discutido por la jurisprudencia ha sido si la ley 23.487, que convirtió a las lesiones leves dolosas o culposas en delito dependiente de instancia privada, debía aplicarse retroactivamente según lo dispuesto en el artículo 2º del Código Penal, respecto a las causas que estuvieran en trámite y que fueran iniciadas de oficio.

⁸¹ Cám. Nac. Crim., sala VII, "Oliva, Américo", 1-9-87.

⁸² Cám. Nac. Crim., sala V, "Suárez del Cerro", 15-5-84.

⁸³ Cám. Nac. Crim., sala IV, "Della Santina, Héctor", 21-12-90.

⁸⁴ Cám. Nac. Crim. Fed., sala II, 17-5-91.

⁸⁵ Cám. Nac. Crim., sala I, "Coria, Mario", 14-8-91.

Para un sector la ley 23.487 no puede transformarse en obstáculo para la acción promovida en su momento válidamente, es decir, no puede ser opuesta retroactivamente, sin menoscabar los derechos ya adquiridos o en expectativa resultantes de la antigua ley. Exigir retroactivamente el cumplimiento de requisitos inexistentes puede implicar un exceso ritual manifiesto frustratorio del servicio de justicia y de las expectativas que en él se depositan, importando un innecesario dispendio de energía jurisdiccional sin beneficio para nadie⁸⁶.

Para otros en cambio, ante una reforma del artículo 72 del Código Penal, el artículo 2º debe tener plena operatividad⁸⁷.

III. Lesiones graves

Conforme al artículo 90:

Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro.

El artículo comentado podría dividirse en cuatro figuras distintas.

1. *Debilitaciones permanentes*

Se incluyen aquí los casos en que la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro, o una dificultad permanente en la palabra.

Estas figuras presentan dos características comunes: la debilitación y la permanencia.

⁸⁶ Cám. Nac. Crim., sala I, "Ruffinelli, Fernando", 23-6-89, con voto en disidencia del Dr. Donna, quien afirmó que la instancia privada era una resolución de fondo y por ende era de aplicación el art. 2º del Código Penal. Véase el comentario de FILGUEIRAS, Santiago, *El problema de la retroactividad de la ley que hizo de acción dependiente de instancia privada el delito de lesiones leves*, en *Doctrina Penal*, año 13, Depalma, 1990, p. 339.

⁸⁷ Así se expidió la SCJ de Buenos Aires, P. 40.429, 27-11-90, *Acuerdos y Sentencias* 1990-IV-362; SCJ de Buenos Aires, P. 38.604, 26-12-89, *Acuerdos y Sentencias* 1989-IV-807.

1º) *Debilitación*: Significa una disminución en ciertas funciones vitales para el ser humano como la salud, sentido, órgano, miembro o la palabra. La función no debe perderse sino que se conserva pero debilitada. Como sostiene Núñez, la debilitación supone la permanencia de la función pero disminuida en su capacidad de acción o de resistencia anterior al hecho. La disminución debe ser de grado tal que el nuevo estado funcional cumpla deficientemente la tarea que antes desarrollaba o que presente menos resistencia frente a la enfermedad, a la debilitación o al dolor⁸⁸.

La debilitación se mide no ya con respecto a lo que el hombre debe ser, sino a lo que realmente era antes de la lesión, siempre que no se trate de una preexistente situación patológica (por ejemplo la supresión de dientes supernumerarios no implica una debilitación)⁸⁹. A la inversa, si se trata de un individuo con un desarrollo en sus funciones superior a lo normal (superdotado), la disminución de esas cualidades adicionales constituye debilitamiento, aunque el sujeto se pueda seguir considerando una “persona normal”. Tal sería el caso del atleta que como consecuencia de la lesión pierde su óptimo estado físico, aunque conserve el estado de un hombre medio.

2º) *Permanencia*: Según la doctrina mayoritaria, para que se configure el delito la debilitación debe persistir durante considerable tiempo, aunque no sea incurable⁹⁰.

En cambio otro sector –al que adherimos– es más estricto al exigir la probabilidad estimada (diagnóstico) de que la evolución natural o los procedimientos científicos ordinarios no puedan eliminar la deficiencia constitutiva del daño, reconstituyendo la estructura corporal o devolviendo a la función su anterior eficiencia⁹¹.

De acuerdo a este criterio no alcanza con que la debilitación dure un “considerable tiempo”, sino que debe presentarse como “irreversible” según los procedimientos ordinarios de curación. En cualquier

⁸⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 203.

⁸⁹ SOLER, ob. cit., p. 127.

⁹⁰ Ídem nota anterior; NÚÑEZ, ob. cit., p. 204; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 282.

⁹¹ CREUS, ob. cit., p. 85.

caso, no interesa que la debilitación pueda revertirse mediante procedimientos extraordinarios como ortopedia, prótesis o cirugías.

Las cuatro figuras que estamos analizando son:

a) *Debilitación permanente de la salud*

Una persona tiene salud cuando todas sus funciones se desenvuelven sin dificultad y dolor, es decir, cuando existe una “armonía biológica” de las mismas. Se trata en los términos de Bonnet de un “equilibrio anátomo-funcional”⁹².

La debilitación permanente en la salud consiste en la disminución en las funciones físicas y psíquicas del individuo, es decir, se trata de una debilitación general del organismo de la víctima a causa de la lesión inferida.

Hay que saber distinguir esta figura de la causación de una enfermedad cierta o probablemente incurable, hecho que da lugar a lesiones gravísimas. La debilitación estudiada no es un proceso patológico en curso como la enfermedad, sino que es el estado en que queda el organismo disminuido en sus capacidades funcionales. Como sostiene Soler, la debilitación suele ser el residuo de un proceso morboso en sí mismo extinguido⁹³.

No es lo mismo ser un hombre débil que un hombre enfermo; se puede ser débil constitucionalmente, o a consecuencia de una enfermedad, pero la debilidad es un estado que no se identifica con la enfermedad misma, aunque a menudo la acompañe o sea su consecuencia⁹⁴.

Puede suceder que se cause una enfermedad que no sea incurable, pero que tenga el efecto de ocasionar un debilitamiento permanente de la salud (por ejemplo el caso de enfermedades como la fiebre reumática, la poliomiélitis o meningitis, que tienen cura pero dejan secuelas permanentes en la salud del enfermo).

El debilitamiento de la salud también puede darse si un sujeto agrava con su acción una enfermedad preexistente. En tal caso produce un “debilitamiento” sin haber causado la enfermedad.

⁹² BONNET, ob. cit., p. 431.

⁹³ SOLER, ob. cit., p. 128.

⁹⁴ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 281.

b) *Debilidad permanente de un sentido*

El sentido es una determinada facultad por medio de la cual recibimos los estímulos externos. Entre ellos encontramos al sentido de la vista, del oído, del olfato, del tacto y del gusto⁹⁵. Pero jurídicamente, sentido corresponde a la totalidad de la función, es decir, se lo debe considerar en su aspecto fisiológico y no en el exclusivamente anatómico, puesto que varios órganos pueden servir para el ejercicio de una única función. Así, el sentido de la vista está constituido por los dos ojos, los nervios ópticos y los centros nerviosos cerebrales. Lo mismo ocurre con el oído, olfato, gusto y tacto⁹⁶. Para Díez Ripolles sentido alude a la función que llevan a cabo determinadas partes diferenciadas del cuerpo constituidas por un grupo de células, o por un complejo sistema de ellas, especializadas en captar estímulos del mundo exterior y en hacer llegar tal información al sistema nervioso central, y que se suelen denominar receptores sensoriales u órganos sensoriales⁹⁶⁻¹.

La debilitación se va a dar cuando se altera el funcionamiento del sentido. Éste debe seguir actuando pero de modo más deficiente (se rompe el equilibrio funcional).

Entendiendo el término sentido de modo funcional, puede ser que se produzca un debilitamiento permanente, sin que se afecte el órgano que ejerce el sentido. Por ejemplo, si después de un fuerte golpe la víctima se ve disminuida en su capacidad auditiva, aunque no se haya afectado propiamente el oído, el hecho constituye lesión grave. Ello así, porque como sostiene Basile, las lesiones de las vías sensoriales de conducción de la energía nerviosa o sus localizaciones cerebrales tienen la misma significación jurídica que las lesiones de los órganos receptores externos⁹⁷.

Cuando el sentido se ejerce mediante órganos bilaterales, como la vista, la pérdida de uno de ellos (ej. pérdida de un ojo) constituye un debilitamiento permanente, pues el sujeto –aunque de modo deficiente– sigue viendo.

⁹⁵ Ídem nota 92.

⁹⁶ BONNET, ob. cit., p. 432.

⁹⁶⁻¹ DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 393.

⁹⁷ BASILE, Alejandro A., *Lesiones. Aspectos médico-legales*, Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 33.

c) *Debilitación permanente de un órgano*

El término órgano también debe ser entendido en sentido fisiológico y funcional. Es decir, más que el órgano en sí, lo que importa es el desarrollo de la función orgánica⁹⁸. En otras palabras, por miembro debe entenderse a la parte corporal diferenciada que es susceptible, a diferencia del órgano, de directa percepción visual como algo claramente delimitado del tronco, lo que permite incluir en el concepto a las extremidades, al pene, la nariz, en la medida en que quepa atribuirles una función propia, diferenciada del órgano o aparato en el que se suelen integrar⁹⁸⁻¹.

Esto es fundamental porque puede ser que varios órganos sirvan para una única función, de manera que la pérdida de uno de ellos implica simplemente un “debilitamiento”. Como afirma Bonnet, el órgano visual, el auditivo, el respiratorio, el renal y el de la reproducción, están constituidos por los dos ojos, los dos oídos, los dos pulmones, los dos riñones, los dos testículos o los dos ovarios⁹⁹, de manera que la pérdida de uno de los órganos constituye lesión grave y no gravísima. Si a un individuo le extraen un riñón o un testículo, el órgano renal y el reproductivo respectivamente, pueden seguir funcionando, por lo que existirá sólo un debilitamiento.

Sin embargo, se debe aclarar que lo dicho precedentemente ocurre en los casos en que varios órganos llevan a cabo conjuntamente la función, pero no cuando órganos “anatómicamente únicos” (ej. el bazo o el hígado) contribuyen a una función común con otros órganos distintos. En estos casos, la extirpación de la pieza o la eliminación total de su funcionamiento dan lugar a lesión gravísima¹⁰⁰.

Pueden suscitar dificultades las piezas dentarias que en su conjunto cumplen la función de masticación, puesto que la pérdida de una de

⁹⁸ Un claro ejemplo del concepto funcional de órgano puede verse en el caso fallado por la Cámara del Crimen el 17-11-61, donde se condenó por lesiones graves a un médico que extirpó el glande del clítoris de su amante. La mayoría entendió que se había debilitado la función sexual de la víctima (ver L. L. 110-603, con excelente comentario y crítica de Guillermo J. Ouviaña).

⁹⁸⁻¹ DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, ob. cit., p. 386.

⁹⁹ Ídem nota 96.

¹⁰⁰ CREUS, ob. cit., p. 87; NÚÑEZ, ob. cit., p. 206; SOLER, ob. cit., p. 129.

ellas seguramente no implica un debilitamiento de la función, pero quizá sí cuando sean varias, por lo que será una cuestión de hecho a determinar en cada caso particular¹⁰¹.

Sobre este último aspecto, se ha dicho que debe calificarse como grave —y no simple—, la lesión que produce la pérdida de dos piezas dentales, pues tal contusión produce disturbios en la masticación, provocando deficiencia funcional que debe ser meritada, en especial habida cuenta de que al tratarse de dientes de los denominados permanentes como acontece en toda persona mayor, su ausencia no sólo afecta la anatomía de quien lo padece, sino que es visible suponer que en tal caso se pueda estar hablando de una disminución del órgano de la masticación¹⁰².

d) *Debilitación permanente de un miembro*

Por miembro ha de entenderse a cualquiera de las extremidades del ser humano, articuladas con el tronco, es decir, los miembros superiores (brazos) y los inferiores (piernas). La figura consiste en disminuir la capacidad o eficacia del miembro, sin que sea necesaria su amputación o destrucción.

La debilitación de un miembro se refiere a la disminución de movimientos, de la fuerza o de la habilidad; presencia de atrofas o falta de tonicidad. Son ejemplos clínicos de debilitación los estados de paresia (pérdida parcial de fuerza), retracciones tendinosas incapacitantes en forma parcial, una fractura femoral con posterior claudicación, una resección de tendones que obstaculiza permanentemente la flexión o la extensión de un miembro, la luxación postraumática recidivante de hombro, etcétera¹⁰³.

En cuanto a las manos y los pies no constituyen miembros, pero dada la función que cumplen, pueden ser considerados órganos (de aprehensión y pedestación), de manera que la pérdida de una sola

¹⁰¹ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 63.

¹⁰² Cám. Nac. Crim., sala VII, “Sosa, Cristian”, 29-9-95. En igual sentido se ha expedido la Cám. Nac. Crim., sala VII, c. 17.202, “E. A.”, 10-8-92, y Cám. Nac. Crim., sala V, “Ayala, V.”, 30-11-93, señalando en este último precedente que es indiferente que las piezas dentarias afectadas sean o no artificiales.

¹⁰³ BASILE, ob. cit., p. 36.

mano o pie constituye lesión grave. En cambio la pérdida de ambos configura lesión gravísima.

e) *Dificultad permanente de la palabra*

La figura consiste en los inconvenientes mentales y mecánicos de carácter permanente para servirse de la palabra. La dificultad puede consistir en problemas para utilizar las palabras, emitir las o construirlas. El origen del inconveniente puede ser una lesión en el organismo mecánico de la palabra (ej.: lesión en cuerdas vocales, laringe, lengua, labios, dientes o paladar), o en centros cerebrales vinculados con el habla. También puede tener una causa puramente psíquica (emocional) ¹⁰⁴. Se comprende tanto los inconvenientes de pronunciación como los de coordinación entre el pensamiento y su expresión oral ¹⁰⁵.

Lo importante es que el sujeto pasivo se vea afectado o disminuido en la posibilidad de darse a entender a través del habla, no siendo suficiente con la causación de meros defectos de pronunciación fácilmente reparables (ej., la pérdida de un diente), sino que es necesario que las expresiones lingüísticas de la víctima sean “difícilmente entendibles” por los demás.

De acuerdo a esta idea, si el sujeto luego de la lesión pierde la “pronunciación perfecta que tenía antes del hecho”, pero no obstante ello, se puede expresar sin dificultad, no habrá lesiones graves.

2. *Peligro para la vida del ofendido*

Otra de las modalidades del delito de lesiones graves se da cuando la lesión hubiere causado un peligro para la vida de la víctima. Corresponde hacer tres acotaciones:

1) Para que se dé el agravante, no alcanza con la sola potencial peligrosidad de las lesiones ni de los medios utilizados, sino que es necesario que la víctima haya sufrido un peligro real para su vida. Lo que en este caso agrava es la situación de peligro inminente de muerte en que se ha encontrado la víctima. El peligro para la vida no existe

¹⁰⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 209; SOLER, ob. cit., p. 130; BASILE, ob. cit., p. 37.

¹⁰⁵ LAJE ANAYA, ob. cit., p. 63.

por grave y peligrosa que sea la lesión, mientras no se hayan producido en la víctima los fenómenos generales del significado letal que la ciencia médica individualiza como tales y que son propios de todo estado de inminente desenlace mortal¹⁰⁶.

Por ello, para saber si corresponde aplicar la figura, hay que tener en cuenta la situación concreta de peligro sufrida por la víctima, siendo imposible determinar a priori qué clase de lesiones caen en el tipo penal. Una misma lesión puede en un caso implicar un peligro para la vida y en otro no.

Desde el punto de vista médico, se exige que hayan corrido riesgo real las funciones del individuo, obligando a apelar a la asistencia respiratoria o cardíaca. Es decir, afirmar que ha estado en peligro la vida de una persona es un diagnóstico y no un pronóstico, y por lo tanto, el único profesional habilitado para producir dicho diagnóstico es el médico. El simple hecho de que una persona haya desvanecido o permanecido inconsciente durante un lapso, no acredita que haya peligrado su vida¹⁰⁷.

Sobre este aspecto, la jurisprudencia ha resuelto que la expresión utilizada en el artículo 90 del Código Penal sustantivo, al calificar de grave la lesión cuando ella “hubiere puesto en peligro la vida del ofendido”, debe interpretarse en el sentido de que el peligro referido no es el potencial o posible que se derivaría de la lesión por su idoneidad genérica para crearlo, sino el real y efectivamente corrido por la víctima en el caso concreto. Es decir, que para agravar la lesión, se requiere la determinación precisa de que la víctima estuvo en real trance de morir, no bastando el pronóstico médico emitido en el momento del reconocimiento inicial del hecho en base a las características de la lesión¹⁰⁸.

También se ha dicho que a los efectos de la calificación de las lesiones como graves (art. 90, Cód. Pen.) se tiene en cuenta, además del diagnóstico médico, el medio empleado, la constitución del damnificado, ubicación, profundidad, extensión, gravedad e intervención

¹⁰⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 210.

¹⁰⁷ RIU y TAVELLA, ob. cit., p. 10.

¹⁰⁸ Cám. Apel. de Junín, Sala Penal, c. 15.768, “Suárez, Ramón”, 19-2-79.

quirúrgica de las heridas producidas, todo lo cual puso a la víctima en peligro de muerte¹⁰⁹.

2) Otro aspecto importante es que no alcanza con la mera creación de un peligro real para la vida de la víctima, sino que el mismo debe haber sido “causado” por el sujeto activo; es decir, es necesario que exista una relación causal probada entre la acción del autor y el peligro en cuestión.

Este aspecto es aclarado por Núñez, al sostener que el peligro puede haberse producido por la lesión misma (ej., una herida en la parte vital) o por causas que estaban fuera de ella, como es el estado físico de la víctima o la insuficiente curación, pero siempre el peligro de muerte debe estar en relación causal con la lesión o la ofensa del autor¹¹⁰. Sin embargo, se puede criticar esta posición que surge del naturalismo propio de Núñez, ya que imputa todo resultado al autor. El peligro debe haber surgido de la lesión infligida por el autor, y no por razones ajenas, como ser la hemofilia de la víctima.

También la jurisprudencia hizo hincapié en este punto, señalando que el peligro de vida a que se refiere el artículo 90 del Código Penal, debe surgir de la lesión recibida y no de circunstancias ajenas a la misma¹¹¹.

3) Finalmente, como estamos en presencia de un delito doloso, también es necesario que el peligro para la vida haya sido una situación conocida por el autor. Se trata de un elemento más del tipo objetivo, que debe ser aprehendido por el dolo del sujeto activo. Esto genera dos consecuencias:

- a) Si el peligro que generó la acción era algo subjetivamente imprevisible, el autor responderá sólo por lesiones leves. Tal sería la situación si “A lesiona a B, éste es trasladado al hospital, su vida corre peligro por una negligencia grave de los médicos”.
- b) Si el peligro era previsible, pero en el caso concreto no fue querido por el autor, responderá por lesiones leves en concurso

¹⁰⁹ Cám. Crim. 2ª de Chaco, “N., M.”, 13-3-81.

¹¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 211.

¹¹¹ Cám. Pen. de Trenque Lauquen, P. 6492, RSD-131-82, 22-9-82, “S., H. R.”

ideal con lesiones culposas. Un ejemplo sería el individuo que queriendo desmayar a la víctima por unos segundos, “sin quererlo” la pone en estado de coma por varios días con riesgo para su vida.

3. *Inutilidad para el trabajo por más de un mes*

Otra de las figuras de lesiones graves consiste en inutilizar a la víctima para trabajar por un lapso mayor al mes. Nuestro Código Penal, a diferencia de otros, se refiere a la inutilidad para el trabajo “en general”, de allí que el agravante también se da cuando la víctima no tenía trabajo e incluso cuando se trata de un individuo que no se encuentra en una etapa laborativa de su vida (niños o ancianos).

Para la ley no interesa las “pérdidas económicas” que ocasionó la lesión, sino que simplemente es un parámetro que se utiliza para calificar a aquélla como grave. El hecho de que la víctima siga cobrando su sueldo durante el tiempo en que se recupera de la lesión no excluye el delito.

Si bien el Código se refiere al trabajo en general, ello no significa que no se tomen en cuenta las ocupaciones propias de la víctima. Por el contrario, si la lesión inutiliza para las tareas habituales, aquéllas siguen siendo graves, aunque el individuo pueda cumplir otras tareas. En el ejemplo de Creus, cuando la lesión impide a un locutor leer los libretos por más de un mes, aunque puede desempeñar tareas de índole manual, sigue habiendo lesiones graves¹¹².

En síntesis, como destaca Soler, el sentido de la ley es más bien el de entender que la ocupación habitual es la primera que debe computarse, pero no impide la agravante el hecho de que la víctima no tuviera ninguna, en cuyo caso, se considera la incapacidad general para trabajar¹¹³.

Por último, la ley exige que la inutilidad sea por más de un mes, debiendo contarse dicho lapso de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal. Esto significa que si por ejemplo la víctima se encuentra impedida para trabajar desde el 1º de febrero al 2 de marzo,

¹¹² CREUS, ob. cit., p. 88.

¹¹³ SOLER, ob. cit., p. 133.

el hecho constituye lesión grave, aunque no hayan transcurrido más de treinta días (ver art. 25 del Cód. Civ.).

Sobre el punto la jurisprudencia ha sostenido que para determinar si la lesión que provoca incapacidad laboral es grave, a los efectos del artículo 90 del Código Penal, no debe atenderse al tiempo que tarda en curar sino al que inutiliza para el trabajo, pues lo uno no supone necesariamente lo otro¹¹⁴.

4. *Deformación permanente en el rostro*

Esta figura da lugar a muchas discusiones en la doctrina, sobre todo en lo que hace al concepto de deformación y de rostro. Analizaremos los aspectos más importantes:

1) *Deformación*: Algunos autores como Soler destacan que no es necesaria una alteración repulsiva para la existencia de deformación en el rostro. Basta con una deformación aparente, que destruya la armonía y aun simplemente la belleza del rostro¹¹⁵.

El problema es que según ese criterio, cualquier marca que se infrinja en el rostro implicaría lesión grave, cosa que nos parece inadmisibile. La ley no habla de “marca indeleble” como otros proyectos, ni se refiere a “cualquier alteración”, sino que expresamente exige “deformación”.

En tal sentido no alcanza con la “mera modificación de las características morfológicas”, sino que debe existir una alteración de la armonía de ese rostro, provocando una situación de rechazo al ser observada desde una distancia prudencial¹¹⁶. Bien dicen Molinario y Aguirre Obarrio que no debe seguirse a los autores italianos, ya que nuestra ley no distingue entre *lo sfregio* y *deformazione permanente del viso*. En este último supuesto es necesario que la herida, además de ser permanente y en el rostro, llame la atención o cause horror o repugnancia, requisito éste que no es indispensable en nuestra ley, bastando la alteración de la armonía de las líneas del rostro.

Tampoco alcanza *lo sfregio*, esto es cualquier cicatriz, aunque fuera imperceptible, ya que no es deformación¹¹⁶⁻¹.

¹¹⁴ Cám. Apel. de San Isidro, sala II, “Nobile, Santiago”, 1-9-81.

¹¹⁵ SOLER, ob. cit., p. 135.

¹¹⁶ RIU y TAVELLA, ob. cit., p. 12.

¹¹⁶⁻¹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 250.

En consecuencia, si bien no es necesario que la alteración resulte repugnante o grosera, la simple cicatriz o marca, por aparente que sea, no constituye deformación del rostro si no trasciende estéticamente y desfigura la fisonomía, lo que ocurrirá cuando el sentido antiestético del rostro lesionado “llama la atención” de los demás¹¹⁷. Pero obviamente para ello se deben tener en cuenta las características particulares de la víctima (edad, sexo, profesión, el estado de su rostro antes del hecho, etc.).

Según la jurisprudencia, la deformación en el rostro, para agravar las lesiones, no debe estar comprendida con alcances que impliquen una repulsiva alteración, bastando la aparente malformación para que la agravante se materialice¹¹⁸.

En otro fallo se ha dicho que configura el delito de lesiones graves la conducta del imputado que a través de un mordisco arrancó el pabellón íntegro de la oreja, la cual provocó en la víctima una desfiguración de por vida¹¹⁹.

También se destacó que si la víctima ha sufrido como consecuencia del golpe una sensible desviación del eje normal de su nariz que altera la armonía de su rostro, esta lesión, por haber sido ocasionada en el rostro de una mujer, sexo en el que, socialmente, constituye importante motivo de aceptación el cuidado de la estética, y por importar una alteración fisonómica apreciable cuya remisión sólo sería posible mediante el auxilio de la cirugía estética, se inscribe dentro del concepto de deformación permanente requerido por el artículo 90 del Código Penal para considerarla como de carácter grave¹²⁰.

Para la configuración del delito de lesiones graves (art. 90, Cód. Pen.) a causa de una deformación permanente en el rostro, la ley requiere una alteración en la simetría, sin que sea necesario llegar al horror o repugnancia pero sí, al menos, que la cicatriz inferida llame la atención de los demás, por lo que una simple marca que, aunque

¹¹⁷ Así se expresa NÚÑEZ, ob. cit., p. 219.

¹¹⁸ Cám. Nac. Crim., sala VII, “Eslal, Alfredo”, rta.: 10-8-92.

¹¹⁹ Cám. Nac. Crim., sala VI, “M. V.”, 10-3-93.

¹²⁰ Cám. Pen. de Azul, P. 7795, RSD-191-84, 5-9-84, “O. L. E.”

permanente, no llama la atención ni deforma el rostro, queda fuera de la figura citada¹²¹.

2) *Rostro*: Se entiende por rostro a la región limitada en su parte superior por la línea normal de implantación del cuero cabelludo en la frente, en su parte inferior por el borde del maxilar inferior, y lateralmente por los pabellones auriculares incluidos¹²². Sin embargo hay autores que fundándose en el motivo social del agravante, tratan de extender el concepto, considerando rostro a las partes del cuerpo que se llevan al descubierto según las costumbres ordinarias del vestir¹²³ o también a la parte superior del pecho en las mujeres¹²⁴.

En realidad no es necesario extender el término rostro, pues la ley no exige que indefectiblemente la deformación se produzca dentro de los límites estrictos de lo que anatómicamente constituye rostro, sino que toma en cuenta el afeamiento de su aspecto, que puede ser igualmente ocasionado por la destrucción o alteración de partes situadas fuera de esos límites, pero que trascienden a la estética de las facciones¹²⁵. Si a la víctima le queman todo el cuero cabelludo con un ácido, sin lugar a dudas existirá deformación permanente en el rostro, aunque las heridas no hayan sido producidas dentro de lo que anatómicamente se llama rostro. Es decir, no importa tanto dónde se haya producido la lesión, sino que el rostro sea “percibido” como deforme por los demás. Sin embargo, es difícil convencer a alguien, como dice Aguirre Obarrio, de que el cuello o el pecho forman parte del rostro, ya que éste quiere decir cara¹²⁵⁻¹.

3) *Permanencia*: La doctrina es unánime cuando exige el carácter permanente de la deformación. Esto se va a dar cuando no es previsible que por medios naturales desaparezca, siendo indiferente que pueda eliminarse por medios artificiales (cirugía estética) o que pueda disimularse de otra manera (maquillaje, etc.). Permanente no equivale a perpetuo.

¹²¹ Cám. Apel. de San Isidro, sala I, “Suárez, Beatriz”, 18-6-81.

¹²² RIU y TAVELLA, ob. cit., p. 12.

¹²³ SOLER, ob. cit., p. 136.

¹²⁴ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 293.

¹²⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 218.

¹²⁵⁻¹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., nota 25, p. 249.

Sobre este último aspecto se ha dicho que si mediante el auxilio de la ciencia médica se pudo evitar una desfiguración en el rostro, esa mejoría no invalida la agravación de las lesiones¹²⁶.

En igual sentido se sostuvo que la corrección de la deformidad por medios quirúrgicos no afecta ni modifica la calificación de las lesiones en cuanto las deformaciones del rostro sean permanentes (art. 90, Cód. Pen.), determinándose tal permanencia por el diagnóstico, esto es, por una opinión médica acerca de tal efecto¹²⁷.

IV. Lesiones gravísimas

Según el artículo 91:

Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

1. *Enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable*

No se trata de un debilitamiento en la salud como el previsto en el artículo 90, sino que debe haber un proceso patológico que no haya cesado, aunque pueda haber sido paralizado en orden a su agravamiento¹²⁸.

La enfermedad es cierta o probablemente incurable cuando la víctima no podrá volver a gozar de salud (afección irreversible), exigiéndose un pronóstico de incurabilidad de absoluta certeza o de probabilidad muy grande¹²⁹.

La enfermedad persiste, y por lo tanto, no está curada, mientras subsista en alguna medida apreciable el proceso patológico activo que

¹²⁶ Cám. Nac. Crim., sala VII, "Eslal, Alfredo", 10-8-92.

¹²⁷ Cám. Nac. Crim., sala III, "Gervitz, Jorge", 28-11-89.

¹²⁸ CREUS, ob. cit., p. 91; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 66.

¹²⁹ BONNET, ob. cit., p. 463.

la constituye, aunque su gravedad haya disminuido. Pero aquélla se habrá curado si, habiendo cesado la actividad del proceso patológico, las que subsisten son las secuelas debilitadoras de la salud de la víctima¹³⁰. En este caso no existirá lesión gravísima sino grave.

Como la ley indica expresamente, la enfermedad puede ser corporal o mental. En el primer grupo se incluyen afecciones como la hemiplejía o la hemorragia cerebral con secuelas irreversibles; la paraplejía por una contusión destructiva de la médula espinal, etcétera. En cuanto a las mentales se mencionan la alienación mental orgánica, o la demencia postraumática¹³¹. La mención a ambas enfermedades elimina cualquier duda con respecto a la variante psíquica, que no hace falta si se sigue un concepto amplio de enfermedad. Por enfermedad mental debe entenderse la que afectan a las facultades psíquica o mentales del sujeto¹³¹⁻¹.

En la figura deben incluirse los casos en que la lesión produce una enfermedad que lleva a la muerte como el sida. En tal situación, aunque la víctima muera al cabo de cierto tiempo, existen lesiones gravísimas y no homicidio, salvo que el sujeto activo haya tenido la intención de matar mediante el contagio de la enfermedad. Como sostiene Núñez, mediando espacio de tiempo suficiente para estabilizar y darle autonomía al estado de enfermedad incurable, el hecho no se transforma en homicidio, pues la ley, al prever independientemente una agravante cuyo normal desenvolvimiento puede terminar con la muerte de la víctima, implícitamente excluye la aplicación de la figura de homicidio¹³².

Una cuestión interesante se presenta en caso de que los avances de la medicina permitan curar una enfermedad que antes era incurable. Si el autor de las lesiones fue condenado con anterioridad a los descubrimientos, su situación puede reconsiderarse por vía del recurso de revisión previsto en los códigos procesales¹³³.

¹³⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 222.

¹³¹ BONNET, ob. cit., p. 436.

¹³¹⁻¹ DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, ob. cit., t. I, ps. 399/400; DONNA, *Teoría del delito* cit., t. II, § 83, p. 230.

¹³² NÚÑEZ, ob. cit., p. 222.

¹³³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 222; en contra CREUS, ob. cit., p. 91.

2. *Inutilidad permanente para el trabajo*

A diferencia de lo que sucede en el artículo 90, aquí la inutilidad no es por un tiempo mayor al mes, sino para toda la vida. Debe existir un diagnóstico que establezca que la víctima no podrá volver a trabajar¹³⁴.

Si bien en algunas lesiones la inutilidad puede descubrirse a partir del momento de su producción –por ejemplo amputación de ambas manos o pérdida de la visión por destrucción de los glóbulos oculares–, en otros casos es necesario esperar el transcurso de un período evolutivo prudencial para que se consolide la lesión¹³⁵.

3. *Pérdida de un sentido, órgano o miembro*

El concepto de sentido, órgano o miembro ya ha sido analizado supra. Mientras que el artículo 90 se refiere a la debilitación de aquéllos, el delito analizado importa su pérdida.

En cuanto a la afectación de un órgano o miembro, la ley establece que puede tratarse de una “pérdida” del órgano o miembro, o del uso de alguno de ellos. Ello significa que no necesariamente debe tratarse de una pérdida anatómica (amputación) sino que puede ser de carácter funcional (por ejemplo parálisis). Por otra parte, equivale a pérdida la permanencia de una función totalmente inapropiada o rudimentaria (por ejemplo distinguir la luz pero no las formas, arrastrar la pierna sin poder levantarla para dar el paso, etc.)¹³⁶.

La jurisprudencia se ha referido a este delito considerando que la pérdida del bazo es la pérdida de un órgano en los términos del artículo 91 del Código Penal, pues esta norma alude a la pérdida de un órgano o de su uso y no a la de una función, por lo que carece de trascendencia que varios órganos anatómicamente (bazo o hígado) contribuyan a una misma función o que se pueda vivir sin él¹³⁷.

¹³⁴ CREUS, ob. cit., p. 92; SOLER, ob. cit., p. 138; en contra Nuñez, quien sostiene que alcanza con que la inutilidad sea por tiempo duradero.

¹³⁵ RIU y TAVELLA, ob. cit., p. 17.

¹³⁶ Ver SOLER, ob. cit., p. 138; CREUS, ob. cit., p. 92; NÚÑEZ, ob. cit., p. 224.

¹³⁷ Cám. Crim. de Morón, sala II, “Villalba, Omar”, 19-3-92.

4. *Pérdida de la palabra*

Aquí no se trata de una dificultad permanente como en las lesiones graves, sino de la pérdida absoluta de la posibilidad de darse a entender por medio de la palabra. También en este caso es indiferente que se conserve la facultad de emitir sonidos pero sin posibilidad de articular¹³⁸. En cambio, si el sujeto puede expresarse, aunque defectuosamente, el hecho constituye lesiones graves.

El delito no se excluye por la circunstancia de que la pérdida de la palabra pueda suplirse por medio de procedimientos especiales que permitan comunicar las ideas a terceros (signos, palabras escritas, vocalización no lingual, etc.).

5. *Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir*

La ley se refiere a los casos en que la lesión produce incapacidad para reproducirse (esterilidad), por cualquier medio que sea. No se da la hipótesis, en cambio, cuando sólo se ocasiona impotencia para realizar el acto sexual, si la facultad de reproducción permaneció incólume (por ejemplo que el hombre siga produciendo espermatozoides pese a la destrucción de su miembro viril)¹³⁹. Sin embargo en estos casos el hecho también implicaría lesión gravísima pues significa la pérdida del órgano de reproducción, generando también la pérdida de la función sexual¹⁴⁰.

Este tipo de lesión es de observación excepcional en el hombre, producto, la mayoría de las veces, de un accidente o de una agresión con fines de venganza. En cambio en la mujer en muchos casos se da como consecuencia de una intervención quirúrgica. No es infrecuente que en muchas mujeres, en las que sus partos deben ser terminados por una cesárea, en forma repetida, el cirujano proceda a realizar la ligadura de sus trompas a los fines de evitar un próximo embarazo¹⁴¹. Ya hemos visto que la esterilización exige, como requisito para ser lícita, el consentimiento expreso del paciente o sus representantes y la existencia de una indicación terapéutica perfectamente determinada.

¹³⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 224; SOLER, ob. cit., p. 138; CREUS, ob. cit., p. 92.

¹³⁹ CREUS, ob. cit., p. 93.

¹⁴⁰ Ver NÚÑEZ, ob. cit., p. 227.

¹⁴¹ RIU y TAVELLA, ob. cit., p. 17.

El delito analizado puede cometerse contra niños aunque todavía no tengan su capacidad sexual desarrollada, pues la capacidad para engendrar o concebir puede ser presente o futura. En cambio no puede cometerse contra un anciano o una persona que haya perdido dicha capacidad¹⁴².

V. Lesiones calificadas

El artículo 92 establece que:

Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, la pena será: en el caso del artículo 89, de seis meses a dos años; en el caso del artículo 90, de tres a diez años; y en el caso del artículo 91, de tres a quince años.

Las causas de agravación del delito son las mismas que agravan el homicidio, por lo que nos remitimos a lo dicho respecto de esa figura¹⁴³.

Sólo resta aclarar que al igual que lo que sucede con el homicidio, la concurrencia de varios agravantes en el mismo hecho no influyen en la escala penal.

¹⁴² SOLER, ob. cit., p. 139; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 67.

¹⁴³ Ante una eventual reforma de la ley, sería conveniente introducir otras circunstancias calificantes como las previstas en el Código Penal alemán, cuyo artículo 223 a establece: "Cometiéndose la lesión por medio de un arma, en particular un cuchillo u otro instrumento peligroso o por medio de una agresión insidiosa o de varios en común o por medio de un tratamiento peligroso para la vida, la pena es de privación de libertad de hasta cinco años o multa". Una previsión similar puede encontrarse en el Código Penal de España, donde el hecho se agrava si "en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica del lesionado" (art. 148, inc. 1º). También el delito se califica cuando "la víctima fuere menor de doce años o incapaz" (art. 148, inc. 3º). Por otra parte resulta sumamente interesante la previsión del delito de "violencia familiar" efectuada por el nuevo Código Penal español, cuyo artículo 153 dispone: "El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare".

Si bien la ley no indica el tipo de pena a aplicar, es obvio que rigen las mismas especies de pena establecidas en los artículos 89, 90 y 91. Es decir, en caso de lesiones leves calificadas la pena es de prisión. En cambio en el supuesto de lesiones graves o gravísimas la sanción es de reclusión o prisión.

Finalmente, hay que recordar que si las lesiones se cometen con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, sea en el ámbito de concurrencia pública en el que se realice o en sus inmediaciones, sea que el hecho se produzca antes, durante o después del espectáculo (arts. 1º y 2º de la ley 24.192, B. O. del 26-3-93), la escala penal sufre una importante agravación, pudiendo aplicarse accesoriamente alguna de las inhabilitaciones previstas en el artículo 10 de esa ley.

La jurisprudencia se ha referido a distintos aspectos de las circunstancias calificantes:

- a) El fundamento de la calificante prevista en el artículo 92 del Código Penal, en relación con el artículo 80, inciso 1º, se basa en un vínculo de sangre al que no puede asimilarse la prevista en el artículo 14 de la Ley 19.134 de Adopción¹⁴⁴.
- b) Corresponde condenar por lesiones leves al padre que sometió a su hijo adoptivo a malos tratos. La adopción plena hace surgir un vínculo que no resulta ajeno al exigido por el artículo 92 del Código Penal en función del inciso 1º del artículo 80 (del voto del Dr. Vila).
- c) Aun cuando mediere la tramitación de juicio de divorcio, el delito de lesiones leves ocasionadas por un cónyuge al otro resulta agravado por el vínculo si al tiempo del hecho el divorcio no había sido decretado¹⁴⁵.
- d) El poder de corrección no confiere permiso para golpear o lesionar física o psíquicamente a los menores a quienes los jueces deben resguardar cada vez que conocen de maltratos y castigos en su perjuicio (art. 278, Cód. Civ., ley 23.264)¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cám. Nac. Crim., sala V, "Mangone, José", 21-4-89, del voto de la Dra. Catucci.

¹⁴⁵ Cám. Nac. Crim., sala III, "Paz, Juan", 15-8-89.

¹⁴⁶ Cám. Pen. de Morón, sala II, "Vallades, Miguel", 15-8-89.

- e) Constituye el delito de lesiones graves calificadas por alevosía, el accionar del procesado que habiendo decidido matar a su compañera, la encerró y la maniató, comenzando a disparar el arma de fuego, comportamiento que demuestra que obró sobre quien se encontraba en estado de indefensión al tiempo de descargar, alevosamente, su arma (en el caso el procesado desistió voluntariamente del homicidio ayudando a la víctima transportándola al hospital)¹⁴⁷.
- f) La alevosía consiste en obrar sin peligro o riesgo que, para el agresor, entraña la eventual defensa del ofendido o de un tercero, provocando o aprovechando un estado de indefensión de la víctima¹⁴⁸.

VI. Lesiones atenuadas

De acuerdo al artículo 93:

Si concurriere la circunstancia enunciada en el inciso 1º, letra a) del artículo 81, la pena será: en el caso del artículo 89, de quince días a seis meses; en el caso del artículo 90, de seis meses a tres años; y en el caso del artículo 91, de uno a cuatro años.

El único atenuante previsto por la ley es la emoción violenta (ver comentario al art. 81, Cód. Pen.). En cuanto a las lesiones preterintencionales, no se encuentran reguladas, por lo que la cuestión debe resolverse de acuerdo a las reglas sobre concurso de delitos (ver supra).

VII. Concurrencia de atenuantes y agravantes

El decreto-ley 17.567 establecía que el mínimo y el máximo de las penas se aumentarán en la mitad cuando concurriere, además, alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 80, inciso 1º.

El legislador se refería a los casos en que se lesiona en estado de emoción violenta a un ascendiente, descendiente o cónyuge, resolviendo la situación en forma coherente y análoga al artículo 82 del Código Penal.

¹⁴⁷ Cám. Nac. Crim., sala VII, c. 7961, "Jiménez Pacheco", 28-8-87.

¹⁴⁸ Cám. Nac. Crim., sala I, "Rodríguez Mosqueira, Delfin", 3-12-90.

El problema es que la ley 23.077 suprimió el segundo párrafo del artículo 93 generando un importante vacío legal. Frente a ello, la única alternativa es aplicar el principio de ley penal más benigna y considerar que el artículo 93 abarca también los casos en que se lesiona a un ascendiente, descendiente o cónyuge en estado emocional¹⁴⁹.

VIII. Las lesiones culposas

En cuanto a las lesiones culposas, debemos remitirnos al tema del homicidio culposo, ahora con resultado de lesiones, ya que la estructura del tipo penal es la misma.

La entidad de las lesiones sólo tiene consecuencias en cuanto al ejercicio de las acciones, ya que si son leves la acción es pública pero de instancia privada (art. 72, Cód. Pen.), y además, como forma de medir el injusto.

¹⁴⁹ Conf. SOLER, *Derecho Penal argentino*, 1945. En contra Núñez, quien sostiene que se debe aplicar la escala penal del artículo 92 por las reglas del concurso ideal —ob. cit., p. 233—. Sobre este tema ver el trabajo de BACQUE, Jorge A. y NINO, Carlos S., *Lesiones y retórica*, en L. L. 126-966.

CAPÍTULO III

HOMICIDIO O LESIONES EN RIÑA

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Bien jurídico protegido. III. Tipo objetivo. 1. Conceptos de riña y de agresión. 2. Intervención de más de dos personas. 3. Falta de determinación del autor de las lesiones o del homicidio. Ejercicio de violencia sobre la víctima. 4. Resultado mortal o lesivo. IV. Tipo subjetivo. V. El problema de la autoría. VI. Ley 24.192.

I. Antecedentes

Nuestro Código Penal considera en un capítulo separado al homicidio y las lesiones en riña. El texto de los artículos 95 y 96 no ha variado mucho, permanece incólume desde el proyecto de 1891. Sin perjuicio de ello, se han intentado algunas modificaciones al respecto; así analizaremos los distintos proyectos legislativos que se han detenido a efectuar consideraciones sobre la riña y sus consecuencias penales, pues sirven a la hora de ahondar en la interpretación histórica del delito en estudio.

La exposición de motivos del proyecto de 1891 respecto de los artículos 95 y 96 del Código Penal es una crítica lisa y llana del Código Penal de 1887. En dicho Código, en el artículo 98 se contemplaba a la riña o pelea en la que resultasen uno o más muertos, pero se diferenciaban distintas situaciones, a saber:

- 1º Si constaba quién o quiénes dieron muerte, éstos eran homicidas y los que estuvieron de su parte cómplices;
- 2º si la muerte se producía por el número de heridas no mortales en sí, todos los autores de dichas heridas eran homicidas, punibles con la pena mínima del delito, y
- 3º si no constaba quiénes habían realizado las heridas, se establecía una pena de uno a tres años para todos.

Por otra parte, en dicho Código Penal el artículo 121 contemplaba el supuesto de lesiones en riña sin que conste quién era el autor, y se establecía una pena mínima para todos los que estuvieron en contra del herido¹.

Tal como adelantáramos, el proyecto de 1891 se apartó de dicha postura y dejó establecido como premisa que lo que caracterizaba al homicidio o a las lesiones en riña era la imposibilidad de establecer quién o quiénes fueron los autores de las heridas o de la muerte. Por dicha premisa, la comisión entendió que lo previsto en el inciso 1º del artículo 98 del Código de 1887 era absolutamente superfluo y fuera de lugar, no se condecía con las características del delito en cuestión. A continuación, en la crítica de los restantes incisos sostiene que: “Es por otra parte injusto que en este caso en que se aplica pena según una mera presunción *juris*, sean reprimidos todos los que tomaren parte en la riña. Bastará presumir autores de la lesión o de la muerte a los que ejercieron violencia o estuvieron en contra del ofendido”. Así, con el intento de suprimir una ficción de autoría que emana de una presunción amplia, la restringió a aquellos que tomaron parte activamente en el despliegue de violencia respecto del ofendido, pero tal fórmula, como luego se desarrollará, no deja de ser, aunque un poco más restringida, una ficción de autoría.

Por su parte, el proyecto de 1937 (Coll-Gómez) contemplaba al homicidio en riña dentro del capítulo de los homicidios, haciendo lo propio respecto de las lesiones en riña. Mantenía a grandes rasgos el criterio sustentado por el texto legal vigente aunque suprimió, a nuestro criterio, plausiblemente, la expresión “*se tendrá por autores* a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido”. Esquema seguido también por el proyecto Molinario² quien entendió que no existía razón suficiente para considerar a los delitos en análisis en capítulo aparte como delito autónomo³.

¹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino. Parte especial*, 3ª ed., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1983, t. III, ps. 135/136.

² Proyecto no publicado de Código Penal en cuya preparación tuvo papel preponderante, Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, 1952.

³ MOLINARIO, Alfredo J., *Los delitos*, 1ª impresión, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, TEA, Buenos Aires, 1996, t. I, ps. 265.

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

Como puede observarse de la simple lectura del texto propuesto, se suprime la figura de la agresión y se consagra la persecución penal de la mera participación en la riña por considerarla peligrosa para la integridad física de las personas. El resultado muerte o lesiones aparece en dicho proyecto como una agravante de la figura básica de participación en riña, de tal forma que en los casos de riña agravada por el resultado sería perfectamente posible castigar al ofendido por el tipo penal básico, es decir por haber tomado parte en la riña, pues la lesión por él padecida no excluiría la que merece por aquella intervención.

II. Bien jurídico protegido

El homicidio o lesiones en riña ofrece grandes dificultades al legislador, pues en muchas oportunidades es imposible determinar con certeza quién ha provocado el resultado lesión o muerte. Es muy frecuente, incluso, que el resultado mortal haya provenido por la superposición de varias lesiones que consideradas individualmente no podrían haber causado la muerte⁴.

Binding señaló que para resolver estas dificultades se ofrecen dos vías: una, la de castigar la mera participación en la riña de donde resulte muerte como delito autónomo; otra, la de operar con presunciones de causación de la muerte producida en la riña⁵.

El artículo 95 del Código Penal establece que:

Quando en riña o agresión en que toman parte más de dos

⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal español*, 11ª ed., Dykinson, Madrid, 1988, p. 71.

⁵ BINDING, Lehrbuch, 2ª ed., 1902, t. I, ps. 74 y ss.

personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido y se aplicará reclusión o prisión de dos a seis años en caso de muerte, y de uno a cuatro en caso de lesión.

En nuestro derecho, que ha optado por el segundo sistema, es un delito autónomo contra las personas, que supone la intervención de varios individuos en una riña o agresión que trasciende en lesiones u homicidio y no de un caso de participación criminal en esos delitos.

Es un delito de daño efectivo al que le es aplicable lo dicho al analizar el delito de homicidio y lesiones pues, como la denominación del tipo penal lo indica, se trata de la producción de un homicidio o de lesiones en condiciones objetivas y subjetivas particulares. De lo dicho se deriva que esta figura tutela en uno y otro caso la vida o la integridad psicofísica.

Es importante tener en cuenta que todos los conceptos analizados en aquellos capítulos deben tenerse presentes en el estudio de este tipo penal (comienzo y fin de la vida, concepto de persona, etc.).

Tal como adelantamos, en los ordenamientos jurídicos más modernos (italiano, español y alemán) se ha optado por el primer sistema de imputación, con lo cual la figura delictiva se encuentra entre las lesiones; en estos casos el delito no constituye un homicidio en riña, sino que la conducta penalmente relevante está dada por la participación en una riña de la que resulta la muerte de una persona.

III. Tipo objetivo

Como venimos sosteniendo, en nuestra legislación la participación en una riña o agresión no constituye delito en sí misma en tanto y en cuanto no se den los elementos objetivos y subjetivos descriptos en el tipo penal; es decir, no existe el “delito de riña” en nuestro ordenamiento jurídico penal, aquella conducta podrá constituir únicamente una contravención pero no un delito.

Tal como advertimos, el proyecto de 1960 castiga la sola participación en la riña como delito contra la vida, estableciendo una pena

más severa, a modo de agravante si se produce un resultado mortal o lesivo, pero lamentablemente dicho texto no ha cobrado nunca vigencia⁶.

1. *Conceptos de riña y de agresión*

Se trata de un delito autónomo en donde no sólo entran en juego cuestiones subjetivas, que más adelante analizaremos, sino que son de fundamental importancia una serie de condiciones objetivas, positivas y negativas.

Riña es el “súbito acometimiento recíproco y tumultuario, de más de dos personas, de manera que no puede llamarse riña al acometimiento de varios contra uno”⁷.

La riña supone una lucha recíproca y confusa entre más de dos personas, que tiene lugar imprevista e instantáneamente, en forma rápida y desordenada, sin concierto previo, de manera tal que el desenlace sale del dominio de los participantes de la contienda para entrar en el dominio de ésta⁸. La lucha es recíproca, los participantes se agreden unos con otros. La mayoría de los tratadistas entiende que debe ser tumultuaria⁹; en contra de ellos, Creus¹⁰, quien sostiene que tal exigencia no es indispensable en nuestro derecho, pues la confusión sólo puede referirse a las circunstancias que provocan la determinación del autor concreto del daño que sufre la víctima.

Por tumultuario/a se entiende todo aquello que causa tumulto. Tumulto significa confusión, turbación, agitación. De acuerdo a la definición dada parecería que el tumulto debe estar ínsito en la riña o en la agresión, en contra de lo que opina Creus, pues de tal confusión y agitación se derivan las características distintivas de esta figura, por lo menos en nuestra legislación.

⁶ NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Buenos Aires, 1964, t. III, vol. I, ps. 247.

⁷ SOLER, ob. cit., t. III, p. 138.

⁸ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, t. III, vol. I, § 1296.

⁹ Ídem nota 7; NÚÑEZ, ob. cit., p. 248.

¹⁰ CREUS, Carlos, *Derecho Penal*, 2ª ed. actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1988, t. I, p. 98.

Según Nicolini, citado por Núñez, la riña supone una alteración, un embrollo, un rápido y desordenado cambio y suba de tono de palabras y actos de indignación, que enardecida cada vez más se extingue con sangre¹¹.

La riña supone, por naturaleza, la perseverancia de actos violentos, ante los cuales surge la reacción de manera simultánea.

Por agresión se entiende el acometimiento de varios contra uno u otros que se limitan a defenderse pasivamente (evitando ser golpeados pero sin golpear, protegiéndose, etc.) pues si adoptan una defensa activa se trataría de una riña. La agresión debe ser espontánea, debe responder al impulso de la particular decisión de cada uno de los agresores. No se trata pues de aquellos que se ponen de acuerdo previamente para matar o lesionar, en cuyo caso entran en juego las reglas comunes de la participación. La mayoría de las legislaciones modernas ha abandonado como medio autónomo de incriminación del homicidio o lesiones las producidas en agresión, todo queda subsumido dentro de la riña.

Tales conceptos han sido receptados por la jurisprudencia, así se ha sostenido que: "Riña es el súbito acometimiento, recíproco y tumultuoso de más de dos personas, de manera que no puede llamarse tal al acometimiento de varios contra uno, ya que es necesario la reciprocidad de las acciones"¹².

2. Intervención de más de dos personas

Hay quienes sostienen que tratándose de una riña, siendo recíproco el acometimiento, es suficiente con que intervengan como mínimo tres individuos; distinto es el caso en la agresión donde es indispensable que actúen cuatro personas, pues los que agreden deben ser por lo menos tres (más de dos).

No compartimos tal criterio pues se acepta en la riña como intervención típica la de tres individuos, se daría el caso de dos que pelean contra uno y éste contra ellos; no vemos qué es lo que cambia

¹¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 244.

¹² SCJBA, 1-10-48, L. L. 53-8; concordancias: Cám. Fed. de Resistencia, 3-9-57, J. A. 1958-II-525; Cám. Civ. de Mendoza, 6-12-49, J. A. del 29-9-50; Cám. 2ª Civ. de Corrientes, 29-11-35, J. A. 52-631.

en el supuesto de la agresión en la que serían dos los que pelean contra uno que se limita a defenderse, pues lo indispensable es que junto a este requisito vinculado con la cantidad de intervinientes se presenten los restantes exigidos por el tipo penal.

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, sólo se requiere que haya participado en la riña y haya ejercido violencia sobre la persona de la víctima. Es indiferente que esta intervención se produzca desde el inicio o sobrevenga una vez comenzada la contienda. En igual sentido, el sujeto pasivo también puede ser cualquier persona y es aquel que resulta lesionado o muerto como consecuencia de la riña. Puede ocurrir que se trate de un tercero inicialmente ajeno a la pelea, que haya intervenido, por ejemplo, para apaciguarlos.

El hecho de que la riña o agresión trascienda en homicidio o lesiones y que en la producción de dichos resultados hayan intervenido más de dos personas no permite que podamos hablar de participación criminal, por las razones que analizaremos al estudiar el tipo subjetivo del ilícito.

3. Falta de determinación del autor de las lesiones o del homicidio. Ejercicio de violencia sobre la víctima

Es requisito del tipo penal que no conste quién o quiénes provocaron el resultado no querido por la norma. En tal caso por una ficción de autoría serán responsables aquellos que hayan ejercido violencia sobre la persona del muerto o lesionado. De poder dilucidarse quién o quiénes han provocado el resultado obviamente son aplicables las reglas generales de participación y autoría.

La desafortunada redacción del tipo provoca que, toda vez que no se pueda identificar al autor del golpe definitivo, en la producción del resultado es aplicable el tipo penal en análisis, siempre y cuando se den además los elementos requeridos por éste. Tal postura que, en un primer acercamiento, parecería benévola no lo es por cuanto ello implicaría hacer responder como autores de homicidio o lesiones a aquellos intervinientes que únicamente ejercieron violencia sobre la víctima. La postura asumida por el legislador fue criticada en el sentido de que se trata de una presunción de autoría, crítica a la que desde ya adherimos. En verdad nos hallamos, así como se encuentra redactado

el artículo 95, ante un delito de sospecha. La razón de la pena que se impone no puede ser otra que la sospecha, falta de pruebas, presunción de haber contribuido a la causación de un homicidio. Así, podemos decir, al igual que lo ha sostenido Rodríguez Devesa respecto del antiguo Código Penal español, que “el Código establece una presunción muda, pero elocuente de causación”¹³.

Por más que se pretenda lo contrario lo cierto es que, en la práctica, esta figura es aplicable toda vez que se cometa el delito de lesiones u homicidio por varios sujetos y no pueda identificarse cuál de ellos es el autor. Aunque, obviamente, para ello también es necesaria la presencia de los restantes elementos enunciados por el tipo penal.

Para circunscribir lo más posible el ámbito de eficacia de esta figura penal es preciso agotar al máximo la consideración de la posible autoría de uno o varios partícipes con lo cual deberán descartarse todos los casos en los cuales la muerte o las lesiones fueron la obra común de varios sujetos. Es decir, así como en la figura del encubrimiento debe descartarse para su aplicación cualquier forma de participación –acuerdo o promesa anterior–, aquí ocurre algo similar, pues deberá comprobarse la inexistencia de convergencia intencional hacia aquellos resultados, pues de no ser así, queda descartado este tipo y entran a jugar las reglas de la participación y autoría.

“No es que se castigue menos al homicida, porque se ignora quién ha sido, sino que se castiga más a los partícipes de la riña por ignorarse cuál de ellos fue el homicida, es una ampliación de rigor, no de benignidad”¹⁴, con todo lo contradictorio y violatorio de los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia que tal afirmación implica.

Las legislaciones modernas siguen distintos criterios para castigar a los participantes en una agresión o riña punible por el resultado “muerte” o “lesiones”. A veces se castiga la simple participación en la riña o agresión (Cód. Pen. español de 1995); en otros casos se castiga la participación en ella pero se requiere como condición objetiva de punibilidad la producción de un resultado muerte o lesiones (Cód.

¹³ RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit.

¹⁴ CARRARA, ob. cit., t. III, vol. I, p. 428.

Pen. alemán, § 227; Cód. Pen. italiano, art. 588). En otros casos, como en nuestra legislación, cuando en una riña o agresión se produce una muerte o lesiones se castiga, ante la imposibilidad de determinar quién o quiénes han producido el resultado, únicamente a los participantes que han ejercido violencia sobre la víctima. De acuerdo a dicho criterio sólo estos últimos pueden ser considerados autores.

La exigencia de tal requisito no descarta la presunción de autoría que venimos refiriendo.

En cuanto al requisito del ejercicio de violencia sobre la víctima queda abarcada toda violencia física desplegada efectivamente sobre el cuerpo de la víctima (golpear, empujar, sujetar, etc.) aunque no sea a mano armada. Núñez es un poco más amplio y considera que constituye violencia sobre la persona del ofendido tanto los disparos de arma que se le dirigen y las piedras que se le arrojan como los puñetazos que no lo alcanzan¹⁵. Contrariamente no debe entenderse por violencia, en el sentido de la norma en estudio, la ejercida sobre otras personas distintas de la víctima, ni tampoco los actos de violencia que no tienen un sujeto pasivo determinable, por ejemplo, disparos al aire.

El presente criterio, denominado comúnmente “ficción de autoría”, no resulta atrayente, pues no se condice con los más elementales principios que rigen la responsabilidad penal. Frente a ello, Soler sostiene que en el caso de nuestro Código Penal dicho mal se encontraría atenuado porque el artículo 95 es más exigente, pues fija la condición sobre la cual se apoya la imputación del resultado de la riña —ejercicio de violencia sobre la persona—, en base a ello sostiene que resulta sumamente improbable que sea imputado con injusticia cualquier sujeto¹⁶.

Con todo el respeto que nos merece la opinión de Soler, entendemos que si bien se intentó circunscribir lo más posible la imputación, no puede descartarse la posibilidad de incriminar al autor de lesiones un homicidio, o incluso a aquel que en medio de la lucha ejerció violencia insignificante, incapaz de producir la muerte.

¹⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 250.

¹⁶ SOLER, ob. cit., t. III, p. 142.

Dentro de las limitaciones que el artículo 95 ofrece, en muchos casos se ha logrado circunscribir lo más posible la imputación del resultado a quienes ejercieron un grado importante de violencia; así la jurisprudencia nos presenta los siguientes ejemplos interpretativos al respecto: “El artículo 95 del Código Penal, no reprime el simple hecho de participación en una riña calificada por el resultado, sino el haber ejercido violencia sobre un sujeto que resulta muerto o herido, sin saber quién causó el resultado final [...] No es cualquier violencia la tenida en cuenta por el artículo 95 de la ley represiva para hacer funcionar la presunción legal, sino aquel tipo de violencia que sea idónea para causar el resultado que se sanciona [...] Todos los que hayan intervenido en una riña ejerciendo violencia sobre otro que resulta a la postre muerto o herido, desconociendo los causantes de ese resultado, resultan coautores del hecho resultante”¹⁷.

“No se da la figura de lesiones en riña, aunque intervengan varias personas, cuando puede establecerse quiénes fueron los autores de las lesiones”¹⁸.

“No corresponde calificar el hecho de homicidio en riña, no obstante que la víctima fue atacada por varios sujetos y que todos hicieron fuego contra ella, si se prueba que falleció a consecuencia de la herida que le produjo uno solo de sus agresores, a quien se individualiza por el calibre mayor del arma empleada”¹⁹.

4. *Resultado mortal o lesivo*

Para que la participación en una riña sea punible, a los elementos ya analizados debe adicionarse como condición indispensable que de ella haya resultado muerte o lesiones. El resultado mortal o lesivo debe derivar de la actividad desplegada por cualquiera de los intervinientes, es decir, es necesario probar el nexo de causalidad entre las agresiones físicas y el resultado prohibido por la norma.

¹⁷ Cám. Civ. de San Nicolás, 31-10-61, L. L. 106-265; concordancias: Cám. 1ª Apel. de Corrientes, 18-12-45, L. L. 41-113; STJ de Entre Ríos, 31-5-46, L. L. Rep. IX-576, sum. 36; Cám. Civ. de Cap., 2-10-25, J. A. 18-310.

¹⁸ Cám. Apel. de Rosario, 2-4-59, L. L. Rep. XX-793, sum. 2; J. 14-142. Concordancias: STJ de Entre Ríos, 30-9-42, L. L. Rep. IV-613, sum. 52.

¹⁹ Cám. 2ª Apel. de Corrientes, 10-6-50, J. A. 1950-IV-817.

No es aplicable la presente figura delictiva cuando la muerte o la lesión proviene de causas totalmente ajenas a la riña, contrariamente sí es aplicable aun cuando esos resultados se producen respecto de una víctima ajena a la reyerta pero a causa de la disputa. Es decir, el agravio a la vida y/o integridad física debe derivar de las violencias ejercidas durante la riña o agresión.

IV. Tipo subjetivo

En la doctrina nacional casi con unanimidad se entiende que lo que caracteriza a este delito desde el punto de vista subjetivo es la ausencia de convergencia intencional respecto del resultado lesiones o muerte, pues de existir ella la figura delictiva en análisis resultaría desplazada por los principios comunes de la participación. Según Núñez los autores de la riña son arrastrados súbitamente, es decir movidos por el impulso que emerge del ánimo exaltado²⁰.

Se dice que en el tipo delictivo en estudio se da una especie de comunidad repentina de acciones que convergen sobre las mismas personas, existe una mera coincidencia temporal de acciones aparentemente comunes pero internamente autónomas que se dirigen en parte a agredir, a causar lesiones o incluso la muerte.

Por su parte, Laje Anaya refiere que el aspecto subjetivo de este delito se caracteriza porque en él está ausente la intención específica de provocar los resultados producidos y que por lo tanto actuaron respecto de ellos con “dolo indeterminado”. Quien coincide con ello es Carrara, pero no puede incluirse en nuestro esquema penal la opinión de tan ilustre jurista, pues responde al análisis de una norma penal totalmente diferente a la que ostenta nuestra legislación, pues en el sistema penal al que él se refiere, el homicidio en riña se entiende como una forma de los homicidios provocados. Así, no queda claro en nuestro esquema penal qué debe entenderse por dolo indeterminado. Si por ello se quiere decir que no existe convergencia intencional de los participantes de la riña en la producción de un resultado determinado, en ello todos coincidimos, pero tal conclusión inevitablemente nos lleva a otro terreno, ¿si no hay dolo, entonces qué hay?

²⁰ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 245/246.

De acuerdo a las opiniones citadas, siempre se hace referencia a la ausencia de la intención de matar o lesionar con lo cual no se da una acabada respuesta a la composición del tipo subjetivo del delito previsto por el artículo 95 del Código Penal.

Así, no han faltado autores que para responder dicho interrogante han sostenido que el homicidio efectuado en riña debe castigarse únicamente como culposo²¹, pues de acuerdo a los principios científicos no quedaría otra posibilidad. Giuliani, partidario de esta opinión, agrega que ya las legislaciones romanas así lo establecían. A criterio de Carrara se ha hecho una interpretación errónea de las antiguas leyes, pues para determinar los límites entre el dolo y la culpa se hacía hincapié en la naturaleza del elemento empleado para agredir en la riña. Es importante tener en cuenta, para no llegar a una conclusión errónea al analizar dichos cuerpos legales, que los romanos no conocían la diferencia entre homicidio culposo y preterintencional, con lo cual, para ellos, ambos eran culposos, contrariamente a la posición actual que incluye a ese segundo grupo entre los homicidios dolosos. Tomando el ejemplo de aquel que esgrime un arma en la lucha contra sus adversarios y no prevé las consecuencias de su obrar, ni tampoco pretende dar muerte a su contrincante, sino que intenta únicamente devolver golpe por golpe y desfogar una cólera ciega, causándole al enemigo cualquier daño pero indiferente –por no advertirlo dentro del calor de la lucha– a la mayor o menor cantidad de daño que ocasiona. Esto nos lleva a sostener que quienes lo presentan como culposo en realidad se refieren a un ilícito doloso a título de dolo eventual, ello para resolver de alguna forma el problema del elemento subjetivo, aunque siempre queda pendiente el determinar si todos los que participaron en la riña y que han ejercido violencia sobre la víctima han obrado en esa dirección, pero este tema vuelve al gran problema que presenta esta figura delictiva –ficción de autoría– y que a continuación desarrollaremos.

Carrara se opone a la forma culposa, pues sostiene que únicamente puede llegarse a él cuando se logra probar de hecho que el heridor no sólo no previó, sino que ni siquiera pudo prever como posible que

²¹ GIULIANI, vol. II, ps. 296, 297, 302 y ss., cit. por CARRARA, ob. cit., t. III, vol. I, ps. 415 y ss.

de sus golpes fuera a seguirse la muerte, y esta imprevisión excepcional sería el único caso rarísimo en que pudiera hablarse de mera culpa, pues se tendría un caso fortuito incidiendo en el acto perverso.

También podría decirse que existe dolo respecto de las lesiones, pues ellas están ínsitas en la lucha propia de la riña o agresión y que el resultado muerte podría acontecer en forma culposa, con lo cual estaríamos muy cerca del homicidio preterintencional, lo que nos llevaría a plantear la cuestión de la innecesariedad de esta figura pues alcanzaría con la del artículo 81, inciso 1º, b, pero nuevamente, con la redacción vigente del artículo 95, volvemos a incurrir en el gran problema de la autoría, pues una de las características de este tipo penal es la imposibilidad de determinar quién o quiénes han sido los provocadores del resultado. De acuerdo a lo expresado las lesiones provocadas en riña serían dolosas y la muerte preterintencional, pero tal conclusión no se compadece con la redacción del tipo, pues no se hace una discriminación entre uno y otro resultado, ambos se mencionan en aparente igualdad de condiciones y además tampoco resultarían coherentes las escalas penales del presente delito con las previstas respecto del homicidio preterintencional, con lo cual también descartamos esta posición.

Así las cosas, lo que puede sostenerse sin lugar a dudas es que el dolo es el de participar en una riña agrediendo, pero nunca el de homicidio²².

V. El problema de la autoría

Todo el problema para la delimitación del elemento subjetivo surge en definitiva porque, como ya lo hemos sostenido a lo largo de este análisis, la figura del artículo 95 responde al esquema de la teoría del autor incierto. Si no existiera este tipo penal nos obligaría a dejar impunes a quienes hayan participado en la riña en tanto y en cuanto no pueda probarse que ellos han causado las lesiones o muerte de la víctima. Pero tal solución evidentemente no ha sido bien vista y se ha optado, de una u otra forma, por reconocer una responsabilidad

²² DONNA, Edgardo A., *El homicidio en riña en su aspecto dogmático*, en *Doctrina Penal*, 1990, año 13, p. 311.

común en todos los participantes de la riña, agregándole algunos requisitos, según las diversas legislaciones para tratar de circunscribir lo más posible la autoría. Así se han incorporado al delito concebido de esa forma, condiciones tales como el haber ejercido violencia sobre la víctima, el haber puesto mano sobre ella, el haber utilizado armas peligrosas, etcétera. Pero ninguno de estos requisitos soluciona el problema planteado, pues nadie puede aplicar la figura con plena tranquilidad de conciencia en cuanto quien resulta condenado efectivamente causó el resultado ilícito, por el simple hecho de haber ejercido violencia, haber puesto mano o esgrimido un arma. Es aparente la ventaja, pues “ejercer violencia sobre la víctima” es una expresión vaga que, en definitiva, bajo la apariencia de resguardar los principios de culpabilidad, los violenta²³. ¿Es acaso equivalente la situación del contrincante que dio un golpe mortal con la de aquel que sólo dio un pellizcón? Tal interrogante no resiste el análisis, la respuesta es obvia a la luz de los principios que guían la culpabilidad en nuestro sistema penal.

Molinario²⁴ sostuvo que el codificador optó por aplicar un principio similar al denominado “complicidad correspectiva”²⁵, ya que no era posible valerse de las reglas comunes de la coparticipación, pues la complicidad requiere inevitablemente la existencia de un autor principal y de un concierto intencional de voluntades dirigido a las lesiones o muerte. La aplicación de los principios de la complicidad correspectiva hacen que disminuya la sanción establecida para el delito, generalizándose a todos los intervinientes en la agresión o riña. De esta forma el legislador ha intentado solucionar el problema planteado.

Por considerar que dicha redacción es violatoria de los principios de culpabilidad y de la presunción de inocencia, las legislaciones modernas (Cód. Pen. alemán, español, italiano, etc.) han suprimido esta forma de represión de la riña inclinándose más hacia la represión con una pena menor a la participación en riña, en cuyo caso, de acontecer los resultados lesiones y/o muerte y desconocerse quiénes han sido

²³ DONNA, ob. cit., p. 311.

²⁴ MOLINARIO, ob. cit., t. I, p. 268.

²⁵ Enunciada por un autor italiano llamado Nicolini.

los autores, se les imputaría la mera participación en riña como delito que pone en peligro la integridad física de las personas. En el supuesto hipotético de que pueda determinarse quién o quiénes han provocado el resultado ilícito quedan dos posibilidades:

- a) Que exista un concurso ideal entre este delito y el de lesiones u homicidio, o
- b) establecer un sistema subsidiario, como ocurre con las lesiones leves o con la violación de domicilio, en el que la figura de la riña quede subsumida en la más grave (arts. 90 y 91 o 79).

Éstas serían las soluciones que consideramos más correctas en resguardo de los principios vulnerados por el artículo 95.

Así, la estructura que este delito ostenta en las legislaciones más modernas ha abandonado el problema del autor incierto, pues tal redacción inexorablemente constituye una ficción de autoría que se enfrenta a los principios de culpabilidad unánimemente admitidos por los códigos modernos y tras la repugnancia que puede provocar el dejar impune una muerte o lesiones por la circunstancia de no poder determinar quién ha sido el autor se recurre a algo que es mucho peor, la posibilidad de incriminarle a alguien un resultado delictivo que no cometió.

Así, en el Código Penal español optaron por la supresión de los antiguos delitos de homicidio y lesiones en riña tumultuaria por infringir gravemente los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia, y han creado un tipo delictivo de nuevo cuño, en el artículo 154, para resolver el problema de la participación en riña como tal, al margen de los resultados que se produzcan, imputables conforme a las reglas generales. El tipo penal de dicho código no castiga, pues, la mera participación en riña, sino la participación utilizando medios o instrumentos peligrosos; la mera participación es, por tanto, impune como tal. El amenazar o sacar las armas en una riña es punible sólo como una falta, de tal forma que si no puede identificarse a los autores del homicidio o de las lesiones, la imputación queda allí circunscripta. La ventaja que tiene el nuevo modelo frente al anterior es que prescinde de las recusables presunciones de culpabilidad que anteriormente se daban, y de condiciones objetivas de punibilidad que si bien restringían

el tipo, no tenían que tener ninguna relación de adecuación con la participación en riña como tal²⁶.

El artículo 154 del Código Penal español reza: “Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de seis meses a un año o multa superior a dos y hasta doce meses”.

El Código Penal italiano adopta semejante criterio en su artículo 588, aunque con diferencias importantes respecto del esquema español, pues en él se incrimina la mera participación en riña con una pena menor y como agravante se prevé la participación en una riña en la que resulten muerte o lesiones, pero la incriminación responde a la participación en ese tipo de reyerta, no por una cuestión de falta de identificación del autor. Incluso se extiende temporalmente el tipo a los momentos ulteriores a la lucha si esos resultados no queridos se dan, aunque posteriormente, como consecuencia de la riña. El elemento subjetivo de tal delito está constituido por la conciencia y voluntad de participar en la lucha con ánimo ofensivo²⁷.

El artículo 588 del Código Penal italiano dispone: “Quien participe en una riña será sancionado con una multa de hasta 600.000 liras.

”Si durante la riña alguien muere o sufre lesiones personales, la pena, por el solo hecho de la participación en la riña, será de reclusión de tres meses a cinco años. La misma pena se aplicará si la muerte o las lesiones personales, se producen inmediatamente después de la riña y como consecuencia de aquella”.

El Código Penal alemán soluciona los problemas que plantea el tratamiento del tipo de la riña. Dicho ordenamiento jurídico considera a la participación en riña como típicamente peligrosa y castiga dicha intervención si se produce, como consecuencia de ella, la muerte o lesiones graves de al menos una persona, resultados éstos que son

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, 10ª ed., Tirant Lo Blanch Libros, ps. 125 y 126; LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho Penal español. Parte especial*, 2ª ed., Tecnos, 1996, ps. 82. DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, ob. cit., t. I, ps. 490 y ss.

²⁷ BELTRANI, Sergio; CARINGELLA, Francesco y MARINO, Raffaele, *Codice Penale anotato con la giurisprudenza*, Simone, 1994, ps. 1357/1360.

considerados como condiciones objetivas de punibilidad. Únicamente se le exige al autor haber intervenido con culpabilidad en la reyerta.

El artículo 227 del Código que venimos comentando dispone: “Habiéndose causado la muerte de un hombre o una lesión corporal grave por una riña o un ataque cometido por varios, es penado cada uno de los que participaron en la riña o ataque, por esta participación, con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa, siempre que no haya intervenido sin su culpabilidad”.

En base a lo expuesto y siguiendo los ejemplos de las modernas legislaciones, entendemos que la actual redacción del artículo 95 de nuestro Código Penal, interpretada de modo clásico, es inconstitucional, pues violenta los principios más elementales de culpabilidad y de presunción de inocencia. Si no quiere reprimirse penalmente una conducta que en la actualidad constituye tan sólo una falta, otra solución estaría dada por la penalización de la participación en riña que haya producido como resultado una muerte o lesiones –condiciones objetivas de punibilidad–.

Pero de lo que no hay duda es de que la participación en una riña lleva a que los actuantes no midan la proporción de los actos y entren en un ámbito de excesos. En base a ello, la sola participación en la riña es ya un factor de peligrosidad que se relaciona con el desvalor del acto ya que en ella la vida y la integridad corporal corren riesgos²⁷⁻¹.

Solamente interpretada de esta manera puede salvarse la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

VI. Ley 24.192

Cuando estos delitos fueran cometidos con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo, la ley 24.192 prevé una agravación de la pena de un tercio de la escala dispuesta en el Código Penal. En síntesis, dicha ley prevé una agravante de los tipos penales desarrollados.

²⁷⁻¹ DÍEZ RIPOLLES y GRACIA MARTÍN, ob. cit., t. I, p. 500.

CAPÍTULO IV

DUELO

SUMARIO: I. Problemas que genera su incriminación. II. Bien jurídico protegido. III. Duelo regular. 1. Tipo objetivo. 2. Tipo subjetivo. 3. Consumación. 4. Tentativa. 5. Participación. 6. Penalidad. IV. Duelo irregular. 1. Participación. 2. Relación con el abuso de armas. 3. Duelo irregular y legítima defensa. V. Instigación al duelo y menosprecio por causa caballeresca. 1. Instigación al duelo. 2. Menosprecio por causa caballeresca. VI. Duelo sin causa de honor. VII. Combatiente desleal. VIII. Alevosía en los padrinos. IX. Duelo a muerte.

I. Problemas que genera su incriminación

Con respecto a la incriminación del duelo existe una larga discusión donde resulta notable la influencia de diversas concepciones sociales, políticas y religiosas. Se puede decir que existen tres criterios distintos:

- a) Para un sector el duelo debería ser impune. Tal es la opinión de Pacheco, quien sostiene que la legislación no ha logrado ningún resultado efectivo, no obstante las sanciones que se han fulminado contra los autores de este delito y ello porque semejante hecho tiene su razón de ser en algo que arraiga en el mismo fondo del corazón del hombre y que se sobrepone a todas las sanciones que puedan establecer las leyes. También se alega en favor de la impunidad que el consentimiento de ambos duelistas quita de toda ilicitud al acto (Bentham)¹.

Dentro de esta corriente el proyecto de 1891 desincriminó lisa

¹Véase MOLINARIO, Alfredo J., *Los delitos*, Tea, Buenos Aires, 1996, preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, t. I, ps. 273/4.

y llanamente el duelo regular alegando que “el duelo desaparecerá de la sociedad cuando ésta pueda proporcionar todos los medios de reparación de las ofensas; las represiones directas quedarán escritas en la ley para descrédito de la misma, mientras no se provea a aquellos medios; la falta de los mismos puede colocar al ofendido en un verdadero estado de legítima defensa, desde que no encuentre otro medio racionalmente necesario para contener la difamación que el duelo; el estímulo del honor hará siempre que se mire con benevolencia y que se disculpe a los duelistas”².

- b) Según otro criterio no habría que hacer ninguna diferencia entre el duelo y los hechos comunes de homicidio y lesiones. Esta postura adopta Molinario, quien critica la posición del proyecto de 1891 señalando que si se reconoce que la legislación vigente no ofrece los medios necesarios para reparar todas las ofensas al honor, lo que debemos hacer es modificar la legislación vigente, porque no hay contienda entre hombres que por hombres no pueda ser resuelta según las leyes de la razón y no por el imperio de la fuerza. Agrega que aceptar la licitud del duelo importa un alzamiento al principio de toda sociedad civilizada de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo y de que no es la fuerza el mejor medio de establecer quién tiene la razón. Por esos motivos el autor sostiene que el duelo cruento (que produce lesiones o muerte) debería reprimirse como homicidio o lesiones. El sistema de legislar al duelo como delito de excepción debe desaparecer de nuestra legislación, pues no existen razones para acordar esta suerte de privilegios para este género de muerte o lesiones, acontecidas a raíz de episodios que no se justifican ni ante el derecho ni ante la moral, ni ante la razón natural³.
- c) Para la tercera posición, el duelo debe ser reprimido en forma más benigna que el homicidio o las lesiones. Como sostiene Fontán Balestra, los verdaderos fundamentos jurídicos que jus-

² Ídem nota anterior, p. 273.

³ Íbidem, p. 277.

tifican la aplicación de una escala penal más benigna son el móvil que inspira el hecho y el consentimiento de las partes⁴.

Sin lugar a dudas ésta es la posición que adopta nuestro Código y que por otra parte parece ser la más acertada. Por un lado no puede discutirse que este tipo de hechos deben ser castigados por el Estado. Razones de prevención y política criminal exigen que se evite con todos los medios posibles la “privatización de los conflictos”. El Estado al reprimir este delito procura que todos los individuos recurran a la justicia para resolver sus disputas.

Sin embargo, no puede discutirse que una muerte causada en un duelo es mucho menos grave que un homicidio simple. Como se afirmara en el proyecto de 1960 de Sebastián Soler, entre las lesiones o el homicidio y el duelo median muchas diferencias: un motivo de honor, un afrontamiento valiente del peligro propio, una cuidadosa tarea de eliminación de toda ventaja, un serio intento de evitación del lance y una prevención de otras violencias desordenadas y desequilibradas⁵.

Un aspecto interesante es analizar qué sucedería si el delito de duelo fuese derogado. La circunstancia de que en la actualidad el tipo está en desuso, genera la duda acerca de la conveniencia o no de su derogación. Concretamente resulta de vital importancia determinar si en caso de derogación del duelo, la acción del combatiente que lesiona o mata a su adversario sería atípica o debería encuadrarse en la figura de lesiones u homicidio.

En el caso del duelo, ambos combatientes deciden enfrentarse en forma voluntaria, por ello se podría pensar que existe un consentimiento que convertiría en atípica la conducta. Sin embargo, es unánime la doctrina en el sentido de que para que el consentimiento sea válido el bien jurídico debe ser susceptible de disposición. De allí que no son disponibles para sus titulares los denominados bienes *irrenunciables*, entre los que cabe considerar a la vida humana⁶.

⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed. actualizada por el Dr. Guillermo A. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. IV, p. 329.

⁵ Nota al art. 31, *Proyecto de Código Penal*, Editora Oficial, Buenos Aires, 1960, p. 80.

⁶ MAURACH y ZIPF, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed., trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 292. En igual

Tampoco podría sostenerse la impunidad desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva. Según la misma, la imputación se excluye en los casos en que simplemente se *fomenta la autolesión* de un sujeto que actúa libre y responsablemente, salvo que el hecho constituya un delito especial. En estos supuestos, no hay aumento del riesgo, sino que el peligro es asumido por la propia víctima⁷.

Sin embargo, ello puede funcionar cuando el que se *autolesiona o asume el riesgo* es la propia víctima, pero no cuando la lesión es causada por un tercero como sucede en el delito analizado⁷⁻¹.

En consecuencia, de no regularse el duelo como un delito especial, resulta claro que el sujeto que lesiona o mata responderá por lesiones u homicidio. Obviamente el hecho de que haya habido una “*aceptación voluntaria del combate*” por parte de la víctima debería ser tenido en cuenta al momento de fijar la pena dentro de la escala respectiva.

II. Bien jurídico protegido

Respecto del bien jurídico protegido existen dos corrientes que pueden calificarse como las más importantes:

- a) Algunos entienden que el duelo es un delito contra la administración de justicia⁸. Señalan que la intención real de los duelistas es sustituir la fuerza pública por la privada y el juicio de los magistrados por el de las armas. Aunque también se aclara que en caso de duelo cruento (que produce lesiones o muerte), además del bien jurídico de la administración de jus-

sentido Hans Heinrich Jescheck (*Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 339), quien señala que el consentimiento en la propia muerte resulta irrelevante, ya que la muerte, fuera del caso del suicidio, no se halla sometida a la libertad de decisión personal.

⁷ Por ejemplo el sujeto que aceptó voluntariamente correr una carrera de autos con los ojos vendados, no puede luego acusar de lesiones culposas a los otros participantes.

⁷⁻¹ Un examen crítico de la teoría en DONNA, *La teoría de la imputación objetiva*, Belgrano, 1997.

⁸ CARRARA, *Programa de curso de Derecho Criminal*, id Opuscoli, 5ª ed., vol. III, p. 201; MOLINARIO, ob. cit., p. 278.

ticia se lesiona el derecho a la vida o integridad física. Habrá entonces un concurso de bienes violados.

- b) El criterio mayoritario, en cambio, considera que es un delito contra las personas, ya sea por el daño que se causa a la vida o integridad física, o por el peligro que implica para las mismas. Si tenemos en cuenta la ubicación del tipo penal analizado en el Código Penal, no hay dudas de que el fundamento de la punibilidad del duelo reside en el peligro que entraña para las personas⁹.

III. Duelo regular

Según el artículo 97 del Código Penal:

Los que se batieren en duelo, con intervención de dos o más padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

1º) Con prisión de uno a seis meses, al que no infiriere lesión a su adversario o sólo le causare una lesión de las determinadas en el artículo 89;

2º) Con prisión de uno a cuatro años, al que causare la muerte de su adversario o le infiriere lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91.

El artículo se refiere al llamado duelo regular, es decir, al combate entre dos personas a raíz de un desafío por causa de honor, con armas elegidas y condiciones predeterminadas por dos o más padrinos mayores de edad que asisten como testigos¹⁰.

1. Tipo objetivo

1) *Sujetos*: los autores del delito son los sujetos que se batan en duelo. Estamos en presencia de un caso de codelinuencia necesaria. La ley no indica cuál es el número de combatientes, pero la mayoría de la doctrina, siguiendo el concepto tradicional de duelo, entiende que debe tratarse de una lucha entre dos personas.

⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1992, t. 3, p. 158; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 330; CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1988, t. I, p. 103; LAJE ANAYA y GAVIER, *Notas al Código Penal argentino*, Marcos Lerner, Córdoba, 1995, t. II, p. 73.

¹⁰ Definición de NÚÑEZ, ob. cit., p. 263.

No se exigen ciertas cualidades adicionales en los combatientes como el sexo, edad o condiciones morales. Como sostiene Núñez la ley se aparta así del código de honor que excluye a las mujeres, a los menores, a los indignos y a los deudores. El Código Penal no es el código de honor legalizado y, por consiguiente, no considera una situación de honor para regularla y resolverla como tal, sino que, atendiendo a las modalidades de la delincuencia de sangre mira al duelo como un atentado peligroso para las personas, cuya especialidad reside en su causa y en los resguardos con que se desenvuelve la lucha. Resulta gravemente injusto que sólo en razón de su sexo, edad, indignidad o cualquier otro impedimento para ser autor de un duelo de honor se prive al duelista del privilegio que la letra de la ley no restringe y se lo remita a las penas ordinarias de las lesiones o del homicidio, a pesar de que estos hechos y el duelo son intrínsecamente distintos¹¹.

Coincidimos con la opinión de Núñez, pues exigir en los sujetos requisitos que no están estipulados en la ley constituye un procedimiento manifiestamente inconstitucional, ya que implica una clara violación de los principios de legalidad e igualdad ante la ley¹². Es que no debemos perder de vista que al excluir al sujeto como posible autor de duelo se lo deberá juzgar necesariamente por homicidio o lesiones.

2) *El combate*: el duelo se caracteriza por una lucha o combate entre dos sujetos. Necesariamente debe existir una pelea (ataque y defensa) entre los dos participantes. De ahí que la doctrina considera que no constituye duelo el llamado “duelo a la americana” o la de-

¹¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 264; en igual sentido CREUS, ob. cit., p. 104; en contra, Molinario quien señala que desde el momento en que el duelo es una institución venida de la tradición, va de suyo que las damas no se pueden batir entre ellas ni hay duelos mixtos. Según las reglas tradicionales, las damas se baten “por representación”, es decir, que algún caballero debe salir en su defensa (ob. cit., p. 283).

¹² Excluir del tipo penal analizado a personas en razón de su sexo, edad o condiciones morales y someterlas a las penas comunes del homicidio o lesiones, constituye un procedimiento discriminatorio, violatorio del principio de igualdad. Recordemos que según la Corte, la igualdad se traduce en “el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias” (“Martínez”, *Fallos*: 312:826 y “Gómez, Federico”, *Fallos*: 312:851).

nominada “ruleta rusa”¹³. En estos casos no existe ningún combate sino que el resultado queda librado a la suerte.

3) *Los padrinos*: para que el duelo sea regular es imprescindible la intervención de dos o más padrinos. La actuación de estas personas es el elemento fundamental que se tiene en cuenta para considerar al duelo regular como un tipo atenuado. Ello así, porque los padrinos se encargan de prever todas las reglas y condiciones como para que el combate sea lo más justo e igualitario posible. Además, por lo general tratarán de evitar la lucha y llegar a un entendimiento pacífico; de manera tal que sólo se recurra al duelo cuando éste no haya podido ser evitado por terceros menos apasionados. Como vemos, la función del padrino es poner cierta “mesura” y racionalidad en el duelo, evitando que éste se transforme en una lucha sangrienta y sin límites.

La ley exige que los padrinos elijan las armas y establezcan las demás condiciones del combate. Como explica Núñez, su función comienza cuando actúan como portadores y tramitadores del desafío. Una vez concertado éste, establecidas las armas, elegidos el director del lance, las condiciones del combate, el terreno y demás circunstancias, los padrinos deben asistir al duelo como testigos para llevar hasta los últimos efectos su misión de control¹⁴.

Teniendo en cuenta el papel que cumplen los padrinos, ellos deben ser personas responsables, exigiendo la ley expresamente que sean mayores de edad. Además, y aunque el texto legal no lo indica, se presume que deben contar con la capacidad mental necesaria, dada la función limitadora que se les exige¹⁵. En cambio el Código no hace distinción alguna en cuanto al sexo, ni otras características de los padrinos.

El legislador ve de modo tan favorable la intervención de los padrinos que en la mayoría de los casos son impunes, imponiéndoles una pena en casos excepcionales. Sólo se los castiga cuando el duelo se concierta a muerte o bien cuando utilicen alevosía en perjuicio de

¹³ SOLER, ob. cit., p. 160; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 332; NÚÑEZ, ob. cit., p. 261; todos ellos consideran esos supuestos como instigación al suicidio.

¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 268; LAJE ANAYA y GAVIER, ob. cit., p. 74.

¹⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 268; CREUS, ob. cit., p. 106.

algún combatiente¹⁶, pero fuera de esos casos no son punibles, ni siquiera a título de partícipes. Como sostiene Soler, nuestra ley implícitamente suspende la aplicabilidad de los principios generales de la participación. Resultaría algo contradictorio castigar a un partícipe cuya presencia la ley reputa necesaria precisamente para atenuar considerablemente la escala penal¹⁷.

Además de ello, otro argumento para sostener la impunidad del padrino surge del artículo 103. Esta norma establece que si el duelo se concierta a muerte, el padrino es sancionado con multa cuando aquélla no se produce. Es evidente que para un hecho mucho más grave se está imponiendo una pena mucho menor de la que correspondería en caso de que se sostenga la punibilidad de los padrinos como cómplices del duelo simple¹⁸.

4) *Las armas*: para que exista duelo, el combate necesariamente debe ser con armas. No entran en este capítulo las peleas a puño, aunque estén previamente concertadas. Esto puede tener consecuencias contradictorias, pues el empleo de un medio menos ofensivo se sanciona de manera más grave que el empleo de una pistola o una espada.

La doctrina explica que la razón está en que las armas del duelo tienden a establecer una cierta paridad entre los duelistas, y tal requisito no es posible en el combate basado en la pura fuerza¹⁹.

Pensamos que la exigencia de que el combate se lleve a cabo con armas, resulta sumamente criticable. Una pelea sin armas puede ser pactada en perfectas condiciones de igualdad (por ejemplo si la fuerza de los luchadores es pareja), por lo que resulta manifiestamente injustificado que, en ese caso, los combatientes sean penados como autores de lesiones y no se vean beneficiados por la atenuación prevista para el duelo regular.

De cualquier manera, está claro que, tal como está nuestra ley, la utilización de las armas constituye un elemento exigido por el tipo penal analizado, por lo que no se puede prescindir del mismo.

¹⁶ Ver arts. 102 y 103 del Cód. Pen.

¹⁷ SOLER, ob. cit., p. 164 .

¹⁸ Ídem nota anterior, p. 165.

¹⁹ Ídem, p. 160.

La ley, a diferencia de otras legislaciones, no exige que las armas empleadas sean mortíferas²⁰. Pero sí es requisito que se trate de armas propias. Por otra parte hay que aclarar que el Código admite el empleo de cualquier arma propia, no siendo necesario la utilización de las armas que tradicionalmente se usan en el duelo.

5) *Condiciones de igualdad*: se sostiene que otra de las características del duelo es que las condiciones pactadas impliquen cierta igualdad entre los combatientes. Así, las armas deben ser equivalentes y los luchadores también deben guardar cierta paridad. A título de ejemplo se dice que no hay duelo posible entre un sujeto normal y un ciego²¹.

En realidad la ley no exige que las condiciones, los combatientes y las armas sean igualitarias. El único límite legal está en que se utilice algún procedimiento alevoso en perjuicio de uno de los combatientes. Pensamos que aunque se pacten condiciones no equitativas el hecho puede seguir considerándose duelo regular, siempre que la desigualdad no se “oculte” en forma alevosa.

Como sostiene Creus nada se opone a que se utilicen armas de igual característica, pero que no sean equivalentes en el caso por las condiciones de los combatientes (un duelo entre un campeón de tiro y un adversario que sufre mal de Parkinson), o que se logre una equivalencia suministrando a los combatientes armas de diferentes características (una espada más larga al que tiene brazos más cortos), o que esa equivalencia falte objetivamente pero sea subjetivamente apreciable, y así se pacte por los padrinos obedeciendo a la voluntad de los combatientes (el especialista de tiro con arco que decide enfrentar con él a un adversario armado de pistola)²².

2. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso. En cuanto a la acción de batirse a duelo se exige dolo directo, pero además la doctrina exige un móvil

²⁰ *Ibidem*, p. 161; FONTÁN BALESTRA, *ob. cit.*, p. 335; NÚÑEZ, *ob. cit.*, p. 265; CREUS, *ob. cit.*, p. 105.

²¹ SOLER, *ob. cit.*, p. 162; también participa de esta opinión Oscar A. Estrella y Roberto Godoy Lemos (*Código Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 207).

²² CREUS, *ob. cit.*, p. 105.

especial que es la causa de honor. Las características propias de este delito hacen que sea incompatible su comisión con dolo indirecto o eventual²³.

En cuanto a los resultados lesivos de muerte o lesiones previstos como calificantes, también deben ser dolosos, aunque alcanza con el dolo eventual²⁴. Pero es fundamental que el daño ocasionado al combatiente haya sido doloso, pues si es causado simplemente con culpa o resulta imprevisible, no se puede aplicar el agravante. A nuestro juicio, los resultados de lesiones o muerte previstos no pueden considerarse como condiciones objetivas de punibilidad, sino que constituyen elementos del tipo penal, cuyo conocimiento debe ser abarcado por el dolo.

Respecto al motivo de honor, Núñez señala que dicha exigencia surge por un lado del concepto histórico del duelo, y por otro, del repudio que la ley hace de la causa pecuniaria o inmoral de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 100.

El sentimiento de honor que mueve al desafío y a su aceptación es lo que fundamenta social y jurídicamente el duelo desde el punto de vista subjetivo. Si falta la causa de honor no hay duelo, ni siquiera irregular. En tal caso el hecho constituye una pelea común sometida en sus consecuencias a las sanciones de los delitos ordinarios de sangre. Pero la ofensa no necesariamente tiene que constituir un delito contra el honor (calumnias e injurias), sino que abarcando el campo de la deshonra y el descrédito típicamente penal lo sobrepasa para ampliarse a todo aquello que afecta de manera grave la consideración personal, el amor propio o la delicadeza debida en el trato individual o social²⁵.

3. Consumación

El delito se consuma con el inicio del combate, es decir, una vez que las partes hayan entrado en acción usando sus armas eficaces en contra del adversario o esperando o rechazando el ataque²⁶, no bastando

²³ La concertación previa del combate, la designación de los padrinos y fundamentalmente el motivo de honor, indudablemente exigen el dolo directo.

²⁴ MOLINARIO, ob. cit., p. 285.

²⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 269.

²⁶ Ídem nota anterior, p. 265.

en consecuencia que los duelistas se encuentren sobre el terreno uno frente al otro con las armas en la mano y listos para lanzar la pelea²⁷.

Resulta claro, entonces, que el delito se consuma con el combate siendo indiferente que se produzca algún resultado de lesión o muerte. Estos hechos van a constituir agravantes, pero el combate es punible en sí mismo.

Es un delito permanente, pues su consumación se prolonga mientras dura la lucha.

4. *Tentativa*

Sobre este aspecto existen dos criterios. Algunos autores descartan la tentativa pues consideran que el duelo se recrimina por implicar un peligro para las personas, agregando que en la tentativa sólo habría un peligro remoto. Según este criterio los actos anteriores al inicio de la lucha son meros actos preparatorios impunes²⁸.

Otro sector en cambio admite la tentativa, la que estará constituida por los actos idóneos que directa o indirectamente tienden a realizar el combate, como por ejemplo estar listos los duelistas para la lucha o incluso bajar al terreno y no llegar al combate por causas ajenas a la voluntad de ambos o de uno de ellos²⁹.

5. *Participación*

En este tipo penal se produce una excepción a los principios generales de la participación. Ya hemos visto que los padrinos no son punibles porque son ellos los encargados de controlar el desarrollo del combate, el cumplimiento de las reglas y en muchos casos serán los que traten de evitar el enfrentamiento procurando un entendimiento pacífico entre los contrincantes.

Tampoco resultan punibles otros cómplices necesarios (director del lance) o secundarios (testigos, médicos, armeros, etc.). Sólo en los

²⁷ Ibidem, p. 266.

²⁸ SOLER, ob. cit., p. 163.

²⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 266; en igual sentido FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 332; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 74.

artículos 99, 100, 102 y 103, que serán analizados más adelante, la ley castiga autónomamente a ciertos partícipes³⁰.

6. Penalidad

Los combatientes reciben una pena de uno a seis meses de prisión por el solo hecho de que el duelo se lleve a cabo, aunque no se cause ninguna lesión al adversario.

La misma pena se le aplica al combatiente que sólo infrinja lesiones leves a su contrincante. En cambio si ocasiona lesiones graves, gravísimas o la muerte recibe la pena de uno a cuatro años de prisión.

Si uno de los luchadores le causa lesiones al otro recibirá la pena agravada, pero nada obsta a que el lesionado también sea penado en los términos del artículo 97, inciso 1°.

Cabe aclarar que la ley se refiere exclusivamente a los casos en que se causa lesiones o muerte a alguno de los adversarios y no a terceros (testigos, espectadores, etc.). En estos supuestos rigen las figuras comunes de lesiones y homicidio³¹.

Al duelo regular no le son aplicables las circunstancias agravantes y atenuantes propias del homicidio y de las lesiones, aunque por su naturaleza sean materialmente compatibles³².

A pesar de que en el combate se cause una muerte o una lesión, este hecho constituye un delito independiente que nada tiene que ver con el tipo penal de homicidio (arts. 79 y ss.) ni lesiones (arts. 89, 90, 91 y ss.). Si el legislador hubiera querido contemplar alguna circunstancia calificante o atenuante debería haberla previsto expresamente dentro de este capítulo.

En cuanto a las circunstancias calificantes, no es posible pretender su aplicación por medio de la “analogía”, pues tal proceder resultaría manifiestamente contrario al principio de legalidad³³.

³⁰ CREUS, ob. cit., p. 107; NÚÑEZ, ob. cit., p. 270; SOLER, ob. cit., p. 164; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 337.

³¹ CREUS, ob. cit., p. 107; NÚÑEZ, ob. cit., p. 270; SOLER, ob. cit., p. 164; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 337.

³² NÚÑEZ, ob. cit., p. 270.

³³ Por ejemplo, si un padre y un hijo se baten en duelo y uno de ellos muere, el triunfador será penado conforme al art. 97 y no de acuerdo al art. 80 del Cód. Pen.

Con relación a las atenuantes, no obstante la licitud de la *analogía "in bonam partem"*, tampoco procede su aplicación. La atenuante de emoción violenta es absolutamente incompatible con este delito, pues resulta contraria a la preparación, elección de padrinos, armas, concertación de las condiciones del combate y demás características propias del duelo³⁴. En cuanto al tipo penal de homicidio preterintencional, estimamos que no hay razones para procurar su aplicación, pues hemos dicho que las agravantes de homicidio y lesiones previstas para el duelo, sólo se aplican cuando tales resultados fueron abarcados por el dolo del autor³⁵.

IV. Duelo irregular

De acuerdo al artículo 98 del Código Penal:

Los que se batieren, sin la intervención de padrinos, mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío, serán reprimidos:

- 1º) El que matare a su adversario, con la pena señalada para el homicida;
- 2º) El que causare lesiones, con la pena señalada para el autor de lesiones;
- 3º) El que no causare lesiones, con prisión de un mes a un año.

El duelo irregular se caracteriza por la falta de intervención de los padrinos. Como sostiene Núñez, el tipo se aplica cuando aquéllos no fueron designados, cuando los designados no reúnen las condiciones necesarias de capacidad o cuando habiendo sido nombrados no tienen la intervención necesaria³⁶. Esto demuestra la importancia que tiene

³⁴ En todos los casos el combate exige una cierta preparación, lo que resulta incompatible con un estado de emoción violenta.

³⁵ Si uno de los combatientes quiso lesionar levemente a su adversario y culposamente le causó la muerte, no es necesario recurrir a la atenuante del art. 81, inc. a, sino que, al no haber una muerte dolosa, se debe descartar aplicación del tipo calificado del art. 97, inc. 2º, debiendo encuadrarse el hecho en el inc. 1º de ese artículo.

³⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 277; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 339. Es interesante analizar qué sucede en caso de error sobre la calidad de los padrinos. Creemos que si los combatientes designan padrinos creyendo que reúnen los requisitos de idoneidad, el duelo debe seguir considerándose regular. El tipo penal del art. 98 no puede aplicarse, pues estaríamos en presencia de un error de tipo que excluye el dolo. Está claro que los luchadores no quisieron "batirse sin la intervención de padrinos" como exige la ley.

para la ley que el combate sea controlado por terceros prudentes como los padrinos.

Hay que tener en cuenta que el duelo irregular es una forma de duelo y no una simple lucha de dos combatientes. Debe existir, al igual que todo duelo, un desafío por causa de honor, con armas elegidas y condiciones predeterminadas, pero sin la debida intervención de los padrinos. Es decir, en el duelo irregular deben darse todos los requisitos propios del duelo regular con excepción del control por parte de terceros (padrinos)³⁷.

La jurisprudencia se refirió a este delito señalando varios aspectos importantes:

- a) El duelo irregular requiere las circunstancias configurativas del duelo regular, excluyendo la intervención de padrinos; por ello, no se da aquél si sólo ha mediado un simultáneo y repentino ataque armado entre los protagonistas, sin desafío previo³⁸.
- b) La aceptación por el procesado, que iba a caballo, del requerimiento “bajate”, hecho por la víctima que estaba a pie, lo coloca en cierta medida, en la condición de duelista voluntario y sin testigos que prevé el artículo 98 del Código Penal³⁹.
- c) En el delito de duelo irregular se requiere un “acuerdo previo” conectado como elemento subjetivo y un “fin propuesto”: dar y, respectivamente, recibir una satisfacción poniendo en juego la varonía de cada uno de los combatientes, frente a frente, decidiendo de tal suerte la cuestión⁴⁰.
- d) El consentimiento es condición ideológica del duelo: el desafiante tiene la conciencia del acto que determina su desafío o invitación a pelear; el desafiado asiste al lugar con la aceptación prestada, tácita o expresamente, pero, en ambos casos, acordando un consentimiento para batirse, todo lo cual es previo a la lucha⁴¹.

³⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 277; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 339; SANDOVAL, Gustavo, *Estudio de las figuras delictivas*, Advocatus, Córdoba, 1994, t. I, p. 151.

³⁸ Cám. Civ. de Concepción del Uruguay, 9-11-62, J. A. 1963-III-20.

³⁹ CSJN, 4-5-36, “Moreno, Felipe”, L. L. 2-1047.

⁴⁰ Cám. Apel. de Dolores, 19-12-51, L. L. 66-823; J. A. 1952-III-86.

⁴¹ Ídem nota anterior.

- e) El acuerdo previo entre los combatientes es lo que constituye el carácter esencial del duelo y lo distingue de la riña o agresión⁴².
- f) El artículo 98 del Código Penal contempla la pelea criolla o juego de culto al coraje, en que nadie quiere ceder ni evitar el encuentro, que para criterio popular es cobardía o miedo⁴³.
- g) Aceptar el desafío, yendo armado al lugar indicado por el desafiante, implica intervención en el duelo irregular⁴⁴.

Un sector de la doctrina sin embargo sostiene que el duelo irregular no sería un delito autónomo sino que constituye un simple hecho de homicidio o lesiones. Así se expresa Soler quien señala que el hecho queda transformado en una pelea común, en la cual cada combatiente responde a los resultados que cause, y cada uno de los partícipes queda sometido a las reglas comunes⁴⁵. También Molinario entiende que si la ley no considera el duelo regular como un delito especial, sino que le aplica las reglas ordinarias, la inutilidad del precepto resulta evidente, aun en la previsión del inciso 3º, pues en tal hipótesis correspondería la imposición de la pena prevista para el delito de abuso de armas⁴⁶.

Por nuestra parte pensamos que no resulta afortunado concebir el duelo irregular como un simple hecho de homicidio o lesiones sino que se trata de una figura independiente. Esto es así por dos motivos. En primer lugar, el Código no remite a los delitos de homicidio y lesiones sino exclusivamente a las penas previstas para esos hechos⁴⁷. Por otra parte la ley reprime en el inciso 3º el mero hecho de batirse en duelo irregular aunque no se cause ningún tipo de lesión, lo que demuestra que estamos en presencia de un delito autónomo. Además, de sostenerse el criterio contrario habría que afirmar la inutilidad del artículo, lo que importaría un inadmisibles e incomprensible error del legislador que habría incorporado al Código un dispositivo obsoleto e inaplicable⁴⁸.

⁴² Cám. Apel. de Mar del Plata, 27-10-60, D. J. B. A. 62-77.

⁴³ SCJBA, 13-10-31, J. A. 36-1536.

⁴⁴ Cám. Apel. de Bahía Blanca, 3-12-31, J. A. 37-490.

⁴⁵ SOLER, ob. cit., p. 167.

⁴⁶ MOLINARIO, ob. cit., p. 286, con cita de Rodolfo Moreno.

⁴⁷ Así NÚÑEZ, ob. cit., p. 278.

⁴⁸ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 211. Sin embargo en contra de

Lo dicho es importante, pues si consideramos al duelo como un delito autónomo, también en este caso se deben considerar inaplicables las circunstancias agravantes y atenuantes previstas para el homicidio y las lesiones⁴⁹. Nos remitimos a lo dicho supra respecto del duelo regular.

1. Participación

Según la doctrina mayoritaria, en el tipo analizado, a diferencia de lo que sucede en el duelo regular, no rigen las excepciones al régimen de la participación; de allí que los terceros que de alguna forma intervengan en el hecho responderán según el grado de participación que hayan tenido.

En contra de esta posición, se sostiene que si el duelo irregular es un delito especial que se remite al homicidio o a las lesiones sólo *ad poenam*, no *ad delictum*, y, si al igual que en el duelo regular resultan inaplicables las agravantes o atenuantes comunes de estos delitos, no hay razón para que a los partícipes del duelo irregular, como los directores del lance o los médicos, no les alcance la misma impunidad que rige en el duelo regular⁵⁰.

Creemos que esta postura resulta adecuada. El duelo irregular se caracteriza por la falta de intervención de padrinos, sin embargo, ello no obsta a que en el combate intervengan otras personas con un fin

esta posición se ha dicho que “la figura básica del duelo (art. 97, Cód. Pen.) es un combate singular y con armas, en condiciones de igualdad preestablecidas por terceros, y determinado por motivos de honor. Se transforma en irregular por diversas circunstancias que se refieren a las condiciones en que se dispone o realiza el duelo, a la conducta de los combatientes o a la de los padrinos. El caso típicamente irregular de duelo está previsto en el art. 98 del Cód. Pen., para los que se batieren, sin la intervención de padrinos mayores de edad, que elijan las armas y arreglen las demás condiciones del desafío. El hecho queda así transformado en una pelea común, en la cual cada combatiente responde por los resultados que cause, y cada uno de los partícipes queda sometido a las reglas comunes. Así, el que matare a su adversario es punible con la pena señalada para el homicidio” (Cám. Apel. en lo Penal de La Plata, sala 4ª, sent. P. 75.945, “Martínez, Ramón”, 22-12-92). En igual sentido se consideró que “responde por el delito de lesiones quien hiere a su adversario en duelo irregular” (Sup. Trib. de Entre Ríos, 28-5-42, J. E. R. 942-399).

⁴⁹ Así se expresa NÚÑEZ, ob. cit., p. 279.

⁵⁰ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 212.

útil, que en muchos casos sirve para evitar la producción de daños mayores⁵¹. Si bien esos sujetos no llegan a desempeñar un rol de padrinos, su actuación muchas veces resulta sumamente beneficiosa, por lo que nos parece correcto sostener su impunidad.

2. *Relación con el abuso de armas*

Si en el duelo irregular no se causan lesiones, corresponde una pena de un mes a un año de prisión. Cuando en la lucha no se utilice un arma de fuego nos encontramos con que el duelo tiene una pena superior a la contemplada para el delito de agresión con armas previsto en el artículo 104 *in fine*, lo que –como sostiene Soler– parece de dudosa justicia, pues, en definitiva, aunque el duelo sea irregular, en la mayoría de los casos se le acuerda oportunidad de defensa al adversario, lo que no se da en el delito de agresión⁵².

Desde otro punto de vista, cabe aclarar que cuando el duelo se realice con armas de fuego, igualmente debe aplicarse la pena prevista en el artículo 98, pues existe relación de especialidad con la figura de disparo de arma de fuego (art. 104), aunque esta última tenga pena más grave⁵³.

3. *Duelo irregular y legítima defensa*

El duelo debe ser claramente diferenciado de la legítima defensa. En primer lugar, si existió una agresión por parte de un sujeto y el combate se origina como consecuencia de la defensa del agredido, obviamente no estaremos en presencia de un duelo, sino de un caso típico de legítima defensa⁵⁴.

Desde otro punto de vista, una vez comenzado el combate, ninguno de los duelistas que aceptó libremente el desafío, podrá invocar legítima

⁵¹ Tal es el caso del director del lance o los médicos que asisten al combatiente herido.

⁵² SOLER, ob. cit., p. 167.

⁵³ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 340; en contra SOLER, ob. cit., p. 167.

⁵⁴ El duelo irregular requiere el consentimiento recíproco de los contendientes para realizar el lance, elemento que no concurre en la contienda originada por una agresión ilegítima contra la que el agredido reacciona (Sup. Trib. de Entre Ríos, 27-6-47, L. L. 48-858).

defensa para dañar a su adversario. Este aspecto ha sido bien aclarado por la jurisprudencia, en los siguientes precedentes:

- a) En el duelo no es procedente la justificación de legítima defensa por quien se colocó voluntariamente en peligro, en el ámbito de lo ilícito penal. Sólo deberá admitirse por aquel que habiendo aceptado la violencia se ve obligado a defenderse contra un exceso voluntario que no fue aceptado ni provocado⁵⁵.
- b) No puede alegar legítima defensa quien aceptó voluntariamente el desafío a pelear realizado por la víctima⁵⁶.
- c) Corresponde calificar como duelo irregular agravado por muerte (art. 98, inc. 1º, Cód. Pen.), el hecho con el cual el procesado, si bien en un comienzo fue objeto de una agresión ilegítima, aceptó posteriormente el desafío procurándose un arma –en el caso un cuchillo– saliendo tras su adversario hacia la calle, donde el otro contendiente lo esperaba; ello echa por tierra la argüida defensa propia, para transformarla en una lisa y llana aceptación del desafío⁵⁷.
- d) Quien acepta por propia determinación el desafío de pelear, o media una situación de duelo irregular o criollo, de riña, de posible lucha o de acometimiento recíproco, su conducta se vuelve imprudente y la ley no ampara al que busca el peligro o se somete a él por puro culto al coraje. En consecuencia, no se da la legítima defensa si el imputado se retira del sitio en que tuvo lugar el altercado para armarse y esperar al provocador –que estaba ebrio– en la calle con el arma lista para ser utilizada⁵⁸.
- e) Existe duelo irregular al aceptar el procesado el desafío a mano armada que le dirigió la víctima, pues en tal caso buscó voluntariamente el peligro y se expuso a él, contribuyendo a crear y debiendo afrontar un estado de necesidad perfectamente pre-

⁵⁵ Cám. Apel. de Dolores, 19-12-51, L. L. 66-823; J. A. 1952-III-86.

⁵⁶ SCJBA, 15-2-44, Rep. L. L. VI-764, sum. 7; Cám. Civ. de Tucumán, 30-6-58, L. L. del 27-9-59, N° 2580-S.

⁵⁷ Cám. Nac. Crim. S. de Cam., causa 5233, “Santa Cruz”, A. A. del 27-10-79.

⁵⁸ Cám. Nac. Crim., sala 2ª, “Díaz, Luis”, 25-11-88, J. A. 1989-II.

visible y que pudo evitar con una actitud pasiva, comportamiento que no tuvo por su carácter irascible y agresivo⁵⁹.

- f) Si el reo no aceptó el desafío, sino que trató de evitar la pelea, siendo colocado finalmente por su agresor en la necesidad de defenderse, queda descartada la calificación de duelo irregular en los términos del artículo 98 del Código Penal⁶⁰.

V. Instigación al duelo y menosprecio por causa caballerisca

Según el artículo 99:

El que instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo y el que desacreditare públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío, serán reprimidos:

1º) Con multa de mil a quince mil pesos, si el duelo no se realizare o si realizándose, no se produjere muerte ni lesiones o sólo lesiones de las comprendidas en el artículo 89;

2º) Con prisión de uno a cuatro años, si se causare muerte o lesiones de las mencionadas en los artículos 90 y 91.

1. *Instigación al duelo*

El delito consiste en la determinación de la voluntad de una persona a provocar o aceptar un desafío, mediante la persuasión, la gravitación moral ejercida sobre ella⁶¹. El artículo se refiere tanto a casos de instigación de duelo regular como irregular.

Existe una excepción a las reglas generales sobre el instituto de la “instigación”, pues el hecho se reprime aunque la instigación no haya tenido efecto, es decir, aunque el duelo no se lleve a cabo⁶². Esto demuestra que el hecho de instigar la provocación o aceptación de un duelo es un delito autónomo para nuestra ley.

⁵⁹ Sup. Trib. de Misiones, 2-3-58, J. A. 1959-I-244.

⁶⁰ SCJBA, 18-9-58, A. y S. 958-V-392.

⁶¹ MOLINARIO, ob. cit., p. 287. DONNA, Edgardo, *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

⁶² Así se expide la doctrina mayoritaria, aunque Soler señala que para que la instigación sea punible es necesario al menos que se produzca el desafío o su aceptación (ob. cit., p. 170).

Como sostuvo Pacheco no cabe la menor duda de que muchos duelos se verifican más por las incitaciones de otras personas extrañas a la cuestión, que por el impulso y resolución natural de los que se batan. En todos los pueblos hay una porción de individuos que se han constituido a sí mismos en legisladores de los desafíos, en padrinos universales de cuantos se ven llevados a este terreno, en incitadores permanentes para que por cualquier motivo se acuda a él⁶³.

Para que exista instigación al duelo no alcanza con las meras opiniones que se le brinde a alguno de los combatientes, sino que se debe “determinar” a batirse a un sujeto que aún no tenía tomada esa decisión. Debe tratarse de un estímulo claro e intencional dirigido a otro, de propia iniciativa o no, para que desafíe o para que acepte el desafío que le han lanzado⁶⁴.

Otra diferencia con la figura del “instigador común” puede verse en que en caso de que se instigue un duelo irregular, el autor de la instigación recibe una pena mucho menor que los autores del hecho. Existe en este caso un desplazamiento de las reglas del artículo 45 del Código Penal.

2. *Menosprecio por causa caballeresca*

El segundo tipo penal previsto en el artículo 99 consiste en desacreditar públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío. Se trata de una forma indirecta de instigación, donde el medio para influir al sujeto pasivo es el descrédito público.

En realidad en el delito analizado existen dos formas distintas de actuación. La primera consiste en desacreditar a alguien por “no desafiar”, lo que puede concebirse como una forma más grave de instigación. La segunda en cambio se da cuando se desacredita a la víctima por “no aceptar un desafío”. En esta hipótesis estamos ante una injuria⁶⁵.

Para que se dé el delito es necesario que el descrédito sea público, lo que exige un medio idóneo para que pueda llegar a un número

⁶³ *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1888, t. III, p. 95, cit. por FONTÁN BALESTRA, p. 345.

⁶⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 282.

⁶⁵ SOLER, ob. cit., p. 171.

indeterminado de personas⁶⁶. De lo contrario el hecho no dejaría de ser una simple injuria (art. 110, Cód. Pen.)⁶⁷.

El delito se consuma con el menosprecio hecho públicamente, sin que se requiera resultado alguno, por lo tanto no demanda la formulación de desafío por el desacreditado, o la aceptación del reto por su destinatario. Si los resultados se verifican la punibilidad se agrava⁶⁸.

La jurisprudencia se expidió con relación a los delitos analizados, señalando que la figura delictiva prevista en el artículo 99 del Código Penal –instigación al duelo o difamación por una causa caballeresca– comprende solamente las acciones de terceros extraños a los posibles duelistas y no a quienes revisten el carácter de protagonistas de la cuestión que da origen a la incitación –directa o indirecta– al duelo⁶⁹.

En ambos casos se exige el dolo directo.

VI. Duelo sin causa de honor

Según el artículo 100:

El que provocare o diere causa a un desafío, proponiéndose un interés pecuniario u otro objeto inmoral, será reprimido:

- 1º) Con prisión de uno a cuatro años, si el duelo no se verificare o si efectuándose, no resultare muerte ni lesiones;
- 2º) Con reclusión o prisión de tres a diez años, si el duelo se realizare y resultaren lesiones;
- 3º) Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si se produjere la muerte.

El motivo de honor es el elemento esencial que se tiene en cuenta para atenuar la pena del duelo con relación a otros delitos contra las personas (homicidio, lesiones). La ley se refiere a los casos en que un sujeto “provoca” o “da causa” a un desafío, procurándose un interés pecuniario o inmoral.

⁶⁶ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 214. También Sandoval exige que el descrédito sea hecho por un medio idóneo como radio, televisión, periódico, altoparlante, etc. (ob. cit., p. 163).

⁶⁷ A diferencia de la injuria, la mera afectación de la “honra” del sujeto pasivo no constituye delito; el tipo penal se refiere exclusivamente al “descrédito”.

⁶⁸ SANDOVAL, ob. cit., p. 163; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 77.

⁶⁹ Cám. Crim. y Corr., 5-9-61, L. L. 104-311; J. A. 1961-V-447.

Se prevén dos acciones distintas:

- 1) La de provocar un desafío, es decir, cuando el autor realiza el desafío.
- 2) La de dar causa a un desafío, lo que se va a dar cuando el sujeto induce a otro para que lo desafíe o para que el otro desafíe a un tercero.

Subjetivamente el autor debe obrar para lograr un interés pecuniario o inmoral. Por interés pecuniario se entiende cualquier ventaja patrimonial; en cuanto a la inmoralidad del objeto, ello no surge del reproche que pueda merecer el duelo en sí, sino que está representada por cualquier “cálculo infame” a cuyo servicio se pone el duelo⁷⁰. Por ejemplo, existiría inmoralidad si se desafía al jefe con el único fin de ocupar su lugar de trabajo, se busca eliminar a un adversario político o al rival de la mujer, etcétera.

El delito se consuma con la formulación del desafío, tanto en el caso de “provocación” como de “dar causa”, siendo insuficiente el mero hecho de “inducir” a otro a desafiar si el reto no se efectiviza. Por supuesto, es innecesario que el duelo o combate se lleve a cabo.

Las penalidades establecidas sólo se aplican respecto al duelista o tercero que se propuso el objeto inmoral. Para el combatiente ajeno a esa finalidad, se deben mantener las penas de los artículos 97 o 98⁷¹.

En cuanto a la pena para el caso de lesiones, al no especificarse la clase de lesión, quedan comprendidas tanto las leves, graves o gravísimas⁷².

VII. Combatiente desleal

El artículo 101 establece que:

El combatiente que faltare, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos, será reprimido:

- 1º) Con reclusión o prisión de tres a diez años, si causare lesiones a su adversario;
- 2º) Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si le causare la muerte.

⁷⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 284.

⁷¹ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 216.

⁷² LAJE ANAYA y GAVIER, ob. cit., p. 78.

La ley agrava la pena respecto del combatiente que dañe a su adversario incumpliendo las condiciones pactadas. La figura sin lugar a dudas castiga y reprime el acto de traición. Como sostiene Molinario, el combatiente que ha faltado a las condiciones de un lance previamente ajustadas es, indudablemente, un sujeto que se conduce con notoria alevosía, ya que con ello va a especular sobre imprevisión de su adversario que va a encontrarse en estado de inferioridad⁷³.

El tipo penal analizado se aplica exclusivamente en caso de duelo regular, pues es el único que se realiza con arreglo a normas, fijadas por los partícipes y conocidas por los combatientes⁷⁴.

La acción consiste en causar lesiones o muerte violando las condiciones pactadas al concertar el duelo. Por ejemplo si se había acordado disparar después de ciertos pasos y uno de los combatientes se adelanta o, supongamos que en un duelo a espada el director interrumpe el lance para desinfectar la punta de una de las armas y uno de los luchadores aprovecha y en ese instante asesta un sablazo⁷⁵. Como ejemplifica Núñez, es el acto de quien habiendo concertado disparar con arma desconocida, hiciese llevar un arma que estuviese acostumbrado a manejar.

No queda comprendida en la figura la inobservancia de condiciones no pactadas, aunque sean habituales en duelo o estén previstas como obligaciones en los códigos de honor⁷⁶.

Hay que aclarar que la ley agrava la situación del combatiente que incumple las condiciones, pero respecto del otro duelista y de los demás participantes el duelo sigue considerándose regular, resultando aplicable la escala del artículo 97.

Es un delito doloso donde el sujeto debe saber que transgrede las condiciones en daño de su adversario⁷⁷. El tipo penal exige el dolo en el sujeto activo, y un plus adicional que es la intención de violar las normas para sacar ventajas injustas, y con ello, dañar al adversario. Debe descartarse el dolo eventual y la culpa.

⁷³ MOLINARIO, ob. cit., p. 289.

⁷⁴ Ídem nota anterior, p. 79.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 289.

⁷⁶ CREUS, ob. cit., p. 113; LAJE ANAYA, ob. cit., p. 79.

⁷⁷ SOLER, ob. cit., p. 168.

Para que el delito se consume es necesario que se cause una lesión (de cualquier tipo) o la muerte al otro combatiente. Estamos en presencia de un delito de resultado. El menor incumplimiento de las condiciones con esa finalidad sólo puede importar delito en grado de tentativa.

VIII. Alevosía en los padrinos

El delito se encuentra previsto en el artículo 102 del Código Penal, que dispone que:

Los padrinos de un duelo que usaren cualquier género de alevosía en la ejecución del mismo, serán reprimidos con las penas señaladas en el artículo anterior, según fueren las consecuencias que resultaren.

Como vimos, la actuación de los padrinos en principio es impune. Sin embargo en este caso se los castiga porque lejos de poner mesura y control en el desarrollo del lance, actúan a traición en perjuicio de uno de los combatientes.

Existe alevosía cuando los padrinos, traicionando la fe de los duelistas, en virtud de los medios o modos elegidos para la realización del duelo, éste exime de riesgos o los disminuye para uno de los combatientes en desmedro del otro. Pero también es alevoso cuando se somete a los duelistas a mayores riesgos recíprocos que los esperables según las armas y condiciones elegidas⁷⁸.

La ley también en este caso se refiere al duelo regular, pues este delito, a diferencia del irregular, supone la intervención de padrinos.

Para que el delito se configure es necesario que se ocasione un daño o la muerte a alguno de los adversarios, o a ambos. El simple proceder alevoso por parte de los padrinos no es punible a no ser que constituya una tentativa⁷⁹.

Subjetivamente el o los padrinos deben actuar con dolo, descartándose aquí los supuestos en que de manera imprudente se perjudica

⁷⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 274.

⁷⁹ A diferencia de lo que opina Núñez, creemos que la tentativa es posible. Así FONTÁN BALESTRA, p. 349.

a los combatientes. Pero no alcanza con el dolo eventual sino que debe existir dolo directo, único compatible con la alevosía a la que alude el tipo penal.

La alevosía puede ser obra de todos los padrinos o de alguno de ellos. En este caso, sólo el que la usó queda excluido de la impunidad que les corresponde a los padrinos en el duelo regular. Si los duelistas conocen, incluso sin connivencia con los padrinos la alteración maliciosa de las condiciones del duelo, éste se irregulariza para todos los que actúan a sabiendas⁸⁰.

IX. Duelo a muerte

De acuerdo al artículo 103:

Cuando los padrinos concertaren un duelo a muerte o en condiciones tales que de ellas debiere resultar la muerte, serán reprimidos con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si se verificare la muerte de alguno de los combatientes. Si no se verificare la muerte de alguno de ellos, la pena será de multa de mil a quince mil pesos.

Éste es otro de los casos en que la actuación de los padrinos en el duelo regular es punible. La ley se refiere a dos situaciones. Una de ellas es que el duelo sea expresamente concertado a muerte, es decir, que el combate concluya sólo con la muerte de alguno de los duelistas. Pero también se comprenden en la figura aquellos casos donde no se concierta “expresamente” el combate a muerte, pero del conjunto de condiciones pactadas resulta evidente que el duelo va a terminar con la vida de uno o ambos luchadores.

Como bien aclara Soler, no se trata simplemente del duelo del cual resulte una muerte, sino del duelo expresamente concertado en esa condición, o acordado en condiciones tales que de ellas debiera resultar la muerte, ya sea por la calidad de las armas, la forma en que éstas habrían de ser empleadas, el tiempo durante el cual se habría de prolongar la lucha, etcétera⁸¹.

⁸⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 274. Si el combatiente actúa desconociendo el proceder del padrino, estaremos en presencia de un caso de autoría mediata.

⁸¹ SOLER, ob. cit., p. 171.

La razón de ser de esta figura está en que la concertación de un duelo a muerte implica una traición por parte de los padrinos de su función moderadora, la que les exige evitar o atenuar los resultados dañosos del trance⁸². Es decir, como hemos visto, los padrinos no están solamente para garantizar el cumplimiento de las condiciones pactadas, sino que además tienen la misión de poner medida en el desarrollo de la lucha.

Hay que tener presente que la sola utilización de armas capaces de producir la muerte no alcanza para este tipo penal. Un combate con puñales no necesariamente implica duelo a muerte, aunque las armas intrínsecamente sí son capaces de matar. Lo relevante son las condiciones que se establezcan, de manera que la muerte de algún combatiente se presente como algo de segura producción.

Tampoco se da el delito por el solo hecho que del duelo “resulte” una muerte, si eso no fue lo concertado. Es decir, si el combate no había sido pactado a muerte, ni en condiciones tales que deba resultar la muerte, el hecho de que por determinada circunstancia uno de los luchadores fallezca en el combate, no torna aplicable la figura.

La ley hace referencia a la muerte de alguno de los combatientes, pero la calificación legal no se modifica si resulta la muerte de ambos; la norma contiene el requisito mínimo para la tipicidad del resultado⁸³.

Cabe aclarar que el duelo concertado a muerte no pierde por ello su carácter de regular. Esto significa que sin perjuicio de la pena que se le deba imponer a los padrinos en virtud de la figura analizada, los duelistas –incluyéndose al combatiente que mate a su adversario– pueden seguir beneficiándose con la pena menor del duelo regular (art. 97)⁸⁴.

Pero como sostiene Creus, los combatientes tienen que conocer el carácter de los modos o medios pactados por los padrinos al concertar el duelo a muerte, pues si les hubiesen ocultado tales

⁸² SANDOVAL, ob. cit., p. 167.

⁸³ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 350; también SANDOVAL, ob. cit., p. 168, quien sostiene que en caso de la muerte de ambos luchadores la punibilidad no se multiplica debido a que es un delito de peligro que incrimina la generación de riesgo para la vida de los combatientes.

⁸⁴ En igual sentido SANDOVAL, ob. cit., p. 168.

circunstancias, la conducta podría considerarse alevosa y encuadrarse en el artículo 102⁸⁵.

El tipo subjetivo exige dolo directo, es decir, el autor debe saber y querer que el duelo se realice a muerte o en condiciones que produzcan necesariamente la muerte de alguno de los combatientes.

Para que el delito se consuma no es necesario que se produzca el deceso de alguno de los duelistas. Sin embargo, no alcanza con la mera "concertación" del duelo, sino que éste debe llevarse a cabo⁸⁶. Obviamente en caso de que la muerte se produzca, la pena se agrava considerablemente.

⁸⁵ CREUS, ob. cit., p. 116.

⁸⁶ LAJE ANAYA y GAVIER, ob. cit., p. 81; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 219.

CAPÍTULO V

ABUSO DE ARMAS

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Características generales de las figuras simples. III. Disparo de arma de fuego. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Consumación. 5. Tentativa. 6. Absorción y subsidiariedad de la figura. 7. Concurso de delitos. IV. Agresión con arma. 1. Bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. 4. Subsidiariedad de la figura. V. Agravantes y atenuantes. VI. Bibliografía.

El Capítulo de *Abuso de armas* está compuesto sólo por dos artículos: el 104, en el cual se incluyen dos tipos penales, el *disparo con arma de fuego* (párrafos primero y segundo) y la *agresión con arma* (párrafo tercero del mismo artículo)¹, y el 105, en el que se establecen las *agravantes* y *atenuantes* de las figuras simples antes mencionadas.

Artículo 104, párrafos primero y segundo: *disparo de arma de fuego* (1 a 3 años de prisión); párrafo tercero: *agresión con arma* (15 días a 6 meses de prisión).

Artículo 105, *agravantes*: remite a las del artículo 80 del Código Penal (homicidios calificados); *atenuantes*: remite al artículo 81, inciso 1º, punto a (homicidio en emoción violenta).

¹ De acuerdo, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, t. IV, § 89 I; NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal*, 2ª ed., 2ª reimp., Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1987, t. III, vol. I, p. 287; LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 100.

Soler² entiende, por su parte, que la figura básica es sólo la de *agresión*, de la cual debería partirse para analizar el capítulo. Considera que el *disparo de arma* como tal, “no es nada” y sólo se lo incrimina en cuanto está hecho *contra una persona*, es decir, en cuanto es una forma de agresión.

Nosotros entendemos, al igual que la mayoría, que existen dos figuras básicas, sobre la base de las cuales luego se establecen las agravantes y atenuantes.

De estas dos figuras, la que implica una amenaza mayor es la primera, dado que el peligro derivado del disparo de un arma de fuego es más grave que el proveniente del empleo de cualquier otra arma. Por ello, el artículo la prevé en primer término, asignándole una mayor penalidad³.

I. Antecedentes

El *disparo de arma de fuego*⁴, introducido a nuestra legislación positiva a partir del Código de 1886 (art. 99)⁵ dentro del capítulo del homicidio⁶ –aunque ya existía en el proyecto de 1881⁷ de Villegas, Ugarriza y García⁸– proviene del Código Penal español de 1870⁹, que

² SOLER, *Derecho Penal argentino. Actualizado*, 4ª ed., 10ª reimp., Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, t. III, § 89 I, p. 174.

³ En el mismo sentido, FONTÁN BALESTRA, ob. cit., y TOZZINI, ob. cit., p. 308.

⁴ Conf. NÚÑEZ, ob. cit., 1961, t. III, p. 287.

⁵ Texto del proyecto de 1886 cit. por NÚÑEZ, ob. cit., 1961, t. III, p. 287, nota 2, art. 99: “El acto de disparar intencionalmente un arma de fuego contra una persona sin herirla, será penado con uno a tres años de prisión”.

⁶ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., ed. de 1969, § 89 I 2.

⁷ Texto del proyecto de 1881 cit. por NÚÑEZ, ob. cit., art. 207: “El acto de disparar un arma contra cualquier persona está castigado con la pena de arresto mayor, si no hubieren concurrido en el hecho las circunstancias para constituir delito frustrado o tentativa a que esté señalada una pena superior”.

⁸ Ídem nota 6.

⁹ Texto citado por NÚÑEZ, ob. cit., nota 3, art. 423: “El acto de disparar un arma de fuego contra cualquier persona, será castigado [...] si no hubieren concurrido en el hecho todas las circunstancias necesarias para constituir delito frustrado o tentativa de homicidio, asesinato, homicidio o cualquier otro delito a que esté señalada una pena superior por alguno de los artículos de este Código”.

tuvo vigencia en España hasta el año 1932. Pero la disposición fue suprimida por la Ley de Reformas 4189 (art. 17), que introdujo en su lugar, bajo el título *Disposiciones comunes*, situado al final del Título II, *Lesiones*, el disparo de arma de fuego, juntamente con la agresión con otra clase de arma¹⁰.

El delito de disparo de arma de fuego está legislado en los Códigos iberoamericanos, especialmente en Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, luego suprimido en el proyecto de 1949 de este país, El Salvador y Uruguay¹¹.

La *agresión con arma*, proveniente del proyecto de 1891 (art. 133), se convirtió en regla positiva a partir de la Ley de Reformas de 1903 (art. 17, inc. 6°).

II. Características generales de las figuras simples

Tanto el disparo de arma de fuego, como la agresión con *arma*, son *delitos de actividad*¹², en cuanto por la calidad del bien jurídico y la protección que se brinda no es necesario como elemento del tipo que se dé un resultado lesivo en concreto.

En cuanto a la intensidad del ataque al bien jurídico, se los puede distinguir como *delitos de peligro*¹³. Y se trata de un *peligro real o concreto*, por cuanto es preciso que la acción haya puesto realmente en peligro la integridad corporal del agredido¹⁴. Soler¹⁵ expresa que “siempre que un bien jurídico se halla altamente jerarquizado, su defensa suele estar rodeada de una doble muralla protectora, una que se refiere la violación misma del bien, y la otra que llega hasta impedir la creación de situaciones de mero peligro para ese bien”¹⁶. Dicho en

¹⁰ Ídem nota 6.

¹¹ Ídem nota 6.

¹² DONNA, Edgardo, *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. II, § 47 a.

¹³ DONNA, ob. cit., § 47 c.

¹⁴ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 II 1. 3.

¹⁵ *Derecho Penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1996, t. III, § 89 I.

¹⁶ En el mismo sentido, FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89, opina que se contempla una figura de peligro cuando el bien tutelado es de alta jerarquía. Dice que las figuras del abuso de armas, tienden a evitar que queden impunes hechos que

otras palabras, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, con la única diferencia con los delitos de resultado en que en aquéllos se conforman con un resultado consistente en que el bien jurídico ha experimentado un peligro concreto de lesión, que no se ha materializado en lesión por milagro, no se sabe por qué¹⁷. En este punto y siguiendo a Cuello Contreras, se puede afirmar que por peligro se debe entender la fase que precede a la lesión¹⁸. De lo cual se deduce, siguiendo en esto a Horn, que el peligro concreto significa que el comportamiento prohibido ha desencadenado un curso causal adecuado, esto es que en los restantes casos y en las mismas circunstancias habría causado el resultado, sin que se sepa el motivo por el cual no sobrevino el resultado¹⁹.

Y en ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, al afirmar que “para la configuración del delito de abuso de armas, se requiere que la acción haya sido dirigida contra la víctima, pues se trata de un delito de peligro cuya punibilidad desaparece si ese riesgo no ha sido corrido” (Cám. Nac. Crim., sala IV, c. 44.530, “Orrego, Mercedes”, 30-3-95 y c. 32.363, “Núñez, Isabel”, 26-2-87).

“El delito de disparo de arma es un delito de peligro concreto y por consiguiente, requiere la efectiva y probada creación, en forma inequívoca, de una situación objetiva de peligro realmente sufrida por el sujeto pasivo. No basta pues, en absoluto, la creencia del agente, ni siquiera la convicción (puramente subjetiva) de haber creado dicho peligro como consecuencia de su conducta, si es que éste no concurre en la realidad de lo acontecido. Conforme a ello, basta desechar el encuadramiento del hecho en el artículo 104 del Código Penal si no se ha probado en absoluto que los sujetos pasivos del presunto delito hayan penetrado a la habitación sobre cuya ventana se descargó el arma” (Cám. Nac. Crim., M. S. 3^a, c. 102, “Mireski, I.”, 3-5-70).

pueden constituir, en realidad, tentativas de hechos más graves, que no aparecen plenamente probados como tales.

¹⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal español*, 2^a ed., Cívitas, 1996, p. 406.

¹⁸ CUELLO CONTRERAS, ob. cit., p. 409.

¹⁹ Ídem nota anterior, p. 413.

“El disparo de arma es un delito de peligro; para su existencia basta que la voluntad esté expresamente dirigida a crear una situación de peligro o que, a lo menos, el sujeto tenga conciencia de la criminalidad de su acto y, a pesar de ello, lo efectúe o preste su asentimiento a esa situación” (STJ de Santa Fe, 13-8-48, “Bournissent, Emilio M.”, L. L. 52-131).

Terán Lomas²⁰ entiende que estos delitos de peligro real y concreto pueden convertirse en delitos de daño o de resultado en caso de producirse lesiones leves.

Por ende sujeto activo es sólo aquel que desarrolle la acción peligrosa.

Sujeto pasivo de estos delitos puede ser cualquier persona física.

Se trata, además, de *tipos penales de agresión*²¹, esto es, de acometimiento en contra de la integridad física de la víctima²². Su incriminación se basa en el *peligro real* al que queda expuesto el sujeto pasivo²³.

III. Disparo de arma de fuego

Artículo 104: Será reprimido con uno a tres años de prisión, el que disparare un arma de fuego contra una persona sin hierirla.

Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave...

1. *Bien jurídico protegido*

El *bien jurídico protegido* es la integridad física de la persona. Se protege su cuerpo del sufrimiento de algún *peligro* de ser lesionado.

Cuerpo es la anatomía física humana, compuesta de toda sustancia material en la que puedan apreciarse las tres dimensiones: longitud,

²⁰ Cit. por ESTRELLA y GODOY LEMOS, *Código Penal comentado*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, t. I, p. 221.

²¹ Conf. FONTÁN BALESTRA, ob. cit.

²² CREUS, *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, § 268.

²³ Conf. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Astrea, Córdoba, 1988, t. III, vol. I, p. 287.

anchura y profundidad²⁴ tanto en su faz externa como interna. Así, quedan comprendidas todas las partes que componen el organismo, la materia, o la estructura corporal de un ser humano: la cabeza, el tronco y las extremidades superiores e inferiores. El cabello y las uñas son considerados también partes del cuerpo.

Núñez²⁵ señala que “el castigo del *disparo de arma de fuego* obedeció a la idea de evitar la inseguridad de los atentados contra las personas realizados con armas de ese tipo, cuando no habiendo lesión alguna, y por falta de intención de matar, no podían castigarse como delito frustrado o tentativa de un homicidio simple o calificado”.

2. Tipo objetivo

El tipo objetivo del delito está constituido por la acción de disparar un arma contra una persona, y por el peligro efectivamente causado con esa acción, a la integridad física de la víctima.

a) *La acción típica*

Consiste en *disparar* un arma de fuego contra una persona.

Dispara quien hace funcionar los mecanismos de una arma de fuego de modo tal que se expida el proyectil²⁶. Y estos mecanismos consisten en el golpe del percutor en el fulminante, su ignición, el encendido de la pólvora y, finalmente, la expulsión del proyectil²⁷. Laje Anaya opina que dispara quien, accionando el dispositivo correspondiente, permite obtener por resultado automático que el arma despidiera el proyectil²⁸.

Para que haya disparo, y por ende acción típica, no es suficiente con exhibir el arma, sólo apuntar en forma amenazante, accionar

²⁴ Conf. primera acepción de la voz “cuerpo”, en la *Nueva Enciclopedia Sopena. Diccionario ilustrado de la lengua española*, Argentina, 1954, t. II.

²⁵ NÚÑEZ, *Tratado...* cit., p. 288.

²⁶ En igual sentido SOLER, ob. cit., t. III, § 89 VII.

²⁷ NÚÑEZ, Ricardo, *Sobre el disparo de arma de fuego*, en L. L. 52-131-II, comentario a fallo.

²⁸ LAJE ANAYA, ob. cit., t. I, p. 100.

su mecanismo de disparo sin éxito²⁹, hacerle sufrir gran temor, disparar un arma cargada sin proyectil o gatillar un arma no cargada³⁰ sino que *es necesario que se produzca el disparo propiamente dicho*³¹.

Síntesis

Para que tenga lugar la acción típica de disparo de arma de fuego deben darse los siguientes requisitos:

- Que se haya utilizado un arma de fuego;
- que la misma haya sido disparada;
- que el disparo haya sido *dirigido* materialmente hacia una persona;
- que esa *dirección* haya sido querida por el autor;
- que el autor no haya tenido intención de matar o lesionar gravemente, y
- que no resulte la muerte o graves lesiones a la víctima.

b) *Arma de fuego*

Para tratar el tema de las armas de fuego es necesario comenzar por el decreto que reglamenta la Ley 20.429 de Armas y Explosivos, decreto 395/75³², el que en su Capítulo I: *Disposiciones generales*, Sección II: *Definiciones*, artículo 3º, nos da, en sus distintos incisos, los conceptos precisos de las armas de fuego, de lanzamiento y sus diversos tipos.

Así, el inciso 1º define *arma de fuego*: es la que utiliza la energía de los gases producidos por la deflagración de pólvora para lanzar un proyectil a distancia.

El mentado decreto define asimismo las *armas de lanzamiento*: “La que dispara proyectiles autopropulsados, granadas, munición química o munición explosiva. Se incluyen en esta definición los lanzallamas cuyo alcance sea superior a tres metros”.

²⁹ NÚÑEZ, *Tratado...* cit., p. 289.

³⁰ Conf. SOLER, ob. cit., t. III, § 89 VII.

³¹ NÚÑEZ, *Sobre el disparo...* cit., p. I.

³² Del 20-2-75, B. O. del 3-3-75.

Así mismo, se dan otros conceptos de relevancia, que sirven para analizar el tipo:

Arma portátil: es el arma de fuego o de lanzamiento que puede ser normalmente transportada y empleada por un hombre sin ayuda animal, mecánica o de otra persona.

Arma de puño o corta: es el arma de fuego portátil diseñada para ser empleada normalmente utilizando una sola mano, sin ser apoyada en otra parte del cuerpo.

Arma de hombro o larga: es el arma de fuego portátil que para su empleo normal requiere estar apoyada en el hombro del tirador y el uso de ambas manos.

Arma de carga tiro a tiro: es el arma de fuego que no teniendo almacén o cargador, obliga al tirador a repetir manualmente la acción completa de carga del arma en cada disparo.

Arma de repetición: es el arma de fuego en la que el ciclo de carga y descarga de la recámara se efectúa mecánicamente por acción del tirador, estando acumulados los proyectiles en un almacén cargador.

Arma semiautomática: es el arma de fuego en la que es necesario oprimir el disparador para cada disparo y en la que el ciclo de carga y descarga se efectúa sin la intervención del tirador.

Arma automática: es el arma de fuego en la que, manteniendo oprimido el disparador, se produce más de un disparo en forma continua.

Y ahora, luego de haber mencionado una suerte de clasificación de las armas de fuego, vamos a mencionar cada una de ellas:

Fusil: es el arma de hombro, de cañón estriado que posee una recámara, formando parte alineada permanentemente con el ánima del cañón. Los fusiles pueden ser de carga tiro a tiro, de repetición, semiautomáticos y automáticos (pueden presentar las dos últimas características combinadas, para uso opcional mediante un dispositivo selector de fuego).

Carabina: arma de hombro de características similares a la del fusil cuyo cañón no sobrepasa los 560 milímetros de longitud.

Escopeta: es el arma de hombro de uno o dos cañones de ánima lisa, que se carga normalmente con cartuchos conteniendo perdigones.

Fusil de caza: es el arma de hombro de dos o más cañones, uno de los cuales, por lo menos, es estriado.

Pistolón de caza: el arma de puño de uno o dos cañones de ánima lisa, que se carga normalmente con cartuchos conteniendo perdigones.

Pistola: es el arma de puño de uno o dos cañones de ánima rayada, con su recámara alineada permanentemente con el cañón. La pistola puede ser de carga tiro a tiro, de repetición o semiautomática.

Pistola ametralladora: es el arma de fuego automática diseñada para ser empleada con ambas manos, apoyada o no en el cuerpo, que posee una recámara alineada permanentemente con el cañón. Puede poseer selector de fuego para efectuar tiro simple (semiautomática). Utiliza para su alimentación un almacén cargador removible.

Revólver: es el arma de puño, que posee una serie de recámaras en un cilindro o tambor giratorio montado coaxilmente con el cañón. Un mecanismo hace girar el tambor de modo tal que las recámaras son sucesivamente alineadas con el ánima del cañón. Según el sistema de accionamiento del disparador, el revólver puede ser de acción simple o de acción doble.

Y los últimos conceptos de gran utilidad:

Cartucho o tiro: es el conjunto constituido por el proyectil entero o perdigones, la carga de proyección, la cápsula fulminante y la vaina, requeridos para ser usados en un arma de fuego.

Munición: designación genérica de un conjunto de cartuchos o tiros.

Transporte de armas: es la acción de trasladar una o más armas descargadas.

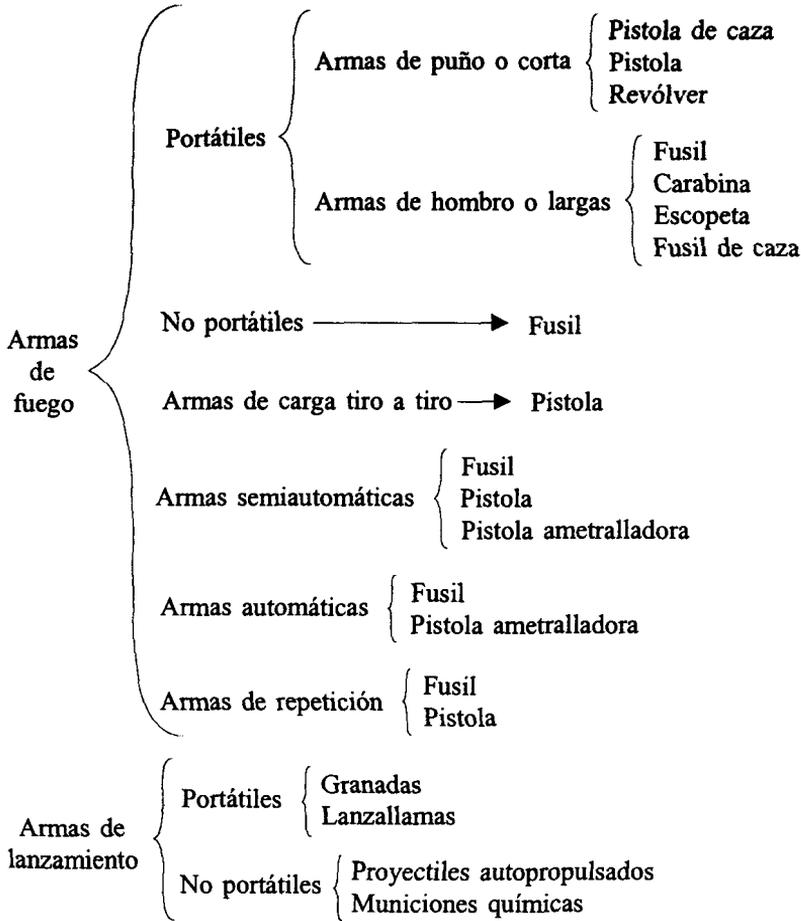
Ánima: interior del cañón de un arma de fuego.

Estría o macizo: es la parte saliente del rayado del interior del cañón de un arma de fuego.

Punta: es el nombre que se asigna entre coleccionistas al proyectil de las armas de fuego.

Estampa de culote: nombre dado por los coleccionistas al gravado efectuado en el culote de las vainas empleadas en cartuchos de armas de fuego.

Veamos el siguiente cuadro que resume los conceptos anteriormente vistos:



Por su parte, Tozzini³³ entiende que son armas de fuego las provistas de munición y que lanzan un proyectil mediante fuerza balística —lo que incluye las de aire comprimido o resorte—, las bombas y todo artificio que contenga materias explosivas. Nuestro concepto: es toda aquella que, a través de un mecanismo de explosión o de encendido de gases mediante pólvora, impulsa el proyectil hacia el exterior.

³³ Ob. cit., p. 308.

Dice Creus³⁴ que la impulsión y trayectoria del proyectil deben originarse en la expansión de los gases, sea que salgan del arma liberado de ellos (armas de fuego de cañón: fusiles, escopetas, rifles³⁵, etc.), o siga impulsado por ellos, durante su trayectoria (misiles, bazucas).

El *arma de fuego* es al mismo tiempo *arma de disparo*, pero no sucede lo mismo en el sentido inverso³⁶. *Arma de disparo* es la que puede lanzar proyectiles, llamas o gases³⁷. No es arma de fuego aquella que expide proyectiles por medio de otros procedimientos impulsores, distintos a la explosión, por ejemplo: procedimientos mecánicos (como el arco y la flecha, las ballestas, tiragomas)³⁸, o bien con mecanismos de compresión artificial de aire en la culata del arma (como las armas de aire comprimido o escopetas de viento)³⁹.

Tampoco es arma de fuego la que funciona con el procedimiento de ignición de gases, pero cuyos proyectiles son arrojados por el hombre y no por el impulso de los mismos (granada de mano, petardos y elementos de pirotecnia), o bien que no expida proyectiles (lanzallamas)⁴⁰.

Ahora bien, *el arma debe ser empleada como tal*, es decir, haciendo funcionar sus mecanismos propios. Si se emplea como medio contundente para golpear (por ejemplo la culata de una pistola) no se está en presencia de esta figura, sino de la de agresión con arma en general⁴¹.

- *Armas de disparo*: armas accionadas por procedimientos mecánicos.
- *Armas de fuego*: armas con mecanismos de ignición de gases.
- *Armas que no expiden proyectiles*: armas accionadas por mecanismos de compresión artificial.

³⁴ Ob. cit., § 270.

³⁵ Rifle es una palabra de origen sajón, que se usa entre nosotros como sinónimo de fusil.

³⁶ NÚÑEZ, *Sobre el disparo...* cit., p. III; *Tratado...* cit., t. III, vol. I, p. 289.

³⁷ Ídem nota 29, citando a Manzini.

³⁸ Ej. cit. por FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 II 1.1; en igual sentido CREUS, ob. cit., t. I, § 270.

³⁹ NÚÑEZ, *Sobre el disparo...* cit., p. II.

⁴⁰ CREUS, ob. cit., t. I, § 270.

⁴¹ Conf. FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 II 1.1; CREUS, ob. cit., t. I, § 270.

c) *Dirección del disparo*

Debe ser realizado, tal como lo expresa el artículo: “contra una persona”⁴².

Nuestra ley no exige que el disparo deba ser hecho contra una persona *determinada*⁴³, puede ser cualquier sujeto, por ejemplo, cualquier persona de un grupo al que se enfoca y dirige el proyectil. “El disparo de arma no exige que se haga contra una persona determinada; basta que esté dirigido contra alguien” (STJ de Santa Fe, 13-8-48, “Bournissent, Emilio M.”, L. L. 52-131). “Tipifica el delito de abuso de armas la acción de disparar a través de una puerta que acaba de cerrar el dueño de casa con quien el imputado había mantenido una incidencia, porque ello importa hacer uso de amenazas injustas y graves para alarmar o amedrentar” (STJ de Chubut, 9-12-69, D. J. L. L. VI-8)⁴⁴.

Naturalmente no es exigida gran puntería sino sólo la intención de dirigirse a un lugar donde se encuentren una o más personas reunidas. “Si el disparo fue dirigido contra determinada persona, la circunstancia de que el agresor no haya hecho puntería, no resta tipicidad a la acción” (Cám. Nac. Crim., sala I, c. 12.032, “Etayo, M.”, 12-3-71). “El delito de abuso de armas se perpetra cuando se dispara en dirección a una persona, independientemente del número de víctimas. Tal proceder, configurado por una unidad de acción y de propósito, vinculados a una única determinación, precisan la singularidad del obrar ilícito reprochado” (Cám. Pen. de San Martín, sala II, c. 7159, “Quinteros, E.”, 26-8-80). “La figura del abuso de armas requiere no sólo la intención del causante, sino además que el disparo se dirija contra el sujeto pasivo, contra alguien, aunque no se tome puntería, pero creando una situación concreta de peligro” (Cám. Nac. Crim., sala IV, Def., c. 24.390, “Páez, Federico”, rta.: 30-5-80).

Debe crearse un peligro efectivo para la víctima, lo que no ocurriría si el disparo es efectuado contra la tierra, hacia el cielo, al descampado, o al agua⁴⁵. “Disparo al aire: Si ninguno de los disparos fue efectuado contra una persona determinada, debe descartarse la existencia del

⁴² En igual sentido SOLER, ob. cit., § 89, VII; CREUS, ob. cit., t. I, § 271.

⁴³ SOLER, ob. cit., § 89, VII.

⁴⁴ Fallo cit. por ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 223.

⁴⁵ NÚÑEZ, *Sobre el disparo...* cit., p. IV.

elemento doloso requerido por las figuras de los artículos 90 y 104 del Código Penal y corresponde entonces condenar por el delito de lesiones culposas” (Cám. Crim. de Capital, 23-9-66, J. A. 1966-VI-305). “Debe condenarse por el delito de lesiones producidas por imprudencia a quien hizo abuso de arma, efectuando un disparo hacia el suelo y no hacia determinada persona, si el proyectil fue a herir de rebote, a una transeúnte ubicada a cuarenta metros de distancia, ya que el autor debió prever esa consecuencia de su acto, aun remota” (Cám. Crim. y Correc. de Capital, sala VI, “Mostroverti, V.”, 16-6-64).

Tampoco si se dispara en un recinto donde hay personas, pero no se apunta a las mismas, sino en otra dirección, o si se dispara sólo moralmente contra una persona, esto es, por ejemplo, con el propósito de amedrentar en la noche haciendo creer que se dispara contra la persona⁴⁶. “La acción de disparar un arma sin apuntar sobre persona alguna, no satisface el requisito expresamente requerido por el artículo 104 del Código Penal” (Cám. Nac. Crim., sala VII, c. 9634, “Pérez, Jorge”, 24-5-88).

Dice Terán Lomas⁴⁷ que si la distancia fuera tan larga que el proyectil no tuviera alcance no se daría el delito; sin embargo, podría discutirse el problema de la tentativa.

3. *Tipo subjetivo*

El tipo subjetivo incluye, por parte del autor, el conocimiento del tipo objetivo, la voluntad de llevarlo a cabo y la puesta en acción de dicha voluntad, esto es, la voluntad de efectuar el disparo dirigido a una persona, y la ejecución de dicha intención. “El disparo de arma es un delito de peligro; para su existencia basta que la voluntad esté expresamente dirigida a crear una situación de peligro o que, a lo menos, el sujeto tenga conciencia de la criminalidad de su acto y, a pesar de ello, lo efectúe o preste su asentimiento a esa situación” (STJ de Santa Fe, 13-8-48, “Bournissent, Emilio M.”, L. L. 52-131). “Constituye el delito de abuso de armas la acción del procesado que habiendo tenido una discusión con el denunciante, ingresó a su domicilio y

⁴⁶ SOLER, ob. cit., § 89, VII.

⁴⁷ Cit. por ESTRELLA, ob. cit., p. 221.

tomando la escopeta que utiliza para fines deportivos, que se hallaba cargada, disparó a la camioneta de la víctima, descartándose por falta de sustento la alegada posibilidad de que se hubiera disparado por accidente por el conocimiento que tenía en el uso de la misma” (Cám. Nac. Crim., sala V, c. 20.356, “Noto, A. R.”, 24-3-87). “No puede atribuirse con certeza la comisión del delito de abuso de armas, si no se logró establecer la intención real del imputado al disparar un arma, en cuanto a si lo hizo contra la persona que se encontraba dentro del local, o para romper la cerradura, con el fin de ingresar a dicho lugar, pues el artículo 104 del Código Penal exige que el disparo haya sido contra una persona, es decir que se apunte directamente sobre ella, y por ello en el caso, el tipo subjetivo se encontró seriamente cuestionado” (Cám. Nac. Crim., sala I, Def., Sent. “V”, Sec. 29, c. 44.406, “Gómez, Alberto M.”, del 22-6-95). “El accionar del procesado, que disparó repetidas veces un arma de fuego hacia la damnificada, produciéndole lesiones leves, configura el delito de abuso de armas (art. 104 del Cód. Pen.); careciendo de significación exculpante la alegada falta de intención de herir a la víctima, pues el mencionado delito no requiere de aquélla para su estructuración perfecta y acabada, a punto tal que las lesiones producidas quedan absorbidas por dicho abuso de armas por *ministerio legis*, siendo evidente que los disparos se efectuaron contra la persona de la víctima poniendo en peligro cierto y efectivo su integridad física” (Cám. Nac. Crim., sala II, c. 32.505, “Villares, Benito”, 19-5-87).

Al decir de Fontán Balestra, consiste en el conocimiento del autor del peligro para las personas que el disparo de un arma de fuego lleva consigo. Este peligro es querido o aceptado por el autor, siendo el disparo *intencional*⁴⁸.

Esta figura es compatible con el *dolo directo* o con *dolo eventual*.

El disparo hacia una persona realizado con *culpa*, no es punible, es atípico, a menos que de él derive lesión a la víctima (lesiones culposas, art. 94) o aun su muerte (que será castigada por homicidio culposo mas no por disparo de arma, art. 84). “Disparo al aire: Si ninguno de los disparos fue efectuado contra una persona determinada, debe descartarse

⁴⁸ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 II 3.

la existencia del elemento doloso requerido por las figuras de los artículos 90 y 104 del Código Penal, y corresponde entonces condenar por el delito de lesiones culposas” (Cám. Crim. de Capital, 23-9-66, J. A. 1966-VI-305). “No habiéndose probado en autos el dolo directo de matar, el delito por el que debe responder el acusado es el de abuso de armas, quedando las lesiones leves absorbidas por el uso de armas de fuego, no siendo de aplicación el artículo 54 del Código Penal porque se trata de un supuesto expresamente resuelto por el segundo apartado del artículo 104 del Código Penal” (Cám. Crim. y Correc. de Capital, sala II, c. 30.438, “Chávez Barreiro, Evaristo”, 15-4-86).

*El dolo del delito presupone*⁴⁹: el conocimiento del carácter del arma, la voluntad de dirigir el proyectil contra la persona, la aceptación de producir un peligro real y efectivo para su integridad física.

El dolo desaparece en casos de error de tipo que las circunstancias hicieren invencible (por ej., un cazador que, de noche, cree que está disparando contra un oso y en realidad era su compañero).

Si al disparar, el autor tuvo en miras la posible causación de lesiones a la víctima, la figura en que incurre es la del artículo 104, párrafo primero. Pero si su intención fue específicamente la de causar su muerte, o hierla grave o gravísimamente, entonces estaremos en caso de *tentativa* de estos delitos. “No habiéndose podido probar que la intención del sindicado fue terminar con la vida de la denunciante, quien descarta ese propósito de su ex concubino, y habiéndole proferido lesiones graves (art. 90 del Cód. Pen.), debe ser responsabilizado por el delito de abuso de armas (art. 104, párrafos primero y segundo, Cód. Pen.)” (Cám. Crim. y Correc. de Capital, sala III, c. 13.706, “Parrilla, Jacinto”, 3-4-81).

La intención mencionada no debe deducirse de los disparos hechos por el autor (por ejemplo la cantidad o reiteración de los mismos), sino de pruebas independientes y contundentes colectadas en la causa. La cuestión se hace difícil, dada la aplicación del beneficio de la duda en favor del reo. Para resolver la cuestión es necesario efectuar una

⁴⁹ NÚÑEZ, *Sobre el delito...* cit., p. VII; de acuerdo con los dos primeros requisitos CREUS, ob. cit., t. I, § 275.

valoración. “El disparo de arma de fuego, efectuado por dos veces contra una puerta detrás de la cual se hallaba una persona y sin herir a ésta, no encuadra en el delito del artículo 104 del Código Penal si se disparó hacia el lugar en que se sabía no se hallaba esa persona, porque dicha figura exige que los disparos se efectúen contra la víctima. La conducta descrita comporta delito de amenazas, agravado (arts. 149 bis, última parte y 149 ter, inc. 1º, Cód. Pen.)” (Cám. Nac. Crim. y Correc., sala I, c. 24.116, “Gómez, W.”, 17-2-81).

Ahora bien, si el autor no tenía intención de lesionar a la víctima, sino tan sólo de hacerle una broma o asustarla, y efectúa un disparo contra una o varias personas, también estamos en presencia de este delito, ya que el bien jurídico ha sido de todas formas lesionado, pues la víctima ha corrido peligro de ser dañada. Así, por ejemplo, disparar arrancándole un lápiz que tiene en la mano, un botón de la manga⁵⁰, etcétera.

Como dijimos, si bien es necesario que el disparo haya sido efectuado contra una persona, no es indispensable que ésta sea determinada, por ello, en la figura simple, el error *in personam* y la *aberratio ictus*⁵¹, no excluyen el tipo. Así por ejemplo, si tengo frente a mí a María y a Julián, y pretendiendo tirar hacia María tiro hacia su compañero, el delito de halla igualmente tipificado, más allá de que yo haya errado en la persona a la cual quería dirigir mi disparo. Ello así, pues aquí los objetos son iguales (María y Julián). El caso se soluciona igual que en el homicidio; quien quiere matar a una persona y mata por error a otra, tal error es irrelevante a los efectos del tipo.

También, de acuerdo a la finalidad tenida por el autor al disparar, estaremos en presencia de *tentativa de homicidio* o *tentativa de lesiones*.

Pero disparar *hacia* una ventana detrás de la cual *se sabe hay gente*, pero sin saber de quiénes se trata, tipifica también este delito. Ello así, porque se requiere que el sujeto activo haya tenido la intención

⁵⁰ CREUS, ob. cit., t. I, § 275.

⁵¹ SOLER, ob. cit., t. III, § 89 VII; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 II 1. 2, quien cita en el mismo sentido a Oderigo y a Gómez; SOLER, ob. cit., § 89, VII.

de dirigir su disparo hacia una persona. Debe haber intención, no son suficientes la casualidad o la culpa.

Zaffaroni⁵² recuerda una forma especial de dolo, aplicable a los tipos penales del artículo 104, pese a que se trata de un concepto que ha sido abandonado por la doctrina moderna hace ya varios años. Y esta forma especial de dolo es el llamado *dolo de ímpetu*.

Señala el autor que el *dolo de ímpetu* es un concepto que se opone a la premeditación o *dolo de propósito*, y en tal sentido, hay algunos autores que lo revelan como una atenuante⁵³, pues antiguamente se lo vinculaba a lo que es nuestra emoción violenta.

En este sentido el dolo de ímpetu es un problema de tipicidad; que la principal característica que se le atribuye es la “inmediatez temporal reactiva”, es decir, la falta de un distanciamiento temporal entre *decisión* y *acción*. Continúa diciendo que el problema que esta inmediatez *decisión-acción* plantea no es de culpabilidad, puesto que no se trata para nada de averiguar si las circunstancias hacen excusable la reacción, sino que es un problema de tipicidad, que se traduce en que prácticamente la acción se acerca tanto a la decisión que parcialmente se *superponen*, en forma tal que la causalidad se planifica para causar un daño cualquiera en el cuerpo o en la salud, que también puede abarcar la muerte, es decir, que se quiere cualquier resultado lesivo de los muchos que pueden producirse. El fin está claro: se quiere dañar el cuerpo, pero *queda indeterminada la medida que se quiere alcanzar*.

Explica que no se trata de un *dolo alternativo*, porque no se quiere matar o, al menos, lesionar; que no se trata de un *dolo eventual*, porque no se quiere lesionar aceptando la posibilidad del resultado letal; *es un dolo de ímpetu*, en que se quiere dañar en la medida que sea. Aclara que si con este dolo se alcanza el resultado letal, habrá sin duda un homicidio consumado, pero si ese resultado no se alcanza —y especialmente cuando no se produce ningún resultado lesivo— no es sencillo decir cuál era el tipo objetivo que quería realizarse con la

⁵² ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1981, t. III, N° 349.

⁵³ ZAFFARONI, ob. cit., t. III, N° 349, p. 357, nota 256.

acción, porque eran varios y podían ser todos. Y éste es el interrogante que nuestro Código resuelve con el artículo 104 del Código Penal.

Cita Zaffaroni a Muyard de Vouglans, quien dice que el dolo de ímpetu, o *delinquere impetu*, comprende a los crímenes que se cometen en un primer movimiento y que son efecto de la cólera y del arrebato, tales como a los que se llega en una riña, en la embriaguez o en el ardor de una pasión inmoderada.

Esta idea se funda en la mera circunstancia de que las agresiones físicas con arma de fuego, que no causen lesiones o que causen lesiones a las que corresponda pena menor que la del artículo 104, y las agresiones con cualquier arma que no causen lesiones, siempre que sean producto de un dolo de ímpetu.

Define este tipo de dolo, entonces, como “aquel que se manifiesta en una conducta agresiva armada contra la integridad física de una persona y que, a causa de la continuidad y parcial superposición de la resolución y la acción, abarca una voluntad realizadora de cualquier resultado o de varios resultados conjuntamente”.

Entendemos que no hay ninguna razón dogmática que lleve a la creación de un nuevo tipo de dolo, distinto a los estudiados en la parte general, en el presente tipo penal. Ni las razones de tipo históricas ni las razones de interpretación dogmática permiten la incorporación del dolo de ímpetu. Si se analiza la cuestión, tampoco el dolo de ímpetu, tal como se lo ha configurado, alcanza a todos los casos que se presentan, más cercano a un tipo de emoción que a otra cosa. Es más, el análisis de Zaffaroni tiende a darle al tipo penal una interpretación que abarca sólo los estados emocionales o de embriaguez. Pues bien, esta conclusión no tiene en cuenta que los estados emocionales están contemplados como una atenuante del tipo, por lo cual no se explica que tal elemento pase a integrar el tipo subjetivo básico. Por otra parte, tal interpretación, que crearía un nuevo tipo de dolo, debería estar avalada por el texto de la ley, cosa que tampoco surge, desde la simple lectura del texto en cuestión. En síntesis, el dolo que se requiere es el conocimiento de que el disparo va dirigido contra una persona, y que con ese disparo se pone en peligro la integridad de la persona atacada, y la voluntad de realizar tal conducta.

4. Consumación

Se consuma el tipo al salir el disparo efectuado, y el proyectil sale del arma en dirección a la persona.

Si el disparo, una vez efectuado, no se dirige a una persona, por alguna causa externa al agente (que un obstáculo o un tercero se interpongan en la trayectoria del disparo)⁵⁴, también estamos ante un caso de delito consumado, pues el peligro igualmente se ha creado para el bien jurídico.

5. Tentativa

No es uniforme la doctrina respecto de la posibilidad de tentativa en esta figura.

Fontán Balestra⁵⁵ y Soler⁵⁶ entienden que ésta no parece imaginable, por tratarse de un delito de peligro.

Fontán Balestra dice que el delito de disparo de arma de fuego se comete ya al disparar contra una persona sin dar en el blanco, lo que ocurre, precisamente, cuando el disparo se desvía de su dirección, por causas ajenas a la voluntad del autor. Requerir que el disparo hecho contra una persona no se desvíe para tener por consumado el delito de arma de fuego supone requerir siempre un resultado lesivo, contra el fundamento y el texto expreso de la ley⁵⁷.

Otros autores, en cambio, sí admiten la posibilidad de tentativa. Así, Oderigo, Núñez y Creus.

Oderigo la admite en el caso de quien martilla un arma sin conseguir dispararla⁵⁸.

Núñez⁵⁹ primeramente entendió muy difícil admitirla, pero luego⁶⁰ modificó su criterio. En un primer momento, prescindiendo de que

⁵⁴ CREUS, ob. cit., t. I, § 271.

⁵⁵ Ob. cit., t. IV, § 89 II 2.

⁵⁶ Ob. cit., § 89 VII. Entiende que ello importaría castigar el peligro de un peligro.

⁵⁷ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 II 3. 2.

⁵⁸ Cit. por FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 89 II 2.

⁵⁹ NÚÑEZ, *Sobre el disparo...* cit., p. V.

⁶⁰ NÚÑEZ, *Tratado...*, t. III, vol. I, p. 293.

la ejecución del hecho del que emana el peligro que especializa la agresión con armas de fuego ya comienza antes del disparo, sólo admitía una *tentativa ulterior a este momento*, consistente en el desvío del proyectil, y consideraba absorbidos por la figura de la agresión simple todos los actos anteriores al disparo. Pero luego concluyó en que constituye una tentativa, en verdad, todo acto ejecutivo del propósito de disparar un arma de fuego contra otra persona, que no logra el disparo, y todo disparo desviado de su dirección por causas ajenas a la voluntad del autor. Si la frustración del disparo del arma de fuego obedece a la inidoneidad total del arma, o bien, a la falta de municiones, y el autor lo ignora, estamos ante tentativa inidónea debida al medio empleado.

Creus⁶¹, por su parte, entiende que el accionamiento del mecanismo de disparo por el agente constituye ya una etapa ejecutiva del acto de disparar. Hay tentativa cuando el proyectil queda en el arma por defectos mecánicos, o de la sustancia explosiva⁶², así por ejemplo: casos de pólvora húmeda o defectos del fulminante o de otro elemento mecánico del arma. Pero en contra de los anteriores, entiende que no se trata de una tentativa, sino de delito consumado cuando, habiéndose producido el disparo, el proyectil se desvía por defectos del arma, o por dar en obstáculos interpuestos. Allí, no hay duda de que el peligro concreto asumió las características típicas.

Por nuestra parte, entendemos que sí es posible la tentativa en el delito de disparo de arma de fuego. Así, en los delitos de mera actividad o de peligro abstracto la tentativa es posible, más allá de las dificultades que se presenten⁶³ a nivel práctico o probatorio.

En cuanto a la pena de la tentativa, de acuerdo a la concordante opinión de la Cámara Nacional de Casación Penal⁶⁴ y de la Cámara del Crimen⁶⁵, la escala de uno a tres años de prisión del artículo 104, párrafo primero del Código Penal, deberá reducirse en la mitad del mínimo y un tercio del máximo; esto es, quedará fijada en *seis meses a dos años*.

⁶¹ Ob. cit., t. I, § 273.

⁶² CREUS, ob. cit., t. I, § 271.

⁶³ DONNA, *La tentativa*, Belgrano, Buenos Aires, 1996, N° 9, p. 57.

⁶⁴ Plenario N° 2, "Villarino, M.", 21-4-95.

⁶⁵ Plenario N° 173, "Luna, Gustavo G.", 19-2-93.

Pero en este sentido es necesario recordar nuestra disidencia en el plenario citado, en la cual argumentábamos que, desde una perspectiva histórica, Rodolfo Moreno sostenía de manera precisa que “la aplicación del precepto no puede dar lugar a dificultades. Se trata de la tentativa de un delito que tiene fijada una determinada pena. El magistrado no tiene sino que considerar la que correspondería al agente en caso de consumación y disminuirla en la forma establecida por el artículo”⁶⁶. Pero más aún, se puede afirmar que el criterio de los tribunales citado, por lo menos rompe con la estructura fijada por el propio legislador, que primero establece el mínimo y luego el máximo de la penalidad, por lo cual no se entiende el motivo que lleva a esta interpretación⁶⁷. Y no hay duda de que ésta es la conclusión que condice con el condicional que la ley ha establecido, como bien lo ha puesto de resalto De la Rúa⁶⁸: “Es el criterio que informa a la parte especial, e incluso, al propio artículo 44, párrafos 2º a 4º: formular las escalas mencionadas primero el mínimo y después el máximo”⁶⁹. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Veira, Héctor Rodolfo s/Violación” (fallo V.8.XXIV. Recurso de hecho), del 8 de diciembre de 1992, sin fundamentación expresa que se decidió por la primera de las opciones antes explicitadas. En efecto, la Corte al condenar por el delito de violación en grado de tentativa, sostiene en el punto 9º: “En tales condiciones y teniendo en cuenta la reducción de la pena establecida por el artículo 42 del Código Penal en el caso del delito de violación, se estima adecuado fijar la sanción, de efectivo cumplimiento, en el mínimo de la escala penal”. Y aplica tres años de prisión, que es exactamente la mitad del mínimo.

6. *Absorción y subsidiariedad de la figura*

Tal como expresa el artículo en su párrafo segundo: “Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave”.

⁶⁶ MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. II, ps. 418/419.

⁶⁷ DONNA, ob. cit.

⁶⁸ *Código Penal argentino*, p. 600.

⁶⁹ Ob. cit., ps. 601/602.

Sólo es punible la acción, como disparo de arma de fuego, si el hecho no importa, además, un delito más severamente penado.

a) *Disparo de arma de fuego y lesiones leves*

De esta manera, los daños que mediante esta acción se provocaren, y que sean sancionados con penas menores (por ej. las lesiones leves con pena de un mes a un año, art. 89, Cód. Pen.), quedarán absorbidos por la figura de disparo de arma de fuego. Queda también absorbida la tentativa de lesiones leves, cuando resulte posible probarla. No son, pues, de aplicación las normas del concurso. “El delito de disparo de arma de fuego absorbe al de lesiones leves, quedando, en consecuencia, excluida toda posibilidad de existencia de concurso” (Cám. Crim. de Capital, 24-9-65, L. L. 122-920). Así, la escala penal será la misma cuando no se causen lesiones y cuando las que se causen sean leves⁷⁰.

Soler entiende que en el artículo 104 contiene una figura de lesiones leves, calificadas por el medio empleado, que eleva considerablemente la escala penal⁷¹.

La *pluralidad de lesiones leves causadas* no constituye reiteración, ya que éstas también resultan absorbidas por la figura del artículo 104, primer párrafo⁷². “El accionar del procesado, que disparó repetidas veces un arma de fuego hacia la damnificada, produciéndole lesiones leves, configura el delito de abuso de armas (art. 104, Cód. Pen.); careciendo de significación exculpante la alegada falta de intención de herir a la víctima, pues el mencionado delito no requiere de aquélla para su estructuración perfecta y acabada, a punto tal que las lesiones producidas quedan absorbidas por dicho abuso de armas por *ministerio legis*, siendo evidente que los disparos se efectuaron contra la persona de la víctima poniendo en peligro cierto y efectivo su integridad física” (Cám. Nac. Crim., sala II, c. 32.505, “Villares, Benito”, 19-5-87). “La figura del abuso de armas requiere no sólo la intención del causante, sino además que el disparo se dirija contra el sujeto pasivo, contra alguien, aunque no se tome puntería, pero creando una situación con-

⁷⁰ Claro está que estas circunstancias serán tenidas en cuenta para la graduación de la pena, dentro de la escala mencionada.

⁷¹ Ob. cit., § 89 VIII.

⁷² FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 II 1.2.

creta de peligro” (Cám. Nac. Crim., sala IV, Def., c. 24.390, “Páez, Federico”, rta.: 30-5-80). “Delito doloso: El delito previsto en el artículo 104, párrafo segundo del Código Penal no admite la forma culposa de comisión ya que la herida producida debe quedar abarcada por el dolo inicial” (Cám. Nac. Fed., sala Crim. y Correc., 6-5-68, D. J. L. L. VI-9)⁷³.

b) *Disparo de arma de fuego y lesiones graves o gravísimas*

La tentativa de lesión grave tiene un máximo de pena de cuatro años de prisión o reclusión; la pena es, pues, mayor que la del tipo penal en estudio, y por lo tanto, no resulta aplicable⁷⁴. Este tipo penal se aplicará siempre que no se hubiere causado el resultado de muerte, o bien de lesiones graves o gravísimas (delitos consumados o bien tentados), pues estos delitos contemplan penas mayores que la del disparo de armas, y por tanto, tal como el artículo lo expresa: “Esta pena se aplicará [...] *siempre que el hecho no importe un delito más grave*”, con lo cual el tipo queda desplazado. “La acción de disparar contra alguien configura el delito de abuso de arma cuando no se logra herir o cuando la lesión producida es leve; y si la lesión resulta de mayor entidad la conducta del agresor se encuadra en las lesiones de los artículos 90 o 91. Para nuestra ley penal, tirar contra otro no permite presumir el propósito homicida en el autor, circunstancia que se extraerá ya sea de la actividad del agente –anterior, contemporánea o posterior– o de sus palabras, lo que no se ha probado en autos” (Cám. Crim. y Correc. de Capital, sala VII, c. 12.150, “Fernández, Andrés”, 29-9-89).

7. *Concurso de delitos*

Las características de absorción o subsidiariedad no impiden naturalmente la posibilidad de la existencia de un concurso real con otros delitos más o menos severamente penados, resultantes del hecho y, normalmente, siempre que hayan tenido lugar en forma aislada. Por ejemplo: un atentado a la autoridad calificado, o lesiones leves producidas en el mismo momento del hecho, y por causas ajenas al disparo, respectiva-

⁷³ Fallo cit. por ESTRELLA, ob. cit., p. 222.

⁷⁴ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 II 4.

mente⁷⁵. “La agravación del robo por el empleo de armas de fuego presupone y absorbe el uso de tales artefactos cuando él tiene lugar en un mismo desapoderamiento, sucedido lo propio con los eventuales delitos de resistencia a la autoridad y abuso de armas” (Cám. Crim. y Correc., sala II, Sent. “F”, Sec. 12; c. 32.154, “Martínez, José”, 31-3-87). “Si los perseguidores del acusado, no estuvieron presentes durante el robo y sólo intervinieron en un segundo momento, ya consumado éste, los disparos efectuados por el imputado contra ellos no pueden encuadrarse en el delito de resistencia a la autoridad, pues por tratarse de particulares, no se dan las circunstancias del artículo 240 del Código Penal, al faltar, para ellos, el ‘flagrante delito’, debiendo calificarse el evento como abuso de armas (art. 104, Cód. Pen.), el que concurre materialmente con el delito de robo” (Cám. Crim. y Correc. de Capital, sala I, c. 40.165, “Rosetti, Juan C.”, 20-2-92). “El accionar del procesado que con disparos de arma intimidó al denunciante a hacer aquello que éste se negaba —entregarle valores— configura el delito de amenazas agravadas (art. 149 ter, inc. 1º, Cód. Pen. en relación con el art. 149 bis, párrafo segundo, Cód. Pen.) y no el de abuso de arma pues nada indica que los disparos hubieran sido dirigidos a la persona del denunciante, resultando por demás de elocuente los lugares donde se encuentren ubicados los orificios dejados por las balas. No se ha configurado el delito de agresión con arma (art. 104, último párrafo del Cód. Pen.) pues nadie indica que se hubiera producido la situación de riesgo que reprime dicha figura con el encañonamiento de la víctima” (Cám. Crim. y Correc. de Capital, sala IV, c. 26.222, “Cariale, Marcelo G.”, 15-4-82).

Ahora, la lesión leve causada por disparos de armas de fuego puede concurrir materialmente con otras lesiones ocasionadas con una acción independiente de la del disparo. Por ejemplo: la herida de bala en el talón queda absorbida por el artículo 104 del Código Penal, pero las lesiones traumáticas en otro lugar constituyen hechos independientes y concurren realmente con aquel delito⁷⁶. “Constituye el delito de resistencia a la

⁷⁵ CREUS, ob. cit., t. I, § 274.

⁷⁶ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 II 4, quien no hace más que citar el fallo de la Cám. Crim. de Capital, del 7-6-66, L. L. 124-335; RUBIANES, Carlos J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial. Actualización*, Depalma, Buenos Aires, 1983, t. III, p. 104.

autoridad, el accionar del procesado contra la autoridad que tuvo lugar cuando el acto formal de la policía ya había tenido comienzo y con el objeto de oponerse a él. En cuanto al disparo del arma de fuego por parte del procesado, para resistir a la autoridad, no provocó heridas, por lo que constituye abuso de armas, que concurre idealmente con el de resistencia a la autoridad por tratarse de una sola conducta” (Cám. Crim. y Correc. de Capital, sala VI, c. 14.922, “Dubra, D.”, 15-10-87; en el mismo sentido Cám. Nac. Crim., sala VII, “Barragan, J. C.”, 11-3-88; Cám. Nac. Crim., sala IV, c. 44.203, “Cuevas, Juan A.”, 12-9-94).

8. *Disparo de arma de fuego y tentativa de homicidio*⁷⁶⁻¹

Existe una cierta tendencia a encuadrar todo disparo de arma de fuego realizado contra una persona como tentativa de homicidio. Para distinguir las figuras es necesario, en cada caso en concreto, analizar los siguientes elementos: *la finalidad del autor*, esto es, el dolo del autor y las acciones en que en ese marco se realicen, tales como las palabras, las acciones previas, etcétera. En este contexto deberá tenerse en cuenta el tipo de arma utilizada (su poder ofensivo) y el tipo de munición elegida, la posibilidad o imposibilidad del sujeto de continuar con su acción, y demás circunstancias concretas del caso. Quizás nunca como en este caso se puede observar la importancia del dolo como elemento rector del tipo penal. Resulta casi absurdo intentar diferenciar el abuso de armas de la tentativa de homicidio sin acudir al dolo, y más absurdo aún esperar la etapa analítica de la culpabilidad para encontrar una solución.

“Es requisito indispensable del delito de homicidio en grado de tentativa que quede demostrado el propósito del sujeto enderezado a cegar la vida del ofendido, pues el artículo 44 habla de ‘cometer un delito determinado’, circunstancia que debe acreditarse concretamente, ya sea por la propia confesión del agente, o de prueba eficaz e inequívoca que permita captar el verdadero designio de matar. De no acreditarse estos extremos el único delito del que debe responder el acusado es el de abuso de armas calificado por el vínculo” (Cám. Nac. Crim., sala V, Def., c. 11.505, “Buteler, C. A.”, rta.: 2-10-79). “Para nuestra ley penal, tirar contra otro no permite presumir el propósito homicida en el autor, circunstancia que se extraerá ya sea de

⁷⁶⁻¹ DONNA, *La tentativa*, ps. 50 y ss.

la actividad del agente –anterior, contemporánea o posterior– o de sus palabras, lo que no se ha producido en autos” (Cám. Crim. y Correc. de Capital, sala VII, c. 12.150, “Fernández, Andrés”, 29-9-89). “No existiendo unidad objetiva por cuanto las dos acciones criminales han sido dirigidas contra personas diferentes, ni unidad subjetiva porque han respondido a determinaciones sucesivas del procesado y no influyendo en la naturaleza del concurso la conexión ocasional entre ambos delitos –homicidio simple y abuso de armas– porque no da a los hechos la indispensable unidad de acción y de propósito, debe concluirse que en el caso ha existido concurso material o real de delitos, y que debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 55 del Código Penal, si bien no es posible hacerlo por falta de recurso acusatorio” (*Fallos*: 183:136, “Hidalgo, Estanislao”, 1939).

¿Qué sucedería si el autor dispara contra un grupo de personas y lesiona a más de una de ellas? ¿Hay en ese caso concurso de delitos?

Es un claro ejemplo de un concurso ideal de delitos, previsto por el artículo 54 del Código Penal. Pero sí habría concurso, si se efectúan disparos contra diferentes personas, aun cuando ellos se efectúen seguidamente⁷⁷. “El delito de abuso de armas se perpetra cuando se dispara en dirección a una persona, independientemente del número de víctimas. Tal proceder, configurado por una unidad de acción y de propósito, vinculados a una única determinación, precisan la singularidad del obrar ilícito reprochado” (Cám. Pen. de San Martín, sala II, c. 7159, “Quinteros, E.”, 26-8-80).

IV. Agresión con arma

El párrafo tercero del artículo 104 del Código Penal establece:

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

A diferencia de lo que sucede con el disparo de arma, la agresión queda desplazada por la producción de una lesión leve⁷⁸. “La agresión

⁷⁷ CREUS, ob. cit., t. I, § 274.

⁷⁸ NÚÑEZ, *Tratado...* cit., t. III, vol. I, p. 294, citando a Moreno.

con toda arma prevista en el artículo 104, *in fine*, Código Penal, se halla consumida por el encuadramiento del hecho en la figura del artículo 89 del Código citado” (Cám. Crim. de Capital, 5-5-67, L. L. del 3-1-68, fallo 59.335).

1. *Bien jurídico protegido*

Aquí también *se protege la integridad física de la persona*, que peligra de ser dañada mediante un elemento (arma) utilizado por el autor.

2. *Tipo objetivo*

a) *Acción típica*

Es la de *agredir con un arma*.

Agresión implica *acometimiento*⁷⁹, es decir, un ataque o atentado por parte del autor contra la persona de la víctima. Y este acometimiento debe ser realizado con el objeto de alcanzar con el arma a la víctima⁸⁰. Zipf define a la agresión ilegítima⁸¹, concepto que se puede aplicar en el presente caso, como la amenaza humana de lesión de un interés jurídicamente protegido (que en este supuesto sería la integridad física). Nosotros entendemos⁸² que sólo habrá agresión en los casos de acción u omisión dirigidos por la voluntad. Por agresión no sólo debe entenderse una acción que signifique fuerza o violencia, tal como en su momento lo sostuvo Jiménez de Asúa, ya que con ello se está trabajando con un concepto vulgar de agresión, por decirlo así, frente al criterio de agresión que, sin duda, debe ser normativo. De modo que se puede afirmar que por agresión debe entenderse no sólo la acción violenta, sino cualquier lesión que amenace o ponga en peligro intereses jurídicamente protegidos.

Tanto se da el tipo cuando no se alcanzó el cuerpo con el arma como cuando se lo alcanzó sin causar daños⁸³.

⁷⁹ SOLER, ob. cit., t. III, § 89 III; CREUS, ob. cit., t. I, § 277.

⁸⁰ En igual sentido FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 III; CREUS, ob. cit., t. I, § 277.

⁸¹ Cit. por DONNA, *Teoría del delito...* cit., § 56, f.1, y nota 245.

⁸² Ídem nota anterior.

⁸³ CREUS, ob. cit., t. I, § 277.

b) *Arma*

De acuerdo al *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española⁸⁴, la definición de arma se circunscribe a los instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse.

Es unánime la doctrina al entender que *arma* es todo elemento capaz de aumentar el poder ofensivo del autor. Quedan comprendidas en el concepto de arma todas aquellas que no sean arma de fuego utilizada como tal⁸⁵.

Para Tozzini⁸⁶, el concepto de “armas” debe otorgarse únicamente a todo artificio o instrumento creado por el hombre que esté destinado a herir, de modo que concretamente utilizado en cada caso, haya creado un peligro vital, tan real y de efecto inmediato para la víctima como para haberla privado de toda posibilidad de reacción o evasión efectivas. Y este peligro es ponderable *ex ante*, no *ex post*, y con independencia del resultado a que se llega en la agresión. Y los similares que resulten objetivamente aptos para ello, y que la ley prohíbe tener o portar sin autorización previa o causa justificada.

Así, veamos la siguiente clasificación⁸⁷:

Armas propias: son aquellas que por su naturaleza o conformación están destinadas al ataque o la defensa del hombre (ej.: cuchillo, navaja, un revólver usado como maza, cachiporra)⁸⁸. Tejedor⁸⁹ define a las armas propias como todos los instrumentos con los cuales se puede inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida.

Armas impropias son las que, si bien por su naturaleza no están destinadas a ser elementos de por sí agresivos, son utilizadas por el autor para lesionar la integridad física de la víctima.

⁸⁴ Definición cit. por TOZZINI, ob. cit., p. 300.

⁸⁵ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, III 2.

⁸⁶ Ob. cit., ps. 306 y 308.

⁸⁷ Conf. CREUS, ob. cit., t. 1, § 278.

⁸⁸ Los dos últimos ejemplos pertenecen a VALDOVINOS, *Código Penal comentado*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1979, ps. 128-9.

⁸⁹ Cita efectuada por TOZZINI, *Los delitos de hurto y robo*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 21.

Las armas impropias se pueden subclasificar a su vez en:

a) *Las equiparadas a las propias*, que son las que tienen una cierta punta o filo (cuchillos, etc.).

b) *Las impropias propiamente dichas*, que pueden tener poder ofensivo en razón de sus características, como ser:

- Su contundencia (un pisapapeles, una piedra, una máquina de escribir, etc.);
- su filo o punta (guadañas, discos de arados, rastrillos, etc.), y
- la dañosidad de sus efectos (gases, aerosoles, ácidos, aceite hirviendo u otro líquido caliente, elementos corrosivos o inflamables, etc.).

Ahora bien, esta diversidad de elementos que pueden ser utilizados como armas, tiene una limitación: la consideración objetiva del poder ofensivo que puede representar su utilización; por ejemplo no se podría alegar que el arrojar una zapatilla de baile puede constituir “arma”. Y ello así porque no serían objetos idóneos para poner en peligro real el bien jurídico⁹⁰.

Como la parte final del artículo lo indica: “...aunque no se causare herida”, es indiferente a los fines del encuadramiento de la *agresión* que se hayan producido lesiones, con motivo del acometimiento. De igual modo, si ni siquiera se llegó a alcanzar el cuerpo de la víctima. Como ya se ha señalado, estas circunstancias serán relevantes únicamente para la graduación de la pena.

Rodríguez Palma⁹¹ prefiere incluir en el concepto de “arma” a las propias, y equipararles sólo “los elementos que puedan ser usados en un momento determinado con un poder vulnerante similar al de aquéllas”.

A este respecto, Tozzini⁹² dice que el hecho de que nuestro Código no haya previsto una disposición que defina el concepto de arma, o enumere sus especies, hace surgir en la doctrina un concepto de arma oscurecido por el de *armas impropias* que, sin confines precisos, termina, a su juicio, por vulnerar el principio de legalidad,

⁹⁰ CREUS, ob. cit., t. I, § 278.

⁹¹ Cit. por TOZZINI, en ob. cit., p. 306.

⁹² Ob. cit., p. 300.

al introducir en el tipo un concepto extensivo, al desdibujar el concepto lo más preciso posible que debe otorgarse a todo elemento del tipo penal.

Concordantemente con el tipo anteriormente analizado, la sola exhibición del arma no configura el delito de agresión⁹³, aun cuando el arma exhibida sea de un alto poder ofensivo, como la de fuego. Tampoco el mantener en alto, o sólo amenazar con ella. Aunque esta posición, que armoniza con el texto legal, no siempre ha sido seguida por la jurisprudencia. Así se sostuvo que: “El solo hecho de apuntar con un arma en forma amenazante constituye el delito de agresión del último párrafo del artículo 104 del Código Penal” (Cám. Apel. de San Isidro, sala 1^a, c. 18.601, “Sánchez, Miguel s/Amenazas”, L. S. XV-5204, 8-7-82).

3. *Tipo subjetivo*

El autor debe conocer el tipo objetivo y debe llevarlo a cabo voluntariamente. Esto es, debe querer agredir a una persona, valiéndose de un elemento que aumente su poder al acometer contra ella, y ejecutar esa voluntad.

Es compatible con el *dolo directo* y con el *dolo eventual*.

El sujeto activo debe querer poner en peligro la salud o el cuerpo de la víctima. Entonces, si un sujeto amenaza a otro con una falsa arma, no estaría cometiendo agresión.

Subjetivamente, el tipo y la pena de la agresión se excluyen por el propósito manifiesto del autor de matar o lesionar gravísima o gravemente. En este caso, la agresión queda absorbida por la tentativa correspondiente⁹⁴.

4. *Subsidiariedad de la figura*

Queda desplazado este delito de peligro cuando la agresión provoca efectivamente un daño⁹⁵. Ello es así por el carácter de peligro de la

⁹³ Ídem nota 91.

⁹⁴ NÚÑEZ, t. III vol. I, §89 III; CREUS, ob. cit., t. I, §280.

⁹⁵ En igual sentido VALDOVINOS, ob. cit., ps. 128-9; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. IV, § 89 III 1.

figura. Asimismo, en caso de que el autor tenga la intención de causar lesiones o la muerte, se calificará esta acción como constitutiva de tentativa de lesiones o de homicidio y no de agresión⁹⁶.

Comenta Fontán Balestra, que la tentativa de lesiones leves y la agresión se confunden y carece de interés práctico pronunciarse por uno u otro tipo; lo cierto es que, aparte de las dificultades prácticas, no se ven las razones para que se aplique a la tentativa de lesiones leves una pena menor, por el hecho de haberse ejecutado con armas, cuando la lógica pareciera ejecutar lo contrario. La agresión con armas tiene fijada pena de prisión de quince días a seis meses, en tanto que la tentativa de lesión leve, prisión de quince días a dieciséis meses. A nuestro juicio, en los casos en que resulte posible probar el propósito de causar una lesión leve, es de aplicación la pena correspondiente a la tentativa de este delito, en el que no se distingue que la lesión sea causada con armas o sin ellas⁹⁷.

V. Agravantes y atenuantes

Artículo 105: Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81, inciso 1º, letra a) la pena se aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente.

Según dice el artículo, entonces⁹⁸:

- 1) Si opera *alguna circunstancia agravante tipificada en el artículo 80 del Código Penal*, las penas previstas para los delitos de disparo de arma de fuego y de agresión con arma serán aumentadas en un tercio, es decir serán de un año y cuatro meses a cuatro años de prisión, en caso del disparo de arma de fuego, y de veinte días a ocho meses de prisión en el caso de agresión con toda arma.
- 2) Si por el contrario, se diere la *circunstancia atenuante del artículo 81, inciso 1º, a*, esto es, la emoción violenta, se reducirá la pena prevista también en un tercio, es decir, para el caso de disparo de arma de fuego, quedará la escala entre ocho

⁹⁶ CREUS, ob. cit., t. I, § 279.

⁹⁷ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., § 89 IV 3.

⁹⁸ Conf. SOLER, ob. cit., t. III, § 89 X.

meses y dos años de prisión, y para la agresión genérica, entre diez días y cuatro meses de prisión.

“La acción del procesado, consistente en disparar un arma de fuego, lesionando en forma leve a su progenitor, está prescripta en los artículos 104 y 105 del Código Penal en cuanto allí se contempla el delito de disparo de arma de fuego que, causando herida por la que corresponde pena menor y no importando delito más grave, se califica y agrava al concurrir alguna de las circunstancias previstas en el artículo 80 del mismo Código” (Cám. Crim. y Correc. de Capital, sala III, c. 27.580, “Cabrera, Carlos”, 12-9-90).

Ahora bien, también *existe una agravante de la pena* que se da en la ley especial 23.184, de espectáculos deportivos: si alguna de las figuras de abuso de armas tiene lugar *con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo*, sea en el ámbito de concurrencia pública en que se realizare o en sus inmediaciones, antes, durante o después de él (art. 1º), la pena será asimismo *agravada* en un tercio, y siempre que no resulten delitos más severamente penados (art. 2º).

Pero existen vacíos legales respecto a las siguientes circunstancias⁹⁹:

- 1) Que se cometiere alguna de las acciones del artículo 104, con concurrencia simultánea de emoción violenta y parentesco.
- 2) También dice Soler que existe un vacío legal en el caso de que se cometiere un abuso de armas con exceso, pues la solución prevista por el artículo 35 sería la aplicación de la pena prevista para la figura culposa de que se trate, y como bien sabemos, no existe el abuso de armas culposo. Por ello, el exceso quedaría impune, a menos que con él se hubiere causado alguna lesión, caso en el cual la única pena aplicable será la correspondiente al daño ocasionado.

La observación puede ser objetada. Hay que recordar que para nosotros¹⁰⁰ las causas de justificación eliminan la antijuridicidad del acto, en tanto y en cuanto se dieran todas las circunstancias objetivas

⁹⁹ Ídem nota anterior.

¹⁰⁰ DONNA, *Teoría del delito...* cit., t. II, § 68 c, y *El exceso en las causas de justificación*, Astrea, Buenos Aires.

y subjetivas. En el exceso lo que sucede es que la conducta vuelve a ser antijurídica, pero no deja de ser dolosa, ya que en el ejemplo de la legítima defensa, el sujeto quiere matar y mata. Es sólo la pena que tiene este hecho lo que se equipara al tipo culposo. El legislador no puede cambiar la naturaleza de la acción, por más que ésa sea su voluntad. Quien se defiende inicia su acción de manera dolosa, en el sentido de que quiere defenderse, y termina su acción también dolosamente, esto es, excediendo la agresión ilegítima. Para este caso es la regulación del artículo 35 del Código Penal, porque si el sujeto mata, culpa mediante, sería aplicable el artículo 84, lisa y llanamente, y si mata excediéndose, entonces rige el artículo 35 del Código Penal, pero el hecho sigue siendo doloso.

CAPÍTULO VI

ABANDONO DE PERSONAS

SUMARIO: *Artículo 106.* I. El bien jurídico protegido. II. Antecedentes. III. Tipo objetivo. 1. La exposición a situación de desamparo. 2. El abandono. Jurisprudencia. 3. La situación de peligro concreto para la vida o la salud de la víctima. IV. Tipo subjetivo. V. Antijuridicidad. VI. Atribuibilidad. VII. Consumación y tentativa. VIII. Las agravantes. IX. Agravación por el vínculo. *Artículo 107. Artículo 108.* Omisión de auxilio. I. Bien jurídico protegido. II. Antecedentes. III. Tipo objetivo. 1. Acción. Ausencia de conducta. 2. El “riesgo personal”. 3. Sujetos. IV. Tipo subjetivo. V. Antijuridicidad. VI. Atribuibilidad. VII. Consumación y tentativa.

Artículo 106

I. El bien jurídico protegido

Tanto la ubicación que el legislador ha asignado a este tipo penal como la mención que el mismo artículo hace respecto de la vida y la salud, nos evidencian que estamos ante un tipo penal que protege la incolumidad material de las personas: Gössel ha sostenido que el bien jurídico en este tipo de delitos es la vida e integridad corporal de otra persona¹. Se exige además que exista un peligro real para la víctima del delito.

En cuanto al concepto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, nos remitimos a los capítulos anteriores.

¹ GÖSSEL, *Strafrecht Besonderer Teil* cit., p. 108. En igual sentido, HORN, SK, § 221; JÄHNKE, LK, § 221, 3.

II. Antecedentes

En su texto original, el artículo 106 decía:

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que abandonare a un menor de diez años u otra persona incapaz por causa de enfermedad, a quien deba mantener o cuidar.

La redacción actual responde a la reforma de 1968 –decreto-ley 17.567– con excepción de las penas, que fueron agravadas por ley 24.410. La misma expresa:

El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos a seis años.

La pena será de reclusión o prisión de tres a seis años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima.

Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco a quince años de reclusión o prisión.

La exposición de motivos del decreto-ley 17.567 señala como antecedentes nacionales los Proyectos de Código Penal de 1960 (art. 141) y de 1963 (art. 68), cuya redacción es idéntica. La nota del primero de aquéllos explica que incluyó como delito el hecho de abandonar al individuo que el mismo autor haya incapacitado, cuyo caso más frecuente es el supuesto de alejarse después de un accidente dejando sin socorro al lesionado².

III. Tipo objetivo

El primer párrafo del artículo 106 ha sido interpretado, por un sector de la doctrina, como la descripción de una sola conducta típica, con dos medios comisivos distintos. Se ha dicho, entonces, que la acción típica del artículo 106 es “poner en peligro la vida o la salud”,

² MERCADO, Ángel R., *Abandono de personas*, en L. L. Buenos Aires, vol. 134, abril-junio de 1969, ps. 1119-21.

y esto se realiza “colocando en situación de desamparo” o “abandonando”³.

Para otros, esta disposición contiene dos tipos distintos: la exposición a peligro de una persona colocándola en situación de desamparo, y la exposición a peligro, por abandono a su suerte, de:

- a) Una persona incapaz de valerse a la que el autor deba mantener o cuidar, y
- b) una persona incapacitada por el propio autor⁴.

Para Núñez y Fontán Balestra, en cambio, los tipos penales de este artículo son tres: colocar a otro en situación de desamparo; abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que el autor deba mantener o cuidar, y abandonar a su suerte a víctima a la que el mismo autor ha incapacitado⁵.

Nosotros entendemos que este artículo prevé dos acciones distintas, la *exposición a situación de desamparo* y el *abandono*. Dicho en otras palabras, la exposición exige que se traslade a la víctima del lugar que tenía hasta ahora, en el cual se encontraba protegido, a un lugar en el cual queda sin protección y en peligro a su vida y a su salud⁵⁻¹. En tanto que por el concepto de abandono se entiende que, al contrario de la exposición, sea el autor el que se traslade del lugar en donde se encuentra la víctima, y por ello se coloque a la víctima en un peligro concreto⁵⁻². Ésta es la caracterización usual del contenido de las dos formas de conducta y de la diferencia entre ellas⁶. Pero lo

³ CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1988, t. I, § 286; MOLINARIO, Alfredo, *Los delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, § 31.

⁴ DELLA VEDOVA, ob. cit.; ESTRELLA, Oscar Alberto y GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, t. IV, § 90; NÚÑEZ, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Lerner, Córdoba, 1988, t. III, vol. I, Cap. VI.

⁵⁻¹ GÖSSEL, ob. cit., p. 110.

⁵⁻² GÖSSEL, ob. cit., ps. 112/113.

⁶ STRUENSEE, Eberhard, *El abandono de personas*, conferencia dada en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, el 8-9-97, trad. por Marcelo A. Sancinetti. Hay versión en libro de JAKOBS y STRUENSEE, *Problemas capitales del Derecho Penal moderno*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, ps. 821 y ss.

importante es que ambas tienen que poner a la víctima en una situación de peligro concreto⁷ para su vida o su salud.

1. *La exposición*

Colocar significa “poner en”, exponer a una persona que no estaba desamparada ni corría riesgos, a una situación que implique peligro. Es situar a la víctima fuera del ambiente de protección en el cual se encontraba, privándola de la asistencia necesaria o interrumpiéndole ésta, con la consiguiente creación de riesgo para su salud o su vida.

Desamparados son aquellas personas que no están en condiciones de ayudarse a sí mismas sin tener en consideración la responsabilidad de la persona que está afectada. Se encuadra en esta característica cualquier persona, ya sea por la edad, la fragilidad, invalidez o enfermedad. Por fragilidad corporal se entiende, además, aquella circunstancia por la cual existe un menoscabo en la función corporal, no importando la causa. Por enfermedad se debe entender cualquier trastorno patológico de la salud física o psíquica, sin tener en cuenta si es o no curable. Se incluyen en esta definición el desmayo, la alcoholización. En cuanto al embarazo, si bien no es una enfermedad, se lo encuadra dentro de este concepto, especialmente en los momentos en que la mujer no pueda valerse por sí misma⁷⁻¹.

La exposición implica, la mayoría de las veces, un traslado de la víctima, y puede producirse por medio de aislamiento, privando a la víctima de medios de comunicación, encerrándola, etcétera. En síntesis, a través de cualquier acción que ubique a la víctima en una posición donde se encuentre imposibilitada de acceder a los auxilios necesarios o recurrir a terceras personas que puedan brindárselos, para poder superar la situación de peligro en que se encuentra.

El autor puede llevar a la víctima hacia esa situación de desamparo con engaños, forzosamente, cometiendo otro delito, o simplemente aprovechando que aquélla no se dio cuenta de la suerte que la esperaba.

Pero la variación espacial, el encierro o el aislamiento, son insu-

⁷ STRUENSEE, ob. cit.

⁷⁻¹ GÖSSEL, ob. cit., p. 110.

ficientes por sí mismos, y se convertirán en exposición recién cuando estén cumplidos otros dos presupuestos:

- a) Que se sustraiga a la víctima la ayuda ajena, y
- b) que ésta entre, a consecuencia de ello, en situación de desamparo. Es decir, luego de la acción del autor, al sujeto pasivo le deberá resultar imposible aventar, por sí mismo, un peligro para su vida o su salud.

En consecuencia, no será típica de exposición a desamparo la conducta del autor que abandona a su víctima en un lugar donde es seguro que prontamente, y sin peligro alguno para su vida o su salud, será atendida⁸.

La exposición se comete normalmente por acción, como puede ser la expulsión de la víctima de algún lugar cerrado, y también es posible por autoría mediata, como ser el inducir a la víctima a salir del local en que se encuentra seguro⁸⁻¹.

También es posible, en esta forma del delito, la comisión impropia, si se dan las condiciones que colocan a un tercero en posición de garante, como ser el caso de dejar que el niño de cuatro años entre en una jaula de leones sin que la persona que lo cuida intervenga⁸⁻².

a) *Sujetos*

a.1) *Sujeto activo*

Éste es un delito general, en el que sujeto activo puede ser cualquier persona⁹. Esta amplitud de la figura, derivada del hecho de que alcanza a aquellos que no tienen ninguna obligación hacia la víctima, se explica por la naturaleza misma de lo que significa el desamparo¹⁰.

Este tipo penal admite toda clase de coautoría y participación.

⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, t. III, § 90.

⁸⁻¹ GÖSSEL, ob. cit., p. 111.

⁸⁻² GÖSSEL, ob. cit., p. 111; Maurach Schröder 1, § 4 II B1, p. 54; SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, § 221, 6.

⁹ DONNA, Edgardo A., *Teoría del delito y de la pena*, Astrea, Buenos Aires, t. II, p. 81.

¹⁰ DELLA VEDOVA, ob. cit.

a.2) *Sujeto pasivo*

La víctima del desamparo puede ser cualquier persona. No importa su condición física, su edad o su relación jurídica con el autor; el único requisito es que no esté desamparada al momento en que el autor realiza su acción, pues en ese caso sería un abandono.

Es decir, si en el lugar en que estaba la víctima originariamente no tenía ella por qué esperar ayuda ajena, la variación del lugar no conduce a un empeoramiento de la situación, que es requisito para la configuración de la exposición. En el ejemplo de Struensee, el conductor que, en fría noche de invierno, recoge a un ebrio en un paraje olvidado de Dios y lo lleva consigo apoyándolo en la superficie abierta de su pequeño acoplado, pero luego de una discusión lo deja nuevamente en la calle; no agrava, por esa variación del lugar, el peligro de muerte por enfriamiento¹¹. Sin embargo un empeoramiento de la situación debido al traslado alcanza para tipificar el delito¹¹⁻¹.

Es discutible si, en el presente caso, quien recoge y cuida a la persona no asume el papel de garantía con respecto a su vida o su salud.

2. *El abandono*

La segunda parte del artículo 106 contempla el tipo penal de abandono.

Por abandonar se entiende privar al sujeto pasivo del delito, aun en forma temporaria, de los cuidados que le son debidos y de los cuales tiene necesidad para subsistir¹². Consiste en que el autor se aleje de la persona necesitada de auxilio¹³.

La esencia del abandono consiste en que el autor ya tenía a la víctima bajo su guarda o están de alguna manera obligados a ocuparse de su alojamiento, transporte o finalmente de recibirlo. Surge claramente que se trata de un delito especial, y que el deber de cuidado

¹¹ SOLER, *ob. cit.*

¹¹⁻¹ GÖSSEL, *ob. cit.*, p. 111.

¹² MOLINARIO, *ob. cit.*

¹³ STRUENSEE, *ob. cit.*

se derivará de los principios generales para fundar la posición de garante¹³⁻¹.

Se trata en consecuencia de un delito de comisión, ya que la acción es la de abandonar, con lo cual se descarta que el tipo pueda llegarse a cometer por omisión simple¹⁴. El abandono significa que el autor se aleje, tal como lo hemos afirmado, del lugar o del espacio físico de la víctima, lo que le provoca un peligro concreto para la vida o la salud.

También tipifica el delito el sujeto que imposibilita el acceso de terceros a la víctima, al tiempo que le quita su protección. En este sentido, la jurisprudencia alemana ha sostenido que tipifica este delito la enfermera que tira la llave de la habitación del enfermo e ingiere somníferos para luego dormir¹⁵.

El delito en su forma de abandono admite la omisión impropia cuando es realizado por el garante. Gössel cita dos casos: el primero, cuando la enfermera tiene una actitud pasiva al lado de la cama del enfermo y la segunda cuando la madre no vuelve para dar provisiones al hijo, siempre que se haya ausentado de manera correcta¹⁶.

Así, Núñez dice que el apartamiento del autor del ambiente donde está la víctima puede hacerse mediante un hecho positivo –yéndose el autor del lado de la víctima– o negativo de abandono –no acudiendo el autor al lado de la víctima–. Pero luego aclara que el autor está calificado (sólo puede serlo quien deba mantener o cuidar a la víctima) porque el delito implica una omisión de los deberes de asistencia y resguardo¹⁷.

Soler afirma que si bien es posible el abandono sin desplazamiento sólo lo es a condición de que el sujeto, *en forma positiva*, aisle del medio a la persona a la cual él no ayuda, debiendo hacerlo. Con esta concepción se evita, dice este autor, el riesgo de llamar abandono a

¹³⁻¹ GÖSSEL, ob. cit., p. 112.

¹⁴ GÖSSEL, ob. cit., p. 112; MAURACH-GÖSSEL, *Parte general*, § 45, 22 y ss.; Maurach Schröder I, § 4 II B.

¹⁵ RGSt, 38, 377, cit. por GÖSSEL, ob. cit., p. 113.

¹⁶ GÖSSEL, ob. cit., p. 113; HORN, SK, § 221, 10; DREHER-TRÖNDLE, § 221, 7 a.

¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit.

cualquier omisión de deberes, identificando el abandono de un deber con el abandono de una persona. Luego explica que el delito se consuma *dejando* abandonada a una persona, y que la obligación subyacente es la de *no dejar*, que, a su vez, está constituida por la preexistente obligación de mantener o cuidar¹⁷⁻¹. Esta postura es seguida por Fontán Balestra¹⁸, Creus¹⁹ y Mercado¹⁹⁻¹.

Molinario¹⁹⁻², aunque sostiene que la acción común a todos los casos es “poner en peligro”, de carácter positivo, agrega que esa acción reclama, además, otras acciones u omisiones típicas. Dice entonces que “en el segundo tipo –abandonar a su suerte– se trata de una obligación de hacer, que no se cumple. El sujeto activo está obligado a no abandonar a su suerte a otro, es decir, está obligado a prestarle cuidados. Pero el Derecho no puede establecer la obligación de ayudar a todo el mundo, de manera que sólo impone la de no abandonar a ciertas personas. Es el tema que se estudia en nuestra Parte general, corrientemente bajo el nombre de fuentes del deber de obrar”.

Della Vedova piensa que el que “abandona a su suerte” al incapaz viola, con ello, un deber jurídico preexistente que pesaba sobre él, en virtud de la posición de garante asumida. De allí que esta hipótesis delictiva sea, para este autor, una figura expresa de comisión por omisión.

Para explicar nuestra opinión recordaremos que “abandonar” consiste en que el autor, que tiene una posición jurídica especial con respecto a la víctima, se aleje de ella. Pero no basta la mera separación espacial entre autor y víctima: el autor tiene que poner en peligro efectivo la vida o la salud de ésta.

La situación de la víctima abandonada se empeora si no sólo se suprime hipotéticamente la separación espacial entre ella y el autor, sino que también se agrega mentalmente que el autor, en caso contrario, la habría ayudado. Esto presupone que en caso de mantenerse cerca

¹⁷⁻¹ SOLER, ob. cit.

¹⁸ FONTÁN BALESTRA, ob. cit.

¹⁹ CREUS, ob. cit.

¹⁹⁻¹ MERCADO, ob. cit.

¹⁹⁻² MOLINARIO, ob. cit., p. 304.

habría sido capaz de aventar el peligro amenazante, pues no tendría sentido ni sería legítimo prohibirle al autor separarse de la víctima si él, de todos modos, no puede mejorar su situación²⁰.

La doctrina ha ejemplificado distintos supuestos en los que el abandono, por no poner en peligro la vida o la salud de la víctima, deviene atípico. Así, dejar a un niño al cuidado de un tercero y no volver por él, o dejarlo en lugar concurrido y observarlo hasta que sea auxiliado, o dejar de acompañar o asistir al enfermo internado en el hospital, etcétera²¹.

Struensee cita el caso de la campesina de una solitaria granja de montaña que todavía no dispone de medios de comunicación modernos, y sale de la casa para ordeñar las vacas que pacen a la distancia. Por ello no puede ayudar ni aliviar los padecimientos de su marido, que yace en cama, cuando sufre un nuevo ataque al corazón (un infarto)²². Es indudable, en este ejemplo, que la campesina ha abandonado a su suerte a una persona a la que debía cuidar y que, con ello, cumple los presupuestos descritos en la segunda parte del artículo 106 del Código Penal. Pero, por otro lado, ella no habría podido hacer nada por salvar la vida de su cónyuge, lo que evidencia la atipicidad de la conducta.

Con este ejemplo se demuestra, siguiendo a Struensee, que detrás de la alternativa del abandono puede haber un *delito de omisión impropia*. Más precisamente se trata de hacer imposible la propia acción de salvamento²³.

Jurisprudencia

“Privar la asistencia, auxilio o dedicación al que dependa del que se la debe prestar, o tenga la obligación de hacerlo, proponiendo una

²⁰ STRUENSEE, ob. cit.

²¹ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit.

²² STRUENSEE, ob. cit.

²³ STRUENSEE, ob. cit. En el mismo sentido, WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht, De Gruyer Lehrbruch*, 11ª ed., Berlín, 1969, § 40 y ss.; GÖSSEL, Karl Heinz, *Strafrecht Besonderer Teil*, Müller, 1987, t. I, § 8; HORN, Eckhardt, *Systematischer Kommentar Zum, Strafgesetzbuch*, Metzner, 1993 (t. II, Parte especial).

situación de peligro o consumándolo, es la configurante del delito de abandono de personas”²⁴.

La Cámara del Crimen de la Capital sostiene que no se configura este delito cuando la víctima, incapacitada por el autor, puede ser socorrida por terceros de acuerdo con las circunstancias de lugar y tiempo del hecho. Así ha dicho, por ejemplo, que “si bien hállese acreditado que luego del accidente culposo que costó la vida a la víctima, el procesado se dio a la fuga, no se halla acreditado el delito de abandono de personas (art. 106, Cód. Pen.), por no haberse colocado a aquélla en situación de desamparo, ya que enseguida llegaron al lugar transeúntes que auxiliaron a la víctima como también el patrullero y la ambulancia”²⁵.

Se ha dicho, asimismo, que “carece en absoluto de tipicidad delictiva el accionar de la imputada que subrepticamente entrega el bebé de pocos meses de vida, y a cuyo cargo se encontraba, a su hija menor de 14 años, madre de aquél, y huye del lugar donde ésta se encontraba, la casa de familia donde la menor se desempeñaba como doméstica, habida cuenta de que en ningún momento el presunto abandonado ha corrido peligro alguno y no se ha dado ninguna de las pautas que señala el artículo 106 del Código Penal para que se conforme la conducta que él sanciona”²⁶.

a) *Sujetos*

a.1) *Sujeto pasivo*

Sujeto pasivo de abandono debe ser una persona incapaz de valerse por sí misma, para cuidar su vida o su salud. La ley utiliza una fórmula general, más amplia que la contenida en el originario artículo 106, que limitaba al sujeto pasivo al menor de diez años u otra persona incapaz por causa de enfermedad.

²⁴ Cám. Pen. de Santa Fe, sala III, 16-11-83, “S., M. S. y otro”, E. D. del 11-6-84, p. 4.

²⁵ Cám. Nac. Crim. y Corr. de Cap. Fed., sala IV, *in re* “Kanievsky, Miguel”, 15-3-84, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1984, N° 1, p. 15.

²⁶ Cám. 4ª Crim. de Mendoza, 3-4-84, “Fiscal c/S.”, L. S. 6-102, cit. por ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 233.

Cabe aclarar que la palabra “incapaz” no tiene aquí el sentido del Derecho Civil, ni el penal de inimputable, sino el de falta de aptitud para darse los cuidados que la propia subsistencia requiere, entendiéndose que se trata de la conservación de la vida y la salud que por ello correrán peligro²⁷. Por ejemplo, niños, enfermos, inválidos, heridos, etcétera.

En el caso de la última parte del artículo, sólo podrá ser sujeto pasivo aquella persona que haya sido incapacitada por el autor.

a.2) *Sujeto activo*

No cualquier persona puede ser sujeto activo de *abandono* sino sólo aquellos que tienen un deber especial de cuidado. Estamos ante un delito especial en sentido estricto o propio, ya que el círculo de autores está determinado por la ley, y la conducta del autor conlleva, necesariamente, la infracción de un deber jurídico específico.

Vemos entonces que el autor está calificado: sólo puede serlo el sujeto que está obligado a mantener o cuidar a un incapaz de valerse, o quien ha incapacitado a la víctima. Es decir, quien ocupa una *posición de garante*, categoría que reconoce dos grupos de fuentes:

- 1) Casos en que el sujeto tiene un deber especial de proteger un determinado bien jurídico contra cualquier agresión, basado en la ley, la libre aceptación, la comunidad de vida y la comunidad de peligro, y
- 2) casos en que el sujeto tiene el deber de controlar una fuente de peligro, ocasionada por una conducta o acto propio precedente²⁸.

A.1. *Obligaciones que nacen directamente de la ley*: Podemos mencionar los deberes de cuidado, de auxilio y de alimentos de los padres para con sus hijos naturales o adoptivos (arts. 265, 267, Cód. Civ.; 18 y 20, ley 19.134, y art. 2º, ley 13.944), de los hijos para con sus padres y demás ascendientes (art. 266, Cód. Civ.), de los esposos entre sí (art. 108, Cód. Civ.), la debida asistencia de los presos o de

²⁷ MOLINARIO, ob. cit.

²⁸ MAURACH, Reinhardt y GÖSSEL, Karl, *Derecho Penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995, t. II, § 46-2.

los enfermos internados en hospitales públicos a cargo de los jueces, agentes de las penitenciarías (ley 26.440), penitenciaria nacional, médicos, enfermeras, etcétera.

A.2. *Deberes que derivan de una aceptación voluntaria*: Es el caso del guardavidas, la niñera, el guía de montaña. Antes se hablaba de contrato, pero en estos casos no interesa la figura contractual, sino que lo importante es que, en la realidad, el sujeto activo haya asumido el deber de cuidado, tanto que aunque el contrato sea nulo igualmente habrá posición de garante.

A.3. *Obligaciones que surgen de una comunidad de vida*: Por ejemplo: concubinos, sean hetero u homosexuales, los hijos del concubino, novios, etcétera. Se reconoce el deber de garantía por la estrecha relación de confianza que existe entre estos sujetos.

A.4. *Deber de garantía nacido de una comunidad de peligro*: Tampoco la fuente se origina en la ley; podemos citar el caso del grupo de alpinistas que van a escalar. Lo que funda en estos supuestos el deber de garantía, es la voluntad de los sujetos integrantes del grupo, es decir, que la comunidad se haya originado voluntariamente.

B. *La conducta o acto precedente como generadora del deber de cuidado*: Es el caso del individuo que por acto propio crea un peligro sobre el bien jurídico, por ejemplo el típico ejemplo del automovilista que atropella a un peatón.

La posición de garante puede derivar tanto de una conducta lícita como de un acto ilícito, y este último puede ser doloso o culposo.

La idea de que la posición de garante puede derivar de un delito doloso no ha sido unánimemente aceptada por la doctrina argentina. Algunos autores han entendido que el tipo de abandono a una persona a la que el mismo autor ha incapacitado se refiere únicamente a delitos culposos o a los accidentes que no constituyen delito, quedando excluidos los delitos dolosos.

En tal sentido, sostiene Cossio²⁹ que esta figura delictiva es una excepción a la regla tradicional de la impunidad de la autoeximición y, en consecuencia, la disposición debe ser interpretada restrictiva-

²⁹ COSSIO, Raúl E., *Abandono de personas en caso de accidentes*, en L. L. 134-1969-1419/24.

mente, circunscribiéndosela a los supuestos de los delitos culposos. Por otra parte –dice este autor– obligar penalmente al autor de una lesión dolosa a no abandonar a la víctima resultaría un contrasentido jurídico, puesto que su intención, al cometer el delito, ha sido precisamente la de producir un daño en la integridad de aquélla. En consecuencia la ley represiva, al fijar la pena correspondiente, ya ha tenido en cuenta dicha actitud de abandono, que está consustanciada con su conducta dolosa.

También Soler limita el alcance del tipo penal a aquellos casos en que el acto inicial haya sido inocente o meramente culposo. Explica su posición con base en que si la incapacitación proviene de una acción dolosa, las consecuencias de ella son directamente abarcadas por el dolo: lesiones agravadas por peligro de vida u homicidio por la muerte ulterior del lesionado. También responderá, dice este autor, por homicidio culposo el imprudente que abandonó a su víctima cuando ésta muera a consecuencia del abandono, pero en ambos casos se aplicará el principio de consunción en favor del delito de daño³⁰.

Molinario sostiene que la hipótesis se refiere al que accidentalmente incapacitó a otro, porque si lo hubiera incapacitado ex profeso entraría en el primer tipo; esto es, sería una colocación en situación de desamparo³¹.

Para Creus, en cambio, el acto que incapacita a la víctima puede provenir tanto de un acto lícito como ilícito, y en este último caso puede ser doloso o culposo³².

Sobre estos puntos la jurisprudencia ha manifestado que “el abandono de personas es un delito de peligro en el cual el autor incurre si, después de haber incapacitado físicamente a otro, se desentiende de su asistencia de manera que, con arreglo a la incapacidad sufrida por la víctima y a las circunstancias del caso, crea un peligro para la vida o la salud de ella. El acto del agente debe haber incapacitado a la víctima, que no puede esperar el oportuno auxilio de terceros para salvar el peligro que la amenaza a raíz del abandono del autor. La

³⁰ SOLER, ob. cit., p. 176.

³¹ MOLINARIO, ob. cit., p. 308.

³² CREUS, ob. cit., p. 127.

incapacidad puede derivar de un acto delictivo culposo –hipótesis de autos– concurriendo en tal caso el delito culposo con el abandono, pero si a raíz del delito culposo la víctima perdió su vida queda excluida la posibilidad del delito de abandono, porque ya no se puede esperar que ella sufra otro mal físico”³³.

La participación: por tratarse de un delito especial, el *extraneus* únicamente responde dentro de los límites del autor. Rigen a su respecto las siguientes reglas:

- a) La autoría del *extraneus* es imposible en cualquier forma, y
- b) la participación del *extraneus* es posible de cualquier modo, en tanto y en cuanto el autor sea el sujeto calificado por la ley³⁴.

3. *La situación de peligro concreto para la vida o la salud de la víctima*

Por *peligro* debe entenderse una situación inusual y contraria a las reglas en la que, conforme a las concretas circunstancias imperantes, “la concreción del daño puede aparecer como probable, conforme a una prognosis objetiva a priori”³⁵.

En esta noción pueden distinguirse dos aspectos:

- a) Un factor causal, y
- b) un juicio que relaciona ese factor causal con el resultado temido, estableciendo una posibilidad relevante de producción de ese resultado.

El peligro es, en definitiva, un concepto de referencia. Para determinar, en el caso concreto, a qué situaciones de peligro alude el Código se hace preciso recurrir a las directrices que facilita el bien jurídico protegido. Si, como ya vimos, el artículo protege la vida y la integridad personal, el peligro a que se refiere el precepto ha de ser un peligro referido a esos bienes³⁶.

Struensee, al referirse al artículo 221 del Código Penal alemán,

³³ Cám. Acus. de Córdoba, 29-11-85, *in re* “Clotti, Miguel A.”, L. L. C. 986-529.

³⁴ DONNA, *La autoría y la participación criminal* cit.

³⁵ MAURACH y GÖSSEL, *Derecho Penal. Parte general* cit, 20, III, N° 29.

³⁶ En sentido similar, aunque referido al art. 489 bis del Código Penal español, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 165.

hace un interesante desarrollo sobre el concepto de peligro como elemento de un tipo penal. Así, dice que este término es de naturaleza preponderantemente fáctica y no jurídica; se sustrae a una descripción científica previa. Y, por todo ello, no tiene una validez general sino que sólo vale según las relaciones especiales del caso particular.

Entonces, dice este autor, “con la utilización del concepto de peligro, el legislador delega en quien aplica el derecho, el resolver la cuestión relativa a qué y cuántos elementos de una regla causal se deben cumplir para fundar un peligro. Por tanto, no se trata del caso particular, entendido como situación de hecho histórica concreta, sino de la regla particular como ley causal individual. El parámetro relativo a qué factores causales tienen que estar dados realmente para fundamentar un peligro sólo puede darlo la experiencia de que, en determinadas constelaciones –conocidas sólo de modo incompleto– se produce un daño con frecuencia o con regularidad, o no es imposible que se produzca”³⁷.

Recordemos que en los delitos de lesión, como los que tratamos en los capítulos anteriores, el accionar típico implica, sin más, la pérdida directa del bien jurídico; en tanto que en los delitos de peligro, como el que nos ocupa, sólo hay un riesgo de lesión a los bienes jurídicos.

Sentado entonces que estamos ante un delito de puesta en peligro, cabe recordar la clasificación que los subdivide en delitos de peligro abstracto y de peligro concreto.

En los casos en que, según la experiencia, el peligro sea más próximo, no es necesario que el mismo pertenezca al tipo. Su presencia se considera como dada con la comisión de la acción básica: son los llamados delitos de peligro abstracto, en que se castiga la conducta sin considerar si en el caso concreto se generó o no el peligro. En los delitos de peligro abstracto, éste no integra el tipo penal y, por lo tanto, no debe ser demostrado, ya que es la *ratio legis* del legislador, es decir, es el motivo que lo llevó a crear la figura delictiva. De modo tal que se ha considerado que, dadas las circunstancias típicas, el peligro del bien jurídico se presume *iuris et de iure*. Entre estos delitos se

³⁷ STRUENSEE, ob. cit. En igual sentido, KUPER, Wilfried, *Strafrecht Besonderer Teil*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, p. 26; WELZEL, ob. cit.

encuentra el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944), y, de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Fallos*: 313:1333, los legislados en materia de tenencia de estupefacientes (art. 14, ley 23.737).

En cambio, en los delitos de peligro concreto se debe probar que en cada caso se ha producido el peligro, debiendo acreditarse también el dolo del autor puesto que el peligro, al formar parte del tipo, integra el objeto de conocimiento del dolo.

En otras palabras, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, con la única diferencia de que se conforman con un resultado consistente en que el bien jurídico ha experimentado un peligro concreto de lesión, que no se ha materializado en lesión, por milagro, no se sabe por qué³⁸. En este punto y siguiendo a Cuello Contreras, se puede afirmar que por peligro se debe entender la fase que precede a la lesión³⁹. De lo cual se deduce, siguiendo en esto a Horn, que el peligro concreto significa que el comportamiento prohibido ha desencadenado un curso causal adecuado, esto es, que en los restantes casos y en las mismas circunstancias habría causado el resultado, sin que se sepa el motivo por el cual aquél no sobrevino⁴⁰.

IV. Tipo subjetivo

Estamos ante un delito que sólo admite el tipo doloso; se requiere el dolo de puesta en peligro, que se determina, primeramente, según el concepto general de dolo; es decir, el conocer y querer las circunstancias que pertenecen al tipo penal objetivo. El dolo se debe referir al desamparo de la víctima y al peligro que corre en la situación en concreto⁴⁰⁻¹.

El dolo de puesta en peligro significa, en su faz intelectual, la representación de la posibilidad de que se producirá un peligro de

³⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho Penal español*, 2ª ed., Cívitas, 1996, p. 406.

³⁹ CUELLO CONTRERAS, ob. cit., p. 409.

⁴⁰ CUELLO CONTRERAS, ob. cit., p. 413.

⁴⁰⁻¹ GÖSSEL, ob. cit., p. 113.

lesión al bien jurídico, y ello significa, a su vez, “representación de la posibilidad de que se producirá una lesión”⁴¹.

Según Struensee, basta con que el autor conozca las circunstancias que fundamentan el peligro, es decir, los factores causales particulares a partir de los cuales se sigue la posibilidad de una lesión del bien jurídico. Conforme a ello, para el dolo es necesario sólo el conocimiento de las circunstancias pero no la conclusión sobre la posibilidad de una lesión. La posibilidad de una lesión sólo es un elemento de la formación del tipo, con cuya ayuda son seleccionadas –por el aplicador del derecho– las circunstancias que fundamentan el peligro en el marco de leyes causales y reglas de experiencia⁴².

El dolo abarca el conocimiento de la acción típica, sea ésta como desamparo o como abandono, la relación de causalidad que existe entre la acción y la creación del peligro, y las circunstancias que fundamentan el peligro para la vida o la salud de la víctima.

En el caso de abandono propiamente dicho el autor debe conocer, además, la posición de garante que ocupa frente al bien jurídico y las características exigidas en el sujeto pasivo. Si el sujeto desconoce o tiene una falsa representación de dichos elementos, estaremos ante un error de tipo.

Sobre este tópico, la jurisprudencia ha dicho que “no obstante surgir cierta negligencia del procesado en la manutención de sus hijos, no puede ser responsabilizado por el delito de abandono de personas (art. 106, Cód. Pen.) porque no se probó el aspecto subjetivo, dado que se trata de una figura eminentemente dolosa que requiere de un comportamiento directriz definitivo. No basta con la comprobación de quehaceres descuidados o negligentes, que no sobrepasan el límite de la culpa, puesto que el molde legal en estudio no prevé la forma culposa de comisión”⁴³.

“El abandono, para la ley penal, existe cuando el afectado ha sido dejado solo, fuera de la vigilancia que le es necesaria y de la posibilidad

⁴¹ STRUENSEE, ob. cit.

⁴² STRUENSEE, ob. cit.

⁴³ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala IV, *in re*, “Díaz, Rodolfo”, 3-10-85, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1985, N° 4, p. 241.

de ser socorrido, siendo insuficiente la sola falta de cuidados y asistencia, que podría ser medio idóneo para cometer otro delito. No basta entonces una simple dejación, fruto de una negligencia o imprudencia, sino que se requiere la voluntad de desinteresarse, de sustraerse a un deber de asistencia”⁴⁴.

“El artículo 106 describe la conducta de quien pusiere en peligro la vida o la salud de otro, abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar, tratándose de un tipo doloso omisivo que requiere el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo, siendo el aspecto cognoscitivo presupuesto del conativo, ya que sin conocimiento no hay finalidad, sin conocimiento de la situación de peligro o abandono no se puede querer abandonar y el dolo requiere un conocimiento efectivo”. Por ello, “debe considerarse atípica por falta de dolo, la conducta de los padres de un menor que falleció por peritonitis aguda fibrino-purulenta, si pese a que los informes médicos aseguran que la dolencia debió comenzar más de veinticuatro horas antes y los síntomas debían ser evidentes para los padres, de los informes asistenciales surge que se trataba de un hogar de riesgo por la violencia y agresión de la relación entre los padres y el rechazo de la madre a sus hijos, viviendo los menores en un estado de desaseo, desnutrición y semiabandono, con renuencia por parte de la madre a llevar a sus hijos a control médico, careciendo de asistencia pediátrica y aun de las vacunaciones correspondientes, concurriendo sólo al hospital ante casos graves. Ello, unido a los informes psicológicos, crea un margen de duda en relación al cabal conocimiento del estado de peligro en que se encontraba su hijo de corta edad”⁴⁵.

V. Antijuridicidad

Son aplicables las reglas generales sobre la antijuridicidad y podrán darse las distintas causas de justificación, como el estado de necesidad y la legítima defensa. Por ejemplo, actuará en legítima defensa la

⁴⁴ Cám. Crim. de Gral. Pico, 9-4-92, *in re*, “Garro, Néstor F.”, J. A. del 4-8-93.

⁴⁵ Cám. Nac. Crim. y Corr., sala VI, *in re*, “Deboni de Caponi, M.”, 29-5-92, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1992, N° 2.

maestra que, viendo que algunos de sus alumnos han sido atacados por una patota –que todavía está en el lugar– y yacen sobre el asfalto necesitados de ayuda, opta por alejarse, junto con el resto de los niños, para impedir que agredan a éstos y a ella misma.

VI. Atribuibilidad

Ha de analizarse, según las reglas generales, si al autor le era exigible la conducta conforme a la norma, si tenía capacidad de culpabilidad y no era objeto de un error de prohibición.

Con relación a la exigibilidad de otra conducta, que puede excluirse en caso de coacción, ha dicho la jurisprudencia que “Carece de culpabilidad la esposa que omitió solicitar auxilio médico ante el pedido de su esposo, un militante de la organización Montoneros, herido de bala por la policía, quien murió a consecuencia de ello. Esto es así pues no obstante que el comportamiento omisivo de la esposa tipificó el abandono de persona seguido de muerte (art. 106, Cód. Pen.) la misma estuvo violentada por amenazas de sufrir un mal grave e inminente (art. 34, inc. 2º, Cód. Pen.), dadas las muy especiales circunstancias jurídicas y políticas que vivió el país a partir del 24 de marzo de 1976, producto de la lucha emprendida por las fuerzas armadas contra la subversión. No resiste el más mínimo análisis ni necesita mayores argumentos aducir que las garantías individuales sufrieron un menoscabo y deterioro de gravísimo alcance. Bajo estas circunstancias, el temor determinó su voluntad, no resultando exigible una conducta distinta a la asumida”⁴⁶.

El error de prohibición, en el caso, se puede dar tanto en forma directa como indirecta. Con relación al elemento “posición de garante” requerido en la figura del abandono, debemos distinguir cuándo estamos en presencia de un error de tipo o de uno de prohibición. Para ello hay que considerar que, si el sujeto no conoce la situación que da lugar a la posición de garante, es decir, las circunstancias por las cuales aparece el deber, habrá error de tipo. Y si el autor conoce la situación generadora del deber de garante, pero tiene un error sobre

⁴⁶ Juzgado Federal de Primera Instancia de Córdoba, 7-7-87, “P. de C., N. T.”, cit. por ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 232.

los deberes jurídicos inherentes de esa situación, estaremos ante un error de prohibición.

VII. Consumación y tentativa

La colocación en situación de desamparo está consumada recién cuando la víctima, tras ser trasladada a otro lugar, entra en grave situación de necesidad y no recibe ayuda. En tanto el autor, después de la variación del lugar, aún pueda ayudar a la víctima por sí mismo y la ayuda, el tipo no estará todavía realizado. Lo mismo rige cuando el autor reconduce a la víctima al lugar originario, antes de la producción de la situación de necesidad grave⁴⁷.

Es decir, el hecho se consuma recién cuando se crea la situación de peligro, y no con la colocación en situación de desamparo o con el simple abandono. Si no se puede afirmar que la víctima efectivamente corrió peligro, la adopción de esas conductas con la finalidad de lograr ese resultado queda como tentativa del delito⁴⁸.

En contra de esta postura, Soler considera que por su naturaleza de infracción de peligro, la tentativa de abandono de personas es inadmisibile⁴⁹. En el mismo sentido, Estrella tacha de contradictoria la posición de Fontán Balestra cuando afirma que mientras no se haya creado la situación de peligro para la víctima, las acciones típicas del artículo son impunes⁵⁰.

Nosotros entendemos que no se alcanza a vislumbrar por qué, siendo un delito de peligro concreto, no puede admitirse la tentativa⁵¹.

VIII. Las agravantes

El segundo y el tercer párrafo del artículo 106 prevén pautas de agravación basadas en el resultado, mientras que el artículo 107 aumenta la pena por las características del sujeto pasivo.

Así, según el artículo 106, estaremos en presencia de la figura

⁴⁷ STRUENSEE, ob. cit.

⁴⁸ CREUS, ob. cit.

⁴⁹ SOLER, ob. cit., ps. 177/8.

⁵⁰ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 231.

⁵¹ HORN, ob. cit., § 221; DONNA, *La tentativa*, p. 57.

agravada si como consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima, o su muerte.

Se discute en la doctrina el significado de la expresión “grave daño en el cuerpo o en la salud” utilizada por el artículo 106. Fontán Balestra y Oderigo sostienen que está sólo referida a las lesiones graves o gravísimas, mientras que para Núñez la expresión es más amplia y puede ser configurativa o no de estas lesiones, bastando que el cuerpo o la salud hayan sufrido un importante perjuicio, aun cuando éste no encuadre en los supuestos de los artículos 90 y 91 del Código Penal.

En igual sentido, Estrella entiende que esta última opinión es la que más se ajusta a una interpretación sistemática del Código, que cuando quiso referirse exclusivamente a lesiones graves o gravísimas lo hizo expresamente (ver arts. 97, inc. 2º; 99, inc. 2º; 166, inc. 1º), mientras que cuando quiso dar mayor amplitud a la agravante, lo hizo de este modo⁵².

Es importante señalar que los resultados que condicionan la aplicación de las agravantes deben tener directa relación causal con el abandono. No conducen a agravar el delito si provienen de una circunstancia anterior a la colocación en situación de desamparo o al abandono a su suerte, o si provienen de una circunstancia específica de la víctima o de un accionar posterior de terceros. La relación debe ser inmediata, directa y sin la presencia de otra causal independiente o preponderante a ésta.

Soler, al referirse en forma genérica a la fórmula empleada por el legislador para las agravantes de esta figura, dice que están sometidas a los principios generales de la preterintencionalidad⁵³, pues la ley en ambos casos hace referencia al evento preterintencional por medio de expresiones del tipo de las que siempre emplea para calificar esta clase de relaciones objetivas: “si resultare, si ocurriere”. Con ello se expresa una vinculación meramente externa y no una relación subjetiva dolosa. En consecuencia, si la acción está dirigida solamente a la situación de peligro, y el resultado de ésta no es el reflejo del dolo

⁵² ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 230.

⁵³ SOLER, ob. cit., t. III, ps. 177/8.

inicial del autor, sólo puede imputarse a título de culpa, completándose de este modo la fórmula requerida en los delitos preterintencionales.

Fontán Balestra dice que los resultados deben responder causalmente al abandono, pero es preciso que la conducta del autor no haya sido cumplida con previsión de tales resultados pues ello situaría el hecho en las figuras comunes de homicidio y lesiones⁵⁴. Es decir, la diferencia es una cuestión de dolo. Si el conocimiento del autor llega hasta las circunstancias que fundamentan el peligro efectivo de afectación al bien jurídico, se estará dentro de las figuras agravadas de abandono. Pero si el conocimiento del sujeto activo va más allá, abarcando la previsión de tales resultados como posibles, se encuadrará el hecho en las figuras de lesiones u homicidio.

No es cierto el argumento de Soler, ya que en caso de ser un abandono más la muerte culposa de la persona, daría una escala penal cuyo máximo sería de nueve años, esto es, seis del artículo 106 y tres del artículo 84, y no los quince que tipificó el legislador.

A nuestro juicio, el resultado muerte, necesariamente, debe tener alguna relación subjetiva con el abandono. Y de acuerdo a la redacción de la norma, no queda otra alternativa que aceptar que el resultado muerte lo sea a título de dolo eventual. Será el caso del sujeto que abandona, se representa la posible muerte del sujeto pasivo y no hace nada para evitarlo.

En esta línea de pensamiento, Núñez admite la posibilidad de que la figura sea aplicable en casos en que el autor actuó con dolo, basado en la incongruencia en materia de penalidad que surge de la comparación entre los artículos 90 y 106, donde, si se acepta la interpretación anterior, parecería que el legislador castiga con mayor vehemencia el resultado preterintencional que el que ha sido buscado intencionalmente⁵⁵.

Sobre este tema, nuestra jurisprudencia ha manifestado que: “Si bien el delito de abandono de personas en su aspecto subjetivo se conforma con el dolo eventual, en el caso de agravación por el re-

⁵⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, actualizada con la colaboración de Mario I. Chichizola, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.

⁵⁵ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 231.

sultado, por la muerte como en el caso, el dolo no puede extenderse al mismo, ni eventualmente, sin provocar el cambio de encuadramiento legal que, en tal caso, debería considerarse homicidio calificado”⁵⁶.

IX. Agravación por el vínculo. Artículo 107

La ley aumenta la pena cuando el sujeto activo es el hijo, padre o cónyuge de la víctima. Nos remitimos a las consideraciones hechas, con relación a estos parentescos, al tratar el artículo 80, inciso 1º, con la salvedad de que esta norma no se refiere a “ascendientes o descendientes”, sino sólo a padres e hijos, con lo cual el abandono de un abuelo o un nieto permanece en la figura básica.

En su redacción antigua, el artículo contenía también un párrafo en el que disminuía las penas para el caso de abandono de un recién nacido con el fin de salvar la deshonra de su madre, pero esta atenuante fue derogada junto con la del infanticidio, por ley 24.410.

La jurisprudencia ha considerado que “la madre de la víctima (de nueve meses) en conocimiento del riesgo de muerte del incapaz ante las agresiones de las que lo hacía objeto su concubino (con quien ambos vivían) dejó que tal riesgo se mantuviera (no obstante su obligación legal de proteger al menor y la posibilidad de hacerlo); la muerte del niño a manos de su compañero encuadra en los artículos 106 y 107 del Código Penal⁵⁷”.

Artículo 108 – *Omisión de auxilio*

I. Bien jurídico protegido

Diversas opciones ha ofrecido la doctrina para contestar a la pregunta referida a cuál es el objeto de protección de este tipo penal.

Cuando se individualizaba el objeto de protección como específicos derechos subjetivos, se habló del *derecho a la mutua asistencia*, que asiste a todo ciudadano y se corresponde con uno de los deberes

⁵⁶ Cám. Pen. de Santa Fe, sala III, 16-11-83, “S., M. S. y otro”, E. D. del 11-6-84, p. 4.

⁵⁷ SCJBA, causa P. 46.3451, “Cabral M. F.”, 23-8-94.

más sagrados del hombre sociable y civilizado⁵⁸. Con esta descripción sólo se hacía una determinación formal del injusto, pues el derecho subjetivo no puede ser entendido sino como emanación y reverso del Derecho objetivo. Así, se muestra insuficiente la mera alusión a un derecho subjetivo y no se gana nada en orden al conocimiento del contenido material del delito.

La doctrina italiana rechazó esta concepción propia del Derecho Penal de la época de las luces y concibió el contenido material del injusto como lesión o puesta en peligro de determinados intereses vitales, diciendo entonces que el objeto de protección del delito de omisión de socorro estaba constituido por el *interés relativo a la asistencia* que debe ser prestada por consideraciones de solidaridad social⁵⁹. Pero igualmente no reina en la literatura unanimidad respecto de cuál sea el interés protegido, ya que mientras para Manzini⁶⁰ el objeto específico de tutela es el “interés del Estado concerniente a la seguridad de la persona física”, Pannain⁶¹ afirma que “el interés protegido es aquel relativo a la tutela de los bienes vida e incolumidad individual”, y Guarneri alude al *interés a la vida y a la integridad personal de los individuos*⁶².

En la doctrina alemana también encontramos distintas vertientes, pues mientras Welzel⁶³ sostiene que el objeto que se protege en la

⁵⁸ En esta posición, IMPALLOMENI, G. B., *Il Codice Penale italiano illustrato*, Firenze, 1891; CALOGERO, C., *Dell'abbandono di fanciulli e di altre persone incapaci di provvedere a sè stesse, ovvero in pericolo*, en *Trattato teorico e pratico di Diritto Penale*, P. Gagliolo, Milano, vol. II; MAJNO, L., *Commento al Codice Penale italiano*, III, Torino, 1915; GRANATA, L., *In tema di omissione di soccorso*, en *Annali di Diritto e Procedura Penale*, 1939; todos cit. por RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, Madrid, 1966, ps. 132/133.

⁵⁹ SALTELLI, C. y ROMANO DI FALCO, E., *Commento teorico-practico del Codice Penale*, vol. IV, cit. por RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit.

⁶⁰ MANZINI, V., *Trattato di Diritto Penale italiano*, Torino, 1964, cit. por RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit.

⁶¹ PANNAIN, R., *Omissione di soccorso*, cit. por RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit.

⁶² GUARNERI, G., *Il delitto di omissione*, cit. por RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit.

⁶³ WELZEL, ob. cit., § 68, p. 470.

omisión de auxilio es la *seguridad pública*, en tanto que el particular que corre peligro es protegido solamente como parte de lo público, pero no como titular individual, Maurach habla de la *solidaridad humanitaria* como objeto de protección⁶³⁻¹.

Esta idea de la *solidaridad humanitaria* como interés jurídicamente protegido fue expuesta también por el Preámbulo de la ley de 1951 en España, y ha sido aceptada por gran parte de la doctrina de ese país⁶⁴.

Pero el puro valor ético social de la solidaridad humana, carente de contenido jurídico, no puede estimarse sin más bien jurídico protegido, pues no cumple con la función del bien jurídico, cual es mostrar el contenido del tipo penal. Así, partiendo de la misma afirmación inicial, diferentes autores llegaron a conclusiones distintas, en orden al ámbito de protección de la norma: algunos restringieron el ámbito de este delito a los límites del peligro para la vida, la integridad personal, la honestidad y la seguridad; otros agregaron las situaciones de peligro para la libertad, y algunos habían excluido expresamente estas últimas y las relativas a la honestidad. No falta quien sostiene que cualquier situación de riesgo que afecte a la persona está protegida por esta norma⁶⁵.

Esta disparidad de criterios se ha visto reflejada en la ubicación que las distintas legislaciones le han dado a este tipo: mientras nuestro Código Penal actual lo coloca entre los delitos contra las personas, el proyecto Tejedor lo hacía entre los delitos contra las libertades individuales; el nuevo Código Penal español le da entidad propia, el holandés lo hace entre los delitos contra las buenas costumbres, el or-

⁶³⁻¹ Para el análisis de la doctrina alemana, véase: Dreker/Tröndle, § 323, c; Geiten, Jura, 1983, ps. 79 y ss.; Lackner, § 323, c; LK - Spendel, § 323, c; Schönke, Schröder y Cramer, § 323, c; SK Rudolphi, § 323, c.

⁶⁴ CARMONA SALGADO, Concepción; GONZÁLEZ RUS, Juan José; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; POLAINO NAVARRETE, Miguel y PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Curso de Derecho Penal español. Parte especial I*, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid, 1996. Ver el capítulo escrito por PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *De la omisión del deber de socorro*, ps. 357 y ss. También, RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit.

⁶⁵ Para mayor detalle, ver RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit, ps. 135 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO y BARREIRO, ob. cit., p. 554.

denamiento alemán lo considera un delito contra el orden de las familias, y otras legislaciones lo situaron entre los delitos contra el estado civil y contra el orden de las familias⁶⁶.

Muñoz Conde especifica que si bien es cierto que la solidaridad humana, interpretada como *el deber que tienen todas las personas de prestar ayuda o socorrer a otro que se halle en situación de peligro*, es el bien jurídico protegido, al mismo tiempo se trata de un deber de socorro respecto a determinados bienes, que en una situación concreta se encuentran en peligro⁶⁷.

Porque al configurar un delito de peligro, dada la importancia del bien en cuestión, la ley convierte en bien jurídico la seguridad del mismo, de modo que el quebranto de la seguridad de éste entraña la lesión del bien jurídico específicamente protegido en el delito de peligro, aun cuando no suponga más que un riesgo para aquél. Por ejemplo en el caso de la vida, el legislador protege no sólo la lesión, sino también la sola puesta en peligro.

Por ello, entendemos que una correcta interpretación no sólo de los tipos legales sino de la ubicación sistemática asignada por el legislador, indica que el bien jurídico protegido en este artículo es *la solidaridad humana, pero sólo en cuanto están en peligro los bienes vida e integridad personal*⁶⁸. Esto es, el objeto de protección propio del tipo, la solidaridad humana, queda limitada a los riesgos para los bienes vida e integridad personal, y lo que aquí se castiga es la *lesión* de aquélla, que se produce con la sola puesta en *peligro* de alguno de estos otros bienes.

En esta línea argumental, Portilla Contreras⁶⁹ explica que la infracción del deber de solidaridad tiene un tratamiento independiente del resultado provocado, ya que no se protege de modo directo ni la vida ni la integridad física, porque esa función de protección de valores ya es realizada por otros preceptos del mismo Código Penal. Y, concluye, el bien jurídico protegido en el delito de omisión del deber de

⁶⁶ MOLINARIO, *Los delitos* cit.

⁶⁷ PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. 360.

⁶⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit. y RODRÍGUEZ MOURULLO y BARRERO, ob. cit., p. 554.

⁶⁹ PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., ps. 361/363.

socorro es el deber de asistencia de otros en supuestos de peligro grave y manifiesto para la vida o la integridad física.

II. Antecedentes

Este artículo proviene del Proyecto de 1891, que reconoce su fuente en el Código italiano de Zanardelli –1889– cuyo artículo 389, tipo penal de omisión de socorro, que se convertiría en modelo de casi todas las modificaciones registradas con posterioridad en la legislación comparada⁷⁰, preveía: “El que, encontrando abandonado o extraviado a un menor de 7 años o a otra persona, incapaz por enfermedad mental o corporal de valerse por sí misma, omite dar inmediato aviso a la autoridad o a sus agentes, será castigado con la multa de ... La misma pena será aplicable a quien, encontrando a una persona herida o de otro modo en peligro, o un cuerpo humano que esté o parezca inanimado, omite prestar la asistencia necesaria, o dar inmediato aviso a la autoridad o a sus agentes, cuando esto no lo exponga a daño o peligro personal”.

III. Tipo objetivo

Estamos ante el ejemplo clásico del tipo omisivo: la norma que subyace bajo este tipo penal no es una prohibición sino un mandato, tendiente a proteger el bien jurídico “solidaridad humana en supuestos de peligro para los bienes vida e integridad personal”.

Es un delito que no requiere de resultado alguno, pues la omisión por sí misma es lesiva del bien jurídico. No se exige, en consecuencia, la lesión de los valores vida o integridad, sino sólo la ausencia injustificada de ayuda.

Los elementos que lo configuran son: la existencia de un niño perdido o desamparado, o de una persona herida o inválida; la presencia de un peligro manifiesto y grave; la capacidad personal de acción del que tiene la obligación de prestar socorro o solicitar ayuda ajena, y finalmente, la omisión de la ayuda de forma injustificada⁷¹.

⁷⁰ Entre otras, la ley española del 17 de julio de 1951, y el Código Penal alemán del 28 de junio de 1935.

⁷¹ PORTILLA CONTRERAS, ob. cit.

1. *Acción*

El artículo contempla dos modalidades de conducta omisiva:

- a) No prestar el auxilio necesario, y
- b) no avisar a la autoridad.

Ello es reflejo de los deberes positivos impuestos por la norma, que, según la corriente mayoritaria, no son optativos, sino subsidiarios. Esto quiere decir que la prestación de auxilio es lo que la ley exige en primer término, relevando de esa obligación solamente cuando hacerlo constituye un riesgo, en cuyo caso debe darse aviso a la autoridad. Por eso, quien pudiendo prestar el auxilio necesario sin riesgo personal, se limita a dar aviso a la autoridad, es alcanzado por la previsión del artículo 108⁷².

Por “prestar auxilio” debe entenderse “socorrer”, que según su acepción gramatical significa “ayudar o favorecer en un peligro o necesidad”⁷³. La omisión de socorro, por consiguiente, está constituida por la no prestación de ayuda en casos de peligro o necesidad, en relación con los bienes vida o integridad personal.

La clase de auxilio que ha de prestarse depende del caso concreto. Sólo es esencial que sea *adecuado*, ya sea por sí mismo o junto con otro ya prestado o que se esté prestando, para combatir el peligro, reducir su gravedad, su inminencia, o disminuir su probabilidad⁷⁴.

Así, será considerada prestación de socorro “cualquier actividad que modifique la situación de peligro con objeto de reducir o aminorar la gravedad del mal a que se sabe está expuesta una persona, con objeto de paliar su inminencia o con objeto de disminuir la probabilidad adversa del sujeto pasivo, y ello quiere significar que el socorro emitido ha de ser eficaz como tal auxilio material, lo que no implica necesariamente que tenga que ser exitoso como fin en cuanto al peligro, para disminuirlo en su gravedad, su inminencia o su probabilidad”⁷⁵.

⁷² FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 122.

⁷³ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 157.

⁷⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español. Parte especial*, p. 104.

⁷⁵ STS de España, sent. del 21-11-84, cit. por PORTILLA CONTRERAS, ob. cit.

“Dar aviso” es hacer conocer la situación en que se encuentra la víctima a cualquier persona que, por su función, esté obligada a suministrar el auxilio o lograr que otros lo suministren. Este aviso debe ser inmediato, sin solución de continuidad entre la formulación y el hecho de haber encontrado a la víctima⁷⁶. Y debe ser también adecuado, de modo que no cualquier comunicación será suficiente para dar por cumplido el deber, sino sólo aquella que pueda llevar ayuda a la persona en peligro. En síntesis, no basta con dar mero aviso, sino que es necesario que se pida auxilio a una persona capaz de prestarlo. Además la ley exige que el pedido o la demanda de ayuda se haga con urgencia. Por ende el retraso se equipara a la conducta típica⁷⁶⁻¹.

Cabe aclarar que si el sujeto no puede prestar personalmente el socorro eficaz que el caso reclama y se ve impedido, por cualquier motivo, de dar aviso inmediato a la autoridad, se lo considerará impedido de cumplir con el mandato, porque el socorro debido debe tener la posibilidad de ser eficaz.

En tal sentido, ha dicho nuestra jurisprudencia que “el tipo del artículo 108 del Código Penal requiere que el sujeto no solamente se encuentre frente a la situación que genera el deber de actuar, sino también que posea poder final del hecho para el cumplimiento del mandato, circunstancia esta última que torna necesario el conocimiento de esa situación y del poder para la ejecución de la acción omitida, así como la posibilidad real física de llevar a efecto la acción mandada”⁷⁷.

Como ejemplo de acción típica, es ilustrativo el fallo de la Cámara Criminal, 4ª Circunscripción de Gualeguay, citado por Estrella⁷⁸, donde se dijo que “infringe la norma del artículo 108 del Código Penal la mujer que, encontrando a su nieto recién nacido en el inodoro, lo saca de allí y lo abandona sobre una mesa, trasladando luego a su hija parturienta y menor inimputable al hospital local, sin arbitrar, de inmediato, los medios a su alcance para alejar el

⁷⁶ CREUS, ob. cit., p. 135.

⁷⁶⁻¹ RODRÍGUEZ MOURULLO y BARREIRO, ob. cit., p. 556.

⁷⁷ Cám. Nac. Crim. y Corr. de Cap. Fed., sala I, *in re*, “Giménez, Félix”, 5-8-80, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1980, p. 179.

⁷⁸ “Reynoso, Norma R.”, cit. por ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 241.

peligro que para la incolumidad de la criatura representaba el dejarla sola, máxime teniendo en cuenta su condición de prematuro y pudiendo haberle prestado el auxilio necesario aprovechando su concurrencia al hospital”.

2. *Ausencia de conducta*

Aquí encuentra campo propicio la fuerza física irresistible: es ya clásico el ejemplo de quien, reconociendo en la persona en peligro a su enemigo, impide por la fuerza que otros acudan a socorrerlo.

Del mismo modo, habrá ausencia de conducta por estado de inconsciencia si, por ejemplo, un sujeto impresionable se desmaya al ver la sangre de la persona herida.

3. *El “riesgo personal”*

Como el Derecho no busca héroes, será atípica la conducta de quien pudiera sufrir un *riesgo personal* en la prestación del auxilio, entendido como peligro para su persona o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que suponga la prestación de socorro.

Sin embargo, se ha entendido que son típicas las conductas de quienes no auxilian a la víctima por sentir miedo, por haber estado procesados anteriormente, o no desear verse inmerso en un proceso judicial —como en el caso del automovilista que conduce un coche robado—. Tampoco se integra el “riesgo propio” al carecer el autor de permiso de conducir⁷⁹.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es la naturaleza jurídica del elemento “sin riesgo personal”, tema que ha sido arduamente discutido en la doctrina. Algunos⁸⁰ piensan que se trata de una causa de no exigibilidad de otra conducta. Para otros, aunque aparece en el tipo, afecta la culpabilidad⁸¹; mientras que un tercer grupo de autores sostiene que se trata de una causa de justificación específica,

⁷⁹ STS de España, 20 de mayo de 1994 y del 26 de septiembre de 1990, respectivamente, cit. por PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. 367.

⁸⁰ MUÑOZ CONDE, BAJO FERNÁNDEZ, CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, cit. por PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. 366.

⁸¹ SAINZ CANTERO, cit. por PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. 366.

en forma de una autorización más amplia que el estado de necesidad justificante⁸².

Finalmente hay quienes entienden, como nosotros, que se trata de un elemento objetivo del tipo omisivo. La existencia de un mandato de actuar que pretende evitar el peligro creado para la víctima, no puede generar al mismo tiempo un riesgo para la vida, la integridad o la libertad del sujeto activo⁸³.

En la doctrina nacional, Soler interpreta que la consideración excluyente del riesgo personal es válida para el caso de omisión de ayuda, pero no lo es con respecto a la obligación de dar cuenta a la autoridad. Por lo cual, si la conducta necesaria para dar aviso exige la realización de conductas peligrosas, para justificar la omisión será necesario acudir a los principios generales⁸⁴.

4. *Sujetos*

a) *Sujeto activo*

En principio, este delito es uno de los llamados comunes, porque cualquier persona, sin que reúna a priori particulares cualidades personales de las que pudieran derivar específicos deberes de obrar, posee la posibilidad, meramente abstracta, de ser sujeto activo.

Sin embargo, el propio tipo del artículo 108 lo concreta más, y establece que solamente aquellas personas que han *encontrado* al menor o a la persona herida o inválida, pueden ser sujeto activo. Este encuentro no es un mero presupuesto del delito, ni participa de las condiciones objetivas de punibilidad, sino que es auténtico elemento integrante del tipo, que cualifica al sujeto activo⁸⁵.

Esto significa que la norma que se desprende del artículo 108 no impone el deber jurídico de prestar auxilio a todas las personas en general que están en condiciones de prestarlo, sino sólo a quienes han encontrado al menor desamparado o la persona en peligro, y no es

⁸² RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit.

⁸³ BUSTOS RAMÍREZ y SILVA SÁNCHEZ, cit. por PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. 366, quien también coincide en esta postura.

⁸⁴ SOLER, ob. cit., p. 182.

⁸⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 150.

que el encuentro concrete e individualice el deber sino que lo fundamenta, de tal modo que el deber de socorrer surge con la situación fáctica del encuentro⁸⁶.

La víctima puede ser encontrada porque expresamente se la ha buscado, o porque se dé con ella accidentalmente, pero no se comprende la hipótesis de aquel que es llamado a colaborar en el auxilio de la víctima por un tercero que la encontró, ni de aquel que iba con la persona que luego entra en peligro⁸⁷. Este encuentro puede ser resultante de una conducta precedente de la víctima, del mismo sujeto llamado a prestar socorro o de tercera persona.

Pero queda claro que si no se ha operado el encuentro, no existe el deber jurídico de socorro, y, por tanto, tampoco la posibilidad de infringirlo o, lo que es lo mismo, la posibilidad de ser sujeto activo del delito previsto en el artículo 108 del Código Penal⁸⁸.

Participación

No parece imaginable la participación material en este delito, pero sí la autoría plural, pues todos aquellos que han encontrado al sujeto pasivo tienen un individual deber de actuar.

b) Sujeto pasivo

La norma nos describe dos clases de sujetos pasivos; a) un menor de 10 años perdido o desamparado, y b) una persona herida, inválida, o amenazada de un peligro cualquiera.

a) *Menor de 10 años perdido o desamparado*: Ya dijimos más arriba que “desamparado” se encuentra quien no puede prestarse ayuda a sí mismo ni cuenta con quien le preste la ayuda necesaria. Pero también lo estará aquella que recibiendo ayuda de otros sigue estando necesitada de algún tipo de asistencia para superar el peligro. Aquí juega un papel importante la edad del menor, pues un niño de 1 o 2 años solo en la calle casi siempre estará desamparado, mientras que si tiene 8 o 9 años, deberán darse otras circunstancias para afirmar que está en esa situación.

⁸⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., ps. 150 y ss.

⁸⁷ En contra, CREUS, ob. cit., p. 134.

⁸⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 151.

Un menor “perdido” es el que no sabe cómo llegar al lugar donde podrá recibir la ayuda necesaria para su subsistencia, aquel que no sabe llegar a su casa o ubicar a sus familiares. Con acierto dice Molinario⁸⁹ que si el niño no sabe dónde queda el cinematógrafo, el circo o el estadio deportivo donde quiere ir, podrá estar desorientado en cuanto al lugar de esparcimiento, pero no está perdido porque bien sabe volver a su casa.

b) *Persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera*: En todos los casos la herida, la invalidez o el peligro deben tener relación directa con la vida o la integridad física del sujeto pasivo.

En realidad, la idea central que sirve para interpretar toda la cláusula es “persona amenazada de un peligro cualquiera”. No basta con encontrarse con un inválido o un herido en el sentido médico, sino con un inválido o herido con relación a la situación en que se halla, y que puede representar para él un peligro.

El peligro debe ser manifiesto, concreto y actual, no valorado en abstracto sino de acuerdo a las circunstancias reales del caso.

Aquí no hay motivo para distinguir entre el peligro derivado de un accidente natural y el que proviene de la acción humana. Se comete el delito si se puede ayudar a quien es víctima de una agresión injusta y no se lo hace. También es indiferente que el riesgo derive de la propia culpa de la víctima⁹⁰.

Respecto del grado de peligro, es suficiente la posibilidad del daño, de modo que sólo se excluiría el deber de prestar ayuda ante una absoluta improbabilidad de su producción. Tal probabilidad será evaluada siempre *ex ante*, es decir, atendiendo a las circunstancias subsistentes en el momento del encuentro con la víctima: si *ex ante* puede pensarse que no hay peligro, no se puede sancionar por no haber prestado ayuda⁹¹. En otras palabras, debe existir un peligro grave, esto es la existencia de una probabilidad de la producción de un daño importante para la vida o la integridad personal⁹¹⁻¹.

⁸⁹ MOLINARIO, ob. cit., p. 313.

⁹⁰ SOLER, ob. cit., p. 180.

⁹¹ PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. 371.

⁹¹⁻¹ RODRÍGUEZ MOURULLO y BARREIRO, ob. cit., p. 554.

Una cuestión polémica y de sumo interés al momento de precisar el perfil del sujeto pasivo, es si la libre exposición a una situación de riesgo o la decisión libremente adoptada por una persona imputable de autolesionarse deben interpretarse o no como la situación de peligro a que se refiere la norma.

Portilla Contreras analiza el tema distinguiendo dos ámbitos diferentes: las situaciones de riesgo permitido y la asunción de una acción de peligro, por un lado, y la elección de un resultado que afecte la vida o la integridad, por el otro. Entre los primeros, pueden destacarse la práctica de deportes violentos –rugby, boxeo, alpinismo, carreras de automóviles, etcétera– y las actividades peligrosas “asumidas” por la generalidad de la población –las corridas de toros–, en las que existe un riesgo cierto y concreto de que el expuesto a la situación de peligro pueda sufrir daños en su integridad física o incluso en la misma vida. En estos casos no existe situación de desamparo, bien por encontrarse estas actividades legalizadas, bien porque el ordenamiento jurídico penal no ha regulado, y por tanto no prohíbe, el consentimiento sobre la acción de peligro –exposición a una situación de peligro; por ejemplo, mantener relaciones sexuales con un portador de HIV sin la protección adecuada, subir a una moto sin casco, ir en un vehículo conducido por un conductor ebrio, etcétera–. A diferencia de lo que ocurre con el consentimiento en los delitos dolosos contra la vida y la integridad física, en los que el legislador no le reconoce eficacia eximente, no se dice nada en torno al consentimiento en acciones de riesgo. De ello se desprende que el legislador español sólo pretende sancionar el consentimiento que afecte dolosamente a la vida o la integridad y no el consentimiento sobre acciones de riesgo que puedan generar la lesión o la muerte, quizá no deseada por el que acepta el peligro inicial. La conclusión a la que puede llegarse, entonces, según el autor citado, es que no cabe el delito de omisión de auxilio respecto a situaciones de riesgo aceptadas libre y responsablemente por el autor imputable⁹².

Estas consideraciones, de sumo interés dogmático, se basan, rei-

⁹² PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., ps. 369/370.

teramos, en el Código Penal español. Aunque, según la amplitud que se le dé al consentimiento como causa de exclusión del tipo y de la antijuridicidad, podrá ser tenida en cuenta en nuestro Derecho.

IV. Tipo subjetivo

Ésta es una figura dolosa, y este dolo consiste en el conocimiento del estado de peligro en que se encuentra la persona y en la voluntariedad de la omisión, sabiendo que podía prestar esa ayuda.

Sin embargo hay un sector, algo aislado, de la doctrina⁹³, que admite la posibilidad de omisión de auxilio culposa, en los casos de prestación de socorro insuficiente por negligencia y en los de retardo negligente en prestarlo o en demandar el auxilio ajeno⁹⁴. Pero esta concepción tropieza con una seria dificultad, cual es que el tipo culposo exige la producción de un resultado dañoso para el bien jurídico, con lo que se hace incompatible la forma culposa con un delito de peligro, cuya acción típica es una simple omisión. Además, el legislador no lo ha redactado de acuerdo a la forma tradicional de tipo culposo que podemos apreciar en el artículo 84 o en el 94, como tampoco estableció la distinta penalidad para el caso de que fuera doloso o culposo.

El elemento intelectual del dolo está representado por el conocimiento de estar en presencia de un niño perdido o desamparado o de una persona en peligro, y por la previsión de que omitiendo el auxilio se deja subsistente la situación de peligro.

El elemento volitivo se compone de la voluntad de omitir el socorro y dejar inmutada la situación de riesgo en que se halla el niño o la persona en peligro, siendo indiferente la finalidad que el autor persiga con la omisión.

Es indistinto que el sujeto se haya representado, o no, cualquier posible consecuencia lesiva para la vida o la integridad física de la persona en peligro. Una ulterior consecuencia de esta índole en que

⁹³ En España: Navarrete, Sainz Cantero, Rodríguez Devesa.

⁹⁴ Es interesante el análisis realizado por RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., ps. 261 y ss.

puede desembocar la situación de peligro, por no haberse prestado el auxilio, no pertenece al tipo.

Es suficiente el dolo eventual.

El Tribunal Supremo de España consideró que había dolo eventual en el caso de “la madre que habiendo sospechado y abrigado el fundado temor de que el líquido que su marido había hecho tomar a la niña podía ser venenoso, dado el olor que despedía, y robustecida tal sospecha por las frases que pronunció su esposo, no puso de su parte la actividad y diligencia que el caso requería, acudiendo con urgencia en busca del médico para que prestara a la niña los cuidados precisos”⁹⁵.

También se admitió la existencia del dolo eventual en la sentencia del Supremo Tribunal español del 19 de noviembre de 1990, en el siguiente supuesto: “Un vehículo atropella a un peatón. Tras parar el coche, se bajan los ocupantes y uno de ellos le pone a la víctima la mano a la altura del corazón estimando que estaba muerta sin volver a realizar posteriormente ninguna otra comprobación. Pudo demostrarse que la muerte sobrevino a las tres horas del accidente y, consecuentemente, que la persona accidentada aún se encontraba con vida cuando fue abandonada. El Tribunal considera que la comprobación realizada fue insuficiente ya que difícilmente podían saber si estaba vivo o no colocando simplemente la mano a la altura del corazón cuando además la víctima llevaba, porque era invierno, americana, jersey de punto, camisa y camiseta de invierno. A esto se añade que se encontraban a trescientos metros de un hospital. Por todo ello se estimó el carácter doloso eventual de la omisión del deber de socorro”⁹⁶.

Un *error* sobre la situación de desamparo en que se encuentra un niño, sobre la gravedad del peligro que corre una persona o sobre la propia capacidad para prestar el socorro, constituye un error de tipo excluyente del dolo.

Asimismo, al ser interpretada la expresión “sin riesgo personal”

⁹⁵ Tribunal Supremo de España, sent. del 12-2-58, cit. por RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 259.

⁹⁶ PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. 374.

como un elemento más del tipo objetivo, tal circunstancia debe ser abarcada por el dolo del autor, y si no es así, estaremos en presencia de un error de tipo.

V. Antijuridicidad

Algunos autores sostienen que la frase “cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal”, constituye una causa de justificación específica para este delito, que se suma a las causales genéricas de la parte general⁹⁷. Ya rechazamos esta postura al tratar el riesgo personal como un elemento del tipo objetivo.

Para Soler, si no se prestó el auxilio necesario por causa del riesgo para el autor, estaremos ante un caso de atipicidad, y si no se dio aviso a la autoridad, porque ello exigía la realización de conductas peligrosas (cruzar un arroyo desbordado o un desfiladero peligroso), podremos justificar la omisión recurriendo a los principios generales⁹⁸, esto es, tomarlo como una causal de justificación.

VI. Atribuibilidad

En lo que atañe a la *responsabilidad por el hecho*, pueden darse diversos casos de omisión de auxilio en las que al autor no le sea exigible otra conducta. Puede darse el caso de que el autor haya sido coaccionado para permanecer inactivo. También, que con esta omisión haya salvado un bien jurídico de igual valor al que peligraba —estado de necesidad exculpante—. Y puede ser que su deber de actuar en el caso se haya superpuesto y colisionado con su deber de actuar, al mismo tiempo y con la misma urgencia, en salvaguarda de otro bien jurídico. Todas estas causas excluirán la responsabilidad por el hecho del autor.

Pongamos un ejemplo: el automovilista que luego de presenciar un accidente ve que hay seis heridos de gravedad, pero en su vehículo sólo entran cuatro, mientras lleva a estos cuatro al hospital más cercano omite auxiliar a los dos que deja en el lugar del accidente. No se le

⁹⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit.

⁹⁸ SOLER, ob. cit., p. 182.

podrá reprochar la omisión en estas circunstancias en que cualquier otro ser humano hubiera actuado del mismo modo, pues en los casos en que el sujeto debe elegir entre bienes jurídicos tan altamente valiosos como las vidas humanas, la salvación de una de ellas excluye la responsabilidad por el hecho. Y en este supuesto, la elección del bien a salvar queda a cargo del sujeto⁹⁹.

Cabría pensar, dice Portilla Contreras, en algunas hipótesis controvertidas como las de colisión jurídica de deberes. Por ejemplo, un Testigo de Jehová no traslada a un hospital a otro testigo de Jehová que ha sufrido un accidente, por temor a que le practiquen una transfusión sanguínea. Con la tesis aquí difundida, el Testigo de Jehová sería responsable del delito de omisión del deber de socorro porque el término “riesgo” no se extiende a los deberes religiosos. Esto no ocurre en Alemania, ya que el § 323.c, junto a la exigencia de un peligro relevante, añade “o sin lesionar otros importantes deberes”, lo que permitiría exculpar los supuestos de colisión jurídica de deberes religiosos¹⁰⁰.

En punto a la *culpabilidad* propiamente dicha, son aplicables las reglas generales de imputabilidad.

Un error sobre la existencia de la obligación de prestar auxilio constituye un *error de prohibición*.

VII. Consumación y tentativa

Es unánime la doctrina al admitir que por tratarse de un delito de omisión y de peligro, el hecho se consuma por la omisión de auxilio en el momento en que debía ser prestado, aun cuando la víctima haya sido socorrida por un tercero que la encontrara después, o que ella misma haya podido eludir la situación de peligro.

En otras palabras, el hecho estará consumado cuando el sujeto que tiene y conoce la obligación de socorrer desiste de hacerlo; cuando deja de prestarse el auxilio, siendo indiferente si se produce o no el resultado, o si la ayuda prestada es realmente eficaz. Es un delito de consumación instantánea: la norma exige que se preste ayuda con in-

⁹⁹ DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., p. 196.

¹⁰⁰ PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. 366.

mediatez y la omisión de ese deber hace que el delito quede instantáneamente consumado¹⁰¹.

Es dudosa la tentativa, ya que al tratarse de una omisión propia no se admite esta modalidad imperfecta. Sin embargo, la jurisprudencia española ha admitido la forma imperfecta de la tentativa cuando, iniciada la fuga, el omitente vuelve al lugar donde se halla la víctima en virtud de la persecución y requerimiento de terceros (STS, 20-12-76). También se podría dar el caso de tentativa inidónea cuando el omitente deja de prestar auxilio creyendo que la víctima se encuentra viva, pero ésta ya ha fallecido¹⁰¹⁻¹.

¹⁰¹ PORTILLA CONTRERAS, ob. cit., p. 367. En el mismo sentido, HORN, ob. cit.; WELZEL, ob. cit.; GÖSSSEL, ob. cit.

¹⁰¹⁻¹ RODRÍGUEZ MOURULLO y BARREIRO, ob. cit., p. 556.

TÍTULO II
DELITOS CONTRA EL HONOR

DELITOS CONTRA EL HONOR

SUMARIO: I. Bien jurídico. 1. Conceptos fundamentales. 2. El honor y la libertad de expresión. Problemas que surgen de ambos derechos. a) Garantía constitucional de la libertad de prensa. b) La libertad de expresión. c) Libertad de prensa en la jurisprudencia de la Corte Suprema. d) Libertad de prensa en la jurisprudencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal. e) La doctrina de la real malicia. f) La solución desde un aspecto dogmático. II. Sujetos pasivos. 1. Los llamados *individuos sin honor*. 2. *Menores*. 3. *Incapaces*. 4. *Muertos*. 5. *Personas colectivas*. III. Delitos contra el honor. IV. La calumnia. 1. Concepto. 2. El tipo objetivo. La acción punible. a) Imputación de un delito. b) Los delitos prescriptos y justificados. c) El caso de las excusas absolutorias. d) Imputación de un delito que dé lugar a acción pública y delitos de instancia privada. e) Falsedad de la imputación. 3. El tipo subjetivo. 4. Consumación y tentativa. 5. La prueba de la verdad. V. La injuria. 1. Concepto. 2. Tipo objetivo. Acciones típicas. a) *Deshonrar*. b) *Desacreditar*. 3. Modos de acción. 4. Carácter imputativo de la injuria. 5. Consumación. 6. Tentativa. 7. Consentimiento. 8. Tipo subjetivo. 9. La doctrina de los ánimos. 10. La prueba de la verdad de la injuria (art. 111, Cód. Pen.). a) Interés público actual. b) Si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal. c) Si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él. VI. Injurias especiales. 1. Injurias vertidas en juicio (art. 115). 2. Las injurias recíprocas (art. 116). VII. Reglas comunes a la injuria y la calumnia. 1. La retractación (art. 117). 2. La calumnia e injuria encubierta (art. 112). 3. Publicación o reproducción de la calumnia o injuria ajena (art. 113). a) Delito autónomo. b) Acciones típicas. c) Consumación y tentativa. d) Elemento subjetivo. 4. Injurias y calumnias vertidas por medio de la prensa (art. 114). a) El problema de la competencia. b) Publicación de la sentencia. VIII. La acción penal.

I. Bien jurídico tutelado

1. *Conceptos fundamentales*

Definir al bien jurídico *honor* es una tarea difícil, aún necesitada de la debida profundización, por ello resulta certera la frase de Mau-

rech¹ en el sentido de que “el honor es el bien jurídico más sutil, el más difícil de aprehender con los toscos guantes del Derecho Penal y por tanto el menos eficazmente protegido”². Esta particularidad que reviste este bien jurídico halla su razón tanto respecto a su contenido inmaterial como a las diferentes interpretaciones y sentidos que se le ha dado a través del tiempo histórico y de las diversas evoluciones sociales.

En este sentido brindaremos una primera aproximación de su concepto: “Honor es la suma de todas las cualidades, incluidos no sólo los atributos morales, sino también los valores jurídicos, sociales y profesionales valiosos para la comunidad, que se pueden atribuir los individuos a sí mismos, o la buena opinión y fama que tienen los terceros respecto de uno mismo”.

De tal modo, existen dos aspectos del “honor”, uno subjetivo que “es la propia ponderación que tiene toda persona de sí misma”, es decir, es un concepto propio e íntimo que cada uno realiza, con independencia de lo que consideren los demás, y otro objetivo, entendido como “la reputación social o mérito que otros hacen de la personalidad del sujeto, condicionada por el momento histórico dado”. En pocas palabras, es el crédito que una persona tiene como consecuencia de la valoración social que realizan los terceros.

Estos dos aspectos se encuentran relacionados, ya que el honor es inherente a la persona y forma parte de la dignidad humana, pero puede sufrir variaciones según las circunstancias de tiempo, modo y lugar³.

Por ello, existen posiciones que proponen un concepto social del honor⁴, que proviene de sostener que el Derecho Penal protege bienes jurídicos con el objeto de que los sujetos que integran una sociedad

¹ MAURACH, cit. por CARDENAL MURILLO, Alfonso y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José, *Protección penal del honor*, Universidad de Extremadura, Madrid, 1993, p. 27.

² Véase ahora MAURACH, SCHRÖEDER y MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil*, § 24, p. 215, HIRSCH, Hans Joachim, *Grundfragen von Ehre und Beleidigung*, en *Fest. für E. A. Wolff*, Springer, 1-10-98.

³ NUÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 19 y ss.

⁴ FELLINI, Zulita, *Tutela del honor de las personas jurídicas en la legislación penal argentina*, en *El Derecho Penal hoy*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 275.

sientan garantizada su posibilidad de interactuar y comunicarse socialmente sin ningún tipo de obstáculos. Este concepto de honor participativo o relacional tiende a garantizar al sujeto una posición en su relación social y en el desarrollo de sus actividades. En ese sentido, Antolisei afirma que “es el conjunto de condiciones de las que depende una persona en sociedad; concretamente, las condiciones éticas (honestidad, lealtad), intelectuales (inteligencia, atención, estudios, profesión), físicas (salud, prestancia) y toda otra que contribuya a formar el valor de una persona”⁵.

Bien ha dicho Rodríguez Mourullo que al vincular el honor a la dignidad de la persona pierde aquél toda idea aristocrática y se generaliza y socializa⁶. Por ende y siguiendo al Superior Tribunal de España, se puede afirmar que: “La idea o sentimiento de honor ha pasado de ser patrimonio exclusivo de determinadas clases sociales o profesionales [...] para convertirse en atributo inherente a toda persona, cualquiera que sea la clase social, profesión, religión, raza, sexo” (STE, 10-7-87)⁷. Por lo tanto se puede afirmar que tanto la fama como la autoestima deben ser interpretadas de manera normativa, de acuerdo a lo establecido por el orden jurídico, con basamento constitucional, incluyendo los tratados sobre los derechos humanos. Con ello se debe dejar de lado un concepto meramente fáctico del honor, llevándolo a un concepto normativo-fáctico, que tenga en cuenta tanto el honor que realmente posea la persona, como el que esté basado en la dignidad de la persona.

Sin embargo, la idea que subsiste en el Código Penal y en los comentaristas está más cerca del llamado concepto fáctico que del normativo.

2. *El honor y la libertad de expresión.*

Problemas que surgen de ambos derechos

Previo a analizar cada una de las figuras típicas insertas en este capítulo urge definir estos dos derechos que parecen encontrarse en

⁵ ANTOLISEI, cit. por MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 327.

⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal* cit., p. 610.

⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 610.

pugna. Así, será necesario no sólo conceptuarlos sino también hacer un breve *racconto* de la jurisprudencia nacional y extranjera que se ha expedido sobre la colisión existente entre ambos, y tratar, por último, de esbozar una solución a este actual conflicto.

a) *Garantía constitucional de la libertad de prensa*

En primer término resulta imprescindible hacer alusión a las normas constitucionales que se refieren a esta garantía. Ellas son los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y normas incluidas en los Pactos Internacionales con jerarquía constitucional, entre estas últimas los artículos 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 14 (derecho de rectificación o respuesta) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la ley 23.054).

De la conjugación de todas estas disposiciones se desprende un gran derecho madre –“libertad de expresión”– el cual encierra otras garantías fundamentales, a saber: “libertad de pensamiento”, “libertad de información” y “libertad de expresión propiamente dicha”. Como bien dice Sagüés, “en una democracia, el derecho de prensa es un derecho sistémico, indispensable para la funcionalidad de ese sistema político. Sin prensa libre y responsable, el ciudadano carecerá de la posibilidad de adoptar decisiones libres y fundadas”⁸.

La *libertad de pensamiento* es previa a las demás libertades y constituye el núcleo sustancial del que deriva la posibilidad de la formación de las ideas y pensamientos propios del individuo o de los otros grupos sociales. La *libertad de información* comprende el derecho a comunicar información veraz por cualquier medio de difusión –libertad de información activa–, que asimismo se integra con el derecho a recibir información –libertad de información pasiva–⁹.

Libertad de información activa: Este derecho consiste en poder transmitir todo tipo de información a los fines de hacer conocer la

⁸ SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional*, Astrea, 1997, t. 2, p. 349.

⁹ DE CARRERAS SERRA, Luis, *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Ariel, Barcelona, 1996, ps. 39/52.

verdad a las personas, de allí que deba ser, en principio, sobre hechos reales, que pueden ser comprobados razonablemente. Como bien dice Sagüés, se trata de una manifestación del derecho de información que comprende el de difundir noticias que pueden interesar a la comunidad, y que ha sido reconocido por la Corte Suprema argentina, en los casos “Costa”, “Vago c/La Urraca” y “Campillay”¹⁰.

Libertad de información pasiva: Esta garantía no admite restricción alguna, toda vez que se entiende que es el derecho que poseen todos los individuos de constituirse como sujetos pasivos de la libertad de expresión y de donde emanará la configuración de la opinión pública libre. No hay duda de que este derecho es básico en una democracia, sistema que es ínsito a nuestra Constitución Nacional.

b) *La libertad de expresión*

Thomas Emerson¹¹ la define como “la libertad que integra un conjunto de derechos que van desde el derecho a formarse y poseer las propias creencias, y comunicarlas por cualquier medio, pasando por los de audiencia e investigación y de acceso a la información –con ciertas matizaciones–, hasta los derechos de reunión y asociación, corolario imprescindible de la libertad de expresión”. Como podrá observarse en este derecho amplísimo convergen todas las garantías antes detalladas.

En consecuencia, es un derecho constitucional que funciona como control del poder político y cierra el esquema del sistema democrático, convirtiéndose en un derecho socialmente codiciado. Trasciende del interés individual de expresión y recepción de información ya que representa una institución, la opinión pública libre, que defiende intereses generales dentro del Estado democrático.

c) *Libertad de prensa en la jurisprudencia de la Corte Suprema*

Las decisiones jurisprudenciales de nuestro Máximo Tribunal de

¹⁰ “Costa”, *Fallos*: 310:508; “Campillay”, 308:789; “Vago c/La Urraca”, L. L. 1992-B-367, todos en SAGÜÉS, ob. cit., p. 350.

¹¹ Cit. por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 30.

Justicia en estos últimos años, en cuanto a libertad de prensa se refiere, han ido priorizando este derecho cuando la cuestión ha sido de interés público¹².

Así se sostuvo que: “La garantía constitucional de la libertad de prensa radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir, pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal, o de quienes se proponen violentar el Derecho Constitucional respecto de las instituciones de la República, o alterar el bienestar general o la paz y seguridad del país o afectar las declaraciones, derechos y garantías de que gozan todos los habitantes de la Nación”¹³. Y se agregó que: “En el régimen republicano, la libertad de expresión en el sentido amplio tiene un lugar eminente, que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, pero puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa”¹⁴. “El ejercicio del derecho de informar no puede entenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de integridad moral y el honor de las personas...”

”El deber de resguardar el honor y la dignidad de los ciudadanos no supone condicionar el derecho de informar por la prensa a la verificación en cada supuesto de la exactitud de una noticia, sino a la adecuación de la información a los datos suministrados por la propia realidad, máxime cuando se trata de noticias con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, y en todo caso el deber de difundir el informe

¹² Un análisis dogmático de esas sentencias, en comparación con otras en otros temas de Derecho Penal y la contradicción existente en el concepto de dolo, puede verse en el trabajo de investigación de FERRERO, Mariana y ACHCAR DIBE, Romina, *El doble concepto de dolo en los fallos de la CSJN*, presentación en la Facultad de Derecho, Universidad de Belgrano, Buenos Aires (inédito).

¹³ CSJN, 11-12-84, “Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida SA” (del voto de los Dres. Caballero y Belluscio).

¹⁴ CSJN, 12-3-87, “Costa, Héctor R. c/Municipalidad de La Capital y otros”.

atribuyendo directamente su contenido a la fuente, utilizando un tiempo de verbo potencial o guardando reserva sobre el sujeto implicado en el hecho ilícito”¹⁵.

“El análisis de la jurisprudencia sobre la libertad de expresión y derecho de prensa y las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, que integra el ordenamiento jurídico argentino, el artículo 31 de la Constitución Nacional y la ley 23.054, conducen a la conclusión de que las garantías que rodean el derecho de prensa impiden a las autoridades públicas controlar las ideas antes de su impresión, así como toda acción u omisión que restrinja la publicación y circulación de la prensa. Que lo dicho respecto a la libertad de prensa es aplicable a la libertad de expresión en general, tal como resulta de una interpretación dinámica de los textos constitucionales, que tiene por base la circunstancia de que ellos deben aplicarse también a los medios de expresión de las ideas, distintos de la prensa, que no existan al tiempo de sancionarse la constitución y cuya importancia es similar a la prensa escrita. Que la restricción a un derecho tan primordial de la persona fue efectuada sobre la base de apreciaciones conceptuales acerca de la posible lesión al honor de la actora, al tiempo que se omitió el cotejo de la prueba decisiva cual era la observación del *tape*, razón por la cual la resolución del a quo deviene absolutamente injustificable” (del voto del Dr. Ricardo Levene [h], CSJN, “Arte Radiotelevisión Argentina SA y Mauricio Borenztein”).

Como síntesis y siguiendo en esto a Luis García, se puede afirmar lo siguiente:

- a) A partir de los casos “Costa” y “Campillay”, ante la imposibilidad de práctica de verificar la exactitud de la noticia, se impone dejar en reserva la identidad de los implicados, con lo cual acierta nuestro autor de referencia, en el sentido de que no habría delito alguno.
- b) Este estándar sólo es aplicable cuando la información es falsa, ya que si la información es objetivamente verdadera la cita de la fuente y reserva del nombre no son cuestiones decisivas.

¹⁵ CSJN, 7-4-92, “Abad, Manuel E. y otros”.

En este orden de ideas, la Corte Suprema en el caso “Triacca”¹⁶ aclaró la doctrina de los casos “Campillay” y “Costa”, afirmando que la noticia debe ser atribuida a una fuente identificable y que, si no hubo falsedad por parte de la demandada en el comunicado que individualizó la fuente y lo transcribió textualmente, era innecesario examinar si se habían satisfecho los extremos del caso “Times c/Sullivan”, ya que no se habría obrado con una información objetivamente falsa.

- c) La atribución de la noticia a una fuente es indicio de veracidad.
- d) La Corte también afirmó que “no excusa la afirmación de que la publicación se ha limitado a la reproducción de un comunicado oficial, si los editores hicieron suyas las afirmaciones contenidas en aquél, dándolas por inexcusablemente por ciertas”¹⁷.
- e) La fuente, por último, debe existir, a los fines de evitar la persecución por los delitos de calumnias e injurias. Este aspecto fue tratado en las causas “Campillay” y “Ramos”¹⁸.
- f) En el caso de funcionarios públicos la cuestión es distinta. En un principio, afirma García, siguió vigente la idea de veracidad y prudencia como exigencia, tal como surge del caso “Vago”, en donde se afirmó que la prensa tiene un deber de veracidad y que su función es informar tan objetiva y verídicamente al lector como sea posible¹⁹. Pero en los casos en que la noticia era inexacta o falsa la Corte recurrió a la doctrina de la real malicia²⁰.

d) *Libertad de prensa en la jurisprudencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal*

En cuanto a la Cámara del Crimen de la Capital no se puede dar

¹⁶ L. L. 1994-A-246.

¹⁷ “Campillay”, *Fallos*: 308:789, cit. por GARCÍA, ob. cit., p. 525.

¹⁸ GARCÍA, ob. cit., p. 526.

¹⁹ “Vago, Jorge A. c/Ediciones La Urraca SA y otros”, *Fallos*: 314:1517, L. L. 1992-B-367, cit. por GARCÍA, ob. cit., p. 527.

²⁰ GARCÍA, ob. cit., p. 528. Se puede consultar una amplia bibliografía sobre el tema en este autor.

un cuerpo doctrinario sobre el tema, salvo algunos casos en donde se adoptó limitadamente la teoría de la real malicia, intentando conciliarla con nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, se ha dicho que: "Ningún deber periodístico de informar puede justificar que se difame a personas cuando no se puede alcanzar la información fidedigna, ya que si bien la libertad informativa es esencial al régimen democrático y republicano, no otorga indemnidades o exime de rendir cuentas, ni coloca al periodismo en la posición omnipotente de decir lo que quiera sobre cualquiera"²¹. También se afirmó que: "El derecho de libertad de prensa radica en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de facultad de publicar sus ideas sin censura previa, pero no en la ulterior impunidad de quien utiliza la prensa como medio para cometer delitos, puesto que en la Constitución Nacional no existe el propósito de asegurar la impunidad de la prensa, lo cual es coherente con la prohibición del artículo 16 de la Constitución Nacional de admitir fueros personales que violen la igualdad de los habitantes ante la ley. Si bien no es necesario verificar en cada supuesto la exactitud de la noticia, es obligatorio adecuar la información a los datos suministrados por la realidad, máxime si se trata de noticias con potencialidad calumniosa o difamatoria"²².

Y con más solidez se expresó que: "La libertad de prensa en cualquier país democrático consiste en que cada persona pueda expresar con total libertad sus ideas debiendo responsabilizarse penalmente de ellas si resultan ofensivas.

"El derecho a informar no puede ser sometido a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben expresamente estar fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos y a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública. En nuestro ordenamiento la regulación de las consecuencias legales está prevista expresamente a través de los artículos 109 y 110 del Código Penal.

"El periodista no puede lesionar el honor por el solo hecho de

²¹ Cám. Nac. Crim. y Correc., sala VI, 17-2-93, "R. H."

²² Cám. Nac. Crim. y Correc., sala I, 9-3-90, "Abad, Manuel E.", N° 36.627.

ejercer esa profesión, dado que los fueros personales resultan constitucionalmente inaceptables”²³.

e) *La doctrina de la real malicia*²⁴

e.1) *Conceptos generales*

El fundamento que dio a luz esta teoría radica fundamentalmente en lo siguiente: “Si bien se reconoce que la libertad de prensa no reviste carácter absoluto en orden a las consecuencias que depara su ejercicio, cuando ella se manifiesta en una dimensión institucional o estratégica, el criterio para ponderar la responsabilidad jurídica consecuente impone la aplicación de reglas especiales y diferentes a las aceptables en una dimensión individual, no para otorgar un privilegio a quien ejerce esa libertad, sino para preservar la subsistencia de un sistema democrático constitucional”²⁵.

La doctrina de la real malicia ha sido delineada por la Suprema Corte de los Estados Unidos a partir del caso “New York Times *versus* Sullivan”²⁶, decisorio del que surgen sus parámetros esenciales.

Es interesante analizar cómo se formula la doctrina en Estados Unidos. Seguimos para ello a Badeni, en el ya citado artículo²⁷. El 29 de marzo de 1960 el diario *New York Times* publicó una solicitada bajo el título de “Escuchad sus voces clamorosas”. En esta solicitada se denunciaban actos de discriminación racial que había realizado la autoridad policial. El agravio en concreto era un párrafo que afirmaba: “En la ciudad de Alabama, luego de que los estudiantes cantaron una canción patriótica en la escalinata de la legislatura estatal, sus jefes

²³ Cám. Nac. Crim. y Correc., sala I, 27-3-90, c. 36.091, “Tavares, Flavio”.

²⁴ La bibliografía en nuestro país se ha ocupado sobre el tema. Sin intentar dar un panorama total se pueden citar: BADENI, Gregorio, *Doctrina de la real malicia*, en L. L. del 9-4-98; BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, *La Corte Suprema reafirma los principios esenciales de doctrina de la real malicia*, en L. L. del 10-10-97; BIANCHI, Enrique Tomás, *La doctrina “Campillay”*, en L. L. del 15-4-97; PIZARRO, Ramón, *La doctrina de la real malicia en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El caso “Dora Gesualdo”*, en J. A. del 9-7-97, y *Responsabilidad de los medios de prensa*, en L. L. del 18-8-98.

²⁵ BADENI, Gregorio, *Doctrina de la real malicia*, ADEPA, s/f, p. 6.

²⁶ U. S. 255 de 1964.

²⁷ BADENI, *Doctrina de la real malicia* cit., N° 23.

fueron expulsados de la Universidad y los edificios de la Universidad de Alabama rodeados por la policía, armada de fusiles y proyectiles de gases. Cuando la totalidad de los estudiantes manifestó su protesta ante las autoridades estatales negándose a reinscribirse, el comedor estudiantil fue clausurado con el propósito de someterlos por el hambre [...] Una y otra vez los transgresores sureños han respondido a las pacíficas del doctor Martin Luther King con la violación y la intimidación. Ellos han arrojado bombas a su casa, llegando casi a matar a su esposa e hijo, lo han agredido físicamente, lo han arrestado siete veces por exceso de velocidad, vagancia e infracciones similares, y ahora lo acusan por el delito de perjurio que le puede acarrear una pena de 10 años de prisión”. La solicitada, agrega Badeni, no identificaba a Sullivan, pero al ser comisionado a cargo del Departamento de Policía, acreditó que todas las referencias que se dirigían a la policía estaban ligadas a su persona. Además algunos hechos eran falsos, tales como los siete arrestos, la expulsión de los estudiantes por cantar himnos patrióticos, ya que la causa había sido por desmanes. Se probó que Sullivan no había participado en los ataques contra Luther King.

El juzgado de Alabama hizo lugar a la acción de difamación y condenó a cuatro de los autores de la solicitada y al diario antes citado al pago de una indemnización de 500.000 dólares. El fallo también fue confirmado por la Suprema Corte del Estado de Alabama. Por vía del *certiorari* los directivos del diario recurrieron ante la Suprema Corte de Justicia, la cual formuló la teoría de la real malicia²⁸.

El juez William J. Brennan afirmó, en la posición mayoritaria, que las reglas del *common law* aplicadas por el tribunal de Alabama eran constitucionalmente deficientes al no salvaguardar las libertades de prensa y de palabra protegidas por las Enmiendas I y XIV en una acción por difamación iniciada por un funcionario público contra quienes criticaron su desempeño como tal²⁹.

Poco importaba para el caso que la solicitada hubiese sido pagada, ya que la misma se ocupaba de temas de preocupación e interés público. Si las palabras decididamente difamatorias están protegidas

²⁸ BADENI, ob. cit., ps. 7-8.

²⁹ BADENI, ob. cit., p. 8.

por la Constitución, no pierden tal protección por haber sido publicadas en la forma de aviso pago.

Se debe analizar este caso, agrega, partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos contra el gobierno y los funcionarios públicos. Asimismo aclaró que si se exigiera a todo aquel que criticara la conducta de los funcionarios públicos garantizar la verdad de sus aseveraciones, y hacerlo bajo pena de condenas por difamación de monto prácticamente ilimitado, se conduciría a una autocensura similar. Además se adujo que ni el error ni el contenido difamatorio son suficientes para privar de la protección constitucional a las críticas que se formulen a la conducta de los funcionarios públicos.

Sobre la base de estos y otros argumentos, el juez Brennan precisó el contenido de la doctrina de la real malicia en los siguientes términos: “Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta como tal a menos que pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad”³⁰.

Tal magistrado concluyó que el poder de censura le corresponde al pueblo sobre el gobierno y no al gobierno sobre el pueblo. De no ser así, se daría a los funcionarios públicos una preferencia injustificada sobre el pueblo a quien sirven, si quienes critican su desempeño no tuvieran una inmunidad equivalente a la que tienen los mismos funcionarios, razón por la cual las Enmiendas I y XIV exigen tal privilegio.

Por su parte el juez Black, a quien adhirió Douglas, afirmó que tratándose de expresiones vertidas sobre funcionarios públicos o sobre temas institucionales o de interés público, la exención de responsabilidad jurídica para los medios de prensa y quienes ejerzan la libertad de expresión debe ser absoluta, aunque se acredite la “real malicia”. Este voto va más allá que el primero al sostener que las Enmiendas

³⁰ BADENI, ob. cit., p. 9.

I y XIV no solamente delimitan el poder de un Estado para acordar indemnización a un funcionario público contra quienes critican su conducta como tal, sino que prohíben por completo al Estado ejercitar tal poder. La real malicia, afirman estos jueces en la definición de la Corte, es un concepto abstracto, difícil de probar y difícil de refutar. De modo que el derecho constitucional de informar es absoluto e incondicional³¹.

El juez Goldberg afirmó que ambas enmiendas acuerdan a la prensa y a los ciudadanos un privilegio absoluto e incondicional para criticar la conducta oficial, pese a los daños que pueden causar los excesos y los abusos.

En síntesis, según la opinión de la mayoría³², para responsabilizar a la prensa por expresiones relacionadas a un funcionario público en ejercicio de sus funciones, se exige:

- a) La prueba por el accionante de una manifestación difamatoria;
- b) la prueba por el accionante sobre la inexactitud de la expresión;
- c) la prueba del accionante de que la emisión de la expresión fue hecha teniendo conocimiento de que era falsa (dolo directo) o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad (dolo eventual), como expresión de una indiferencia egoísta sobre la producción del hecho lesivo.

La teoría de la real malicia ha ido ampliándose en la jurisprudencia americana, llegándose a aplicar en los casos de las figuras públicas, aunque no fueran funcionarios, en el caso “Times versus Hill” de 1967. Y en el caso “Rosenbloom versus Metromedia”, y luego “Gertz versus Welch”, precisó la aplicación de la teoría a casos de interés público que involucran a particulares.

e.2) *Antecedentes que incorporaron la doctrina de la “real malicia”. Últimos fallos de nuestra Corte Suprema*

e.2.1) *Antecedentes*

En el caso “Moreno y Timerman” (Fallos: 269:200), Ramón Lascano, Procurador General de la Nación, consideró que no existía un

³¹ BADENI, ob. cit., p. 9.

³² BADENI, ob. cit., p. 10.

propósito directo de deshonrar o desacreditar y solicitó la revocación de la sentencia condenatoria, haciendo mención a la doctrina de la real malicia contemplada en el caso “New York Times *versus* Sullivan”. Si bien la Corte Suprema revocó la sentencia condenatoria, no hizo mención directa a la doctrina de la real malicia.

Los votos de la minoría en el caso “Abad, Manuel Eduardo y otros”³³ resaltan la garantía constitucional de la prensa de informar libremente al pueblo y fundamentan la protección en la necesidad de probar el conocimiento o desinterés con respecto a la falsedad de la noticia o publicación.

Por último, y ya tomando en su totalidad la teoría de la real malicia, aunque protegiendo ahora lo dicho en un libro, el 12 noviembre de 1996, la Corte Suprema resolvió el recurso de hecho deducido por J. M. S. en la causa 9648, “M. S., J. M. s/Injurias”, por el cual se hizo lugar a la queja interpuesta y se resolvió absolver al imputado. Entre otras cosas se expresó: “Que esa doctrina –real malicia– se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que lo eran o con imprudente y notoria despreocupación sobre su veracidad. El derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa, cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucradas en ella, aun si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar” (del voto del Dr. Boggiano). Y se agregó: “Esto es así pues la tutela constitucional de la libertad de expresión no puede limitarse a las afirmaciones que –con posterioridad al hecho– son declaradas ‘verdaderas’ por un órgano jurisdiccional, excluyendo de aquella protección

³³ CSJN, 7-4-92, Dres. Cavagna Martínez, Barra y Fayt.

a las que, aun no siendo ajustadas a la verdad, han sido emitidas –*ex ante*– en la creencia de serlo. Esta comprensión restrictiva no sería compatible con la doctrina de esta Corte y de otras jurisdicciones constitucionales que en los sectores donde lo ‘público’ es prioritario –por la naturaleza de los temas expuestos y de las personas involucradas– privilegian decididamente el debate libre y desinhibido, como modo de garantizar un elemento esencial en el sistema republicano democrático. Y, justamente por ello, determinan que –en ese ámbito– la libertad de expresión no se agota en las meras afirmaciones *verdaderas*” (del voto del Dr. Petracchi).

La teoría de la real malicia estuvo presente en otros fallos de la Corte, tales como “Vago, Jorge c/Ediciones La Urraca SA y otros”³⁴, “Abad”³⁵, “Triacca c/La Razón y otros”³⁶, “Ramos, Julio”³⁷, “Suárez, Facundo c/Cherashny”³⁸.

En síntesis, y con Sagüés, se puede afirmar lo siguiente: La Corte clasifica entre información falsa, que es aquella que es engañosa, fingida, o simulada, que tiene el fin de engañar con dolo y mala fe. Y, por otra parte, la noticia errónea, que es aquella que es fruto de una concepción equivocada de la realidad, que induce de buena fe, al error³⁹.

En cuanto a la información falsa, no hay duda que origina responsabilidad penal y civil. La información errónea, en cambio, no origina responsabilidad civil, si se han utilizado los cuidados debidos para evitar los daños. Como es obvio la penal no existe debido al error, que elimina al dolo⁴⁰.

En el caso de figuras públicas, estatales o no, queda a cargo del interesado, para el éxito de una acción civil indemnizatoria, probar que el medio de difusión actuó con conocimiento de que la noticia era falsa o con imprudencia notoria⁴¹.

³⁴ CSJN, 19-11-91, E. D. 145-517.

³⁵ CSJN, 7-4-92, E. D. 148-128.

³⁶ CSJN, 26-10-93, E. D. 159-XXIV.

³⁷ CSJN, 16-11-93, L. L. 1994-C-63.

³⁸ CSJN, 4-5-95, s. 723.XXIV.

³⁹ SAGÜÉS, ob. cit., p. 372.

⁴⁰ Ídem nota anterior.

⁴¹ Ídem nota anterior; caso “Morales Solá”, D. J. 1996-2-1230.

e.3) *Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre libertad de prensa y derecho al honor*

El camino jurisprudencial seguido por el Tribunal Constitucional español se trae a colación para comparar la doctrina formada por este tribunal con respecto al nuestro.

En principio, es necesario destacar que la Constitución española prevé dos artículos específicos sobre la materia: el artículo 18, que en su inciso 1º garantiza el derecho al honor y en el inciso 4º estipula que: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, y el artículo 20, que después de consagrar el derecho de libre expresión dispone: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional se ha expedido sobre el conflicto de estos derechos, que se pueden analizar en tres fases⁴²:

En la primera fase existió una prevalencia del derecho al honor: “La Constitución establece la protección del derecho al honor, incluso a costa de la libertad de expresión: el artículo 20.4 establece la preferencia de los derechos de la personalidad sobre las libertades de expresión e información”. “Las libertades de expresión no son ilimitadas, sino que tienen como límites, entre otros, el derecho al honor de los afectados, derecho protegido en el Código Penal...” (sent. 413/83, del 22 de septiembre; 414/83, de igual fecha, y 480/86, del 4 de junio, entre otras).

En una segunda fase se ponderaron los bienes en contradicción. “...Se obliga al órgano judicial que aprecia la lesión del derecho al honor que realice un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual ha inferido la lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y es sobre el re-

⁴² Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, en *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1993, ps. 46 y ss.

sultado de esa valoración donde al Tribunal Constitucional le compete efectuar su revisión con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta constitucionalmente legítimo o denegarlo en el supuesto contrario...” (sent. 107/1988, del 8 de junio).

En la tercera fase se dio, en principio, preferencia a la libertad de expresión e información: “La libertad de expresión como derecho fundamental de la persona (art. 20.1, CE) incide necesariamente en la problemática del derecho al honor, pues si el hecho se ha realizado en el ámbito del ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión, puede encontrarse justificado por aplicación de la eximente 11 del artículo 8º del Código Penal, al estimarse que se actuó en el ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber.

“Además, como el derecho de expresión resulta un presupuesto imprescindible para la existencia de una opinión pública libre, necesaria para el desarrollo del pluralismo que ha de existir en un Estado democrático de Derecho, se concede a estas libertades un valor en principio preferente sobre el derecho al honor, por no tener éste esa trascendencia en orden al funcionamiento de las instituciones públicas...” (sent. 107/1988, del 22 de febrero; 51 y 121/1989, del 22 de febrero y 3 de julio; 105/1990, del 6 de junio, entre muchas otras).

En síntesis, se podría afirmar que el Supremo Tribunal de España ha adoptado una doctrina consolidada que ofrece los criterios para resolver los conflictos que se han presentado⁴³. En primer lugar, el tribunal exige que para que la intromisión en el honor resulte justificada es necesario que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información sea legítimo. Como los derechos en cuestión son diferentes, tanto en contenido como en sus límites y efectos, las condiciones también han de serlo.

Por lo tanto la legitimidad del ejercicio depende de la veracidad de la información. Por ende la Constitución no defiende el derecho a dar cualquier información sino sólo la veraz, si bien ésta no debe ser absoluta.

La información veraz implica una información comprobada, según

⁴³ En lo que sigue, se ha tomado el desarrollo hecho por RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., ps. 614 y ss.

los cánones de la profesionalidad informativa. La legitimidad del derecho a la información depende del interés público-social de la noticia, esto es, del interés para la formación de la opinión pública libre.

Por último, el Tribunal afirma que la adecuación y la moderación de las expresiones condicionan la legitimidad del ejercicio de la libertad de prensa.

Para terminar, viene a cuento lo afirmado por Rodríguez Mourullo cuando dice, citando al propio Supremo, que “por la propia naturaleza, las opiniones y, en general, los juicios de valor no son veraces o inveraces, sino fundados o infundados”⁴⁴.

f) *La solución desde un aspecto dogmático*

De lo hasta ahora reseñado, se puede decir que la libertad de prensa es una libertad institucional, que tiene como base la prohibición de la censura previa y cuyo ejercicio se debe adecuar al orden jurídico, que no sólo está compuesto por las normas constitucionales sino además por el Pacto de San José de Costa Rica (art. 13).

Asimismo, la jurisprudencia mayoritariamente le ha reconocido un lugar inminente en el régimen republicano. Sin embargo, no hay una precisión en los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ni de los tribunales inferiores. Las sentencias que en ese sentido ha dictado el Tribunal Federal, si bien han salvado la cuestión en el momento haciendo prevalecer la libertad de prensa sobre el honor de los funcionarios, han cometido, a nuestro juicio, el error de dar un concepto de dolo confuso y contradictorio con otros fallos en otras materias, especialmente la impositiva⁴⁵. Para hacerlo más sencillo, en la aplicación de la teoría de la real malicia se utilizó un concepto de dolo valorado, con conciencia del injusto, mientras que en los fallos en materia impositiva que se han citado se utilizó un concepto de dolo neutro para adoptar la concepción del error de prohibición, cercana a la teoría estricta de la culpabilidad. No es cierto, como se ha dicho, que el Tribunal Federal no debe tener un concepto de dolo. No es exacta esa afirmación en el sentido de que un concepto sobre los

⁴⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 617.

⁴⁵ Caso “Morillas”, L. L. 1993-E-415; “Krill Producciones Gráficas”, 8-6-93, XXIII.

elementos del delito, no sólo es conceptualmente necesaria, sino legalmente exigida. El ciudadano debe saber cuál es el criterio de la Suprema Corte en determinados temas que deben ser juzgados de manera igual, y no cambiando, según las conveniencias del caso, el concepto de los distintos elementos de la teoría analítica del delito. Por ende, no sólo es necesario un llamado a las normas constitucionales para resolver el caso, sino que ello debe armonizarse con el orden jurídico. Este error ha llevado a la contradicción antes enunciada. De modo que si se sigue la teoría de la real malicia, deberá aceptarse, también en materia impositiva, el concepto de dolo, con conciencia eventual del ilícito, para ser totalmente garantista⁴⁶.

Para buscar una solución al tema que nos ocupa Tiedemann ha sostenido, en Alemania, que la libertad de expresión no opera como causa de justificación en los delitos contra el honor, sino que debe crearse un ámbito libre de conducta no punible a través del recurso a los derechos fundamentales⁴⁷. El argumento es que los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de reunión, que conforman la libertad de manifestación, no sirven como una nueva causa de justificación, y esto es así porque si los derechos de terceros han de ser considerados como límites para los derechos fundamentales éstos no pueden ser invocados como justificación para la lesión de derechos de terceros⁴⁸.

Para Jaén Vallejos el derecho a la libertad de expresión debe jugar como una causa de justificación, como forma del ejercicio de un derecho, tesis aplicable al Derecho argentino, por la vía del artículo 34, inciso 4º del Código Penal. El autor citado afirma que el derecho de libertad de expresión gozaría de efectos justificantes, habida cuenta de que al ser reconocido constitucionalmente se exige que su contenido sea respetado por el orden jurídico en su totalidad⁴⁹. En este sentido se ha afirmado que: "Los supuestos en que colisionan el ejercicio de

⁴⁶ SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, N° 7/35, 36, 2ª ed., Verlag J. C. B. Mohr Tübingen.

⁴⁷ TIEDEMANN, Klaus, *Bemerkungen zur Rechtprechung in den sog. Demonstrationsprozessen*, JZ, 1969, ps. 717 y ss.; JAÉN VALLEJOS, ob. cit., p. 251.

⁴⁸ JAÉN VALLEJOS, ob. cit., p. 252.

⁴⁹ Ídem nota anterior, p. 266.

la libertad de expresión y el derecho al honor deberán resolverse en el ámbito de la antijuridicidad, a través de una adecuada ponderación de los intereses en juego en cada caso concreto, sin que pueda establecerse la prevalencia a priori de ninguno de ellos, en tanto que ambos se corresponden con derechos declarados constitucionalmente como fundamentales”.

Desde otra perspectiva, se debe analizar si algunos casos no entran en la llamada responsabilidad por el hecho, categoría ésta que se ubica entre la antijuridicidad y la culpabilidad y que incluye aquellos supuestos de no exigibilidad de otra conducta⁵⁰.

Para García, “cuando la opinión o información se expresan o difunden en el marco de la participación e intercambio de ideas sobre asuntos públicos, puede afirmarse, bajo ciertas condiciones, que el derecho a la libertad de expresión e información cobra una jerarquía superior al derecho al honor, y por ende se presenta como causa de justificación –legítimo ejercicio de un derecho– respecto de conductas que de modo claro y actual son lesivas al honor personal y que parecen satisfacer los tipos penales de calumnias y de injurias”⁵¹.

En base a esta idea se concluye que “cuando el tema es de interés público, el honor de la persona cede ante la libertad de expresión. Pero cuando se trate de acciones privadas, prevalece el honor de las personas”⁵².

Se trata, bien mirada la cuestión, en los casos del periodismo y del honor de los funcionarios públicos, de una colisión de deberes, que será resuelta de la forma en que se solucione ese tema, que tanto puede ser la eliminación del injusto como de la culpabilidad. Aquí el deber de omitir, a los efectos de no dañar el honor ajeno, se encuentra en colisión con otro deber, en este caso el de informar, también protegido por el orden jurídico de modo que cualquiera sea la forma en que el sujeto actúe infringirá un deber jurídico⁵³. En base a lo expuesto no hay duda de que si los bienes jurídicos en cuestión son de distinto valor, actuará lícitamente quien lo haga en virtud del deber de mayor

⁵⁰ DONNA, *Teoría del delito...* cit., t. 1, par. 24; t. 2, par. 61.

⁵¹ GARCÍA, ob. cit., p. 511.

⁵² Ídem nota anterior.

⁵³ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, 6ª ed., t. II, p. 292.

jerarquía. En caso de deberes de igual jerarquía, la conducta sigue siendo lícita, ya que cumpliendo con cualquiera de ellos el sujeto se ajusta a derecho. Esto fue bien visto por Hirsch, al decir que si la acción no fuera lícita no se le daría posibilidad a la persona de que actúe lícitamente⁵⁴. De modo que frente al deber de informar, y dada las circunstancias en que se encuentra el periodista, su conducta será lícita aunque se viole el honor de un funcionario público. Distinta sería la cuestión frente a un particular, ya que, en ese caso, el deber de información no existe en general. Distinta sería la cuestión en el caso de la información de un particular. En síntesis, y como lo ha señalado Kaufmann, en los casos en que exista un deber de omitir, enfrentado al de actuar, tiene preeminencia la acción, por ende, en este caso, la acción del periodista en el conflicto es lícita⁵⁵. En todos estos casos no se puede seriamente afirmar que el sujeto actuó sin dolo sino todo lo contrario, tuvo la intención de ofender y ofendió.

De todas formas, estimamos que cualquiera sea la categoría que se aplique se debe ser coherente con la posición asumida, dentro de la dogmática penal, a los fines de no entrar en contradicción con el sistema que se ha seguido y no dictar sentencias con fundamentos autocontradictorios.

II. Sujetos pasivos

Como principio general se puede afirmar que todas las personas, tanto físicas como jurídicas, son susceptibles de ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor⁵⁶. Molinario expresa que esta afirmación tiene su base en el artículo 117, cuando se habla de que “el culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo”.

⁵⁴ HIRSCH, Hans Joachim, *StGB, Leipziger Kommentar*, preliminares del par. 34, p. 149, N° 73; en igual sentido, CEREZO MIR, ob. cit., p. 292; KAUFMANN, Armin, *Die dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1959, p. 173. En este sentido hay una variación de nuestra opinión, que estaba dudosa, en *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, par. 58.

⁵⁵ KAUFMANN, ob. cit., ps. 137/138.

⁵⁶ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 331.

Sin embargo, se discute en doctrina si determinadas personas detentan el bien jurídico honor y consecuentemente si pueden resultar afectadas por los ilícitos que aquí estudiamos.

1. *Los llamados individuos sin honor*

Resulta unánime la opinión doctrinaria en considerar que no existen personas deshonradas, es decir, cualquier sujeto podrá resultar agraviado en su honor y querellar en consecuencia.

Ello es así, señala Rodríguez Devesa⁵⁷, pues la palabra honor se emplea como equivalente a dignidad humana que demanda el respeto de los demás. Esta idea responde a la realidad sociológica que ha conducido a un progresivo aplanamiento del concepto honor, que de patrimonio de unos pocos ha pasado a estimarse como inherente a todos.

Resulta apropiado el ejemplo de Ramos cuando expresa: “El ladrón se ofende si es llamado asesino; la bailarina de un cabaret no acepta que se la compare con la pupila de un prostíbulo”.

Ahora bien, podrá ocurrir que en algunos casos el ataque al honor no afecte la faz objetiva, pero sin lugar a dudas podrá menoscabarse el “honor subjetivo” del sujeto.

2. *Menores*

Es opinión general considerar a los menores como sujetos pasivos de los delitos contra el honor, pero se han esbozado diferentes criterios al respecto.

Algunos autores toman en cuenta que el menor es un valor futuro desde el punto de vista del honor, y admiten con gran amplitud la posible lesión al honor de los mismos⁵⁸; otros distinguen según que el menor haya alcanzado actualmente cierto grado de honorabilidad o cierta esfera de deberes⁵⁹.

⁵⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, Dykinson, Madrid, 1988, p. 231.

⁵⁸ EBERMAYER, LOBE y ROSEMBERG, cit. por SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. III, p. 214.

⁵⁹ LISZT y SCHMIDT, aut. cit. por SOLER, ob. cit., p. 214.

La mayoría de los autores hacen hincapié en que debe hacerse una distinción según se trate de una injuria o de una calumnia.

En el caso de la injuria, la mayoría entiende que los menores pueden resultar sujetos pasivos de tal delito (Ramos, Núñez, Fontán Balestra, Creus, entre otros). El fundamento radica en la vulneración al honor objetivo. Si bien estos sujetos pasivos en algunos supuestos no podrán comprender el carácter deshonrante de la expresión inferida, ésta podrá constituir un descrédito, afectando su reputación frente a los demás.

Fontán Balestra expresa que será necesario analizar en el caso concreto: “Decir que un menor de 2 años de edad es un delincuente o de una niña de la misma edad que está corrompida, no parece que admita la posibilidad de consecuencias futuras, por la sencilla razón que lo dicho no es presumible ni siquiera en abstracto”⁶⁰. Por otro lado, podrá darse el caso de que pueden existir ciertos menores –por su madurez intelectual, desarrollo, edad, etcétera– que comprendan perfectamente el sentido de las ofensas inferidas y por lo tanto se sientan deshonrados.

Otras de las opiniones es la de Florian, quien expresa que ha de tenerse en cuenta la capacidad para percibir la injuria, cosa muy distinta de la capacidad penal y, para fijar un límite, trae una cita de Köhler: el monólogo está fuera de la injuria. Es decir, decirle una injuria a un niño de meses es monologar⁶¹.

Sin embargo entendemos, junto con Molinario y Aguirre Obarrio, que el menor es sujeto pasivo de la injuria. Y ello es así, porque si bien no se lesiona inmediatamente el honor del menor, las injurias que se viertan podrán atentar en su contra, habida cuenta del concepto que la gente se vaya formando de él, lo que le podrá ocasionar perjuicios cuando sea más grande⁶².

Ahora bien, el tema álgido se centra en si un menor podrá resultar agraviado por una manifestación calumniosa y si podrá querellar en consecuencia.

⁶⁰ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. IV, p. 404.

⁶¹ FLORIAN, *Ingiuria e diffamazione*, Milano, 1939, ps. 26 y ss.

⁶² MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 332.

Ramos, y en idéntico sentido Manzini, entienden que si un menor de 16 años no es punible penalmente, no será posible que se le atribuya una acción calificable como delito, descartando por cierto la calumnia en perjuicio de un menor.

Otros autores interpretan que cuando el artículo 109 reza "...que dé lugar a acción pública...", no se requiere la posibilidad efectiva del ejercicio de la acción, sino simplemente se hace referencia a los fines de indicar determinados delitos con exclusión de otros, con lo cual el menor puede ser sujeto pasivo del delito de calumnia⁶³. Soler, quien se incluye en esta última postura, indica que "no es justo exigir que el hecho imputado pueda dar lugar a una condena penal, según resulta de la interpretación dada por Ramos, que incluye a la imputabilidad como uno de los elementos esenciales del delito, pues si bien el menor de 16 años no es punible, a su respecto, y por la imputación de delitos, se pueden pronunciar medidas tutelares considerablemente gravosas, dictadas en el caso supuesto, sobre la base de falsas imputaciones delictivas. Decir que un niño de trece años cometió determinado robo, en conocimiento de la falsedad del hecho, es tan calumnia como decirselo a un mayor..."⁶⁴.

Según nuestra opinión, los menores de 16 años podrán ser calumniados, pues el menor comete hechos delictivos pero que no son punibles (art. 1º, ley 22.278) y que pueden dar lugar a disposiciones tutelares respecto de ellos. Con lo cual si el menor puede cometer delitos, es muy factible que falazmente se le atribuyan conductas delictivas que desde ya afectarán su honor tanto subjetivo como objetivo.

No obstante lo afirmado se discute si no existe un impedimento procesal para que el menor entable la correspondiente querrela criminal. El artículo 75 del Código Penal prevé que "La acción por calumnia o injuria, podría ser ejercitada sólo por el ofendido", impidiéndose de esta manera la intervención de los representantes del menor. Y el artículo 76 expresa "En los demás casos del artículo 73, se procederá

⁶³ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; ESTRELLA y GODOY LEMOS, *Código Penal. Parte especial* cit., p. 251.

⁶⁴ SOLER, ob. cit., p. 202.

únicamente por querrela o denuncia del agraviado o de sus guardadores o representantes legales”.

En base a ello, Núñez afirma que no le será posible querellar al menor, ya que el artículo 75 no menciona a los guardadores ni a los representantes.

Molinario y Aguirre Obarrio afirman que “de todos modos la solución no es clara, porque el artículo 76 no es de los mejores redactados. Así, habla de denuncia, institución que en los delitos de acción privada carece de sentido, y también de guardadores o representantes legales, que no existen en ninguna de las hipótesis del artículo 73, salvo que se piense en caso de un menor que ha heredado un fondo de comercio y se procura desviar la clientela de él”⁶⁵.

En cambio, el menor podrá interponer su acción si adquiere la mayoría de edad penal antes de la prescripción del ilícito.

De todas formas el criterio, en cuanto a la imposibilidad procesal de los menores y de sus representantes de accionar por injurias o calumnias, no es unánime. La sala III de la Cámara del Crimen sostuvo en su momento que “Si bien el artículo 75 del Código Penal establece que la acción por calumnias e injurias podrá ser ejercida por el ofendido, no existe óbice a que la madre de una menor de 15 años, ofendida en su honor, promueva querrela por injurias en representación de su hija, desde que aquella disposición tiene el sentido, no de excluir a los representantes de un incapaz, sino de consagrar el principio extraordinario de conceder la facultad de accionar al cónyuge, a los hijos, nietos o padres del injuriado, después de la muerte de éste” (Cám. Nac. Crim., sala III [Int.], Ocampo, Loumagne, Massoni [Correc. “G”, sec. 52], c. 28.013, “Cove Saes, María A.”, rta.: 27-11-90).

3. *Incapaces*

El caso de estas personas es muy similar al de los menores, no sólo pueden ser ofendidos en el sentido subjetivo en la parte sana de su personalidad psíquica, sino que puede ser atacado su honor objetivo,

⁶⁵ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 332.

afirmandose de ellos hechos falsos injuriosos o calumniosos referentes a su pasado y aun a su valor presente⁶⁶.

Molinario y Aguirre Obarrio afirman que la alienación no le quita a la persona su dignidad, de modo que no se alcanza a ver el motivo de la restricción⁶⁷.

Existe también en este caso la limitación procesal que prevé el artículo 75 del Código Penal.

4. Muertos

Los muertos no poseen personalidad, pues ya no son persona para el Derecho de modo que se le puedan reconocer atributos personales. Esto impide, en consecuencia, que pueda tutelarse su honor. En otras palabras, el honor⁶⁸ es un derecho de la personalidad y ésta se extingue con la muerte.

Otras legislaciones, si bien no consideran al difunto como titular del bien jurídico honor, contienen disposiciones especiales para castigar las ofensas cometidas contra la *memoria* del difunto. El Código Penal alemán y el italiano prevén de modo expreso esa infracción, no obstante ello la doctrina no considera al difunto como titular del bien jurídico, pues la infracción es considerada como una ofensa al honor de la familia.

En nuestra legislación positiva es necesario diferenciar tres situaciones:

- a) Puede darse el caso de que las manifestaciones deshonrosas dirigidas en contra del muerto lesionen el honor de personas vivas. Creus cita el siguiente ejemplo: "El muerto era un ser venenoso que únicamente pudo dar vida a una raza de víboras"⁶⁹. Este caso no plantea dudas, porque en realidad lo que se ofende es el honor de personas vivas y no de los difuntos.
- b) La ofensa hecha a una persona viva que posteriormente fallece, habiendo iniciado la acción contra el sujeto activo. Este su-

⁶⁶ LISZT y SCHMIDT, cit. por SOLER, ob. cit. p. 215.

⁶⁷ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 333, y RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 613.

⁶⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 613.

⁶⁹ CREUS, *Derecho Penal* cit., t. 1.

puesto tampoco presenta dudas porque, en realidad, se trata de un ataque al honor de una persona viva. En este caso entra en juego la norma del artículo 75 del Código Penal que establece quiénes podrán continuar la acción penal después de la muerte del ofendido (cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes). Asimismo, podrá plantearse el supuesto de que la ofensa haya sido en vida del sujeto pasivo, el que luego fallece sin haber entablado la correspondiente querrela criminal. También es de aplicación la norma prevista en el artículo 75 del Código Penal, que prosperará en tanto y en cuanto la acción no se encuentre prescripta.

- c) Las ofensas dirigidas directamente contra los muertos, cuestión que como ya se explicó no se encuentra tutelada por nuestro ordenamiento positivo.

El Proyecto Soler de 1960, artículo 48, concedía directamente la acción al cónyuge, hijos, padres, nietos y hermanos del muerto por ofensas a la memoria de éste.

La Cámara Criminal y Correccional de la Capital, en fallo plenario, *in re* "Romay, Alejandro y otros", cerró el tema cuando declaró que "las personas mencionadas en el artículo 75 del Código Penal no tiene acción para querrellar por las ofensas proferidas a la memoria del pariente o cónyuge después de su muerte"⁷⁰ (19-12-72, L. L. 149-230).

5. *Personas colectivas*

El problema que se plantea en este tema consiste en si las personas jurídicas son titulares del bien jurídico honor.

Una de las teorías considera que el bien jurídico honor no puede tener más depositario que el hombre, de tal modo la asociación misma no puede ser objeto de ofensas al honor, salvo cuando el hecho trascienda a los individuos que la constituyen.

Otro grupo de autores considera que las personas colectivas detentan un honor en sentido objetivo, el cual puede ser lesionado.

La cuestión legislativa no ha resultado demasiado clara y por cierto no terminó con el problema. Fue el Proyecto de 1906 el que trató la

⁷⁰ L. L. 149-230.

cuestión por vez primera, cuyo artículo 112 rezaba lo siguiente: “El que atribuyere, directa o indirectamente, a una persona o a una corporación, sociedad o institución, un hecho que pueda perjudicar el honor o la reputación de la primera o el de las personas que constituyen o representen a las últimas...” No está de más aclarar que lo protegido por esta disposición era el honor de las personas físicas integrantes de los entes ideales y no la persona jurídica en sí.

Por su parte, el Proyecto de 1917 que se inspiró directamente en el Proyecto de 1891 (art. 145) y que determinó nuestro Código Penal, no consideró directamente el tema de las personas jurídicas, sino que se limitó a agregar, en lo relacionado a la retractación, el término “asociación”, sin ninguna explicación en particular. Con lo cual surgía el interrogante de si se aceptaba a la asociación como sujeto pasivo o si el agregado sólo tenía el sentido otorgado por el Proyecto de 1906.

Sólo durante la vigencia de los decretos-leyes 17.567 y 21.338 existió una norma expresa referente a las personas colectivas. Así, el artículo 112 del Código Penal incorporado por el decreto-ley 17.567 que procede del artículo 151 del Proyecto de Reforma al Código Penal del año 1960 establecía lo siguiente: “El que propalare hechos falsos concernientes a una persona colectiva o a sus autoridades, que puedan dañar gravemente el buen nombre, la confianza del público, o el crédito de que gozara, será reprimido con prisión de dos meses a dos años. Esta acción puede ser promovida por las autoridades representativas de la persona”.

Esta norma fue derogada en el año 1973, recobrando vigencia en el año 1976, siendo nuevamente derogada en 1984 por la ley 23.077, que restableció el Código original de 1921 que no contempla expresamente las ofensas a personas jurídicas, excepto por la única referencia contenida en el artículo 117 del Código Penal.

De tal modo, la discusión doctrinaria ha cobrado plena vigencia y por tal motivo repasaremos las opiniones más destacadas.

En el primer grupo de autores, los que consideran que las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor, encontramos a Ramos, Moreno, Fontán Balestra, Núñez, Molinario, entre otros. Por su parte Soler, Gómez y Malagarriga sostienen la tesitura contraria.

Moreno, basándose en el artículo 117, entiende que se puede que-
rellar por imputaciones hechas no sólo a los particulares sino a las
asociaciones. Como el Código no distingue, podría hacerse uso del
derecho por toda asociación, tanto las que tengan personería jurídica
como aquellas que carezcan de tal requisito (ver distinción entre ca-
lumnia e injuria). Fontán Balestra indica en su obra que si bien las
personas jurídicas colectivas no pueden delinquir, porque no resulta
imaginable su culpabilidad, la innegable existencia en ellas de un pa-
trimonio propio parece razón suficiente para considerarlas posibles
sujetos pasivos, puesto que son titulares de bienes jurídicos.

Núñez hace un distingo: el caso de los entes colectivos que poseen
una personalidad legalmente reconocida y el de los entes que no la
tienen pero que actúan o se presentan como conjunto o colectividad.
Agrega que ambas especies de entes colectivos son susceptibles de
presentar, como grupo o colectividad, rasgos y atributos apreciables
ética o profesionalmente, aptos para constituir el bien atacable por los
delitos contra el honor. Pero al derecho no se le impone de por sí
esta personalidad real de los entes colectivos, sino que, para regularla
y protegerla, sólo la admite en los límites de su reconocimiento como
persona del ente que la posee. De tal modo, sólo se puede reconocer
como bien protegible penalmente un honor de tales entes⁷¹.

Gómez y Malagarriga afirman que sólo las personas físicas son
las directas depositarias del honor, negando tal posibilidad a las per-
sonas jurídicas. Soler, por su parte, reconoce la capacidad de las per-
sonas jurídicas para ser sujetos pasivos del delito, pero sólo en el caso
de injuria y negada en los casos de calumnias, en los cuales se aplica
la tesis de que la ofensa recae sobre los individuos. Pero este autor
concluye que esta distinción es necesaria pero no está autorizada por
la ley y por ello cree más sencillo entender que en ambos casos sólo
los individuos son los sujetos pasivos de los delitos contra el honor⁷².

Por último, resulta interesante la opinión brindada por Fellini⁷³
desde la idea del llamado honor (honor social), en donde se entiende
que el Derecho Penal protege bienes jurídicos, con el objeto de que

⁷¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 31.

⁷² SOLER, ob. cit., t. III, p. 205; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 187.

⁷³ FELLINI, ob. cit., ps. 280 y ss.

los sujetos que integran una sociedad sientan garantizada su posibilidad de interactuar y comunicarse socialmente sin ningún tipo de obstáculos. Desde este punto de vista considera la autora que la víctima del delito contra el honor puede ser una persona jurídica ya que es posible causarle perjuicio, descrédito o deshonra.

La jurisprudencia ha oscilado en el tema:

Con la derogación del artículo 112 del Código Penal por la ley 23.077, se eliminó la posibilidad de considerar a las personas jurídicas, sujetos pasivos de los delitos contra el honor.

Cám. Nac. Crim., sala V (Catucci, Madueño, Vila), c. 24.402, "Ilvento, J. G.", rta.: 10-11-89

El artículo 112 del Código Penal en su actual redacción no sanciona la propalación de hechos que deshonran a personas colectivas; corolario de ello resulta que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos del delito de injurias, pues aun reconociéndoles un honor objetivo no pueden verse ofendidas porque la imputación afecta directa o inmediatamente sólo a sus miembros.

Cám. Nac. Crim., sala II (Giudice Bravo, Ragucci, Vázquez Acuña), c. 40.519, "Fernández, Jorge", rta.: 20-2-92

Pero contrariamente se ha sostenido por otros tribunales que:

Las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos del delito de calumnias e injurias, pues aun cuando el accionar del procesado se dirigió a la persona colectiva, no quita que la misma pueda llegar a afectar el honor de sus integrantes, máxime si lo que se imputa es una estafa, ya que la misma sólo puede ser cometida por los integrantes de la persona ideal (disidencia del Dr. Donna).

Cám. Nac. Crim., sala III (Loumagne, Ocampo, Donna), rta.: 15-4-92

La falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública formulada contra una asociación no configura calumnia, porque las sociedades no pueden delinquir, pero sí en cambio constituye injuria, ya que los entes colectivos tienen aptitud para poseer un nombre, una reputación y un crédito, componentes del honor objetivo que

la ley tutela como se desprende indirectamente del artículo 117 del Código Penal. Asimismo lo que es injuria para el ente colectivo por la limitación antes señalada, puede ser calumnia para la persona física, sin que el respectivo encuadre signifique la escisión de una conducta única.

Cám. Nac. Crim., sala VII, rta.: 1-8-85

Por nuestra parte consideramos que este último criterio es el correcto, ya que una persona jurídica puede ser desacreditada o difamada, es decir, afectada en su honor objetivo a través de una injuria. Diferente es la situación de la calumnia, donde es cierto que no puede imputarse a una persona jurídica un hecho delictivo de acción pública, por la sencilla razón de que quienes cometen delitos son las personas físicas integrantes de las mismas.

No es necesario, según nuestro criterio, forzar el poco feliz artículo 117 para reconocer la tutela a las personas jurídicas, sino que es el propio artículo 110 del Código Penal el que protege a los entes ideales cuando pune el “des crédito y la deshonra”. Desde ya, sería de buena práctica legislativa agregar un tipo penal —como lo hacía el antiguo artículo 112— que especifique que las asociaciones son sujetos pasivos del delito y qué integrante de la misma se encuentra facultado para accionar penalmente.

En síntesis, una expresión desacreditante puede constituir una injuria tanto para la persona ideal como para los miembros de la misma, y una imputación calumniosa puede resultar una injuria para el ente social pero una calumnia para sus integrantes individuales.

III. Delitos contra el honor

Ya hemos dado la clasificación doctrinaria entre el honor subjetivo y objetivo, recordando que sobre ella desarrollaremos el análisis de la ley. En principio, el honor objetivo se ofende mediante la difamación, que es un término que no se encuentra expresamente en la ley —como también lo son la contumelia y el libelo famoso⁷⁴—. La difamación es la expresión ofensiva o la imputación deshonrosa que se profiere es-

⁷⁴ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 336.

tando la persona ausente, según la legislación italiana. En cambio la contumelia es la ofensa de la persona estando presente la víctima⁷⁵.

El descrédito, en suma, es la ofensa ante terceros perjudicando por ello la fama de la víctima, en tanto que el honor subjetivo se ofende mediante el ultraje, la deshonra personal.

Las dos figuras de nuestro Código no se corresponden con la división prescripta, pues ambas admiten en forma indistinta tanto la ofensa difamatoria como el ultraje personal (*contumelia*) y no se requiere la trascendencia de la ofensa a terceros para tipificar la conducta. A pesar de que la ofensa al honor subjetivo no está condicionada a lo que los terceros piensan y que es imposible vulnerar el honor objetivo sin la trascendencia de la ofensa, en nuestra legislación las figuras no se diferencian en la forma pública o privada de realizarlas.

La tipificación del delito de injuria y de calumnia es independiente de la fama y el descrédito que se obtiene a través de éstos, pero debe existir como mínimo una herida al sentimiento subjetivo, un dolor moral. Cierra esta conclusión lo prescripto por el artículo 113 del Código Penal al designar autor de injurias o calumnias al que publicare o reprodujere por cualquier medio, injurias y calumnias inferidas por otro, dejando indirectamente aclarado que existe una ofensa anterior a la publicación, que puede ser efectuada por medio de las dos figuras señaladas y que no es necesario que ésta sea comunicada a terceros.

IV. La calumnia

Artículo 109 – La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

1. Concepto

El artículo 109 del Código Penal reprime con prisión de uno a tres años “la calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública”. Para decirlo en palabras sencillas, la esencia de la calumnia es la falsa imputación de un delito⁷⁶.

⁷⁵ Ídem nota anterior.

⁷⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 618.

Se reconoce este delito como una injuria calificada por la conducta ofensiva, radicando la mayor punibilidad del autor en la afectación al honor y en el peligro que corre la víctima frente a la posibilidad de ser investigada penalmente por el delito que se le atribuye falsamente.

2. *El tipo objetivo. La acción punible*

a) *Imputación de un delito*

La acción consiste en atribuirle a otro la comisión de un hecho delictivo. Esta atribución debe tratarse de un hecho concreto (lugar, tiempo y espacio) y debe recaer sobre persona determinada. Es indistinto que se impute el delito a título de autor, cómplice o encubridor.

Lo que se imputa debe ser un delito, entendido como cualquier hecho subsumible en las figuras penales previstas en el Código Penal y leyes penales especiales, con lo cual queda fuera de la calumnia la falsa atribución de una falta administrativa. No importa el *nomen iuris* o la calificación jurídica que invoca el autor del hecho, sino el llamado contenido fáctico de la imputación y por lo tanto lo que importa es que los hechos atribuidos al ofendido permitan al Tribunal valorarlos como constitutivos de delitos⁷⁷. Por ello se exige que la imputación sea circunstanciada, que tenga datos precisos, con el fin de individualizar el hecho en el tiempo y en el espacio⁷⁸.

También se exige que la imputación se dirija contra una persona determinada o determinable, concreta e inconfundible, de indudable identificación⁷⁹. Por lo tanto debe contarse a los inimputables, pues ellos pueden cometer delitos, aunque no sean culpables. No entran en cambio las personas jurídicas, ya que éstas no pueden cometer delitos⁸⁰.

Se incluyen también los delitos contenidos en el Código de Justicia Militar, sin embargo Núñez restringe el ámbito de estos últimos a los delitos penales comunes contenidos dentro del citado cuerpo legal, aunque la opinión mayoritaria parece inclinarse por la postura amplia.

Por tal motivo, la imputación de una conducta criminal, por ejem-

⁷⁷ Ídem nota anterior.

⁷⁸ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 338.

⁷⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 619.

⁸⁰ Ídem nota anterior.

plo “X es un ladrón” sin especificaciones de tiempo, modo y lugar, quedan fuera de la calumnia y son abarcados por la injuria.

b) *Los delitos prescriptos y justificados*

Existen, además, casos particulares que se discuten en doctrina; ellos son la imputación calumniosa de un delito prescripto y de un delito justificado.

En cuanto al primer caso, algunos autores entienden que la imputación de un delito prescripto es calumnia, toda vez que cuando el artículo menciona “que dé lugar a acción pública” se refiere a la diferenciación de las acciones, esto es, a la procedencia en abstracto y no a la posibilidad concreta de ejercitar la acción, con lo cual aunque ésta se encuentre prescripta esa imputación es calumniosa (González Roura, entre otros)⁸¹. Otros doctrinarios consideran que la prescripción extingue la acción penal (art. 59, inc. 3º, Cód. Pen.), con lo cual la imputación de un delito prescripto nunca podrá dar lugar a una acción y consecuentemente nunca será calumnia (Gómez, Jofre y Moreno)⁸². Esta posición la resumen Molinario y Aguirre Obarrio de la siguiente manera: La palabra delito está puesta en la ley de manera concreta, y de ahí la exigencia de que sea la acusación circunstanciada y que realmente, dé lugar a una acción pública. Por ende cuando la acción está prescripta el hecho como tal no puede ser debatido en juicio, y por lo tanto la sociedad no está interesada en él⁸³.

En el caso de estas imputaciones que no quedan subsumidas en el tipo penal del artículo 109, residualmente podrán constituir injurias (art. 110), pues existe entre ambas figuras una relación de género a especie.

Respecto a la falsa atribución de un delito justificado (“X mató en legítima defensa”), la opinión dominante se inclina por considerarla calumniosa. Creus entiende que cuando la ley se refiere a “delito”, lo hace respecto al hecho regulado típicamente como tal y no al injusto

⁸¹ GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal* cit., t. III, p. 58.

⁸² GÓMEZ, E., *Tratado de Derecho Penal*, t. II, p. 321; JOFRE, T., *El Código Penal de 1922*, p. 209; MORENO, R., *El Código Penal y sus antecedentes*, t. IV, p. 156.

⁸³ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 343.

completo con todos sus elementos. Ello en consideración a que el honor puede verse afectado también con atribuciones falsas de un delito aunque se lo mencione como justificado⁸⁴.

c) *El caso de las excusas absolutorias*

Otro problema se plantea en los casos de los delitos en los cuales la persona esté amparada por una excusa absolutoria. Aguirre Obarrio, criticando un fallo de la Cámara del Crimen de la Capital, afirma que al no ser la pena un elemento integrante del delito, su imputación constituye el delito de calumnia⁸⁵.

d) *Imputación de un delito que dé lugar a acción pública y delitos de instancia privada*

Es calumnia la falsa atribución de un delito de acción pública (art. 71, Cód. Proc.), y no lo es la falsa atribución de un delito de acción privada (art. 73, Cód. Pen.) aunque sí podría constituir el delito de injuria. Por lo tanto decirle a una mujer adúltera, imputándole tal delito, no podrá ser nunca una calumnia⁸⁶.

La discusión radica en los delitos dependientes de instancia privada (art. 72, párrafo primero), aunque partiendo de la base de que esta clase de delitos son de acción pública, supeditados a la instancia privada. El problema surge ya que si el ofensor (imputado) puede probar la veracidad de sus dichos (por ejemplo, acreditar que el ofendido sea efectivamente un violador), esta prueba desconocería la razón de ser de las limitaciones establecidas en el artículo 72 del Código Penal y con la vulneración del secreto se estaría poniendo legalmente en manos de un tercero extraño la acción, que es lo que la ley no quiere.

Dos posturas se han delineado sobre este punto: para Gómez es calumnia si se ha entablado la acción del delito dependiente de instancia privada, pues el proceso se ha tornado público. Lo único que se exige es que al momento de realizarse la prueba en la causa por calumnias, ya se haya entablado la acción del otro delito⁸⁷. Para Núñez, por ejem-

⁸⁴ CREUS, ob. cit.

⁸⁵ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 346.

⁸⁶ Ídem nota anterior, p. 340.

⁸⁷ GÓMEZ, *Tratado...* cit., t. II, N° 497.

plo, este supuesto siempre es injuria y no calumnia, aun en los actos en que no se haya instado la acción⁸⁸.

La opinión acertada es aquella que considera calumniosa la imputación de un delito dependiente de instancia privada “siempre que se haya instado la acción”. Pues ocurrido ello, al ser la acción de carácter público queda removido el obstáculo procesal ya que la propia parte, en favor de la cual existe el beneficio, ha decidido ventilar el hecho delictivo en un proceso penal. Aguirre Obarrio afirma que una de las razones es la frase que dice “que dé lugar a la acción pública”, y ello es así porque el dar lugar a la acción pública, recién es cuando se ha instado la acción. La segunda razón –y ésta es de fondo– es que en el delito de calumnia el acusado pueda defenderse de la imputación, cosa que no podrá realizar si no se ha instado la acción ya que sólo el particular damnificado puede hacerlo; lo contrario sería desnaturalizar una de las dos instituciones⁸⁹.

Por último, surge el interrogante de si es calumnia sólo la imputación de un delito doloso, o lo es también la falsa atribución de un hecho culposo o preterintencional.

La anterior redacción (decreto-ley 21.338) hacía expresa mención a delitos dolosos, pero el actual artículo 109 no hace distinción. Con lo cual es dable entender que el legislador no ha querido dejar fuera a las imputaciones culposas o preterintencionales.

e) *Falsedad de la imputación*

La esencia de la calumnia es que la imputación sea falsa⁹⁰, y debe serlo tanto objetiva como subjetivamente. Es decir, el delito no debe haber ocurrido o debe haber acaecido en las distintas condiciones a las relatadas por el ofensor o bien sin la participación del sujeto a quien se ofende.

3. *El tipo subjetivo*

En el aspecto subjetivo el agente debe conocer esa falsedad y

⁸⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 130/131.

⁸⁹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., ps. 341/342.

⁹⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 618.

querer manifestarla. En consecuencia se exige el dolo del autor, conocer que está imputando una falsedad. Este conocimiento de la falsedad lleva a que sólo pueda admitirse el dolo directo⁹¹.

El supuesto de que el agente crea erróneamente que ha existido, y lo manifiesta en consecuencia, es un caso de error de tipo.

Puede ocurrir también que el sujeto emita la falsa manifestación calumniosa para salvaguardar un “interés público actual”, que a la sazón no resulta tal, que podría resolverse por la vía del error de prohibición.

4. Consumación y tentativa

Es un delito formal que se consuma cuando la falsa imputación ofensiva llega a conocimiento de un tercero, aunque la víctima no esté enterada. Hay autores que admiten la tentativa en los casos de existir una secuencia de actos ejecutivos que pueden interrumpirse antes de alcanzar la consumación en alguna de las formas que dejamos expuestas (ej.: la falsa atribución a través de una carta cuyo curso se interrumpe)⁹².

5. La prueba de la verdad

Resulta de absoluta aplicación la *exceptio veritatis* –prueba de la verdad– en el ámbito de este delito, toda vez que se privilegia el interés social (averiguación acerca del delito imputado) sobre el interés particular (honor del ofendido); con ello se refuerza la idea de que la falsedad objetiva de la imputación es elemento típico de la calumnia. La carga de la prueba incumbe a quien ha formulado la acusación, sin perjuicio de que pueda beneficiarse con el descubrimiento de la verdad por parte de la policía o del Ministerio Público.

La prueba de la verdad de la imputación se sustancia en el proceso de calumnias, pero si la imputación da lugar a un proceso, se paraliza momentáneamente el primer juicio hasta que exista resolución en el otro.

Ahora bien, si en el juicio promovido por el delito imputado resulta

⁹¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 620; CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra el honor*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Curso de Derecho Penal. Parte especial*, t. I, p. 480.

⁹² RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 620.

una condena, devendrá irremediabilmente la absoluci3n del querrellado y no ser1 necesaria la reproducci3n de la prueba. Pero si en el caso contrario se dicta una absoluci3n, no ser1 necesaria esta prueba en el proceso por calumnias, pero s1 podr1 producirse otro tipo de prueba, por ejemplo el error de tipo en el que se encontr3 incurso el imputado.

La prueba de la verdad lleva a la exclusi3n de la tipicidad.

V. La injuria

Art1culo 110 – El que deshonnare o desacreditare a otro, ser1 reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos o prisi3n de un mes a un a1o.

1. Concepto

El art1culo 110 del C3digo Penal reprime con prisi3n de un mes a un a1o o multa al que “deshonnare o desacreditare a otro”. Se puede decir que es la irreverencia y el menosprecio dirigidos a la dignidad o el prestigio de la v1ctima⁹³. La norma abarca, a nuestro juicio, la declaraci3n de un juicio ofensivo tanto frente al afectado como frente a un tercero⁹⁴.

2. Tipo objetivo. Acciones t1picas

a) *Deshonnar*

La palabra deshonnar significa quitar a una persona la honra, injuriar, escarnecer y despreciar a alguien con ademanes y actos ofensivos. Siguiendo con esta idea, la honra es la estima y el respeto a la dignidad propia; la buena opini3n y la fama que ha sido adquirida por la virtud y el m3rito. En cambio desacreditar implica disminuir o quitar la reputaci3n de una persona, esto es hacerle perder el cr3dito, la confianza de que goza en base a su profesi3n, cualidades, etc3tera⁹⁵.

⁹³ RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II, 1989, ps. 185-1.

⁹⁴ JAEN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresi3n y delitos contra el honor*, Colex, 1992, p. 187.

⁹⁵ Los argumentos son de Aguirre Obarrio, a quien recurrimos nuevamente para poder analizar el texto legal (ob. cit., p. 349).

En base a lo expuesto, la ley prevé dos tipos penales: la injuria o la contumelia y la difamación⁹⁶.

Por lo tanto, se deshonra (contumelia) cuando se ofende la honra de la persona, es decir, su honor subjetivo, por medio de imputaciones agraviantes que violan el respeto debido a aquélla en su carácter de tal y que son dirigidas al mismo sujeto pasivo. La deshonra debe ser dirigida al ofendido personalmente, por cualquier medio. Con razón afirma Aguirre Obarrío que el bien jurídico es el sentimiento de dignidad de la persona, y no la propia estima. De ahí que se trate de un delito de lesión y por ende se consuma en el momento en que la persona ofendida la recibe⁹⁷.

b) *Desacreditar*

Se desacredita, en cambio, cuando se vierten imputaciones ofensivas ante terceros que pueden menoscabar la reputación (crédito) de que goza, como persona, el sujeto pasivo ante ellos. Esta última forma se llama difamación y requiere la trascendencia de la imputación a terceros, con lo cual es indiferente la ausencia o presencia del ofendido. Lo lesionable en este caso es el honor objetivo, el que se sustenta en el juicio que los terceros puedan tener sobre la personalidad ajena.

Es pues la afirmación o difusión, por el autor, de un hecho injurioso para una persona. De modo que lo que se intenta no es sólo impedir que el autor manifieste su menosprecio frente a la víctima, sino además que ponga a disposición de terceros los elementos necesarios para el menosprecio de la víctima y de esa manera ponga en peligro, de forma intensiva, la posibilidad de vivir una vida acorde a su propio prestigio⁹⁸.

Con lo cual la figura es de peligro para el honor objetivo y se consuma cuando llega a terceros. Y éste debe ser el contenido del dolo, como se verá más adelante.

⁹⁶ SOLER, cit. por MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 349.

⁹⁷ AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 350.

⁹⁸ SCHONKE, SCHRÖEDER y LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 22ª ed., 1985, § 186, 1.

3. *Modos de acción*

Las expresiones injuriantes pueden manifestarse verbalmente, por escrito o simbólicamente (abofetear al ofendido, empujarlo, besarle a la esposa con contenido ofensivo, dando a entender que es una persona liviana). Pero en todos estos casos la conducta del agente tiene que reunir la doble calidad de ser objetivamente injuriosa y de que subjetivamente se la realice por tener ese carácter. Lo primero se da cuando la conducta tiene un significado ofensivo para el honor según las pautas sociales vigentes para el momento dado. Lo segundo, cuando la conducta sea asumida por el autor como ofensa, sea por la univocidad de su significado como tal, o porque el modo como se la adopta revela que lo hace con esa significación y no con otra que pueda tener. Esta subjetividad hace que se conviertan determinadas actitudes del agente que tal vez podrían tener otra significación. Por ejemplo, llamar delincuente a quien verdaderamente lo es, o fea a quien lo es.

4. *Carácter imputativo de la injuria*

La injuria, dice Núñez, es siempre una conducta significativa de desmedro para las calidades estructurantes de la personalidad, por ende deben estar dadas por imputaciones de calidades, costumbres o conductas susceptibles de ser apreciadas como peyorativas para la personalidad del ofendido⁹⁹. Por lo tanto para este autor el menosprecio no integraría el tipo penal de la injuria. Sin embargo, no se alcanza a ver, más allá del argumento por el cual se recurre al desacato, ahora derogado, el fundamento que avale la citada posición. Por lo tanto el menosprecio a una persona, tal como negarle el saludo en público, puede ser constitutivo del delito de injuria si se hace con ese fin.

5. *Consumación*

Es un delito formal que se consuma en la realización de la conducta deshonorante o desacreditante, aunque el ofendido no se haya sentido deshonrado. Lo que sí se requiere es que el descrédito haya llegado a oído de terceros: el ofendido u otra persona. En el caso de la deshonra,

⁹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 58.

es suficiente que llegue a conocimiento del ofendido. Sin embargo Soler afirma que la injuria, como forma de deshonra, es un delito que requiere que produzca un sentimiento penoso en la víctima¹⁰⁰. El argumento en contra de Núñez no parece convincente, habida cuenta de que, en este supuesto, la prueba de que efectivamente dañó a la víctima no hace a la estructura del tipo penal de la injuria sino se refiere a la prueba del hecho, que es otra cosa y bien distinta.

En la injuria que se realiza por carta a un tercero no hay duda de que si bien no se dará la deshonra, sí estará presente el descrédito, que también es abarcado por el artículo 110¹⁰¹.

En cuanto a las injurias cometidas por la prensa, se consuman con el conocimiento obtenido en el acto de la impresión y no con el acto de la publicidad, como afirma Núñez¹⁰².

En cuanto a la palabra hablada o en televisión, el delito se consuma en el momento en que se emite la palabra y sea escuchada por un tercero o por la persona ofendida¹⁰³.

6. *Tentativa*

Se ha admitido tentativa en los casos en que se dan actos ejecutivos injuriantes que no lleguen a trascendencia de terceros o del ofendido. Algunos sólo las admiten en los casos por escrito, otros también en casos verbales, como ocurriría en las conversaciones telefónicas con interferencia. Y tanto es así que la consumación se dará cuando la ofensa llegue a la persona ofendida o a un tercero. Por este motivo no es necesaria la publicidad, que, como es obvio, no es un elemento del tipo penal, dada las dos formas de la injuria¹⁰⁴. Los supuestos que trae Núñez son claros ejemplos de tentativa, tales como si el autor de la injuria no la escucha, o no la oye porque hay una pared que lo impide¹⁰⁵.

¹⁰⁰ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., § 92, II y III.

¹⁰¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 77.

¹⁰² NÚÑEZ, ob. cit., p. 78.

¹⁰³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 79.

¹⁰⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 75.

¹⁰⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 80.

7. *Consentimiento*

El honor es un bien renunciable, según el común sentir de la doctrina, por lo cual el consentimiento expresado expresa o tácitamente (no el presunto) elimina el carácter delictuoso de la injuria. Por este motivo rigen todos los extremos del consentimiento, esto es, que debe ser hecha con todos los requisitos que hemos exigido en otra oportunidad¹⁰⁶.

De todas formas el consentimiento tiene efecto en el sentido de que al ser un delito de acción privada, el ofendido no iniciará querrela (art. 73, inc. 2º, Cód. Pen.). Una vez iniciada, y de acuerdo al artículo 59, inciso 4º del Código Penal, extingue la acción penal.

8. *Tipo subjetivo*

El delito de injuria exige en el tipo subjetivo el dolo, ya sea directo de primero y segundo grado, como el dolo eventual, toda vez que el dolo de la injuria es compatible incluso con la duda del autor sobre el alcance desdoroso de la imputación. De allí que la jurisprudencia haya afirmado que el tipo de injuria se satisface con el dolo directo, indirecto o eventual, bastando que el sujeto activo tenga conciencia de que lo que dice es capaz de ofender la honra o el crédito ajeno o admitir la probabilidad de que su conducta tenga esa capacidad y pese a ello quiera manifestarlo¹⁰⁷.

El dolo debe referirse al contenido injurioso de la declaración, así como a que la víctima o un tercero entiendan el contenido ofensivo de ella. Por lo tanto el dolo debe comprender el significado de la declaración como manifestación de la irreverencia, del menosprecio o de la imputación, y su percepción por el destinatario¹⁰⁸.

No se requiere, por lo tanto, ningún tipo de elemento subjetivo del tipo, tal como se analizará, bastando que el autor sepa que con su acción o expresión va a lesionar el honor ajeno y decida voluntariamente realizarla¹⁰⁹.

¹⁰⁶ DONNA, *Teoría del delito y de la pena...* cit., t. 2, § 59, p. 173.

¹⁰⁷ Cám. Civ. y Com., sala III, c. 39.677, "Mejías, María", 15-4-92, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1992, N° 2.

¹⁰⁸ RUDOLPHI, ob. cit., par. 185.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 626.

9. *La doctrina de los ánimos*

Parte de la doctrina nacional había aceptado la teoría de los ánimos que venía a especificar al dolo, ya que se agregaba al confuso concepto de dolo que se tenía un elemento subjetivo del tipo¹¹⁰.

Este *animus* especial había sido visto como un propósito ofensivo, de manera que su ausencia llevaba a que no existiera el elemento subjetivo básico del delito de injuria. Se diferenciaban los *animus*: *animus consulendi, corrigendi, defendendi, iocandi, narrandi, retorquendi*, etcétera.

Es éste un claro ejemplo de la falta de un concepto de dolo, habida cuenta de que no tenemos duda de que todo dolo es específico, de manera que lo que se decía sobre los *animus* no era otra cosa que complementar un concepto de dolo que para las teorías causales era, como se sabe, absolutamente incompleto.

Con sagacidad, Aguirre Obarrio ha sostenido que “lo mejor que puede hacerse es dejar de lado estas antiguas denominaciones que, mal manejadas, conducen a la impunidad de injurias alevosas”¹¹¹.

10. *La prueba de la verdad de la injuria (art. 111, Cód. Pen.)*

El artículo citado afirma que el acusado de injurias sólo podrá probar la verdad de la imputación en los casos siguientes:

- 1) Si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual;
- 2) si el hecho atribuido a una persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal;
- 3) si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

Como hemos analizado, en el tipo de *calumnia* no se encuentra limitada la prueba de la verdad, pues si la expresión calumniosa es

¹¹⁰ NÚÑEZ, *Los elementos subjetivos del tipo*, § VIII, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. III, ps. 854 y 855.

¹¹¹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, *ob. cit.*, p. 352.

verdadera es atípica, debido a que la falsedad del hecho es un elemento del tipo. En la *injuria* —ésta es una diferencia básica con la calumnia— la falsedad de la imputación es, en principio, irrelevante, de modo que la prueba de la verdad sólo es permitida en casos excepcionales, enumerados taxativamente por la ley (art. 111 del Cód. Pen.).

El motivo por el cual el Código Penal no admite la prueba de la verdad en la injuria se debe a distintas razones. Una de ellas es la idea de que en la injuria se ha imputado un vicio o un defecto, que por estar en la esfera individual no tiene importancia para la comunidad¹¹². Núñez afirma que permitir la prueba de la verdad en todos los casos sería llevar las investigaciones de la justicia a extremos tales que invadirían los dominios de la moral y de la libertad de la conducta del individuo en todo lo que no ofende ni pone en peligro derecho ajeno¹¹³.

Sin embargo, la admisión de la prueba de la verdad, como regla general, es permitida por otros Derechos como en Austria y Suiza. En España ha sido también limitada, pero fue severamente criticada por los autores, que afirman que el mantenimiento de una regulación que limite su ejercicio es un grave error, se la ha tratado como una institución arcaica¹¹⁴.

De todas formas, sólo se podría aceptar el límite que ha fijado el Código Penal, si se admitiera un concepto de honra absolutamente fáctico, que tuviera como base la llamada honra aparente¹¹⁵.

El imputado tiene la posibilidad de probar la verdad de la imputación sólo en los tres casos enumerados en el artículo 111 del Código Penal y de resultar favorable la misma se lo exime de responsabilidad, por ser una causal de justificación. Si el hecho en cuestión no encuadra en ninguno de estos incisos, no tendrá posibilidades de demostrar la veracidad de sus imputaciones. No le está prohibido a la víctima probar la falsedad de la imputación que ha padecido.

En síntesis, se puede afirmar que el fundamento de esta diferen-

¹¹² Ídem nota anterior, p. 358.

¹¹³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 98.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 630.

¹¹⁵ Ídem nota anterior.

ciación es la trascendencia que tiene la calumnia en la esfera pública y la necesidad social de probar la existencia o no de un delito; en la injuria no existe dicha trascendencia, su repercusión transcurre en la esfera privada y no hay afección a nivel público.

La regla, en síntesis, para el delito de injuria, es la inadmisibilidad de la prueba de la verdad de la injuria¹¹⁶.

Los casos de la prueba de la verdad que nunca pueden realizarse de oficio son los siguientes.

a) *Interés público actual*

Para entender este caso alcanza con remitirse al fundamento de la diferenciación de las dos figuras en el tema en cuestión, la base de la distinción es el margen del perjuicio que ocasiona la expresión.

Hay que comprender cómo varía el caso cuando el Estado o la sociedad se sientan agraviados; si ello deriva de una calumnia se aplican los principios generales descriptos; si el agravio proviene de una injuria estamos dentro de una de las enumeraciones taxativas del Código y el imputado puede probar que su intención fue proteger ese interés público.

La ley en este caso otorga una herramienta al imputado, cual es la prueba de la verdad de su imputación, si existe un legítimo interés público. Público no significa que afecte a muchas personas, sino que concierne al gobierno y a la administración y el interés debe ser actual, debe estar vigente¹¹⁷. Desde otra perspectiva, por interés público se entiende lo que es de utilidad para todo el pueblo, o dicho en palabras de la Cámara del Crimen de la Capital, el interés de la sociedad política formada por todos los ciudadanos¹¹⁸. Pero debe tenerse en cuenta que debe ser necesario o conveniente para toda la sociedad y no para un grupo determinado. Por lo tanto, se incluye en este punto todo lo que tiene que ver con los funcionarios públicos, con la seguridad, el orden, la prosperidad, la higiene comunes, de modo que tenga interés toda la sociedad en su conjunto¹¹⁹.

¹¹⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 99.

¹¹⁷ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 358.

¹¹⁸ Cám. Civ. y Com., 23-4-29, J. A. 29-529, cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 529.

¹¹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 102.

Asimismo, debe darse la cualidad objetiva del “interés público actual”, lo que significa que debe ser del presente y no del pasado.

Será necesario que el autor haya querido defender un interés de tales características, es decir, como en toda causa de justificación será necesario que se encuentren presentes tanto el elemento objetivo como el subjetivo. Pero no alcanza el propósito del autor, sino que se exige la realidad del interés. Así la Suprema Corte de Tucumán ha dicho que “quien invoca la causal del artículo 111, inciso 1º, debe demostrar su propósito de defender el interés público, evidenciando los medios adecuados propuestos al efecto, y sólo ha de admitirse que concurre ese extremo cuando ese propósito se acompaña de esos medios ordenados a ese fin”¹²⁰.

b) *Si el hecho atribuido a la persona ofendida
hubiere dado lugar a un proceso penal*

La mayoría de la doctrina ha criticado el inciso en cuestión. Además se le han asignado distintos contenidos.

La admisión de la prueba de la verdad, en este caso, se admite habida cuenta de que frente al proceso que se ha producido, a raíz del mismo hecho injurioso imputado por el ofensor al ofendido, que busca establecer su verdad, no tiene sentido la garantía de reserva que está ínsita en el delito de injuria¹²¹.

La eximente no se funda, según Núñez, en una causa de justificación, sino en la razón de que el derecho no puede ser contradictorio en sí mismo. En cambio Soler afirma que el inciso está de más, habida cuenta de que no se ve el interés que pueda haber en la existencia de dos juicios en los cuales se produce la misma prueba. Si se llegó a la absolución, nada se podrá hacer en el juicio de injuria, y si fue condenado tampoco sería importante, ya que además de la pena tendrá la imputación de haber cometido un delito¹²².

Una parte de la doctrina afirma que el inciso se refiere a un proceso cualquiera, ya sea presente o pasado. Núñez afirma que existe una

¹²⁰ SCJ de Tucumán, cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 105, nota 144.

¹²¹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 106.

¹²² NÚÑEZ, ob. cit., p. 107; SOLER, ob. cit., t. III, p. 251; MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 359.

sola limitación que surge del propio texto de la ley al decir que el hecho atribuido hubiera dado lugar a un proceso penal, lo que está indicando que en el momento de la producción de la prueba el proceso ya debe estar abierto mediante el ejercicio de la acción correspondiente, sin importar el estado del proceso¹²³.

Otra corriente doctrinaria explica que este supuesto se refiere a las imputaciones de delitos de acción privada o dependientes de instancia privada, ya que los delitos de acción pública dan lugar a una querrela por calumnias, pues la ley al decir “que puede dar lugar” quiere especificar que no depende del inicio de oficio¹²⁴. A esto ha replicado Núñez que aun así el querellante sólo podrá querellar por injuria¹²⁵.

c) *Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él*

Cuando el ofendido solicita expresamente que se pruebe la verdad de las imputaciones sufridas, el fundamento de este inciso radica en la decisión adoptada por el ofendido de despejar toda duda respecto de su honor demostrando por completo la falsedad de lo que le fue atribuido, basado, según Aguirre Obarrio, en que el imputado es el único juez de su honra y por lo tanto él es el más indicado para decidir acerca de si debe probarse la verdad de la imputación¹²⁶. En otros términos, es una norma que permite al ofendido inocente demostrar el honor real en el juicio.

La prueba de la verdad tiene que ser pedida por el querellante (la víctima o quien tenga capacidad para accionar, de acuerdo al art. 75 del Cód. Pen.). Una vez solicitada, el querellado tiene el derecho a producirla, no pudiendo retractarse la parte querellante. El pedido de prueba se puede asimilar al consentimiento, de modo que no puede presumirse sino que debe ser realizado de manera expresa. La oportunidad de solicitar la prueba de la verdad es en el momento de la audiencia de conciliación. En este sentido, al no poner la ley de fondo

¹²³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 108.

¹²⁴ RAMOS, *Delitos contra el honor* cit., p. 416.

¹²⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 109.

¹²⁶ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 360.

un momento para pedir la prueba, los códigos locales están facultados a regular el momento. Así el Tribunal Superior de Córdoba ha sostenido en este aspecto que “los poderes reservados por las provincias sólo deben ceder frente al Congreso cuando éste ejerza o resguarde sus poderes constitucionales, pero no cuando legisle excediéndolos, so pretexto de una protección que, en realidad, no hace necesariamente a su intangibilidad. Frente a los poderes provinciales de legislación procesal que tienen por objeto la institución de tribunales de sus procedimientos locales, la legislación concurrente o excluyente del Congreso sólo se puede justificar por la necesidad real de mantener el carácter y eficacia de las instituciones propias de las leyes de fondo, cuando la estructuración de procedimiento hace a ese carácter y eficacia, con arreglo a la propia naturaleza de cada una de las instituciones. Se evita así que las provincias al regular libremente y sin uniformidad su aplicación, puedan desvirtuar o desfigurar aquellos institutos que el Congreso puede y debe gobernar de manera excluyente y uniforme”¹²⁷.

La prueba sólo puede referirse al hecho de la imputación, el querrellado no podrá extenderse y el querellante, por su parte, no podrá pedir otra prueba que no verse sobre el hecho.

VI. Injurias especiales

1. *Injurias vertidas en juicio (art. 115)*

Artículo 115 – Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

Este artículo prescribe expresamente un supuesto de impunidad penal.

Las injurias proferidas entre las partes en litigio durante el juicio y en relación directa con lo que se debate quedan sometidas al derecho disciplinario. La excusa sólo se refiere a las injurias cualquiera que

¹²⁷ TS de Córdoba, 24-8-56, cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 113, nota 173.

sea su clase; la calumnia queda excluida debido a su interés social, aunque la limitación ha sido criticada¹²⁸.

La disposición se fundamenta en el resguardo del principio constitucional de defensa en juicio, pero ningún derecho es absoluto, por ello queda reglamentado que este tipo de injurias quedan sujetas a las correcciones disciplinarias. Con lo cual no es una causa de justificación, sino es una excusa absolutoria de la responsabilidad común y en esto estamos de acuerdo con Núñez, ya que si fuera una causa de eliminación de la antijuridicidad el autor de la injuria no estaría sujeto en el juicio a sanciones disciplinarias¹²⁹.

Las injurias de que habla el artículo 115 son las que se realizan ante los tribunales, ya sean éstos unipersonales o colegiados. Dada la amplitud de la norma, se abarca también a los tribunales administrativos, y como la idea es de resguardar la defensa en juicio parece lógico aceptar este supuesto¹³⁰.

Las injurias deben haberse vertido tanto oralmente como por escrito, pero siempre en la causa y como parte del ministerio que se ejerce.

Dado el carácter y el fin de la excusa absolutoria no es necesario que las injurias tengan una relación estricta con la causa, habida cuenta de que la ley no ha hecho diferencias sobre el punto¹³¹.

Las ofensas en juicio que pueden excusarse son las de los litigantes, esto es las partes en el juicio, como ser el demandante y demandado, el acusador y el acusado, el denunciado, el actor civil, el querellante, el fiscal. Además, la ley menciona a los procuradores y los defensores, es decir todos aquellos que defienden una postura parcial en el proceso.

Sujeto pasivo de estos ilícitos puede ser tanto otra parte en proceso como alguien absolutamente extraño al mismo.

Por último, como se trata de una excusa absolutoria, para que funcione debemos encontrar frente a una ofensa que reúna el carácter de injuria.

¹²⁸ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 361.

¹²⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 176.

¹³⁰ Ídem anterior, p. 178.

¹³¹ Ídem, p. 180.

Jurisprudencia

1. Las injurias proferidas por el abogado defensor de una procesada en un memorial presentado ante la segunda instancia quedan abarcadas en la norma del artículo 115 del Código Penal, sin que corresponda imponer penas, quedando sujetas a las sanciones disciplinarias que el juez entienda corresponder, siendo en consecuencia parcialmente nula la sentencia que ha decidido sobre ofensas que no podían dar lugar a pena.

Cám. Nac. Crim., sala VII (Correc.), Ouviaña, Piombo, Navarro (Correc. "H", sec. 57), c. 11.603, "Banci Gallino, J.", rta.: 28-8-89

2. No es aplicable la hipótesis prevista por el artículo 115 del Código Penal si la ofensa proferida no tuvo lugar en el limitado ámbito de un proceso sino ante el periodismo, por lo que cabe descartar el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Cám. Nac. Crim., sala I (Correc.), Ouviaña, Rivarola (Correc. "J", sec. 64), c. 38.925, "Harguindeguy, Albano", rta.: 30-7-91

3. Las expresiones vertidas por los abogados de una de las partes dentro del marco del proceso judicial o las actuaciones administrativas y que forman parte de las habituales réplicas y contrarréplicas, por más duras que se muestren, si se ha utilizado para ello el lenguaje y hecho referencia a disposiciones vigentes, no pueden constituir un ilícito penal, máxime cuando no aparecen empleadas desmedidamente ni en forma grosera o arbitraria, ni fuera del entorno jurídico y procesal tribunalicio apropiado para el debate, pues tal proceder por parte de los letrados está amparado por el derecho de defensa en juicio, y debe convenirse que el artículo 18 de la Constitución Nacional legitima este tipo de conducta.

4. Debe arribarse a un temperamento liberatorio en el caso del querellado que en un escrito presentado en una causa ante un Juzgado Civil, atribuyó al querellante la "condición de homosexual manifiesto" por lo que era "chantajeado por un adolescente con el cual había practicado esas inclinaciones perversas", etcétera, dado que si bien tales injurias no pueden relacionarse para nada con el

ejercicio del derecho de defensa, no obstante fueron vertidas en el ámbito de un juicio y no fueron dadas a publicidad.

El artículo 115 del Código Penal contempla una excusa absoluta de la responsabilidad penal común, que por ende no excluye el tipo delictivo, ni se basa en la justificación de la injuria, motivo por el cual continúa sometido al Derecho Penal disciplinario. La operatividad de la eximente no se supedita al “resguardo del derecho de defensa en juicio” sino al ámbito donde la injuria fue proferida.

Cám. Nac. Crim., sala III (Correc.), Loumagne, Ocampo (Correc. “H”, sec. 58), c. 28.067, “Piccolo, Osvaldo A.”, rta.: 11-2-91

5. A los fines del artículo 115 del Código Penal, la actividad jurisdiccional puede ser cumplida por organismos administrativos, cuando ante ellos se asegura el debido proceso adjetivo, el derecho *de ser oído, a ofrecer y producir pruebas, pues los tribunales a que alude el citado artículo no son únicamente los judiciales sino también los administrativos*, por cuanto dicha disposición tiende a conceder resguardo para el ejercicio del derecho de defensa en juicio ante toda autoridad investida de capacidad para conocer y resolver sobre causas de cualquier índole.

Cám. Nac. Crim., sala I (Def.), Rivarola, Tozzini, Donna (Correc. 3), c. 44.254, “Otaegui, Joaquín y otro”, rta.: 17-5-95

2. *Las injurias recíprocas (art. 116)*

La ley argentina al hablar de injurias recíprocas no se refiere a los institutos que la doctrina italiana había distinguido, como ser la provocación, la retorsión y la compensación.

La provocación se invoca por quien injurió a una persona que ya la había ofendido, y tenía, según Carrara, su fundamento en el ímpetu debido a la ira o el dolor que había provocado la acción. La retorsión no era otra cosa que la aplicación de la legítima defensa a la injuria. Como es obvio, de ser así no se aplicaría la norma comentada. Para Núñez la retorsión, como forma de devolución de la injuria, está contenida en el artículo 116, en el caso en que no exista la legítima defensa¹³².

La ley expresa que “cuando las injurias fueren recíprocas, el tri-

¹³² No es claro en este aspecto NÚÑEZ, ob. cit., p. 186.

bunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas”.

Las injurias requeridas para que se contemple este supuesto son las previstas en el artículo 110 del Código Penal, realizadas de cualquier forma, y además de ser injurias consumadas se requiere que la segunda de las injurias tenga su causa en la primera. Esto implica que debe haber una relación de causalidad entre ellas, situación que si no se da elimina la aplicación del artículo 116. Además se requiere que las injurias hayan sido mutuas, esto es de persona a persona y de ofensa a ofensa, al decir de Peco.

Núñez afirma que debe haber cierta compensación entre las injurias, aspecto que es criticado por Aguirre Obarrio, al decir que los delitos no pueden compensarse como las deudas o los créditos. Y afirma que la razón del legislador está en que no conviene aplicar sanción cuando las partes se han reprimido mutuamente¹³³.

La eliminación de la pena no excluye el carácter delictivo de las expresiones y se podría encuadrar este caso dentro del instituto de “excusas absolutorias”. El legislador interpretó que no es necesario imponer una pena a una persona cuando las partes ya se han ofendido y reprimido mutuamente.

Las injurias deben ser típicas, no deben estar justificadas y se deben relacionar entre sí, una debe ser la consecuencia, la reacción de haber recibido la otra, lo que no significa que deban tener una continuidad temporal.

Si la segunda injuria va dirigida a un tercero, no hay reciprocidad y si ofende o desacredita al primer injuriante y a otra persona, la exención no se extiende a esta última, pudiendo sufrir una condena por ésta.

La aplicación de esta norma es facultad potestativa de los jueces, que surge de la palabra “podrá” inserta en la figura típica; es discrecional de ellos analizar las circunstancias en que la pena queda exenta. Sin embargo, para poder aplicar el artículo 116 a la parte querellante deberá realizarse la contraquerrela, dado el carácter privado de la acción¹³⁴.

¹³³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 188; MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 363.

¹³⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 191.

Por último al tratarse de una excusa absolutoria no desaparece el carácter delictivo de la expresión, quedan por tanto incólumes los efectos civiles del delito.

Éste es un claro caso de conexidad procesal, motivo por el cual ambos procesos deben ir juntos (art. 417, Cód. Proc. Pen. Nac.).

Jurisprudencia

1. Corresponde declarar la nulidad de la sentencia en que el magistrado sentenciante omitió hacer referencia a las ofensas de que dijo ser objeto el querellado por parte de la querellante pues tal omisión impide arribar a una adecuada solución legal, porque la hipótesis prevista en el artículo 116 del Código Penal podría eventualmente adquirir operatividad o no, según la valoración que se asigne al planteamiento efectuado.

Cám. Nac. Crim., sala IV (Correc.), Escobar, Navarro, Barbarosch (Correc. 1, sec. 52), c. 44.201, "Winograd, Jacobo", rta.: 15-11-94

2. Es supuesto del artículo 116 del Código Penal el equilibrio entre el tenor, oportunidad y atingencia de lo dicho por uno y por otro. Aquél deberá ser valorado por el juez para declarar eventualmente exentas de pena a una o ambas partes remitiendo, por ese motivo, la norma de fondo a las circunstancias del caso.

Cám. Nac. Crim., sala III (Correc.), Loumagne, Ocampo, Massoni (Correc. "I", sec. 60), c. 26.943, "Braschi, Rómulo A.", rta.: 6-7-90

VII. Reglas comunes a la injuria y la calumnia

1. La retractación (art. 117)

La ley dice que "El culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo". Para Aguirre Obarrio la retractación consiste, si se trata de una calumnia, en reconocer la falsedad de la imputación, y si se trata de

una injuria, en retirar los términos de la misma, sin reticencias de ningún género¹³⁵.

La fórmula del artículo 117 tiene sus antecedentes en el Proyecto Tejedor, en el Código de 1886, y en los proyectos de 1891 y 1906. Moreno trabajó principalmente sobre la fórmula del proyecto de 1891.

La retractación no es una pena, como se ha dicho¹³⁶, fundamentalmente porque no está entre las sanciones que el Código ha enumerado en el artículo 5º, y además porque es una forma de evitar la pena, de modo que se trata de una excusa absolutoria que tiene su fundamento en el arrepentimiento del autor que busca reparar el delito.

La retractación es el acto mediante el cual el sujeto activo revoca y se desdice de lo expresado, si es una calumnia debe manifestar que lo mencionado es falso y si es una injuria debe retirar lo dicho¹³⁷.

La retractación no se asimila a lo que se llamó en su momento el cantar la palinodia, que consistía en decir por parte del ofensor que había mentido¹³⁸. Sin embargo la doctrina ha sostenido que no es éste el concepto que le dio Tejedor, ya que para él la palinodia se daba diciendo el injuriante que había mentido, pero sólo en las injurias graves o atroces, y termina en el artículo 6º diciendo que “el reo condenado a retractación lo hará desdiciéndose verbalmente de lo que haya dicho, escrito o publicado”¹³⁹. Por lo tanto la retractación no es otra cosa que desdecirse de lo que antes se había dicho. Si se la entiende en este sentido, la palinodia se podría asimilar a la retractación. De todas formas, como bien se ha afirmado, la retractación es desdecirse de lo dicho, escrito o hecho¹⁴⁰, con lo cual se está reconociendo la falsedad o la falta de certeza de las imputaciones. Esto se refiere a los hechos, ya que, cuando hay juicios de valor, éstos no son susceptibles de ser veraces o falsos, sino fundados o infundados¹⁴¹. La retractación, entonces, tiene que ver con el elemento subjetivo de la

¹³⁵ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 381.

¹³⁶ GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal* cit., t. III, N° 50.

¹³⁷ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 381.

¹³⁸ RAMOS, *Delitos contra el honor* cit., p. 259.

¹³⁹ TEJEDOR, cit. por NÚÑEZ, ob. cit., p. 199.

¹⁴⁰ MORENO, ob. cit., t. IV, N° 158.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., p. 638.

injuria o de la calumnia, esto es, el reconocimiento de que al formular la imputación se obró con desprecio hacia la verdad¹⁴².

No se considera retractación si el imputado niega haber pronunciado la calumnia o injuria objeto de la querrela, ya que debe expresar, como primer paso, haberlas dicho y luego retractarse, es decir que si éstas fueron inexistentes no procede este instituto. Por ende se exige un reconocimiento de la culpabilidad sobre el hecho.

La ley especifica el momento en que el imputado debe retractarse; pasado éste se considera como confesión del delito. El juez tiene la facultad de evaluar el alcance de la retractación y si ésta opera como eximente aunque el querellante no la acepte; esto se relaciona con la naturaleza de excusa absolutoria que ella posee; su admisión excluye la punibilidad pero no las consecuencias civiles del delito.

Las ofensas retractables son las destinadas a un particular o asociación y las dirigidas contra un funcionario público con motivo de su función.

La ley no exige una forma especial para retractarse, sólo prescribe que debe ser pública, pero esto no significa que debe publicarse, salvo el supuesto del artículo 114; basta que sea conocida en el juicio ante el juez, ya sea en audiencia o por escrito.

Además la ley consagra un requisito procesal como presupuesto para la admisibilidad de la retractación, ésta debe ser formulada antes de contestar la querrela (por ej.: en la audiencia de conciliación) o en el acto de contestarla. Tal como se afirmó anteriormente, con fallo del Superior Tribunal de Córdoba, esta norma prima por sobre cualquier otra de los Códigos Procesales de las provincias o de la Nación. Por ende, este requisito procesal integra el tipo excusatorio, con lo cual no puede ser modificado por la ley procesal local. De tal modo, la retractación fuera de las oportunidades previstas no producirá efectos, salvo que sea aceptada por el querellante, lo cual se entenderá como una renuncia a la acción entablada.

Se trata de una excusa absolutoria que se fundamenta en el arrepentimiento activo del ofensor que procuraría reparar por este medio el honor del querellante. Ello indica que la admisibilidad o no de

¹⁴² Ídem nota anterior, p. 639.

la retractación no queda librada al arbitrio de la contraparte, sino a la decisión del magistrado actuante. Asimismo su admisión excluye la punibilidad pero no las consecuencias civiles de los delitos cometidos. Se termina el proceso por seobreseimiento, con costas a la parte.

En cuanto a la expresión utilizada en el artículo, ofensa contra *una particular o asociación*, nos remitimos a lo dicho con anterioridad.

Jurisprudencia

1. El hecho de que un artículo calumnioso o injurioso escrito por un tercero, que se publica por otro, por el cual el autor se retractó públicamente –lo que equivale a reconocer el carácter injurioso de sus manifestaciones– no exime de responsabilidad al director o editor que publica la nota incriminada, puesto que si reproduce debe cerciorarse previamente de la autenticidad de la imputación e informarse sobre las circunstancias que hacían que la conducta fuera ofensiva para el honor ajeno.

Cám. Nac. Crim., sala II (Correc.), Ragucci, Vázquez Acuña (en disidencia), Rocha Degreef (Correc. “H”, sec. 58), c. 36.710, “Entel, A.”, rta.: 21-12-89

2. Si el querellado en la audiencia de conciliación no reconoció la existencia y autoría de la ofensa, sus explicaciones no pueden considerarse una retractación conforme lo contempla el artículo 117 del Código Penal, por lo cual si la contraparte las estimó satisfactorias tal aceptación permite concluir el proceso pero por renuncia del agraviado (art. 59, inc. 4º del Cód. Pen.) y como consecuencia, es el querellante quien debe soportar las costas del proceso.

Cám. Nac. Crim., sala I (Correc.), Tozzini, Rivarola (Correc. “H”, sec. 59), c. 39.765, “Neustadt, Bernardo”, rta.: 4-10-91

2. La calumnia o injuria encubierta (art. 112)

La ley afirma que “el reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del *mínimum* a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta”.

El texto, tal como se encuentra redactado, retoma la redacción original que reprime las calumnias o injurias equívocas o encubiertas y se ha derogado el delito de difamación de persona ideal incorporado por el decreto-ley 21.338.

Las calumnias o injurias equívocas o encubiertas son aquellas cuyo contenido ofensivo o dirección de las mismas dependen de la interpretación que se les puede otorgar.

La equivocidad por el contenido resulta cuando una expresión puede asumir una doble significación, una ofensiva y la otra no, por ejemplo palabras de doble sentido o de sentido ambiguo¹⁴³.

La equivocidad por la dirección¹⁴⁴ se da cuando no queda claro si la ofensa se dirige al sujeto pasivo o a otra persona diferente, pero no puede ser a los dos a la vez.

Por último, la encubierta es cuando la expresión en sí no reviste carácter injurioso, pero en el contexto o situación en el que se manifiesta adquiere esa característica.

Ahora bien, el tipo objetivo exige dos elementos para su configuración; en primer lugar que la ofensa sea equívoca o encubierta, y en segundo lugar que el ofensor se niegue a dar una explicación o no resulten satisfactorias las que brinde en el juicio.

Este segundo elemento típico no se dará cuando el agente brinde explicaciones, es decir, cuando determine el significado no ofensivo de su expresión, o cuando muestre que la ofensa no se dirige a la persona del querellante. Se diferencia este elemento integrante del tipo objetivo de la retractación, pues esta última exige que el ofensor reconozca el delito y su participación en el mismo, en cambio al “brindar explicaciones satisfactorias” en realidad lo que se explica es que directamente no hubo ofensa o que no se dirigió a una persona determinada¹⁴⁵.

Las explicaciones satisfactorias deberán brindarse en el juicio, es decir, deberá existir una querrela por tal delito y una intimación para brindar explicaciones, pues de lo contrario no será típico. La calidad

¹⁴³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 149.

¹⁴⁴ Ídem nota anterior, p. 150.

¹⁴⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 152.

de las explicaciones serán consideradas en cuanto tales por el magistrado interviniente, pero aun en el caso de no reunir tal condición, si han sido aceptadas por el ofendido, esta voluntad deberá ser respetada ya que se trata de un delito de acción privada. Sólo se podrá ejercer un control de legalidad.

La ley disminuye la penalidad de la injuria encubierta del mínimo a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria respectiva. Por ende, para la calumnia la pena será de un año a un año y seis meses de prisión, y para la injuria, multa de mil quinientos cuarenta y cinco mil pesos o prisión de un mes a seis meses. La pena ha sido criticada, habida cuenta de que quien es llamado a juicio y se niega a dar explicaciones revela una mayor peligrosidad¹⁴⁶.

Jurisprudencia

El artículo 112 del Código Penal en su actual redacción no sanciona la propalación de hechos que deshonran a personas colectivas; corolario de ello resulta que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos del delito de injurias, pues aun reconociéndoles un honor objetivo, no pueden verse ofendidas porque la imputación afecta directa o inmediatamente sólo a sus miembros.

Cám. Nac. Crim., sala II (Int.), Giudice Bravo, Ragucci (h), Vázquez Acuña (Correc. "I", sec. 61), c. 40.519, "Fernández, Jorge", rta.: 20-2-92

3. *Publicación o reproducción de la calumnia o injuria ajena (art. 113)*

Artículo 113 – El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate.

a) *Delito autónomo*

Lo que se reprime en este delito es la acción de publicar o reproducir una calumnia o injuria proferida por otro, con independencia de la participación en tal delito; es decir, es éste un delito autónomo,

¹⁴⁶ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 366.

de modo que no se castiga una forma de participación en otro delito pues en este último caso rigen las normas generales. De tal modo, cuando la actividad del reproductor o publicista de la ofensa es la de un partícipe en la ofensa de otro, esta calidad descarta la aplicación del tipo autónomo del artículo 113. Es que el artículo en mención no es una repetición del artículo 45 del Código Penal, que sería el caso de la ofensa repetida por un partícipe, sino que se trata de un delito distinto, aunque la materia sea la misma que la del autor originario¹⁴⁷. De esta idea se deducen según Núñez algunas consecuencias, como ser que no rigen las reglas de la participación y no hay solidaridad en la reparación del daño civil¹⁴⁸.

Hay que preguntarse si este artículo tiene alguna relevancia práctica, ya que, en principio, con la aplicación de las reglas generales de la participación se solucionarían todos los problemas. Aguirre Obarrio ha contestado estos argumentos afirmando que si no hubo acuerdo previo no hay participación. Pero, y esto justificaría la norma, el ser reprimido como autor implica que si hubiera otro autor, aun si fuera partícipe, será castigado como tal¹⁴⁹.

b) *Acciones típicas*

Reproducir es repetir la expresión ofensiva llevándola a conocimiento de personas que al momento en que el agente la manifestó no tuvieron posibilidad de conocerla.

Publicar es reproducir la ofensa y ponerla en conocimiento de un número indeterminado de personas.

Las dos formas típicas implican la repetición de una expresión imputativa original; es decir, si el que reproduce o repite introduce algo nuevo a la expresión original se convierte en autor de una injuria o calumnia diferente.

La reproducción o publicación pueden hacerse por cualquier medio, en forma oral, escrita, por procedimientos de difusión pública (diarios, radio, televisión, etc.)¹⁵⁰.

¹⁴⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 158.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 368.

¹⁵⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 159.

c) *Consumación y tentativa*

Éste no es un delito de resultado sino de peligro, con lo cual no se exige que la divulgación se haya concretado. El delito se consuma con el hecho de la reproducción o publicación aunque en realidad no haya trascendido a más personas que las que conocieron la ofensa original.

d) *Elemento subjetivo*

Es un delito doloso, que consiste en el conocimiento del carácter injurioso de la expresión y la voluntad de publicarla o reproducirla, aunque no se sepa quién es el autor originario. De tal modo, el error sobre el contenido injurioso o desacreditante de la expresión elimina el tipo subjetivo de este delito.

Para el propietario o director del diario o de la publicación, rigen los principios básicos del Derecho Penal, de modo que deberá probarse el dolo y, por ende, el conocimiento de que la publicación iba a ser realizada y que tenía afirmaciones contrarias al honor de una persona¹⁵¹.

De igual forma la calidad de defensor o apoderado no excluye la aplicación del artículo 113 si concurre el tipo objetivo y subjetivo, aunque la ofensa hecha en el expediente no pueda ser castigada de acuerdo al artículo 115¹⁵².

Jurisprudencia

El tipo penal del artículo 113 del Código Penal no es de responsabilidad objetiva, que habilitaría sanciones por el mero hecho de ser editor o director responsable de una publicación, sino que reclama un conocimiento previo y un consentimiento para que el material que contiene la difamación se publique. Entre quien es el autor de la especie calumniosa o injuriosa y el que la publica o reproduce no cabe hacer distinciones desde el punto de vista subjetivo; en ambos casos se requiere el propósito específico de injuriar.

¹⁵¹ Ídem nota anterior, p. 160.

¹⁵² Íbidem.

La responsabilidad del director de una publicación se rige por los principios del Derecho Penal, por lo que si no se demuestra una directa intervención de éste en la decisión de incorporar en el ejemplar periodístico la nota difamatoria, cabe pronunciarse en su favor, por aplicación del artículo 13 del Código Procesal en Materia Penal.

Cám. Nac. Crim., sala V (Def.), Madueño, Vila, Catucci (Sent. "T", sec. 25), c. 29.818, "Abad, M. E.", rta.: 31-8-92

Para la comisión del delito previsto en el artículo 113 del Código Penal es necesario que quien publica o reproduce lo haga con la intención de afectar el honor de otro, y en el caso del director que al menos sepa con anterioridad y efectivamente el contenido injurioso de lo publicado o reproducido, todo lo cual debe ser probado por la acusación, so pena de instaurar presunciones de dolo, responsabilidad objetiva o, en el mejor de los casos, culpa *in vigilando*, todo lo cual está proscripto del campo penal o bien de la figura delictiva específica.

Cám. Nac. Crim., sala III (Correc.), Loumagne, Ocampo, Massoni (Correc. "I", sec. 60), c. 26.943, "Braschi, Rómulo A.", rta.: 6-7-90

El tipo penal del artículo 113 del Código Penal debe ser interpretado a la luz del artículo 14 de la Constitución Nacional y teniendo siempre presente la excepción en materia de participación que prevé el artículo 49 del Código Penal, en consecuencia quedarían prohibidas solamente para nuestro ordenamiento penal aquellas conductas que además de importar una publicación o reproducción de injurias o calumnias inferidas por otro, conllevan un plus y que consistiría en que los editores o directores de la publicación donde se reproducen aquéllas tomen partido o le agreguen la fuerza de convicción que pudiera emanar de la propia opinión y la responsabilidad, lo que no se ha dado en el caso de autos en que se trata de la publicación de una entrevista efectuada al querellado donde la publicación, por intermedio de sus responsables, no tomó partido ni le agregó la fuerza de convicción que pudiera emanar de la propia opinión y responsabilidad.

Cám. Civ. Com., sala VI, Donna, Zaffaroni, Elbert, c. 12.659, rta.: 19-11-85, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1985, N° 4, p. 258

4. *Injurias o calumnias vertidas por medio de la prensa (art. 114)*

a) *El problema de la competencia*

Afirma Aguirre Obarrio que para poder entender esta norma de manera correcta se debe analizar a la luz de los artículos 14, 32 y 75, inciso 12 de la Constitución Nacional. En principio, está claro que la ley fundamental asegura a todos el derecho a la libertad de expresión, abarcando para ello todo tipo de expresión, no sólo la escrita sino también la oral¹⁵³. La democracia, como se sabe, no puede convivir con la censura previa.

Para Núñez la limitación de la vigencia del artículo 114 a la Capital y territorios nacionales, tiene su fundamento en el artículo 32 de la Constitución Nacional y la interpretación concordante de la Corte Suprema de Justicia, que había afirmado que el Congreso de la Nación no podía legislar sobre ellos, quedando su represión reservada a las legislaturas provinciales¹⁵⁴. La discusión, tal como aparece planteada, está dada por la pregunta de quién es competente para legislar y juzgar este tipo de acciones. Para Núñez, la represión de los delitos contra el honor cometidos por medio de la prensa, en los territorios provinciales, es una facultad que queda reservada a las provincias, de manera tal que pueden decidir legislar con entera libertad. Y cita para ayudar a su tesis la ley de imprenta 3375 de Córdoba. En cambio en la Nación rige el Código Penal, ya que el Congreso es legislatura local. Esto sin embargo puede estar modificado, habida cuenta el nuevo *status* de Buenos Aires¹⁵⁵.

Para Aguirre Obarrio la Corte tuvo varios períodos. En el primero sostuvo que la justicia federal no era competente. En los casos “Laferest” (*Fallos*: 3:372) y “Acevedo” (*Fallos*: 30:126) la Corte afirmó que el delito cometido por medio de la prensa se legisla y juzga localmente, cualquiera sea el delito y su víctima¹⁵⁶. También, y según Sagüés, se dio esta posición en los casos: “Saborido”, “Quiroga”, “Piñeiro Sorondo”¹⁵⁷.

¹⁵³ Aunque Núñez excluye de la garantía a la palabra oral (ob. cit., p. 164).

¹⁵⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 164.

¹⁵⁵ Íden nota anterior, p. 165.

¹⁵⁶ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 373.

¹⁵⁷ *Fallos*: 124:161 y 121:310; SAGÜÉS, ob. cit., p. 377.

En un segundo período, que va hasta 1970, según Aguirre Obarrio, se afirmó que siempre que esté en juego un bien jurídico de naturaleza federal el juzgamiento del delito incumbe a los tribunales federales. En el tercer período la Corte modificó su doctrina y afirmó, según Sagüés, “que el artículo 32 de la Constitución, no se había propuesto negar el principio de la uniformidad penal en todo el país en lo que atañe a los delitos cometidos por medio de la prensa”, por lo que cabe concluir “que si el delito es común por su naturaleza, su represión está atribuida al Congreso de la Nación, en virtud de lo establecido por el artículo 67, inciso 11, hoy 75, inciso 12 de la Constitución, con total prescindencia del medio empleado para cometerlo [...] una solución opuesta importaría que nuestra Constitución ha creado un sistema pluralista de Códigos Penales. Tal tesis se mantiene hasta ahora (‘Acuña’ y ‘Gainza’, *Fallos*: 312:1114)”¹⁵⁸. De este modo, los delitos comunes que consagra el Código Penal están vigentes y será competente el juzgamiento federal o local cuando las personas o las cosas caigan en una jurisdicción o en otra (caso “Batalla”, *Fallos*: 178:73)¹⁵⁹.

b) *La publicación de la sentencia*

La ley afirma que cuando la injuria o calumnia se hubiere propagado por medio de la prensa, en la Capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del Código Penal y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción. Lo que debe publicarse es la sentencia condenatoria firme, o la satisfacción dada por el querellado. La publicación debe ser ordenada por el juez y a pedido de parte, que deberá ser hecho en la interposición de la querrela o en la audiencia de conciliación¹⁶⁰.

La publicación deberá ser hecha en el mismo periódico en donde se propagó la ofensa. Frente a la ausencia del diario, según Núñez, no corresponde hacer la publicación en otro. No se estipula ninguna alternativa en caso de imposibilidad de publicación en el mismo periódico que propagó la ofensa, por ejemplo por inexistencia del mismo;

¹⁵⁸ SAGÜÉS, ob. cit., p. 378.

¹⁵⁹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 374.

¹⁶⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 167.

no hay sustento legal para reparar el caso ordenando la publicación en otros periódicos. La norma omite referirse a la forma en que debe ser publicado, ni señala las condiciones de lugar, características o cantidad de ejemplares¹⁶¹. Sin embargo, no es ésta la opinión de otra parte de la doctrina, que afirma que sí es posible la publicación en otro diario¹⁶². La sentencia deberá ser publicada a cargo del culpable.

El texto legal prevé el caso en que la ofensa se publica por medio de la prensa y no abarca las situaciones en que se injurió o calumnió en público ante varias personas y llegó a conocimiento de un número indeterminado de personas. Con la palabra prensa se señala las expresiones publicadas por un editor y no se extiende a otros medios de publicidad como el radial o televisivo.

El contenido de la publicación es la sentencia o satisfacción, que se refiere al caso de retractación; no es necesario que ésta se extienda a todo el fallo, alcanza con la parte dispositiva y la misma no se puede ordenar de oficio, procede sólo a pedido de parte.

Está claro que si la parte no cumple sólo podrá demandarse el cumplimiento de la obligación por vía civil.

Jurisprudencia

1. Expresar públicamente que una persona constituía desde siempre un notorio mentor de la subversión terrorista, supone atribuirle su participación en el delito previsto en el artículo 210 bis del Código Procesal, o sea haber instigado a tomar parte en asociación ilícita tendiente a subvertir los valores democráticos consagrados por la Constitución Nacional.
2. No corresponde la publicación de la sentencia pues si bien la ofensa fue cometida públicamente, la prensa no fue empleada para cometer el ilícito.

Cám. Nac. Crim., sala II (Correc.), Vázquez Acuña, Ragucci, Rocha Degreef (Correc. "J", sec. 66), c. 35.784, "Beveraggi Allende", rta.: 31-8-89

No puede pretenderse la sola publicación de la retractación y de

¹⁶¹ Ídem anterior, p. 168.

¹⁶² MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 378.

la sentencia si éstas, fuera de contexto, no son claramente indicativas para el lector de la noticia originalmente expuesta al público.

La publicación ordenada judicialmente, habida cuenta la retractación ocurrida, no puede interpretarse como violatoria de la libertad de prensa ni del derecho de propiedad del dueño del periódico desde que tales garantías no deben ejercitarse arbitrariamente sino conforme a las reglas que reglamentan su ejercicio y con notoria prudencia la primera, para no afectar los derechos de terceros.

El carácter de la publicación –reparatorio con fundamento judicial– a cargo del querellado impide también considerar violación alguna al derecho de propiedad aludido.

Cám. Nac. Crim., sala III (Int.), Loumagne, Ocampo (Correc. “H”, sec. 59), c. 26.229, “Asch, Hugo”, rta.: 31-10-89

La publicación reparatoria a la que alude el artículo 114 del Código Penal, debe realizarse en el mismo periódico o impreso en el que la ofensa fue propagada, y no sólo se satisface con la sentencia dictada por la Corte, sino que es necesario la publicación de la recaída en segunda instancia, al resultar ésta un complemento necesario.

Cám. Nac. Crim., sala VII (Int.), Bonorino Peró, Ouviaña, Piombo (Sent. “X”, sec. 34), c. 18.113, “Tavares, Flavio A.”, rta.: 14-10-92

VIII. La acción penal

La acción penal que nace de los delitos de injuria y calumnia es privada, de acuerdo al artículo 73, inciso 2°.

El titular de la acción es la persona ofendida y podrá ser ejercida por él mientras viva. Sólo la muerte del ofendido traslada, en orden excluyente, al cónyuge, a los hijos, a los nietos, y a los padres que hayan sobrevivido, el ejercicio de la acción¹⁶³.

¹⁶³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 207.

TÍTULO III
DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

El Código Penal trata en el Título III los delitos contra la honestidad, englobando una serie de tipos penales: En el capítulo I se regula el adulterio, luego derogado por el artículo 2º de la ley 24.453. En el Capítulo II, la violación y el estupro (arts. 119, 120, 122, 123 y 124). En el Capítulo III, corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor (arts. 125, 125 bis, 127 y 127 bis), las exhibiciones obscenas (arts. 128 y 129). En el Capítulo IV, el rapto (arts. 130 y 131), y en el Capítulo V, las disposiciones comunes a los capítulos antes mencionados (arts. 132 y 133).

El bien jurídico protegido en el Título III

El único punto que une a todos los delitos que trata el Título III del Código Penal no es la honestidad, como se dice, sino lo sexual¹. Y esto es así porque no hay un bien jurídico único que aglutine a todos los delitos, por más que se lo intente buscar. Por ello Núñez afirmaba que la protección se refiere a la fidelidad, a la reserva y normalidad sexuales de los individuos y a la decencia sexual pública². La fidelidad se refería al adulterio, la reserva sexual a la violación, el estupro, el abuso deshonesto y el rapto. La normalidad sexual, a la corrupción. La decencia sexual, a todo lo referente a la conducta sexual obscena³.

Soler, además de coincidir con la idea antes mencionada, afirma

¹ CREUS, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 179.

² NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino* cit., t. IV, p. 213.

³ Ídem nota anterior, ps. 213/214.

que la idea de honestidad peca en algunos aspectos por exceso y en otras por defecto. La honestidad, según este autor, está empleada en este capítulo como sinónimo de moralidad sexual. Y esto es inconveniente, ya que de una lectura apresurada del capítulo se puede recurrir a un criterio religioso de honestidad⁴. Y, agregamos nosotros, el concepto es peligroso, ya que puede llevar a interpretaciones de tipo sectario que atenten contra el espíritu democrático-liberal que inspira la Constitución argentina, que lleve a castigar conductas que están protegidas por el artículo 19 de la Norma Fundamental. Hay ejemplos varios, especialmente con los delitos de corrupción y de exhibiciones obscenas, en donde se ha intentado punir conductas que estaban sólo reservadas a la conciencia de los hombres.

Soler termina definiendo la honestidad como una exigencia de corrección y respeto impuesta por las buenas costumbres en las relaciones sexuales, pero este concepto es estrecho, ya que existen otros intereses comprometidos a los que la ley acuerda protección, como ser la libertad sexual⁵.

⁴ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. III, p. 280.

⁵ Ídem nota anterior.

CAPÍTULO I

EL DELITO DE ADULTERIO

El Código Penal regulaba el delito de adulterio en el artículo 118, haciendo una distinción entre el adulterio del hombre y de la mujer. Las críticas de la doctrina, y los pocos fallos que se dictaron en la jurisprudencia argentina, llevaron a la derogación mediante los artículos 3° y 4° de la ley 24.453.

CAPÍTULO II

EL DELITO DE VIOLACIÓN

SUMARIO: I. Significado. II. Disposición legal. III. Antecedentes históricos. IV. Derecho Comparado. Sistema español. V. El bien jurídico protegido. VI. El tipo penal de la violación. 1. Tipo objetivo. a) Acción: acceso carnal. b) Sujeto activo. c) Sujeto pasivo. d) Modalidades de la violación. Las acciones típicas. e) La resistencia. f) Consentimiento y exclusión de tipicidad. 2. Tipo subjetivo. Problemas referidos al error. VII. Consumación y tentativa. VIII. Concurso con otros delitos. IX. Acción penal. X. Pena. XI. Agravantes. 1. Agravación por el resultado. a) Grave daño a la salud de la víctima (art. 122 del Cód. Pen.). b) Resultado de muerte (art. 124 del Cód. Pen.). 2. Agravación por el parentesco. 3. Agravante por la calidad del autor. 4. Encargado de la educación o guarda. 5. Agravante por pluralidad de autores.

I. Significado

Los autores que trataron los “delitos contra la honestidad” han proporcionado, con pequeñas variantes, la definición de “violación”. Así, Núñez¹ la define como “el acceso carnal de un varón con otra persona, abusando de la inmadurez o estado mental de ésta, o de su indefensión o mediante la violencia, y sin derecho a exigirlo”². Soler, por su parte, afirma que la violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta³. Para Carmona Salgado –en el anterior Código español, que

¹ NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Lerner, 1988, t. III, p. 247. En el mismo sentido se pronuncia MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes* cit., vol. IV, p. 239.

² NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 246.

³ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. III, p. 291.

tenía una redacción similar al nuestro–, el delito de violación consiste en tener acceso carnal con otra persona, por vía vaginal, anal o bucal⁴.

Podríamos decir entonces que la violación es el acceso carnal logrado en los casos en que medie fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse, o con quien, por ser menor de 12 años o estar privado de razón, carece de la capacidad jurídica necesaria para consentir la relación sexual.

II. Disposición legal

El Código Penal argentino, dentro del Libro Segundo, Título III, bajo el epígrafe *Delitos contra la honestidad*, regula en su Capítulo II el delito de *violación*, figura subsumida en el artículo 119, comprendiendo sus dos formas agravadas en los artículos 122 y 124.

La disposición simple –artículo 119– pena al que “tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo” en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima fuere menor de 12 años;
- 2) cuando la persona ofendida se halle privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir;
- 3) cuando se usare de fuerza o intimidación.

En tanto, las formas agravadas se encuentran tipificadas en los artículos 122 y 124 del Código Penal. Así, el artículo 122 reprime con reclusión o prisión de ocho a veinte años, cuando en los casos del artículo 119 resultare un grave daño en la salud de la víctima, o se cometiere el hecho por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla o con el concurso de dos o más personas, y el artículo 124 aumenta la escala penal de quince a veinticinco años cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida.

⁴ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 242.

III. Antecedentes históricos

El Proyecto Tejedor preveía la figura de violación en la Parte II, Libro I, Título III *–De la violación–*, y requería el empleo de la violencia física o amenazas de un peligro inminente actual para el cuerpo o la vida, para obligar a una mujer a sufrir la aproximación sexual contra su voluntad. Se entendía entonces por violación la circunstancia de obligar a una mujer a sufrir la aproximación sexual contra su voluntad, empleando violencia física o amenaza de un peligro inminente y actual para el cuerpo o la vida⁵.

El Proyecto de Villegas, Ugarriza y García y el Código de 1886 también se referían a la aproximación sexual. En el Código de 1886 mantiene, en su artículo 127, como sujeto pasivo a la mujer, agregándole a la fórmula que se comete violación cuando ha habido aproximación sexual “aunque el acto no llegue a consumarse”.

La Ley 4189 de Reformas de 1903, sustituyó la fórmula anterior por “tener concúbito”. Rodolfo Moreno (h) dice: “Que la Ley de Reformas siguió el proyecto de 1891 el cual ya utilizaba el concepto (art. 146). Los redactores de este Proyecto hicieron la enmienda de la fórmula del Código de 1886, porque la frase ‘aunque el acto no llegue a consumarse’, indica que la violación podrá existir, sin que haya verdadero concúbito, o por lo menos, originar dudas sobre el instante consumativo del delito”⁶.

La fórmula “tener acceso carnal” apareció en el proyecto de 1906, en su artículo 121. Así, pasó al proyecto de 1917 y luego en el Código Penal. Los proyectos posteriores a éste continuaron haciendo hincapié en que lo esencial de la violación es el “acceso carnal”. Moreno afirma que propuso un aumento de pena a este proyecto, habiendo tenido en cuenta la ley 9143 llamada ley Palacios⁷.

IV. Derecho Comparado. Sistema español

Previamente a la Reforma del Código Penal español, en su Título

⁵ MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes* cit., t. IV, p. 234.

⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 247.

⁷ Un análisis completo en MORENO, ob. cit., p. 238.

IX, se desprendía una serie de hechos punibles relacionados con el ámbito sexual.

El artículo 429 establecía que “...Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1) Cuando se usare fuerza o intimidación; 2) cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa; 3) cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriera ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores...”

El significado que la doctrina española otorgó al término “yacer” era el de realizar la cópula carnal, el coito, debiendo ser éste heterosexual vaginal y quedando excluido del ámbito de la violación el coito anal. Sin embargo, la reforma de 1989 modificó la norma agregando que la violación consiste en tener acceso carnal con otra persona, por vía vaginal, anal o bucal, sustituyendo la expresión yacimiento, que según la doctrina era demasiado estrecha⁸.

Era discutida la cuestión de si era necesario un coito perfecto, con introducción del pene en la vagina y eyaculación, o no, situación que resultaba importante a efectos de la consumación del delito. Existían varias posturas al respecto, sin embargo la predominante era que para la consumación de la violación era suficiente con la *coniunctio membrorum*, es decir, con el contacto directo de los órganos genitales masculinos y femeninos.

El sujeto activo debía ser el hombre y el pasivo sólo podía serlo la mujer, aunque la reforma, tal como se afirmó, cambió también en este punto la cuestión.

En cuanto al sujeto pasivo, la prostituta podía ser sujeto pasivo de este delito toda vez que ella tiene libertad para autodeterminarse en la esfera sexual y rechazar el yacimiento con cualquier hombre; así como también la mujer casada por su propio marido, en el caso de matrimonio no separado o de pareja estable, haciéndose sumamente problemático diferenciar lo que puede ser consecuencia de simples disputas y la verdadera violación.

Con relación a las modalidades enumeradas en el tipo penal señalado, en primer lugar se refiere al “uso de fuerza o intimidación”,

⁸ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 242.

debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre la fuerza empleada y el yacimiento; en segundo lugar, la “violación de la mujer privada de razón o de sentido”, presumiéndose en estos casos que no tiene capacidad para consentir o rechazar el yacimiento con un hombre libremente.

La jurisprudencia hacía una distinción entre “privación de razón”, entendiéndose como tal toda enajenación mental con base somática, como la psicosis, oligofrenias, etcétera, y “privación de sentido” equivalente a un estado de inconsciencia por embriaguez, drogas, etcétera.

La restante modalidad se refiere a la “mujer de 12 años”: tratándose de una violación presunta, pero a diferencia de lo que ocurre en el párrafo anterior, no puede ser invalidada por una prueba en contrario de que existe capacidad de autodeterminación. El Código presumía *iuris et de iure* que existía violación siempre que se yace con una mujer menor de 12 años de edad⁹.

Tras la reforma del Nuevo Código español, aprobado y sancionado por la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre (25.444), se subsumieron, dentro del Título VIII, *Delitos contra la libertad sexual*, dos capítulos referidos a *Las agresiones sexuales* (Cap. I), y *De los abusos sexuales* (Cap. II).

Así, dicho ordenamiento castiga como culpable de agresión sexual al que atentare contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación (art. 178), y cuando aquella agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal –a diferencia del Código Penal argentino en que la doctrina mayoritaria entiende por acceso carnal toda penetración vía vaginal o anal–, se agravará la pena de seis a doce años (art. 179); pena ésta que aumentará de doce a quince años cuando medien las siguientes circunstancias:

- a) Cuando la violencia o intimidación ejercidas sobre la víctima revistan un carácter degradante o vejatorio;
- b) cuando se cometa por tres o más personas, actuando en grupo;

⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial* cit.; GONZÁLEZ RUS, *La violación en el Código Penal español*.

- c) cuando la víctima sea vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación;
- d) cuando medie relación de parentesco –ascendiente, descendiente, o hermano legítimo o por adopción, o afines de la víctima–;
- e) cuando el autor hiciera uso de medios peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones graves.

El artículo 182 del CPE impone pena de cuatro a diez años cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, cuando falte el consentimiento y, con pena de uno a seis años, cuando exista abuso de autoridad.

Carmona Salgado¹⁰ sostiene que el Título VIII del Libro II del nuevo Código Penal español utiliza la misma rúbrica –*Delitos contra la libertad sexual*– que ya introdujera en el derogado texto punitivo la Ley Orgánica 3/1989 del 21 de junio, que modificó en profundidad los delitos de violación (art. 429) y los hasta entonces denominados “abusos deshonestos”, expresión ésta que la citada ley de reforma sustituyera por la de “agresiones sexuales”. Es cierto, continúa, que dicha rúbrica constituyó un logro del legislador reconocido unánimemente por la doctrina y jurisprudencia penal, al venir a reemplazar la denominación hasta entonces vigente de “delitos contra la honestidad”, pues gracias a ella se encontró una más adecuada protección de los intereses tutelados, eliminando al mismo tiempo de su contexto connotaciones moralizantes que debían permanecer al margen del Derecho Penal. Sin embargo, no es menos cierto que bajo la última normativa introducida por el nuevo Código existe una serie de tipos delictivos respecto de las que ni antes, ni ahora resulta del todo correcto predicar la libertad sexual en sentido estricto como bien jurídico protegido en ellas, porque los sujetos pasivos tutelados a través de las mismas ni se encontraban entonces ni se encuentran ahora jurídicamente capacitados para ejercer dicha libertad, ya sea por tratarse de menores de 12 años o trastornados mentales, con relación a los cuales parece más adecuado referir la

¹⁰ CARMONA SALGADO, *Curso de Derecho Penal. Parte especial* cit., t. I, p. 299.

intangibilidad e indemnidad sexuales como interés protegido, por tratarse de menores de edad o incapaces, cuyo proceso normal de formación resulta perjudicado mediante la comisión de determinados delitos¹¹.

V. El bien jurídico protegido

Doctrinariamente existen posturas diversas respecto de cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar.

Carrara sitúa al tipo penal como una ofensa a la “pudicia individual”¹². Por su parte Soler expresa que el bien lesionado por tal conducta es la “libertad sexual” y dice que “...se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee o impedir que otros lo hagan”¹³.

Dentro de la misma postura parte de la doctrina entiende a la violación como un modo de ofender la honestidad mirada como derecho a la “reserva sexual” mediante actos de violencia o de abuso, lesivos de la libertad de la persona de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer consciente¹⁴.

Otro sector de la doctrina¹⁵ habla de libertad individual en cuanto cada cual tiene el objeto de su actividad sexual, sosteniendo que se trata de un delito contra la “voluntad sexual”.

Eusebio Gómez identifica honestidad con pudor, y si bien no niega la existencia de la libertad sexual en el conjunto de bienes jurídicos le parece indispensable establecer el motivo por el cual la conducta del violador ha sido incorporada como delito a la legislación penal¹⁶.

¹¹ CARMONA SALGADO, ob. cit., ps. 299 y ss.

¹² CARRARA, *Derecho Criminal. Parte especial* cit., t. IV, § 1513.

¹³ SOLER, *Derecho Penal argentino* cit., t. III, p. 292.

¹⁴ NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. III, p. 245.

¹⁵ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 60.

¹⁶ GÓMEZ, Eusebio, *Leyes penales anotadas*, Ediar, Buenos Aires, 1952, vol. 2, p. 260.

Para Frías Caballero el bien jurídico es el pudor individual como sinónimo de honestidad y subsidiariamente la libertad sexual¹⁷.

Analizando el contenido del artículo 119 puede afirmarse que la ley tiene en cuenta, por un lado, la libertad individual, en cuanto hace al campo sexual. Esta libertad puede ser entendida desde un doble aspecto: positivo-dinámica, por un lado, como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, es decir, el consentimiento de la víctima de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer libre y consciente y, por otro, negativo-pasiva, esto es la capacidad del sujeto para no ejecutar actos de naturaleza sexual que no desee¹⁸. Esta noción de libertad sexual se puede utilizar cuando la violación se comete mediante el empleo de fuerza o intimidación, habida cuenta de que no es necesario ningún requisito esencial en la víctima, en la cual se presume su capacidad de conocer y de valorar el alcance del acto que se pretende ejecutar¹⁹.

En cambio no puede aceptarse tan fácilmente que el bien jurídico es la libertad sexual en los casos de una menor de 12 años y de la persona privada de sentido, ya que no existe tal libertad. De allí que se pretende proteger a estas personas por la misma situación de incapacidad, por lo cual se habla de intangibilidad sexual o de indemnidad sexual²⁰. Por este motivo nuestra doctrina ha afirmado que se trata de una invasión o ataque de tal derecho mediante acciones violentas o abusivas que avasallan la libre e íntima decisión por parte del autor. Ello significa que el violador abusa o aprovecha las circunstancias o calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente su consentimiento (casos que señalan los incs. 1º y 2º) o bien, con violencia, elimina el mismo, reemplazando así la voluntad de la víctima —efectiva o presumida por ley— por la suya (inc. 3º). En palabras de Núñez, es el abuso de situación o de un estado de una persona²¹.

¹⁷ FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1944, p. 298.

¹⁸ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 241.

¹⁹ Ídem nota anterior.

²⁰ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 242.

²¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 245.

VI. El tipo penal de la violación

El artículo 119 del Código Penal prevé el tipo básico de la violación estableciendo:

Será reprimido con reclusión o prisión de seis a quince años, el que tuviere acceso carnal con persona de uno u otro sexo en los siguientes casos...

1. Tipo objetivo

a) *Acción: acceso carnal*

El núcleo del tipo es el acceso carnal. Por “acceso carnal” se entiende la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, sin ser necesario para su consumación que la penetración sea total o que se produzca la eyaculación²². Dice Frías Caballero²³ que “el elemento material de la violación se halla constituido por la *conjunción carnal como fin, contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y empleando la violencia como medio o aprovechando de la especial condición del mismo señalada por la ley*”.

Soler define el acceso carnal como la penetración del órgano sexual en el cuerpo de la víctima, siendo indistinto que la misma se haga por vía normal o anormal, aclarando que ésta es la nota que diferencia el delito de violación de los demás abusos deshonestos, en los que no se requiere acceso y que están contemplados en el tipo del artículo 124 del Código Penal.

Según Manzini²⁴ “acceso carnal” es el acto por el cual el órgano genital de una de las personas, que puede ser sujeto activo o pasivo, es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo.

Para Ure²⁵ la expresión “acceso carnal” debe entenderse en el sentido de penetración del órgano sexual masculino en orificio natural

²² Cám. Crim. y Corr., sala XI, 30-8-91, E. D. 144-326.

²³ FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, 2ª ed., Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 266.

²⁴ MANZINI, *Tratatto di Diritto Penale* cit., vol. VII, p. 257.

²⁵ URE, Ernesto, *Los delitos de violación y estupro*, Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 15.

de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o un equivalente de la misma, sea por vía normal o anormal.

Núñez por su parte afirma que acceso carnal significa introducción, aunque imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima²⁶. Ésta es la posición de la mayoría de la doctrina argentina²⁷.

Sobre la base de lo expuesto, podemos definir al “acceso carnal” como la penetración del órgano masculino en cavidad natural de la víctima, con el propósito de practicar coito, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la eyaculación.

Para que exista acceso carnal es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra, aunque no interesa si esta introducción es completa o sólo a medias, basta con que ella haya existido real y efectivamente.

La Suprema Corte de Justicia de Tucumán²⁸ siguió, en principio, tal criterio al afirmar que no basta la simple aproximación sexual para que haya delito de violación, sino que es preciso que el acceso carnal se haya efectivamente realizado, aun cuando el mismo no haya sido ni completo ni perfecto. El error de la sentencia estaba, desde otra perspectiva, en sostener que había tentativa porque el himen estaba intacto de acuerdo a la pericia médica, ya que esa integridad no es prueba suficiente para determinar que el acceso carnal no se ha verificado, pues existen ciertos hímenes llamados complacientes que permiten el acceso carnal sin desgarrarse.

Tampoco interesa para que haya acceso carnal la existencia o no de la *seminatio intra vas*, ya que puede considerarse consumado el acceso carnal aunque no se haya producido la eyaculación. Basta, repetimos, con que haya existido una introducción del miembro viril por incompleta o imperfecta que sea.

En este orden de ideas existen numerosos fallos que siguen tal posición: “La norma del artículo 119 del Código Penal se estructura

²⁶ NÚÑEZ, ob. cit., p. 248.

²⁷ Conf. MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos*, Tea, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 420; ODERIGO, M., *Código Penal anotado*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1957, p. 162; FRÍAS CABALLERO, ob. cit., p. 277.

²⁸ Fallo publicado en L. L. XV-818.

en función del sentido de los vocablos acceso carnal como entrada del órgano genital en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal. Quienes postulan una simulación entre tal contenido conceptual y el coito vulvar o vestibular, por la razón que fuere, exorbita el principio de legalidad”²⁹.

“Para la consumación de la violación no es exigible la perfección del acceso carnal ni la desfloración de la mujer, bastando con la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la mujer...”³⁰
 “Al sancionarse el actual texto del artículo 119 del Código Penal, de cuyo propio sentido gramatical y lógico dimanaban notables diferencias con los textos anteriores, pasó a ser delito de violación únicamente el ‘acceso carnal’, perdiendo virtualidad toda conducta que solamente pudiera calificarse como ‘aproximación sexual’. Sin embargo, para sostener que el coito vulvar o vestibular es aprehendido por la figura, se hace tabla rasa con el nuevo texto, y resucitando el derogado, se extiende ilegalmente la descripción típica”³¹.

La discrepancia existe sobre el lugar donde el órgano masculino debe introducirse en el cuerpo de la víctima.

No hay dudas de que, con respecto a las dos primeras –vaginal y anal–, el artículo 119 del Código Penal establece que el acceso carnal sea con “persona de uno u otro sexo”, con lo cual no hay base legal para una postura restrictiva, toda vez que la penetración del órgano masculino puede serlo en el cuerpo de una persona del mismo sexo. Habrá violación, entonces, si el acceso es por vía vaginal o rectal, en contra de la voluntad de la víctima³².

Empero, la discusión más importante es si el concepto de acceso carnal comprende a la penetración por vía bucal (*fellatio in ore*) y, en consecuencia, si tal conducta encuadra dentro de la figura típica de violación o si dicha acción se desplaza hacia el abuso deshonesto –artículo 127 del Código Penal–.

²⁹ Cám. 3ª Crim. y Corr. de La Plata, sala III, causa P. 59.445, RSD-63-80, S. 19-6-80, “E. A. s/Violación”.

³⁰ Cám. 3ª Crim. y Corr. de La Plata, sala III, causa P. 59.445, cit. en nota anterior; Cám. Nac. Crim., sala I, 15-9-92, “Marín, C.”, causa 41.369, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1992, Nº 3.

³¹ Ídem nota 29.

³² NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 249; CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 243.

La doctrina y jurisprudencia no se han puesto de acuerdo sobre el punto. Una primera posición afirma que la introducción del miembro masculino, por vía bucal, no encuadra dentro de la figura de violación sino, por el contrario, en la de abuso deshonesto³³. Así por ejemplo se ha dicho, por parte de la jurisprudencia, que: “La *fellatio in ore* o coito oral no configura el delito de violación sino el de abuso deshonesto. El acceso carnal, fórmula empleada por nuestra ley, no puede ser tan distinto que admita a través de una interpretación jurídica confundir la función orgánica genital, posible en forma normal a través de la receptividad vaginal y en forma anormal por la anal, pero nunca por la bucal...”³⁴

Esta posición tiene a su principal defensor en nuestra doctrina en Núñez, quien funda su posición tanto en razones científicas como en los propios antecedentes legislativos³⁵.

En cuanto a los antecedentes legislativos se afirma que Tejedor recurrió al concepto de sodomía de *Las Partidas* que expresaban en el proemio, Título 21, página 7, como inversión sexual. Decían *Las Partidas* que “Sodomítico dizen al pecado en que caen los omes yaziendo unos con otros, contra natura, e costumbre natural”³⁶. Además el artículo 129 del Código de 1886, al igual que la ley española, se refería a la sodomía como concubito del hombre con hombre³⁷. Además Núñez afirma que estos antecedentes se basan en razones científicas, ya que “si bien el ano no es el órgano destinado por la naturaleza para ser el vaso receptor de la penetración copular natural, por poseer, lo mismo que la vagina, glándulas de evolución y proyección erógenas, en su contacto con el órgano masculino cumple, aunque antinatural-

³³ GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, p. 87; NÚÑEZ, ob. cit., p. 249; CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 245.

³⁴ Cám. Nac. Crim., sala IV, 2-8-83, “Blanco, Néstor”, causa 27.523, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1983, N° 4, julio-agosto, p. 158; sala VI, 5-6-81, “Pérez, C. A.”, causa 7173, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1981, p. 136; ídem, 26-4-89, “Tiraboschi, J.”, causa 17.415, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1989, N° 2; sala I, 7-4-82, “Longo, E.”, causa 25.989, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1982, N° 5, septiembre-octubre, p. 206.

³⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 248-249.

³⁶ Cit. por NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 249.

³⁷ Ídem nota anterior.

mente, una función semejante a la que realiza la vagina. Esto no ocurre con la boca, agrega Núñez, la cual careciendo de este tipo de glándulas no resulta apta como elemento constitutivo del concúbito, aunque por resortes psicológicos y mecánicos sirva para el desfogue libidinoso del actor y del paciente. La boca como los senos o cualquier otra parte del cuerpo humano que no sea la vagina o el ano, resulta así incapaz de generar coito, aunque sea anormal³⁸.

Carmona Salgado en España afirma que la *fellatio* no debe integrar el delito de violación, ya que no cabe hablar en sentido estricto de acceso carnal y sólo impropriamente de penetración, ya que la boca no es un órgano de dicha naturaleza, aunque pueda operar como sustitutivo para ello. Se trata más bien de una forma de masturbación; al igual que el denominado coito *inter femora* forma parte del artículo 430, en concordancia con la doctrina italiana³⁹.

La posición contraria, es decir la que admite la violación consumada por la *fellatio in ore*, no encuentra diferencia entre el coito oral y cualquier otra penetración *contra natura*; debido a que el criterio jurídico del acceso carnal ha sido entendido como actividad directa de la libido, natural o no, en la que exista una penetración del órgano genital del autor, que puede representar el coito o cualquier forma degenerada de éste⁴⁰. Esta posición está reflejada por los fundamentos de la sentencia del Tribunal Superior de Córdoba⁴¹. Allí se afirmó que el artículo 119 había receptado la sodomía que estaba castigada por el artículo 129 del Código Penal de 1886, el cual también incluía el coito *in ore*, según lo demuestra la mención que hace Tejedor en su curso de la Bula de Pío IV de 1568⁴².

No hay duda a nuestro juicio de que el concepto de acceso carnal no abarca la *fellatio*. A los argumentos antes enunciados se pueden agregar las consideraciones del Derecho alemán que directamente habla de coito, con lo cual se excluye directamente tal concepto. De todas formas, el confuso panorama existente hace que, a nuestro juicio, se

³⁸ Ídem, ps. 249-250.

³⁹ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 246.

⁴⁰ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 64.

⁴¹ Fallo del 31-5-48, L. L. 51-917.

⁴² NÚÑEZ, ob. cit., p. 249.

deba hacer una reforma sobre este tipo de delitos que aclare la situación a los fines de respetar el principio de legalidad y evitar la analogía. Es lo que ha ocurrido en España, tal como afirma Canció Melía, con referencia al nuevo Código Penal –de allí nuestra cita– en el que se distingue el acceso carnal como sinónimo de penetración por un hombre en la esfera genital de una mujer de la penetración por vía bucal o anal. Con lo cual se abandona la utilización del término acceso carnal como concepto global para las distintas clases de penetración⁴³.

b) *Sujeto activo*

Existe también discrepancia acerca de quién puede ser autor material, ya que se afirma que únicamente lo puede ser el hombre, habida cuenta de que se trata de un delito de propia mano. Consecuente con esta idea, sujeto activo sólo puede ser un hombre, ya que es el que posee, como es obvio, el miembro viril, que sirve para la penetración. En el caso de la mujer el tema pasa por la imposibilidad de acceder carnalmente a otra persona, esto es, la incapacidad de penetrarla, aunque Núñez afirma que esto sería posible en el caso de una deformación del órgano sexual de la mujer (clítoris hipertrofiado)⁴⁴.

El problema se suscita en los casos en que la mujer actúe como autor mediato, esto es, valiéndose de un inimputable o de alguien que actúe con error. En estos casos si la violación es un delito de propia mano, no podrá tipificarse el artículo 119 del Código Penal. Si por el contrario no se tratara de este tipo de delitos la cuestión cambiaría y tanto podría ser autor el que ejerce la violencia sobre la persona como quien realiza el acceso carnal. De admitirse esta hipótesis, quien ejerce la violencia sobre la víctima, como el autor detrás del autor, será considerado autor idóneo.

Núñez ha mantenido una posición intermedia, ya que si bien afirma que sólo el hombre puede ser autor del delito de violación, basado en que conceptualmente sólo el hombre penetra, sumado a lo expresamente dispuesto por el artículo 120 del Código Penal que únicamente admite

⁴³ CANCIO MELÍA, en *Comentarios al Código Penal, de Rodríguez Mourullo y Jorge Barreiro*, p. 523.

⁴⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 250.

la posibilidad de que el hombre sea autor, afirma, así mismo, que la mujer puede cometer la violación de un varón menor de 12 años haciéndose acceder carnalmente con él mediante las debidas excitaciones⁴⁵.

Soler, desde una posición más tradicional en la doctrina argentina, afirma que sólo el hombre es autor, y que "una mujer puede cometer actos impúdicos como sujeto activo, pero esos actos serán ultrajes al pudor o serán corrupción..."⁴⁶

A nuestro criterio la cuestión reside en descifrar si a este tipo de delitos se los puede conceptualizar como de propia mano, que son aquellos tipos penales concebidos, conforme a su contenido de ilícito, de tal modo que sólo puede ser autor de ellos quien esté en condiciones de llevar a cabo por sí e inmediatamente la acción prohibida⁴⁷. Son delitos de actividad y r.o de resultado, debido a que predomina el desvalor de acción frente al desvalor de resultado. El resultado es predominantemente neutro frente al derecho y el desvalor se constituye porque al autor le está prohibida la acción. Los terceros que no participen de ese círculo sólo podrán ser cómplices del autor principal, pero no coautores o autores mediatos.

Para Maurach y Zipf⁴⁸ pertenecen a esta categoría de delitos los llamados carnales, como ser el delito de incesto. Pero expresamente se afirma que la violación del par. 177 del Código Penal alemán no es un delito de propia mano, toda vez que se puede dividir la fuerza que es aplicada por una persona y la penetración que puede serlo por otra⁴⁹. Sobre la base de ello se soluciona, como violación, el caso de la madre celestina que presenta como remilgos la seria resistencia de la doncella, colaborando en vencer esa resistencia⁵⁰. Desde esta posición, la mujer puede ser coautora de la violación de otra mujer, ya que no se trata de un delito de propia mano, en el caso de colaborar

⁴⁵ Ídem nota anterior.

⁴⁶ SOLER, ob. cit., t. III, p. 309.

⁴⁷ MAURACH y ZIPF, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, § 21, y t. II, p. 368; DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. II, p. 84.

⁴⁸ MAURACH y ZIPF, *Derecho Penal. Parte general* cit.

⁴⁹ SCHÖNKE, SCHRÖDER y LENCKNER, § 177; WELZEL, *Deutscher Strafrecht*, p. 433.

⁵⁰ MAURACH y ZIPF, ob. cit., t. II, p. 368, § 21.

sosteniendo a la víctima, o utilizando a un hombre inimputable para consumir el hecho; problema que en la teoría clásica no había podido solucionarse al afirmar que la violación era un delito de propia mano.

c) *Sujeto pasivo*

El artículo 119 admite como sujeto pasivo a “persona de uno u otro sexo”, bastando, al decir de Soler, que se trate de una persona, agregando Núñez que sólo puede serlo una persona con vida. Debe descartarse, en consecuencia, el acceso carnal sobre un cadáver (necrofilia) o un animal (bestialidad), por no revestir las mismas tal carácter de “persona” definido por el Derecho⁵¹.

En el Proyecto Tejedor y en el Código Penal de 1887 el sujeto pasivo de este delito sólo podía ser la mujer. El Proyecto de 1891 modificó el sistema introduciendo la expresión “persona de uno u otro sexo” para referirse al sujeto pasivo.

Hay dificultades en lo referente al sujeto pasivo en algunos casos debido a que la doctrina argentina no ha manejado un concepto correcto del bien jurídico protegido. La cuestión radica en solucionar determinados casos en los cuales el sujeto activo está en condiciones de exigir el acceso carnal al otro y, ante la negativa de éste último, logra dicho acceso mediante la violencia o abuso. Dicha situación puede manifestarse en el matrimonio, en el concubinato y en la prostitución.

Parte de la doctrina se inclina por sostener que, en la medida en que el sujeto activo tenga derecho a exigir el acto sexual no podría darse el tipo de la violación⁵², debido que el sujeto pasivo estaría obligado o habría prestado su consentimiento para ser accedido carnalmente. Lo expuesto ocurre tanto en el caso de la esposa, quien dentro de las obligaciones matrimoniales tiene las del débito conyugal, como de la concubina, ya que la cohabitación implica la realización del acto sexual; como también la prostituta, debido a que el aceptar dinero o encontrarse en un prostíbulo importa el ofrecimiento de su cuerpo por un determinado precio y más aún si recibió la suma estipulada.

⁵¹ SOLER, ob. cit., t. III, p. 343; NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 251.

⁵² NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 252; SOLER, ob. cit., t. III, p. 309.

La corriente doctrinaria opuesta sostiene que al ser el bien jurídico la libertad, la negativa de la mujer en estos casos lleva a que se tipifique el delito de violación.

c.1) *El matrimonio*

Atento a lo regulado por la ley 23.515 en sus artículos 198 y siguientes, podemos colegir que el vínculo matrimonial crea entre los cónyuges ciertos derechos y obligaciones entre los que se encuentra el derecho del marido y el deber de la mujer al acceso carnal.

Con relación a ello, Belluscio dice sobre el débito conyugal que: “No lo alude la ley argentina pero no se puede dudar de su existencia, deber que hace al cumplimiento de fines esenciales de la unión de la pareja humana –como son la satisfacción del instinto sexual y la perpetuación de la especie– y que justifica la sujeción al deber de fidelidad. Por lo tanto, aun no expresado específicamente en los textos legales, el débito conyugal existe y su incumplimiento injustificado puede fundar sanciones civiles”⁵³. Sobre la base de ello la doctrina ha sostenido que “el marido tiene derecho a exigirle a la esposa el acceso carnal natural (acceso vaginal), y su violencia o abuso para poseerla no lo vuelven reo de violación, aunque lo responsabilicen por los delitos que pueda consumir (lesiones) e importen un ejercicio arbitrario de su derecho”⁵⁴.

Parte de la doctrina hace una diferencia entre acceso carnal natural, es decir por vía vaginal, por una parte, y el acceso carnal anormal o anal, por la otra. En el primer caso, el marido tiene derecho a exigirle el acceso carnal a la esposa y la violencia ejercida sobre ella para consumir el acto no constituirá violación. Ello sin perjuicio de otros tipos penales, tales como lesiones, amenazas, etcétera. En cambio si el acceso fuera por vía anal, como no está dentro del débito conyugal tipifica el delito de violación⁵⁵. Sería ésta, aunque no se lo dice expresamente, una causal de justificación a favor del esposo, ya que actuaría en ejercicio legítimo de un derecho. Gimbernat ha sostenido

⁵³ BELLUSCIO, Augusto, *Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 386.

⁵⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 252.

⁵⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 252.

que la conducta ni siquiera sería típica, aunque podría encuadrar dentro del delito de coacciones.

Otra circunstancia a analizar es si el acceso carnal violento constituye violación cuando la esposa se opone basándose en razones profilácticas (en caso de Sida) o fisiológicas. Soler⁵⁶ responde a ello afirmativamente si la oposición de la esposa es legítimamente fundada con el fin de evitar el contagio de un mal.

En nuestra opinión, el artículo 119 del Código Penal es preciso al referirse a que el sujeto pasivo puede ser “persona de uno u otro sexo”, no imponiendo excepciones a las relaciones matrimoniales o concubinarias; por lo que no es dable suponer que las relaciones conyugales constituyan una excepción a la figura. En consecuencia, frente a la negativa de la mujer de cumplir con el débito conyugal, el marido –sin perjuicio de la vía judicial para intentar las sanciones civiles previstas, como ser el divorcio– será responsable del delito de violación si media ejecución del acto sea por medio de la fuerza –por vía normal o anormal o por razones profilácticas– y en contra de la voluntad de la víctima. Ello fundamentalmente se basa en la prevalencia de la libertad individual de la víctima en el campo sexual, en cuanto a su consentimiento –o libertad– de mantener trato sexual con arreglo a su querer libre y consciente, eliminando todo ataque violento por parte del autor que avasalle la íntima y libre decisión de la cónyuge. Además, el débito conyugal no está regulado como institución jurídica, más allá de las afirmaciones de nuestros civilistas, y es por ello incompatible el recurso a la violencia, ejercicio de un derecho mediante, que no existe⁵⁷. Y si se reconociera el derecho del esposo al débito conyugal tampoco ello lo habilitaría a actuar mediante violencia, ya que ningún derecho puede hacerse valer abusivamente.

A iguales conclusiones se debe llegar en el caso de separación de los cónyuges, en virtud de que ello implica separación de cuerpos y desaparición del débito conyugal.

La tendencia jurisprudencial sostiene que mediando divorcio o separación de hecho el acceso carnal logrado con violencia o abuso

⁵⁶ SOLER, *ob. cit.*, t. III, p. 309.

⁵⁷ CARMONA SALGADO, *ob. cit.*, p. 263.

constituye también el tipo penal de violación, al margen de que los cónyuges hayan dejado de cohabitar.

c.2) *El concubinato*

La opinión de la postura negativa de la existencia de violación cuando el acceso carnal se llevara a cabo mediante abuso o violencia, ante la negativa de la esposa, entiende que si bien no existe un derecho legal del hombre de acceder a la mujer, la situación de concubinato hace presumir el consentimiento de ésta.

Sin embargo consideramos, tal como se ha analizado en el supuesto de la mujer casada, que la falta de voluntad de la mujer de realizar el acto sexual y su consumación mediante violencia, colocan al concubino dentro del tipo penal de violación, toda vez que el bien jurídico lesionado es la libertad sexual.

c.3) *La prostituta*

No hay problema para resolver la cuestión en cuanto a la violación de la mujer prostituta (se incluye al hombre), habiendo definido el bien jurídico como un atentado a la libertad sexual del sujeto pasivo. A lo sumo se podrá discutir el error del autor, ya que puede presumir el consentimiento en el caso de que la mujer realice su trabajo en algún lugar especial. La polémica que se había planteado con relación a si la prostituta podía ser sujeto pasivo del delito de violación carece en la actualidad de razón de ser. Recuérdese que el error doctrinal se debía a que se sostenía que el bien jurídico era la honestidad, y como la prostituta no lo era luego no podía ser sujeto pasivo de tal delito⁵⁸.

De todas formas la diferenciación que se hace en dos supuestos, esto es la meretriz que ejerce su labor en un prostíbulo bajo reglamentación y la mujer que ejerce la prostitución en la calle y no se encuentra en la situación precedente, no tiene relevancia a los efectos de la tipicidad objetiva. Ahora bien, en el primer caso, el hombre que cumplió el pago exigido y luego ante la negativa de la mujer la accede violentamente, si bien el tipo objetivo se habrá cumplido la discusión

⁵⁸ Ídem, p. 262.

puede residir en si el autor no habrá podido actuar en base a un error, que tanto puede ser de tipo como de prohibición y según sea la violencia que emplee.

De todas formas, y como regla general, se puede afirmar que ante la ejecución forzada del acceso carnal estaremos en presencia del delito de violación, ya que se trata en el fondo de una obligación de hacer y tampoco sería jurídico aceptar que es lícita la conducta de llevar por la fuerza a su casa al pintor que no cumple con el objeto de que realice el trabajo. A ello se debe agregar que además del ataque a la libertad del pintor, en nuestro caso existirá un ataque a la libertad sexual y éste sin duda es el centro de la cuestión.

d) *Modalidades de la violación. Las acciones típicas*

d.1) *Abuso de situación*

Parte de la doctrina⁵⁹ sostiene que las situaciones enunciadas en los dos primeros incisos –esto es, cuando la víctima fuere menor de 12 años y cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistir– son casos de acceso abusivo, pues el autor accede a la víctima aprovechándose de determinadas circunstancias que excluyen la posibilidad del sujeto pasivo de dar un consentimiento válido debido a una deficiencia en la comprensión del sentido del acto.

Otros autores⁶⁰ consideran que la figura de violación reviste dos formas fundamentales: violencia verdadera y violencia presunta. La primera es aquella contenida en la ley, cuando el acto se comete en las circunstancias que establecen los incisos 1º y 2º del artículo 119 del Código Penal. Con ello se equipara a la violación cometida con violencia física, la realizada con un menor de 12 años o cuando el sujeto pasivo se hallare privado de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa se encuentre imposibilitado de resistir.

Cuando se viola a un menor de 12 años o a una persona privada de sentido o razón mal puede hablarse de violencia o resistencia, dado

⁵⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 253.

⁶⁰ SOLER, ob. cit., t. III, p. 310.

que, en el caso del menor, puede existir consentimiento que anule la violencia, y en el otro, la falencia de esas facultades impide hablar de oposición⁶¹.

En realidad la ley sanciona estas formas de acceso carnal en consideración a las condiciones objetivas del sujeto pasivo, respecto de quien, por esas mismas condiciones, su consentimiento es irrelevante. Entonces no es esencial en estos casos el uso de la violencia física, que aunque puede acompañar el acto de no hacerlo queda éste igualmente configurado dentro de los supuestos contemplados en los dos primeros incisos.

La violencia real es la contemplada por el inciso 3º del artículo 119, que establece que el delito de violación se tipifica cuando se usare “fuerza”, entendiéndose por ella al acto que se comete venciendo una oposición por parte de la víctima que haga desplegar al autor la energía física necesaria para ello.

d.2) *Víctima menor de 12 años (art. 119, inc. 1º)*

Habrà violación si la víctima fuere menor de 12 años. La criminalidad del acceso carnal reside en la falta de madurez mental de este menor para entender el significado fisiológico y social del acto sexual en el sentido cultural, situación de la que el sujeto activo se aprovecha y abusa para lograr realizar el acto sexual.

La ley presume *juris et de jure* la falta de conocimiento por la edad y voluntad de la víctima y por ende la imposibilidad de prestar consentimiento para el acto. No es que la ley presuma la falta de capacidad de consentimiento del menor, sino que la presunción es sobre la validez del consentimiento jurídico⁶². Es, como afirma Núñez, una presunción basada en razones de cultura y no de aptitud sexual propiamente dicha⁶³.

En el caso de que el menor, además, haya sido violentado, concurrirá no sólo la circunstancia del inciso 1º sino también la del inciso 3º, y aunque no existe un agravamiento por ese motivo no hay duda

⁶¹ URE, ob. cit., p. 30.

⁶² CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 260.

⁶³ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 254.

de que habrá un mayor injusto, que deberá ser tenido en cuenta a los efectos de la culpabilidad del autor y, por ende, del monto de la pena.

Gómez señala que todos los Códigos han tipificado el acoplamiento sexual cometido con mujer menor de 12 años, sin fuerza ni intimidación y sin que la víctima se encuentre privada de razón o de posibilidad de resistir, pues a pesar de que la niña “deje hacer” al autor no consiente el coito, ya que no se puede consentir lo que se desconoce. La edad de 12 años no ha sido caprichosamente establecida por las leyes; la menor es considerada una impúber, por lo tanto al ignorar el deseo sexual no puede acceder o consentir un acto en el cual éste juega un papel básico⁶⁴.

d.3) *Víctima privada de razón (art. 119, inc. 2º)*

La persona que se encuentra “privada de razón” es aquella que no posee la capacidad de comprender, en este caso, el significado del acto sexual.

Dicha situación se diferencia del supuesto del menor de 12 años porque en éste, a los efectos de apreciar la capacidad de la víctima, deberá determinarse su edad sin examen de su capacidad real de comprensión, en tanto que la falta de razón exige que ello se averigüe⁶⁵. Núñez⁶⁶ sostiene que es necesario que se trate de un trastorno de las facultades semejante al que produce la inimputabilidad delictiva. Dentro de este contexto se podrían incluir todas las anomalías o deficiencias idóneas para perturbar las capacidades cognoscitivas, valorativas y ejecutivas del sujeto afectado, tales como las psicosis y oligofrenias graves. En síntesis, se debe remitir a nuestro concepto del artículo 34, inciso 1º, Código Penal, especialmente a la idea de la comprensión de la criminalidad del acto⁶⁷.

Distinto trato deberá darse en esta hipótesis al “consentimiento” respecto del caso del menor de 12 años, toda vez que este último nunca estuvo en condiciones de consentir válidamente tal acto; en cambio, en los casos en que se compruebe que durante un intervalo

⁶⁴ GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. III, ps. 89 y ss.

⁶⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 255.

⁶⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 255 y t. II, ps. 36 y ss.

⁶⁷ DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. II, ps. 224 y ss.

lúcido el sujeto pasivo prestó consentimiento para que se consumara el acceso carnal y luego perdió la razón, se considera que el incapaz consintió en plena capacidad. No obstante, para que la violación se entienda consentida el acceso carnal debe concordar sustancialmente con el asentimiento otorgado.

La razón de la punición reside en el abuso de la situación de la persona privada de razón, por ello no alcanza que el sujeto pasivo esté en esas condiciones, sino además que el autor abuse de la situación. Por ende, el autor debe saber el estado de la víctima y querer realizar el acto sexual aprovechándose de tal situación⁶⁸. Si esto es así no habría dificultad en aceptar que estas personas tengan relaciones sexuales, ya que de lo contrario se las estaría condenando a una especie de abstención sexual perpetua.

d.4) *Víctima privada de sentido (art. 119, inc. 2º)*

También en este caso el autor se aprovecha del estado de la víctima, la cual se encuentra privada de sentido para comprender el acto. Esto supone la carencia o grave perturbación de las facultades cognoscitivas y volitivas de la víctima, por razones no patológicas⁶⁹.

Son casos que la doctrina y la jurisprudencia han conceptualizado como formas de pérdida o trastorno de la consciencia, que le impiden a la víctima comprender la significación de su acto. Se puede ejemplificar: sueño, ebriedad total, desmayo, sonambulismo, etcétera.

También este estado debe ser aprovechado por el autor, habida cuenta de que rigen las mismas razones que hemos dado para las personas privadas de razón.

Como dato de interés se puede traer la opinión de Carrara⁷⁰ sobre la mujer ebria o dormida. "...El sueño o la ebriedad de la mujer, afirma, no agotan por sí sola la materialidad de la violencia, que exige siempre una voluntad contraria; constituye una mera presunción de violencia que debe ser completada con la prueba directa de esa voluntad contraria. Es decir, cuando se comprueba que la mujer de quien se abusó mientras

⁶⁸ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 256.

⁶⁹ Ídem nota anterior, p. 254.

⁷⁰ CARRARA, ob. cit., t. IV, § 1516.

se encontraba en ese estado, habría consentido al encontrarse en el libre ejercicio de su entendimiento o voluntad, no hay delito punible...”

Está claro que el tipo no requiere que el autor haya puesto a la víctima en estado de inconsciencia por el uso de hipnóticos o narcóticos, ya que lo aludido hace al empleo de violencia y nos encontraremos entonces ante la hipótesis del inciso 3º del artículo en estudio.

En consecuencia, en los casos en que el acceso carnal se obtiene sin el consentimiento de la víctima mientras ella se halla sumida en el sueño, se configura la violación por la falta del consentimiento y la imposibilidad de la resistencia.

d.5) *Víctima imposibilitada de resistir el acto (art. 119, inc. 2º)*

Este supuesto es aquel caso en el cual la víctima puede comprender la criminalidad del acto pero no puede oponerse materialmente a la ejecución del mismo. La ley pone como causa de la imposibilidad de esta resistencia a la enfermedad, entendida como una alteración activa orgánica funcional.

En esta hipótesis la víctima puede comprender la criminalidad y el sentido del acto, pero se encuentra impedida materialmente para oponer su falta de voluntad, por una ineptitud física que no le permite resistirse, debiendo distinguirse perfectamente del caso en que la resistencia ofrecida debilita las fuerzas del sujeto pasivo, aun cuando en principio el actor haya debido vencer esa oposición, poderosa antes, débil ahora⁷¹.

Tal imposibilidad física para repeler el acto sexual debe ser total, toda vez que ante la mínima fuerza que practique la víctima para resistir la acción del autor, que incite al sujeto activo a la utilización de violencia para vencer tal resistencia, estaremos frente a la hipótesis del inciso 3º del artículo 119 del Código Penal.

Al referirse la ley en este apartado a “enfermedad” como causal, debe entenderse por tal cualquier proceso patológico orgánico-funcional que le impida al sujeto pasivo oponer resistencia al acto sexual de acuerdo a su voluntad (por ej.: parálisis, hemiplejía, estado febril, etc.).

⁷¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 258.

Un impedimento psíquico que excluya la reacción física adecuada de la víctima por incomprensión del acto, cae en la hipótesis de falta de razón o de sentido.

Cuando la norma hace referencia a “cualquier otra causa” quiere decir cualquier situación que imposibilite al sujeto pasivo a oponerse físicamente, ya sea por falta de capacidad física (secuela de parálisis) o de reacción (persona atada); o que burle el ejercicio de ella (ginecólogo que accede mediante fraude a su paciente, aparentando tacto vaginal)⁷².

Basta solamente con que la víctima carezca del poder de resistencia al acto, aun cuando dicha imposibilidad haya sido causada por personas ajenas al autor y que éste se aproveche de ella, para incluir su conducta en el tipo de violación.

Finzi⁷³ cuenta el caso del médico que engañó a la paciente simulando un tacto vaginal y tuvo acceso a ella mientras se encontraba en posición ginecológica.

También se puede agregar como ejemplo el caso de la campesina que, con objeto de una broma por parte de sus compañeras que la dejaron atada sobre un fardo de pasto, fue sorprendida por un cazador del cual no pudo defenderse.

Se exige el dolo del autor y el aprovechamiento de la situación de la víctima.

d.6) *Uso de fuerza (art. 119, inc. 3º)*

Cuando la ley habla de fuerza debe entenderse el empleo de violencia material, esto es energía física aplicada por el autor sobre la víctima o en su contra con el fin de anular o vencer su resistencia y con ello tener acceso carnal. Si bien la fuerza puede ser irresistible es suficiente con que sea eficaz para doblegar la voluntad de la víctima⁷⁴.

El acceso carnal se logra violentamente cuando su realización

⁷² Ídem nota anterior.

⁷³ FINZI, *Violación alevisa*, en *Revista Jurídica de Córdoba*, 1949, p. 363.

⁷⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 260; CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 248; SOLER, t. III, § 97.

supone la resistencia física consciente de la víctima y su vencimiento por el autor del hecho. Entre la violencia y resistencia debe mediar una relación de oposición respecto del objetivo sexual del autor⁷⁵.

Quedan comprendidos dentro del concepto de violencia, por disposición del artículo 78 del Código Penal, todos los casos en que se han utilizado medios hipnóticos o narcóticos.

La “fuerza” es una violencia material consistente en una energía física, animal, mecánica o de otra naturaleza ejercida por el autor o por un partícipe sobre la víctima, con el propósito de lograr el acceso carnal.

También constituye “fuerza” la desplegada por el autor sobre la mujer que consiente el acto carnal cuando es utilizada para lograrlo por vía distinta de la aceptada, como sería el caso de la prostituta que habiendo accedido al trato sexual es forzada por su cliente para realizar el acto vía anal.

La resistencia constituye un elemento fundamental para estimar la existencia de violencia física. Deberá entonces analizarse en cada caso si la voluntad contraria de la víctima, exteriorizada mediante actos, fue vencida por el empleo de la fuerza física. Ésta deberá ser bastante como para vencer una resistencia seria y constante. No se requiere el empleo brutal de ella, ni una resistencia heroica de la víctima, bastando que sea capaz de sujetar e inutilizar la resistencia de una persona común.

La fuerza ha de tener un significado eminentemente físico o material, resultando idónea para vencer en cada momento y según las circunstancias concurrentes en el caso concreto la voluntad de la víctima. Tampoco la fuerza debe durar durante todo el tiempo del delito, bastando que se manifieste en su inicio, ya sea previa o coetánea⁷⁶.

Entre la violencia ejercida en contra de la víctima y el acceso carnal debe haber una relación causal, aunque es posible el aprovechamiento de la fuerza de otro para realizar el acceso carnal⁷⁷.

Esto nos lleva al tema básico en el delito de violación, esto es,

⁷⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 259.

⁷⁶ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 248.

⁷⁷ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 249; NÚÑEZ, ob. cit., p. 261.

la resistencia de la víctima. En principio se puede afirmar que no es posible exigir a la mujer, como ejemplo, que se convierta en una heroína dispuesta a defender su honra hasta con su vida, tal como se verá más adelante.

Puede darse la situación en que el autor hace ingerir a la víctima estupefacientes con el fin de disminuir o anular la resistencia que ésta pudiere oponer. El ofrecimiento y aceptación de la droga no quita el carácter delictivo pues el autor se valió de la debilidad de la víctima o sabía que la oposición de resistencia iría desapareciendo suministrando estupefacientes. Ésa fue entonces la finalidad buscada por el autor para acceder carnalmente al sujeto pasivo, haciéndole perder a este último identidad, lo cual le permitió obtener ventajas que, de otro modo, no habría logrado.

d.7) *Acceso logrado mediante intimidación*

La intimidación es todo acto de violencia moral idóneo para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo en forma tal que éste se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone. Se trata de la violencia moral o vis compulsiva, que consiste en la amenaza de un mal futuro que el autor profiere a la víctima. El temor debe ser razonado y tener un fundamento, ya que es requisito básico de la amenaza.

Representa la amenaza de sufrir un mal grave, injusto, determinado, posible, futuro y dependiente de la voluntad del autor, que podrá recaer sobre cualquier bien, persona, o interés del sujeto pasivo. El anuncio del mal debe ser de tal magnitud que intimide a la víctima y que le infunda un miedo que doblegue la resistencia.

La amenaza, según un grupo de autores, debe ser inmediata o inminente con relación a la situación de peligro para la víctima, de modo que no se dará el delito si dicha circunstancia temporal no ocurre⁷⁸. Otro grupo de autores admite que el mal amenazado sea futuro, teniendo en cuenta las circunstancias del caso⁷⁹. Núñez, si

⁷⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español*, en *Estudios de Derecho Penal* cit.; CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 252.

⁷⁹ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 252.

bien no se pronuncia de una manera tajante, afirma que “el mal a producir sea de inmediato o luego”, bastando que la amenaza haya producido efecto en la víctima⁸⁰.

Habida cuenta la pena prevista para el delito, seis a quince años de reclusión o prisión, la amenaza debe ser de cierta gravedad, tesis sustentada por Gimbernat Ordeig. Sin embargo, tampoco es irrazonable la posición de Muñoz Conde que afirma que no debe olvidarse la posición concreta de la víctima, postura ésta que pareciera ser la seguida por Núñez al decir que la amenaza de un mal que para algunas personas puede ser grave, no lo es para otras. Y esto tiene que ver con la psiquis de cada persona, sus miedos, su condición cultural, etcétera. Piénsese por ejemplo, en el caso de una mujer que crea firmemente en que cierto juego de naipes tiene consecuencias funestas para sus hijos, y frente a esta circunstancia accede a la relación sexual, con el solo fin evitar un daño a sus hijos. No se podrá decir que no se ha vulnerado la libertad de la víctima con el fin de tener relaciones sexuales⁸¹.

El mal puede dirigirse a terceros como a la propia víctima. Sólo se podrá discutir si el tercero debe ser o no un vínculo familiar o de otro tipo. La doctrina alemana limitó el caso a la existencia del vínculo, pero no es impensable el caso del sujeto que ponga a una mujer en la alternativa de aceptar la relación sexual, de lo contrario se mata a otra persona. No hay duda de que en estos supuestos la relación no ha sido efectuada con libertad.

e) *La resistencia*

Existe efectivamente resistencia cuando la víctima se opone físicamente a ser accedida carnalmente por el autor, sin ser necesario que sea desesperadamente y que haya vencido todos los esfuerzos. Obviamente dicha resistencia es inconcebible sin la violencia del autor y viceversa. Sin esas dos características, resistencia y violencia, no existe violación.

Sobre este tema ya Carrara⁸² había dicho que en el caso de “...una

⁸⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 263.

⁸¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 263; CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 253; GIMBERNAT ORDEIG, ob. cit., p. 194.

⁸² CARRARA, ob. cit., t. IV, § 1520.

mujer que al principio resiste de veras, y después concurre voluntariamente al concubito deshonesto, no se produce la figura estudiada. Para que haya violencia carnal la resistencia debe ser seria y constante; seria es decir, no fingida para simular honestidad, sino que exprese un querer contrario, y constante, significa mantenida hasta último momento...”

En consecuencia la resistencia deber ser seria, esto es, verdadera, no fingida, que es en última instancia expresión de una voluntad manifiestamente contraria al acto. Debe ser, además, constante, lo que se refiere al tiempo de dicha resistencia con igual grado e intensidad opuesta, no adoptada al principio y luego abandonada. Es de destacar que la constancia en el grado e intensidad debe surgir de la voluntad y no de la fuerza física de la víctima, que lógicamente, irá disminuyendo por el cansancio a medida que se la ejerce. El cesar de la víctima en su accionar, ya sea por agotamiento o temor que el acto inspira, no deberá en ningún caso entenderse como consentimiento⁸³.

En cambio no es resistencia la vergüenza o el pudor que constituye la coquetería, ya que si bien para vencerla hay que usar cierto grado de fuerza, la intención del sujeto pasivo es consentir el acceso, lo cual por no haber voluntad opuesta descarta cualquier tipo de violación.

f) *Consentimiento y exclusión de tipicidad*

La existencia del consentimiento puede traer aparejadas distintas consecuencias según los diferentes casos que presentan los incisos del artículo 119 del Código Penal⁸⁴. De esta manera, en los casos en que las víctimas fueren menores de 12 años (art. 119, inc. 1º), se incurre siempre en violación, sea que la víctima preste o no su consentimiento. La razón es, como lo hemos dicho oportunamente, que la ley considera que dicho consentimiento, en caso de existir, es inoperante por la falta de madurez necesaria de la víctima para discernir el significado y alcance del acto. En virtud de ello, exista o no consentimiento de la víctima, siempre la conducta se encontrará tipificada en el tipo penal en estudio.

⁸³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 260.

⁸⁴ Díez RIPOLLES, José Luis, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 495.

Respecto de la víctima privada de razón (inc. 2º) que presta su consentimiento, el mismo deviene irrelevante pues el sujeto pasivo carecía de las facultades mentales —o las mismas se encontraban alteradas—, circunstancia que le impedía elegir con total libertad y lucidez. En consecuencia, en esta situación, “aun mediando” consentimiento de la víctima existe violación.

Sin embargo, es distinto el caso en que la víctima presta su consentimiento para que se efectivice el acceso carnal durante un intervalo lúcido de ella y luego pierde la razón. Aquí se considera que el incapaz consintió en plena capacidad y, por lo tanto, la conducta no es típica.

En el supuesto en que la víctima se hallase “privada de sentido” (inc. 2º) mal puede otorgar en ese estado de inconsciencia consentimiento válido alguno, razón por la cual estaremos ante la presencia del tipo penal de violación.

Sin embargo, si el autor comienza a acceder carnalmente a la mujer que se encuentra profundamente dormida y ésta despierta inmediatamente y consiente el acto, no habrá violación.

Con relación a la víctima que por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir (inc. 2º) existirá violación si, además de hallarse totalmente imposibilitado de resistir el acto, no quiere que se produzca, no otorga consentimiento para ello. Diferente sería que, a pesar de aquella imposibilidad física, prestara su consentimiento al autor y permita ser accedida. En tal caso no habrá violación.

En cuanto al uso de fuerza o resistencia (inc. 3º) para que haya violación deberá existir una resistencia opuesta por parte de la víctima que implique la falta de consentimiento de esta última ante la acción del autor que intenta efectuar mediante la fuerza o intimidación. Sin embargo si luego de ofrecer resistencia la víctima desiste por agotamiento o por miedo no debe entenderse como consentimiento⁸⁵.

Diferente es el caso en el que no existe resistencia del sujeto pasivo respecto de la fuerza ejercida por el autor, supuesto que entonces no quedará encuadrado dentro del inciso en estudio por carecer de uno de los elementos necesarios: la resistencia que significa falta de consentimiento al accionar del sujeto activo.

⁸⁵ CREUS, ob. cit., p. 194.

2. *Tipo subjetivo*

El delito de violación es en todas sus formas doloso. A nuestro criterio se exige el dolo directo, ya que, sea por el abuso de situación, sea por la violencia o la intimidación, es incompatible cualquier otra clase de dolo, como el indirecto o el eventual. En este sentido es interesante la posición de Díez Ripolles, en el sentido de exigir un elemento subjetivo de lo injusto, que no se identifica con el dolo. Tal elemento subjetivo existe en los delitos de violación, estupro y abuso deshonesto, y consiste en involucrar sexualmente a la víctima, en poder excitarse, satisfacerse sexualmente, e incluso causar algún tipo de displacer⁸⁶. Es que es distinta la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de la tendencia de involucrar sexualmente a la víctima. Hay actos, especialmente en la tentativa, que son equívocos y no se podría distinguir estas acciones de las meramente terapéuticas, en el caso de un ginecólogo, por ejemplo. Por tal motivo, una vez constatado el elemento subjetivo de la finalidad de involucrar es preciso que exista el dolo respecto a la realización de los elementos objetivos del tipo. Ambos unidos configuran el tipo de la violación. Por estas razones, sólo se admite el dolo directo⁸⁷.

En este sentido debe dejarse claro que no se admite la forma culposa. No es ésta la opinión en España, en donde se ha llegado a sostener que es admisible el tipo culposo cuando se trate de una violación de una menor de 12 años por la vía del error vencible sobre un elemento esencial del tipo, en virtud del artículo 6º bis a, del Código Penal, en opinión de Muñoz Conde, Bajo y Orts⁸⁸.

El elemento primordial que conforma el tipo subjetivo es el dolo, entendiéndose por tal el querer dominado por la voluntad de realización del tipo objetivo. En términos más sencillos, es la voluntad de actuar referida al resultado que sustenta la acción⁸⁹.

De esta manera el autor actúa dolosamente cuando conoce el tipo objetivo y entonces se dispone a realizar la acción allí descrita, lo

⁸⁶ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 498.

⁸⁷ Ídem nota anterior, p. 499. Es dudosa la opinión de Creus en cuanto a qué dolo se exige (ob. cit., p. 198).

⁸⁸ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 264.

⁸⁹ DONNA, ob. cit., t. II, p. 89.

que exige una concordancia entre lo que se conoce y lo que se pretende llevar a cabo, con lo cual en casos de error dicha congruencia desaparece, debido a que el componente intelectual del dolo quedará excluido.

Entonces, en el tipo penal en estudio, el sujeto tiene que actuar con dolo que, evidentemente, deberá ser directo, ya que el autor debe saber que la persona es menor de 12 años, está privada de razón o de sentido, o directamente se opone a realizar el acto sexual y el autor quiere hacerlo en base a fuerza e intimidación.

La posibilidad del dolo eventual, según Núñez, se admite sólo en lo que atañe al conocimiento de la situación de la que el autor abusa o de la resistencia que se le opone⁹⁰.

En el supuesto de personas privadas de razón o de sentido, y en los demás casos de personas imposibilitadas de resistirse, es necesario también que el autor tenga conocimiento de esa situación y se aproveche de ella.

Lo mismo ocurre cuando la víctima fuere menor de 12 años. Como expresa Molinario⁹¹, no es cuestión de revisar documentos de identidad sino de lo que razonablemente puede apreciarse por el aspecto personal. Sin embargo, se han dado casos en los que la edad que representa la víctima es bien diferente de la real. Estos errores de tipo pueden producir dificultades, las que se han reflejado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

a) *Problemas referidos al error*

Cuando Roxin trata el tema del error de prohibición da como ejemplo clásico el del sujeto que mantiene relaciones sexuales con una mujer enferma mental y no sabe en absoluto de esa prohibición⁹². Más adelante da el caso del Tribunal Federal alemán que sostuvo que había error de prohibición invencible en el caso donde dos labradores habían tenido relaciones sexuales con una mujer enferma mental y esterilizada, sin tener absoluta conciencia de la prohibición de dichas

⁹⁰ NÚÑEZ, ob. cit. t. IV, p. 265.

⁹¹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 430.

⁹² ROXIN, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, § 21, p. 871.

relaciones. Afirma Roxin que “Si los sujetos no tuvieron en modo alguno dudas, si además creían moverse en un ámbito privado no regulado jurídicamente y, en vista de asentimiento de la mujer, tampoco tenían conciencia de perjudicar, no existió para ellos ningún motivo para reflexionar sobre una posible antijuridicidad de su conducta”⁹³.

Es preciso analizar la posibilidad de que un sujeto mantenga acceso carnal con mujer menor de 12 años, en la creencia de que se trata de una mujer mayor de esa edad y menor de 15 y honesta⁹⁴.

En este caso, respecto de un tipo penal de violación –artículo 119, inciso 1° del Código Penal– falta el dolo, pues el autor cree que la mujer es mayor de 12, y con relación al delito de estupro –artículo 120– no concurre un elemento objetivo que se supone requerido por tal figura: la víctima no supera los 12 años de edad.

Las decisiones judiciales han dado diversas soluciones al problema concluyendo desde la atipicidad del hecho⁹⁵, pasando por la solución de que debido al error del autor la conducta encuadra en el delito de violación⁹⁶, hasta que, no obstante la edad de la menor, el hecho encuadra en la figura de estupro⁹⁷.

La *atipicidad* de la conducta se fundó en que el error del sujeto sobre la edad de la víctima impide la calificación de la conducta como delito de violación, en tanto que la edad de la mujer –objetivamente menor de 12 años– obsta al encuadre del hecho como delito de estupro, y es por tanto un supuesto de atipicidad. Chiappini ha sostenido la impunidad porque faltan los conocimientos necesarios para el dolo de violación y también faltaría el sujeto pasivo del estupro⁹⁸.

En cuanto al encuadre de hecho en el delito de *violación*, su fundamento se basó en que no es admisible calificar el hecho como

⁹³ ROXIN, ob. cit., p. 888, § 21.

⁹⁴ SANCINETTI, Marcelo, *Estupro y estupro impropio. Sistema de la teoría del error*, Cap. III, p. 108.

⁹⁵ Cám. Apel. de Mar del Plata, 23-8-70; Cám. Crim. Capital, sala III, 8-8-75.

⁹⁶ Cám. Apel. de Mercedes, 11-4-58, fallo de Primera Instancia del Dr. E. Zaffaroni.

⁹⁷ SCJ de Tucumán, 15-4-44, seguida luego por numerosos pronunciamientos.

⁹⁸ CREUS, ob. cit., p. 199, criticando a este autor al decir que lo punido es el acceso carnal ilícito, así como los principios del artículo 48 del Código Penal.

estupro pues la víctima no es mujer mayor de 12 años. Ello permite tipificar el ilícito en el artículo 119 del Código Penal, pues el error del agente no es más que un error accidental.

En fallo dictado en primera instancia se entendió que el hecho encuadra en el inciso 1° del artículo 119 pero se debe aplicar la pena prevista para el delito de estupro (art. 120 del Cód. Pen.) porque el error del sujeto importa la falsa suposición de una atenuante que determina un menor reproche (Zaffaroni).

La opinión que encuadra la conducta en el delito de estupro afirma que el error del autor acerca de la edad de la mujer excluye su dolo respecto del delito de violación, pero la conducta encuadra en la figura de estupro y, por tanto, es aplicable la pena prevista en el artículo 120 del Código Penal.

El error del autor descartaría la realización típica de la figura prevista en el artículo 119, inciso 1°, tanto en su forma consumada como en la tentada, en virtud de la inexistencia del dolo para llevar a cabo aquel tipo penal por parte del autor.

Asimismo, la falta de uno de los elementos del tipo objetivo, determinado por la insuficiente edad de la víctima, impiden admitir la eventual impunidad como delito tentado, como también que el hecho configure estupro consumado. En efecto, el sujeto activo que cree tener acceso carnal con mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15, y lo tiene con una niña menor de esa edad mínima que establece el artículo 120, lleva a cabo una acción con el fin de cometer un delito determinado (estupro) cuya consumación es imposible como tal por la falta de idoneidad del sujeto sobre el que recae la acción (art. 44, último párrafo).

No hay motivos para dejar de penar a quien ha dirigido su voluntad de realización a concretar un hecho que no pudo consumir, ya sea porque la imposibilidad provino del sujeto, del objeto atacado o del medio empleado. De esta forma Welzel⁹⁹, cuando critica a la teoría de la ausencia del tipo, dice: "...la transformación de la voluntad de cometer un delito en un hecho exterior es, sin embargo, una tentativa, y aun en

⁹⁹ WELZEL, *Derecho Penal alemán* cit., p. 268, § 24, IV, 3, de la traducción chilena de J. B. Ramírez y S. Yáñez Pérez.

estos casos el autor cumple con ello...” En consecuencia, no se excluye la punibilidad de la tentativa por su inidoneidad; es decir, porque no pueda alcanzarse la consumación por la acción realizada por el autor. Ya hemos dado nuestra opinión sobre la tentativa inidónea¹⁰⁰, en el sentido de que es aquella que bajo ninguna circunstancia puede conducir a la consumación del delito, sobre la base de que los elementos típicos representados por el autor en su dolo no se encuentran presentes, ya sea que el objeto sea inidóneo, o lo sea el medio o en definitiva el propio sujeto. Con estos elementos podemos afirmar que la tentativa inidónea es punible, ya que el Código Penal ha seguido un principio subjetivo al establecer la idea del castigo de la tentativa inidónea (delito imposible, en la terminología legal) en el artículo 44 del Código Penal.

Con lo cual no hay duda de que estamos, en este supuesto, en presencia de una tentativa inidónea de estupro, ya que manda, en todo caso, el dolo del autor.

VII. Consumación y tentativa

Tal como se ha venido afirmando el delito de violación se consuma con el “acceso carnal”, cualquiera sea el grado de penetración, de modo que no se requiere penetración completa ni el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual¹⁰¹.

La violación admite la tentativa ya que es un delito de resultado, por tal motivo, antes de la penetración serán admisibles actos de ejecución que, guiados por el dolo de violación, se conduzcan hacia el fin propuesto y que no se consume por razones ajenas a la voluntad del autor, de acuerdo al artículo 42 del Código Penal¹⁰².

La tentativa es una manifestación delictiva con un déficit en el tipo objetivo o, dicho en otros términos, en la tentativa se da que, junto a un tipo penal subjetivo cumplido plenamente, existe un tipo penal objetivo incompleto¹⁰³.

¹⁰⁰ DONNA, *La tentativa* cit., p. 86.

¹⁰¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 281; CREUS, ob. cit., p. 194.

¹⁰² NUÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 281; CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 265; GÖSSEL, ob. cit., § 24.

¹⁰³ DONNA, *La tentativa* cit., p. 22.

estupro pues la víctima no es mujer mayor de 12 años. Ello permite tipificar el ilícito en el artículo 119 del Código Penal, pues el error del agente no es más que un error accidental.

En fallo dictado en primera instancia se entendió que el hecho encuadra en el inciso 1º del artículo 119 pero se debe aplicar la pena prevista para el delito de estupro (art. 120 del Cód. Pen.) porque el error del sujeto importa la falsa suposición de una atenuante que determina un menor reproche (Zaffaroni).

La opinión que encuadra la conducta en el delito de estupro afirma que el error del autor acerca de la edad de la mujer excluye su dolo respecto del delito de violación, pero la conducta encuadra en la figura de estupro y, por tanto, es aplicable la pena prevista en el artículo 120 del Código Penal.

El error del autor descartaría la realización típica de la figura prevista en el artículo 119, inciso 1º, tanto en su forma consumada como en la tentada, en virtud de la inexistencia del dolo para llevar a cabo aquel tipo penal por parte del autor.

Asimismo, la falta de uno de los elementos del tipo objetivo, determinado por la insuficiente edad de la víctima, impiden admitir la eventual impunidad como delito tentado, como también que el hecho configure estupro consumado. En efecto, el sujeto activo que cree tener acceso carnal con mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15, y lo tiene con una niña menor de esa edad mínima que establece el artículo 120, lleva a cabo una acción con el fin de cometer un delito determinado (estupro) cuya consumación es imposible como tal por la falta de idoneidad del sujeto sobre el que recae la acción (art. 44, último párrafo).

No hay motivos para dejar de penar a quien ha dirigido su voluntad de realización a concretar un hecho que no pudo consumar, ya sea porque la imposibilidad provino del sujeto, del objeto atacado o del medio empleado. De esta forma Welzel⁹⁹, cuando critica a la teoría de la ausencia del tipo, dice: "...la transformación de la voluntad de cometer un delito en un hecho exterior es, sin embargo, una tentativa, y aun en

⁹⁹ WELZEL, *Derecho Penal alemán* cit., p. 268, § 24, IV, 3, de la traducción chilena de J. B. Ramírez y S. Yáñez Pérez.

estos casos el autor cumple con ello...” En consecuencia, no se excluye la punibilidad de la tentativa por su inidoneidad; es decir, porque no pueda alcanzarse la consumación por la acción realizada por el autor. Ya hemos dado nuestra opinión sobre la tentativa inidónea¹⁰⁰, en el sentido de que es aquella que bajo ninguna circunstancia puede conducir a la consumación del delito, sobre la base de que los elementos típicos representados por el autor en su dolo no se encuentran presentes, ya sea que el objeto sea inidóneo, o lo sea el medio o en definitiva el propio sujeto. Con estos elementos podemos afirmar que la tentativa inidónea es punible, ya que el Código Penal ha seguido un principio subjetivo al establecer la idea del castigo de la tentativa inidónea (delito imposible, en la terminología legal) en el artículo 44 del Código Penal.

Con lo cual no hay duda de que estamos, en este supuesto, en presencia de una tentativa inidónea de estupro, ya que manda, en todo caso, el dolo del autor.

VII. Consumación y tentativa

Tal como se ha venido afirmando el delito de violación se consuma con el “acceso carnal”, cualquiera sea el grado de penetración, de modo que no se requiere penetración completa ni el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual¹⁰¹.

La violación admite la tentativa ya que es un delito de resultado, por tal motivo, antes de la penetración serán admisibles actos de ejecución que, guiados por el dolo de violación, se conduzcan hacia el fin propuesto y que no se consume por razones ajenas a la voluntad del autor, de acuerdo al artículo 42 del Código Penal¹⁰².

La tentativa es una manifestación delictiva con un déficit en el tipo objetivo o, dicho en otros términos, en la tentativa se da que, junto a un tipo penal subjetivo cumplido plenamente, existe un tipo penal objetivo incompleto¹⁰³.

¹⁰⁰ DONNA, *La tentativa* cit., p. 86.

¹⁰¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 281; CREUS, ob. cit., p. 194.

¹⁰² NUÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 281; CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 265; GÖSSEL, ob. cit., § 24.

¹⁰³ DONNA, *La tentativa* cit., p. 22.

El Tribunal Supremo de España, siguiendo la tesis del delito frustrado, ha sostenido que existe frustración en los casos de tentativa cuando existe una desproporción entre los órganos genitales del varón y de la mujer como sujeto pasivo¹⁰⁴.

De modo que habrá tentativa de violación cuando la acción del autor tenga, desde un punto de vista objetivo, un déficit, que en el caso consiste en la falta de penetración por razones ajenas al autor, acción que debe encuadrar en el comienzo de ejecución del acto.

En el tan discutido problema de cuándo hay comienzo de ejecución, el delito de violación fue el que demostró el error de la teoría de formal objetiva, ya que si existía tentativa al realizar una parte del núcleo del tipo, la consecuencia era que en el delito de violación no se podrían dar actos de tentativa. Por ello se tomaron en cuenta en la tentativa, de acuerdo con Frank, las acciones que por su vinculación necesaria con la acción típica eran parte integrante de ella, pero ahora teniendo en cuenta la directa puesta en peligro del bien jurídico, de acuerdo a un juicio *ex ante* basado en la experiencia *ex post*¹⁰⁵.

También, como se sabe, hemos tomado partido por una teoría intermedia, basada en la teoría subjetiva, habida cuenta la voluntad criminal revelada, pero complementada por la teoría de la impresión teniendo en cuenta el peligro corrido por el bien jurídico¹⁰⁶. Serán actos preparatorios aquellos que requieran otros actos, incluso de terceros, para que se comience a lesionar el bien jurídico, en este caso la libertad sexual. Por eso el estadio de la tentativa recién es alcanzado por una acción cuando no exista separación con respecto a la lesión al bien jurídico, aunque el propio acto no sea en sí típico (teoría de los actos parciales)¹⁰⁷. Por lo tanto habrá tentativa cuando el sujeto comience con los tocamientos impúdicos, pero no cuando cite a su víctima al lugar de los hechos.

Para Frías Caballero habrá tentativa de violación cuando el autor

¹⁰⁴ STJ de España, 21-10-69, cit. por CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 265.

¹⁰⁵ DONNA, *La tentativa* cit., ps. 30 y ss.

¹⁰⁶ Ídem nota anterior, p. 36.

¹⁰⁷ MAURACH y GÖSSEL, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. II, § 40, N° marginal 48.

sobrepase el mero principio de ejecución y no haya alcanzado en su realización práctica el momento consumativo así determinado¹⁰⁸.

Sin embargo, si el propósito del autor no era acceder carnalmente a la víctima y lo limitó a factores de naturaleza sexual pero que excluía el coito, estaremos ante un abuso deshonesto, tipo penal que se subsume en el artículo 127 del Código de fondo.

La jurisprudencia se ha expedido sobre el punto al expresar: "...Para calificar un hecho como tentativa de violación debe poderse establecer que el propósito del agente era el acceso carnal en el que la violación consiste y no simplemente un torpe desahogo, cosa no infrecuente y que hace encuadrar el hecho como abuso deshonesto consumado [...] El valor exculpante del desistimiento de una tentativa de violación no excluye que el autor pueda ser responsabilizado por los actos cometidos durante el proceso ejecutivo del delito incompleto y que a su turno sean constitutivos de abuso deshonesto, que es la figura subsidiaria anterior..."¹⁰⁹

Como toda tentativa, la de violación pudo ser desistida: "el autor puede pero ya no quiere"¹¹⁰. En tal caso, la tentativa será impune, pero deja vigente la pena aplicable por otras figuras penales que se hubieren consumado en el transcurso del procedimiento encaminado al acceso carnal (lesiones graves, privación de la libertad, etc.)¹¹¹.

Los requisitos del desistimiento serán diversos según el desarrollo alcanzado por la acción del autor. El desistimiento no es posible si el hecho ha sido detenido por un tercero, ya que a partir de ese momento no puede ser voluntario.

VIII. Concurso con otros delitos

Las lesiones leves producidas por la violencia ejercida para lograr el acceso carnal y las propias originadas del mismo acceso (rotura del

¹⁰⁸ FRÍAS CABALLERO, ob. cit., p. 308.

¹⁰⁹ Cám. Nac. Crim., sala I, causa 33.544, "Verón, Luis", 29-6-88, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1988, N° 2, abril-mayo-junio, p. 200; sala V, causa 13.296, "Garnica, B.", 3-4-81, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1981, p. 100.

¹¹⁰ LAJE ANAYA, Justo, *Comentarios al Código Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1979, vol. II, p. 343

¹¹¹ CREUS, ob. cit., p. 195.

himen) quedan absorbidas por la figura de violación, en virtud del principio de consunción de acuerdo con Carmona Salgado¹¹².

Las lesiones inferidas a la víctima, antes o durante el acceso carnal por puro sadismo, constituye un delito independiente que concurre con el de violación, al igual que las inferidas con posterioridad al acto, cualquiera fuere el motivo. Núñez ha sostenido que las lesiones y la muerte de la persona resultantes del acceso no concurren ni ideal ni materialmente con ella, afirmando que, de ser así, cuando el resultado ha sido buscado –es decir intencional– el mínimo de la pena que corresponda sería más benigno que cuando el resultado ha sido preterintencional¹¹³.

Respecto de las amenazas, la coacción y la privación de libertad, son tipos delictivos absorbidos por el artículo 119 del Código Penal, siempre que ellas se empleen con el único fin de reducir a la víctima para consumar el acto violatorio, en virtud de que no se concibe la violación de la libertad sexual sin vulnerar al mismo tiempo la libertad personal. Sin embargo, esa privación de la libertad que queda absorbida por la conducta del citado artículo 119 es la estrictamente necesaria para la violación y con respecto a la víctima.

La postura dominante sostiene que cuando la privación de libertad se prolongue en el tiempo se computará como un hecho independiente que concurrirá real o materialmente con el delito de violación¹¹⁴.

En lo referente al abuso deshonesto, todo tocamiento impúdico o concomitante al acceso carnal es, en principio, absorbido por la figura de violación.

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el punto: “El delito de violación concurre idealmente con el de corrupción de menores, pues si bien parte de la doctrina y jurisprudencia opinan que la figura más grave por consunción absorbe a la de menor gravedad, ello no ocurre necesariamente dado que, aunque pueda haber violación o tentativa de ella sin corrupción, ello no ocurre cuando se tiene acceso carnal

¹¹² CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 267; CREUS, ob. cit., p. 198.

¹¹³ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 268 y ss.

¹¹⁴ TSJ de Córdoba, sent. 13, 31-8-89, *Comercio y Justicia* LVIII-62.

violento”¹¹⁵. Pero también se ha dicho que “...Configura únicamente el delito de violación la conducta del procesado que en el interior de una obra de construcción accedió carnalmente a una menor de 9 años de edad, no debiendo calificarse el mencionado ilícito en concurso ideal con el delito de corrupción. La cuestión constituye un aparente concurso de leyes, toda vez que no cabe una doble calificación legal de la conducta, ya que ésta queda atrapada por la figura de violación, resolviéndose así el caso por la relación de consunción que entre ambas figuras penales se opera...”¹¹⁶

En cuanto al concurso con la corrupción, el tema será analizado con mayor rigor cuando tratemos este delito, aunque es nuestra opinión que ambos delitos se excluyen.

IX. Acción penal

La violación es un delito perseguible por acción pública, dependiente de instancia privada de la persona ofendida, de su tutor, guardador o representante legal, salvo que resultare la muerte de aquélla o que fuera cometido en contra de un menor que no tenga padres, tutor o guardador o que lo fuera por uno de sus ascendientes, tutor o curador (art. 72, Cód. Pen.).

X. Pena

La pena será de reclusión o prisión de seis a quince años, elevándose de ocho a veinte en el caso del artículo 122, y de quince a veinticinco en el caso del artículo 124 del Código Penal.

Si resultare la muerte del sujeto pasivo, la pena será de reclusión no menor de diez años y de reclusión perpetua si además el hecho hubiere sido cometido por un ascendiente, descendiente, adoptante, adoptado, afín en la línea recta, hermano o encargado en la educación, guarda o custodia de la víctima.

¹¹⁵ Sala IV, causa 40.474, “Acosta, E.”, 19-12-91, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1991, N° 5.

¹¹⁶ Cám. Nac. Crim., sala VII, causa 1917, “Rodríguez Vallejos, A.”, 19-5-82, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1982, N° 3, mayo-junio, p. 134.

XI. Agravantes

El delito de violación contiene agravantes por el resultado, por el parentesco entre el autor y la víctima, por la calidad del autor, por la relación de educación o guarda que media entre autor y víctima, y por el número de autores que se encuentran taxativamente enunciados en los artículos 122 y 124 del Código Penal y que aumentan la escala penal según las modalidades que revistan; de ocho a veinte años en el primer caso y de quince a veinticinco en el segundo, ambos de reclusión o prisión.

Dichas agravantes carecen de entidad por sí mismas para tipificar una conducta penal independiente del artículo 119, por lo que es necesario para que ellas operen la existencia previa de algunos de los supuestos del delito de violación.

Asimismo, puede darse que un mismo hecho de violación caiga en una multiplicidad de agravantes, que no multiplica el delito, aunque al existir un mayor injusto deberá tenerse en cuenta a los efectos de la medición de la pena.

Las circunstancias aludidas pueden ser clasificadas de la forma siguiente:

1. *Agravación por el resultado*

La violación se agrava cuando resultare un grave daño en la salud de la víctima (art. 122, Cód. Pen.) y la muerte de la víctima (art. 124, Cód. Pen.). Dentro de ésta, quedan comprendidos dos supuestos:

a) *Grave daño a la salud de la víctima (art. 122, Cód. Pen.)*: el lenguaje usado por la ley en este artículo, es por demás impreciso, ya que deja dudas sobre el significado de qué es un “grave daño en la salud de la víctima”.

Para Núñez el daño debe producirse en el funcionamiento del organismo de la víctima y no simplemente en la estructura corporal, debiendo ser un perjuicio de mucha importancia fisiológica que puede coincidir con las lesiones graves (art. 90, Cód. Pen.) y las gravísimas (art. 91)¹¹⁷. En cambio Creus afirma que únicamente quedan excluidos

¹¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 268-269.

de la agravante y absorbidas por el tipo penal los daños estructurales que carezcan de influencia fisiológica, aunque sea temporal, o los que tienen escasa importancia¹¹⁸.

Sin embargo parte de la doctrina afirma que no es necesario acudir a los conceptos típicos de las lesiones previstas en esas normas; de acuerdo a otros criterios puede tratarse también de un daño de importantes consecuencias que no alcance los límites de las lesiones del artículo 90 y menos las del artículo 91. Los daños pueden ser lesiones vulvares y vaginales, con abundante hemorragia, contagio de blenorragia a una niña de 12 años y conmoción cerebral¹¹⁹.

El daño a la salud está sin duda condicionado objetiva y subjetivamente a la violación propiamente dicha, de modo que debe provenir tanto del acceso carnal como de la violencia empleada para reducir a la víctima¹²⁰.

Es necesario que esa consecuencia no forme parte de los designios del agente, pues la voluntad dirigida a ese evento cambiaría el título de la figura o la haría concurrir materialmente con lesiones.

Según Núñez, el “grave daño” de que habla la ley –desde el punto de vista del autor– puede estar comprendido en la intención del mismo, salvo que constituya una lesión grave o gravísima, porque si no fuera de esa manera, si se limitara la aplicación del artículo 122 al solo caso de daño preterintencional, se debería castigar el hecho con la pena de la violación simple o con las dos correspondientes a los delitos cometidos, lo que resulta incongruente porque en ambos casos la pena sería de menor entidad que la que permitiría el artículo 122¹²¹.

Ure y Soler sostienen la tesis de que entre la acción del autor y las lesiones exista una relación culposa, por lo tanto se daría una relación semejante a los delitos preterintencionales. Afirma el primero de ellos que es de la esencia de las mismas que el resultado agravante no haya sido querido ni buscado por el autor, y Soler, que la voluntad dirigida al resultado previsto por la violación agravada importaría la comisión de otro delito que concurriría materialmente con la violación,

¹¹⁸ CREUS, ob. cit., p. 205.

¹¹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 269; SOLER, ob. cit., t. III, p. 298.

¹²⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 269.

¹²¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 270.

existiendo en cambio en estos casos, entre la acción principal del agente tendiente a la violación y el posterior resultado, “una relación de producción meramente culposa”¹²².

El tipo puede concurrir con el de lesiones leves, siempre y cuando éstas no se traten de las que ya son presupuestas por la violencia que configura el delito, como ser la rotura del himen o las lesiones inguinales, por lo que no pueden considerarse como infracciones penales autónomas ni como el daño que agrava la figura simple de la violación. Se ha expresado en este sentido que: “Ha sido indebidamente aplicado el artículo 122 del Código Penal si el tribunal no resolvió que se haya probado el grave daño en la salud de la víctima, constitutivo de la circunstancia calificante”¹²³.

La solución de que exista una relación culposa con el resultado ofrece dudas en el sentido de que la pena se ajusta más a la intención dolosa del autor, aunque sea, en este caso, dolo indirecto o eventual. La pena para la acción imprudente no pareciera ser ni lógica ni justa de acuerdo a las escalas penales o a la dogmática del delito como tal¹²⁴.

b) *Resultado de muerte (art. 124, Cód. Pen.)*: Se agrava la violación en los casos en que resultare la muerte de la persona ofendida.

También en este punto la cuestión de la relación subjetiva puede discutirse. La doctrina no ha distinguido, aunque Núñez se acerca más a la solución propuesta por nosotros. Para Soler, sólo queda comprendida en la agravante la muerte como resultado preterintencional. Para Núñez, en cambio, además quedan comprendidos en la agravante los supuestos en que el resultado de muerte haya sido previsto como consecuencia probable del acceso y eventualmente aceptada su producción¹²⁵.

A nuestro juicio sólo integran la agravante aquellos resultados de muerte que han sido abarcados por el dolo indirecto y eventual del autor, concurriendo con el homicidio culposo en los casos en que así suceda.

¹²² SOLER, ob. cit., p. 349.

¹²³ SCJBA, P. 36.622, S. 28-8-90, “C. E. s/Robo y violación agravada”, L. L. 1991-A-510.

¹²⁴ Parece seguir esta idea CREUS, ob. cit., t. I, p. 206.

¹²⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 270; SOLER, ob. cit., t. III, p. 298.

Cuando el autor seleccione la violación como medio para matar a la víctima no habrá agravante, sino que ambos delitos (violación y homicidio) concurrirán realmente. Cuando la muerte es el medio para conseguir el acceso del modo que lo quiere el autor, la violación concurre con el homicidio calificado del artículo 80, inciso 7º del Código Penal, siempre que la violación se produzca, por ejemplo, mientras la víctima esté agonizando.

Hay que tener en cuenta que si se mata a la víctima para preparar, facilitar o consumir la violación, en realidad ésta no se consumará (sería un caso de necrofilia). Consecuentemente, el hecho entra directamente en las previsiones del citado artículo 80, inciso 7º.

2. *Agravación por el parentesco*

La violación también se agrava cuando el hecho es cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano de la víctima.

En consecuencia, el vínculo de consanguinidad no tiene límite de grado, por lo que se extienden en la forma que establecen las disposiciones estipuladas en los artículos 350, 351 y 363 del Código Civil, sea el hijo legítimo o extramatrimonial, quedando comprendida la violación cometida por el padre al hijo adoptado legalmente —o que esté bajo su tutela, como veremos más adelante—.

En cuanto a los hermanos, no se distingue entre bilaterales o unilaterales, es decir procedentes del mismo padre y de la misma madre o de un padre y distintas madres y viceversa (arts. 360 y 361, Cód. Civ.).

Soler, Ure y Creus¹²⁶, entre otros, sostienen que tal agravante proviene del carácter incestuoso de la relación y no de la violación de un específico deber de guarda que puede no existir en alguno de los supuestos mencionados (por ej., entre hermanos). Sin embargo, Núñez¹²⁷ lo motiva en la infracción a una obligación de resguardo sexual proveniente del vínculo parental.

El hecho de que el autor no conozca el vínculo que lo unía a la

¹²⁶ URE, ob. cit., p. 95; SOLER, ob. cit., t. III, p. 299; CREUS, ob. cit., t. I, p. 200.

¹²⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 270.

víctima lo hace encontrarse ante un error de tipo que eliminaría el dolo de la figura agravada, sin perjuicio de que quede subsistente el de la violación simple.

3. *Agravante por la calidad del autor*

La agravante se efectiviza cuando el autor es un sacerdote.

No cabe duda de que la ley ha tenido en cuenta no sólo la inobservancia de atender a la asistencia espiritual o al cuidado de la víctima, sino también la particular situación en que ésta pueda encontrarse respecto del autor, lo cual puede favorecer su actividad tornándola por ello más peligrosa para el bien jurídico protegido.

La posición mayoritaria sostiene que no basta la condición requerida en el sujeto activo, sino que es necesario que exista una relación de confianza y respeto. Lo importante es determinar si la persona se hallaba en esa situación de respeto, es decir de influencia moral¹²⁸; Soler afirma que la agravación se funda en el hecho de que el delito aparece cometido por una persona que está particularmente obligada a tutelar a la víctima, por lo que hay dos deberes lesionados: el de la honestidad y el deber moral de protección asumido, aceptado o simplemente debido¹²⁹.

El término “sacerdote” comprende a todo ministro de una religión, cualquiera sea su jerarquía como tal.

Para algunos la sola calidad de sacerdote sitúa al autor en la agravante, aunque no sea conocida por la víctima; para otros, por el contrario, es necesario que por lo menos exista alguna relación entre el autor y la víctima derivada de la calidad de aquél, aunque más no sea el simple sentimiento de respeto que inspira a la víctima el conocimiento de dicha calidad.

Consecuentemente con esta posición no se requiere que el sacerdote abuse de su función de tal para cometer el hecho, ya que no se podría entender cómo se realizaría el abuso en el caso de los incisos 2º y 3º¹³⁰.

¹²⁸ SOLER, ob. cit., t. III, 299.

¹²⁹ Ídem nota anterior; en igual sentido, t. I, p. 201.

¹³⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 272.

Sin embargo se debe tener en cuenta que, por lo menos, el autor debe haber tenido presente las ventajas que su condición le otorgaba en cuanto a las oportunidades para cometer el hecho (como consejero espiritual de menores, por ejemplo)¹³¹.

Por ello no queda incluida en la agravante, por su sola calidad, el sacerdote que actúa como cualquier sujeto sin que la víctima lo conozca como tal.

4. *Encargado de la educación o guarda*

El fundamento de la agravación en este caso reside en la violación de los deberes particulares inherentes al cargo del autor o las obligaciones que asumiera voluntariamente. Es decir, es la particular relación del agente con la víctima la que la ley ha tenido en cuenta para fundar la mayor punibilidad.

También en este inciso se ha discutido si es necesario que exista un abuso, por parte del autor, de la situación que tiene frente a la víctima debido a la relación de educación o guarda.

Para Núñez no es indispensable que el autor cometa el delito abusando de la función, pero sí que exista una concreta vinculación con el sujeto pasivo en virtud de la función que respecto de él cumple el agente: el maestro será autor del delito de violación agravada si tiene acceso carnal con una de sus alumnas, pero no se aplicará la agravante en el caso de que realice el mismo acto con una alumna de otro colegio en donde él no es profesor. Soler en cambio exige una situación de influencia moral, lo que se acerca más al sentido de la agravante¹³².

La ley diferencia al encargado de la educación del encargado de la guarda.

El primero es quien tiene a su cargo la tarea de instruir o corregir al sujeto pasivo, formando su personalidad en un ambiente de estudio, aunque no tenga como tarea específica enseñar una materia (preceptores). Quedan excluidas las relaciones de enseñanza ocasionales, como las conferencias o cursos breves. Por tanto pueden ser maestros de escuela primaria, secundaria y universitaria, institutrices, preceptores

¹³¹ CREUS, ob. cit., t. I, p. 292.

¹³² SOLER, ob. cit., t. III, p. 300.

y todo aquel que con la víctima tenga una relación de impartir conocimientos, siendo necesario que el juzgador aprecie debidamente si quien impartía las enseñanzas gozaba de un predicamento tal que le permitió abusar de la confianza otorgada para comenzar la ejecución del acto.

El encargado de la guarda es aquel que de modo regular (el simple encargo momentáneo de vigilancia no está comprendido) debe cuidar a una persona por convención u oficio (director de un hospital de enfermos mentales) o por una situación de hecho, atendiendo sus necesidades, aunque no conviva con ella y se trate de un encargo que no se desempeña con continuidad (acompañar a un menor a un largo viaje). La relación de la guarda también puede proceder por una vía no directa, mediando la relación del autor con un tercero. Así, la jurisprudencia ha reconocido la calidad del concubino que asume funciones de jefe del hogar respecto de los hijos de la concubina, pero tales sujetos no quedan subsumidos en la agravante cuando no han asumido esas funciones y mucho menos el que se limita a mantener relaciones íntimas con la madre.

La jurisprudencia ha sostenido que “la calificante del artículo 122 del Código Penal de ser el autor de la violación el encargado de la educación o guarda de la víctima, origina la necesidad de establecer si entre los sujetos activo y pasivo medió aquel elemento, que tiene un contenido propio y determinado consistente en una clase de relación sobre cuya presencia nada aportan los vocablos ‘padrastra’ e ‘hijastra’ usados en la sentencia para referirse al procesado y a quien sería aparentemente la hija de su concubina”¹³³.

No es necesario que los padres, tutores, curadores o guardadores hayan perdido el gobierno del incapaz, sino que basta con que el acto haya sido cometido por la persona que cuida a éste, no solamente sobre la base de una disposición legal sino también de una situación de hecho creada por cualquier circunstancia.

Tampoco la ley pone como requisitos la permanencia o temporaneidad de la guarda para que el acto resulte agravado.

¹³³ Así, se expresó la SCJBA, P. 33.310, S. 23-4-85, “R., O. A. s/Violaciones calificadas reiteradas”, D. J. B. A. 129-793 (1985).

5. *Agravante por pluralidad de autores*

La razón de la agravante por el número de autores radica, igual que en el Código de Italia, en que se le facilita al autor la violación debido a que aumenta la probabilidad del éxito del acto, pero, al mismo tiempo, disminuye la resistencia que pueda oponer la propia víctima¹³⁴.

El fundamento de esta agravante reside, pues, en el estado de indefensión de la víctima ya que no es lo mismo defenderse de un agresor que de varios. Por ello es razonable que más de dos autores acrecienten la potencia ofensiva del acto y no sería justo que en ese caso el hecho se trate como si la violación fuere cometida por una sola persona.

No es necesario que todos los partícipes tengan acceso carnal, basta que otros concurren a la ejecución material del evento y no solamente a su auxilio o preparación, no siendo necesario que todos sean penalmente responsables ya que la incapacidad de alguno no hace variar el hecho¹³⁵.

Una ayuda remota o distante que sólo facilite la comisión del acto por una sola persona, como el préstamo de una habitación, no importa verdadero acto de ejecución y no puede ser causal de agravamiento debido a la ausencia de dos o más personas en esa ejecución¹³⁶.

No es el caso de quien sostiene los brazos de la víctima para que su compañero realice el coito, pues aquí la cooperación se traduce en actos de ejecución; es decir, que de acuerdo a lo sostenido, se tratará de una autoría de ambas personas. Quedan comprendidos en la intervención quienes, aunque no tengan acceso carnal, intimiden a la víctima logrando que el autor concrete su propósito.

En cuanto al número de personas que deben intervenir existen diferentes posturas, ya que no es claro el significado de la expresión “concurso de dos o más personas”.

Así, Soler, Fontán Balestra y Manigot¹³⁷ sostienen que basta que

¹³⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 277.

¹³⁵ ODERIGO, ob. cit., ps. 155 y 507.

¹³⁶ CREUS, ob. cit., t. I, p. 203.

¹³⁷ SOLER, ob. cit., t. III, p. 300.

el autor sea ayudado por otra persona, pues el verbo “concurrir” comprende tanto al autor como a los cómplices cuando el delito es cometido por varias personas.

Para Núñez, sin embargo, la ley hace referencia a la violación cometida por el sujeto que accede carnalmente con el concurso de dos o más personas¹³⁸, y ésta parece ser la posición más correcta habida cuenta del aumento de la pena y la redacción de la ley, así como la fuente del Código de Italia.

Numerosos pronunciamientos judiciales se han ocupado del tema. Así se ha dicho:

“La figura de violación calificada por el número de intervinientes no exige que todos los concurrentes hayan violado a la ofendida, siendo suficiente que uno haya tenido acceso carnal o que lo hubiese intentado y que los demás cooperaran. Y en el supuesto de que más de uno hubiera logrado violar con la asistencia recíproca de los demás se tendrá un concurso real de delitos de violación agravada por el número”¹³⁹.

“El caso del artículo 122 del Código Penal nos da como marco de referencia no ya al autor sino al hecho, exigiendo que en el hecho concurren dos o más personas, por lo que interpretando gramaticalmente esta norma a la ley le basta con que intervengan dos personas: el autor y otro que concorra con él”¹⁴⁰.

“El concurso a que hace referencia el artículo 122 comprende al violador, de modo que basta la presencia de un solo partícipe o auxiliador más en determinadas condiciones –simultaneidad, acción directa sobre la víctima bajo la forma de fuerza o intimidación– para que pueda tenerse como concretada la hipótesis legal”¹⁴¹.

¹³⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 278.

¹³⁹ SCJBA, P. 35.862, S. 3-5-88, “D. H. J. s/Privación ilegal de la libertad y asoc. ilíc.”, A. y S. 1988-II-50.

¹⁴⁰ SCJBA, P. 43.646, S. 17-3-92, “H. C. s/Violación”, J. A. 1993-III-466. En contra, Cám. Nac. Crim., sala II, 15-2-83, “Umili, M. A.”, causa 26.181, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1983, N° 1, enero-febrero, p. 45.

¹⁴¹ SCJBA, P. 41.476, S. 11-6-91, “P. A. s/Violación”, E. D. 147-162.

CAPÍTULO III

EL DELITO DE ESTUPRO

SUMARIO: I. Disposición legal. II. Concepto. III. Antecedentes nacionales. IV. Bien jurídico protegido. V. El tipo penal. 1. Tipo objetivo. a) Acceso carnal. b) Sujeto activo. c) Sujeto pasivo. 2. Tipo subjetivo. VI. Consumación y tentativa. VII. Acción penal. Pena. VIII. Agravantes. IX. Concurso con otros delitos. *El delito de estupro fraudulento*. I. Nociones generales. II. Antecedentes históricos. III. Bien jurídico protegido. IV. Denominación. V. Tipo de estupro fraudulento. 1. Tipo objetivo. a) Sujeto activo. b) Sujeto pasivo. c) Acceso carnal. d) Error de la víctima. 2. Tipo subjetivo. VI. Consumación y tentativa. VI. Acción penal. Pena.

I. Disposición legal

El Capítulo II, del Título III, del Libro Segundo del Código Penal, legisla sobre la figura del estupro y estupro fraudulento o por engaño, en sus artículos 120 y 121 respectivamente, refiriéndose a las formas agravadas del estupro en los artículos 123 y 124.

El tipo básico castiga a quien mantiene acceso carnal “cuando la víctima fuere mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15 y no se encontrare en las circunstancias de los incisos 2º y 3º del artículo anterior [119]”.

Las circunstancias agravantes son las mismas que en la violación:

- a) Grave daño en la salud o se cause muerte de la víctima (art. 123 en función del 122, primera parte, y 124, Cód. Pen.);
- b) por la calidad del sujeto activo o el número de intervinientes (art. 123 en función del 122, segunda y tercera parte).

II. Concepto

Carrara¹ define al estupro como “el conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta y no acompañado de violencia [...] Es preciso –decía–, que la contaminación corporal se haya consumado mediante la unión sexual, conque el estupro se distingue de los actos injuriosos y del simple ultraje al pudor. La honestidad de la persona pertenece a la esencia de este delito, pues desde el momento en que la desfloración no es elemento necesario del estupro, debe ser reemplazada por el elemento de la honestidad de la mujer para que la simple fornicación no se confunda con el estupro”.

Posteriormente, seguía diciendo Carrara, al abandonarse la idea de la delictuosidad de la simple fornicación, se hacía referencia al estupro cuando el concubito era logrado por violencia o seducción como medios usados por el autor para acceder carnalmente a la víctima, permitiendo, más tarde, diferenciar al delito de violación, el cual se consumaba a través de la violencia, del tipo de estupro, utilizada la seducción como medio para lograr su ejecución².

Para Soler el estupro se define, de acuerdo a la ley argentina, “como el acceso carnal con mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15, sin que medie violencia”³.

En síntesis y para dar un concepto amplio de estupro, se puede afirmar que es el acceso carnal logrado por medio de la seducción de la víctima, lo cual distingue este tipo penal de la violación, que tiene como base la violencia, ya sea real o presunta⁴.

III. Antecedentes nacionales

A partir del Proyecto Tejedor se comenzó a exigir el empleo de “seducción” de la víctima a los efectos de lograr acceso carnal con una mujer, pero exigiendo que la seducción fuera real (art. 11, Tít. III, Lib. I, Parte II), al igual que el Código de 1886, en su artículo 130.

¹ CARRARA, *Programa...* cit. *Parte especial*, t. IV, § 1482.

² CARRARA, ob. cit., § 1489 y ss.

³ SOLER, ob. cit., t. III, p. 301.

⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 285; CREUS, ob. cit., t. 1, p. 207.

A partir del Proyecto de 1891, en su artículo 147, fue sustituida la seducción real por la seducción presunta, debido a las condiciones del sujeto pasivo, criterio éste que, según la doctrina mayoritaria, mantiene nuestro Código vigente en su artículo 120⁵.

Interesa pues, a los efectos del análisis del tipo penal, estudiar los antecedentes, especialmente en lo que hace al requisito de la virginidad, la cual fue reemplazada por el de honestidad⁶.

El sistema general del Código Penal en cuanto a las relaciones sexuales y siguiendo en esto a Soler, dice:

- a) Con la víctima menor de 12 años, el simple acto sexual será siempre violación, tal como se ha explicado;
- b) cuando la víctima sea mayor de 12 y menor de 15 se presume la seducción, porque al tratarse de una mujer honesta debe entenderse que ésta no se ha entregado;
- c) cuando la víctima sea una mujer mayor de 15, no alcanza la seducción, sino el fraude o la violencia⁷.

Por eso, lo esencial en el estupro es el análisis de la seducción y la honestidad, y no la virginidad. Este concepto de virginidad es un concepto físico, el cual nada dice sobre las cualidades morales de la víctima.

Recordemos que el Proyecto de 1960 exigía la malicia del autor y la seducción verdadera, captando la confianza (art. 157).

Asimismo, el Proyecto de Tejedor (art. 2º) y el Código de 1886 (art. 131) agravan el estupro cometido por persona que ejerza autoridad: por un sacerdote, por cualquier persona de la educación o guarda del menor, o por ascendiente o hermano.

IV. Bien jurídico protegido

En principio, y del texto de la ley, surge que el bien jurídico que se pretende salvaguardar es la honestidad sexual, entendida ésta como la reserva sexual basada en la inexperiencia de la mujer⁸.

⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 286

⁶ SOLER, ob. cit., t. IV, p. 302.

⁷ SOLER, ob. cit., t. III, p. 302.

⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 287.

La honestidad sexual, por tener una vinculación muy íntima con la evolución biológica del individuo, adopta modalidades diferentes con relación a las etapas de su desarrollo. Así, frente al sexo, no es igual la actitud de la persona cuando es impúber que cuando ha llegado a la adolescencia o a la adultez.

La inocencia y la inexperiencia, dentro de la edad que fija el Código Penal, son las condiciones que requiere la ley para dar un concepto medio de la honestidad. La inocencia presume la inexperiencia.

La ilicitud que se castiga, en el fondo, es que el consentimiento que se ha dado resulta ineficaz porque la víctima, debido a su estado de inocencia y falta de experiencia sexual, no ha podido dar un consentimiento que abarque todas las consecuencias del acto. Entonces, no hay duda de que se protege a la libertad sexual de la víctima, ya que el consentimiento está viciado y el autor se ha aprovechado del vicio que radica en la inexperiencia sexual de la víctima⁹.

Es decir, se castiga un acceso carnal cuya ilicitud se fundamenta en la temprana edad y en la inexperiencia de la víctima¹⁰.

Además, la ley menciona la honestidad cuando se refiere a “mujer honesta”. Nuestra doctrina mayoritaria sostiene que honesta es la mujer sin experiencia sexual, por ello se ha sostenido casi con unanimidad que el bien protegido es la inexperiencia sexual de la mujer¹¹.

V. El tipo penal

1. Tipo objetivo

a) Acceso carnal

Si bien el enunciado no hace referencia expresa a este elemento, el concepto de acceso carnal es la base del tipo penal, entendida ésta como la conjunción sexual lograda por la vía de la seducción. La remisión expresa del artículo 120 al 119 lleva sin dudas al concepto

⁹ CARMONA SALGADO, ob. cit., p. 286.

¹⁰ En igual sentido CREUS, ob. cit., t. I, p. 207.

¹¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 287; SOLER, ob. cit., t. III, ps. 302 y ss.

de acceso carnal, de acuerdo a lo dicho acerca del delito de violación. La letra expresa de la ley excluye el acceso carnal entre varones, ya que la ley determina que sólo lo puede ser la mujer honesta.

Encuadra en el concepto de acceso carnal la relación vía vaginal, pero es discutido si la vía antinatural (anal) es apta para que dicho acceso carnal encuadre en el tipo penal de estupro. Así, parte de la doctrina¹² considera que no hay estupro cuando el acceso carnal se realiza por vía anal, toda vez que dejarse acceder por otras vías presupone deshonestidad en la víctima, lo que destruiría uno de los elementos esenciales del tipo. Otros autores¹³ fundamentan la ausencia de estupro cuando el acceso carnal es por vía antinatural en que “el hecho de que el estupro sólo se comete con mujer, induce a pensar que se ha estructurado sobre la base fisiológica distintiva del hombre y la mujer, pues sólo ella posee la vía propia para el acceso carnal. De otro modo, también el varón debería poder ser víctima de estupro; sin embargo la ley sólo considera como víctima posible a la mujer. Si el varón –continúa el autor–, entre 12 y 15 años, honesto, fuese accedido carnalmente, el hecho podría subsumirse en el artículo 125 del Código Penal, y dentro de la situación que prevé especialmente el segundo apartado de ese artículo –menor de 15 años– la *pena sería de tres a ocho* años, frente a la del estupro que, en la hipótesis de poderse ejecutar por la misma vía, no es más que de tres a seis años. Ante tal desprotección de la mujer en dos casos llevados a cabo en iguales condiciones es más justo pensar que ante el acceso carnal, vía anal, la mujer sería víctima de corrupción al igual que el hombre”.

Sin embargo, Núñez¹⁴ sostiene que el acceso carnal realizado por vía anal del hombre a la mujer, puede configurar estupro. El fundamento de ello es que nada se opone a que la víctima sea una menor sin experiencia en asuntos sexuales y que, por ello, acepte como naturales cosas que no lo son. Sin embargo, la razón principal se encuentra en la ley, que admite la posibilidad de la honestidad frente a todas las formas de acceso del artículo 119 siempre que lo sufra una mujer.

¹² FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Delitos sexuales*, Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 113; *Tratado de Derecho Penal*, t. V, p. 102.

¹³ LÓPEZ BOLADO, ob. cit., ps. 100/101.

¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 288.

La penetración por vía bucal (*fellatio in ore*) no encuadra dentro del tipo penal de estupro, sino que se desplaza al abuso deshonesto y eventualmente a la corrupción¹⁵.

Recordemos, además, que ese acceso carnal no debe haberse producido en ninguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 2º y 3º del artículo 119. La presencia de alguna de estas circunstancias convertiría al acceso carnal en un delito de violación.

b) *Sujeto activo*

Sujeto activo del delito puede ser el varón, ya que sólo el hombre puede acceder carnalmente a la víctima pues es quien puede introducir su órgano sexual en la mujer, y sostiene Núñez que la doctrina era en su momento unánime¹⁶. El varón, entonces, cualquiera sea su edad, realiza el tipo de estupro y, por consiguiente, es sujeto activo de este delito si consuma el acceso carnal en las condiciones del artículo 120.

Sin embargo, se plantea el problema, ya tratado en el capítulo sobre violación, de si éste es un delito de propia mano. Según cuál sea la respuesta, se podrá mantener la idea de que sólo el hombre puede ser autor del estupro, o que también puede serlo el autor de atrás. Ejemplo de este último caso es el de la mujer que se vale de un inimputable para acceder carnalmente a una mujer –honesta– mayor de 12 y menor de 15 años, o la mujer que se vale del error de un tercero a los fines de lograr el acceso carnal. También la mujer que por envidia ayuda a la seducción o directamente seduce y entrega a la víctima a un tercero, son clásicos ejemplos que la doctrina argentina sancionaría como cómplices, cuando en realidad la persona de atrás es el real autor.

Consideramos que no hay razón para considerar al estupro como un delito de propia mano, remitiéndonos a los argumentos dados al explicar el tema en el delito de violación.

¹⁵“Tiraboschi, J.”, aunque en este caso la víctima era menor de 12 años de edad, causa 17.415, *Boletín de Jurisprudencia*, 1989, N° 2; “Blanco N.”, causa 27.523, *Boletín de Jurisprudencia*, 1983, N° 4, p. 158.

¹⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 289; SOLER, ob. cit., t. III, p. 301.

c) *Sujeto pasivo*

Los tres requisitos que se exigen para que se dé el delito de estupro con respecto al sujeto pasivo son: que sea una mujer entre 12 y 15 años de edad, que ésta sea honesta y que exista seducción, basada en ese carácter de la mujer.

c.1) Sólo podrá ser sujeto pasivo del delito de estupro, y por expresa disposición de la ley, una mujer. A diferencia de la violación, la cual alude a “persona de uno u otro sexo”, en el estupro no podrá ser considerado víctima un varón¹⁷.

c.2) La mujer deberá tener 12 años cumplidos, pero no haber cumplido los 15.

Si la mujer no cumplió los 12 años encuadra dentro de la figura del artículo 119, inciso 1º. En cambio, si la víctima fuese mayor de 15, y no se dieran los extremos del artículo 119 en sus tres incisos, el hecho sería impune por atipicidad¹⁸.

c.3) La mujer deberá además ser “honesta”. El Proyecto Tejedor y el Código de 1886, en su artículo 130, exigían que la mujer fuera “virgen”, entendiendo la virginidad como un estado físico de la mujer que se refiere a la entereza de su órgano sexual por no estar roto su himen. Rivarola, Piñeiro y Matienzo habían criticado, al elaborar su proyecto de Código de 1891, el sistema de la ley entonces vigente, demostrando que la exigencia de la virginidad presenta el inconveniente de que, en ciertos casos, ella puede faltar por efecto de un mero accidente y sin que haya mediado acceso carnal, en otros, en cambio, puede subsistir a pesar de haber mediado acceso carnal, en los casos de hímenes complacientes. Es la virginidad un elemento de juicio demasiado falaz como para ser erigido en elemento constitutivo de un delito de la gravedad del estupro. Por ello, se reemplazó la condición de “virginidad” por la de “honestidad”¹⁹.

La honestidad de acuerdo a la estructura del Código Penal es un elemento normativo del tipo que deberá ser probado y comprendido

¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 289; SOLER, ob. cit., t. III, p. 301; CREUS, ob. cit., t. I, p. 208.

¹⁸ SOLER, ob. cit., t. III, p. 302.

¹⁹ SOLER, ob. cit., t. III, p. 302 y ss.; NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 292 y ss.

por el dolo del autor. Se trata de un “estado moral de inexperiencia o de contaminación sexual de la mujer, determinable por su conducta”²⁰. Y este punto es importante porque la ley no exige que la mujer desconozca lo relativo al sexo. Bien puede ser que la víctima tenga instrucción sobre el tema y, sin embargo, ser víctima de este delito. En palabras de Núñez, el artículo 120 no ampara sólo a las menores cándidas sino también a las advertidas, pero sin experiencia en el trato sexual y no corrompidas²¹.

Sobre esta base se afirma que sigue siendo honesta la mujer violada, ya que mantiene su desconocimiento sobre lo sexual y no porque mantenga incólume su situación moral, como indebidamente se afirma, debido a que “mujer honesta” es la que no ha tenido acceso carnal con un hombre voluntariamente²².

Consecuentemente, se sostiene que no hay estupro de mujer casada²³, divorciada o viuda, mayor de 12 años y menor de 15, ya que ésta tiene experiencia en lo sexual, salvo casos en los que se demuestre que no ha tenido relación sexual y mantiene su inexperiencia²⁴. Por eso es deshonesta, para el Código Penal, aunque sea esto chocante, la mujer que carece de inocencia en la práctica sexual, como la que carece de ella por la profanación de la conducta, al decir de Núñez²⁵.

Como es un elemento del tipo, la honestidad no se presume, de modo tal que deberá ser probada. Para ello deberá apreciarse la conducta de la menor anterior al hecho, sus costumbres, etcétera. Hay que tener presente que al ser éste un elemento normativo del tipo, no debe confundirse este extremo con las creencias religiosas o morales del juzgador sino, tal como se ha sostenido, analizar la inexperiencia sexual de la víctima²⁶.

²⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 292; CREUS, ob. cit., t. I, ps. 208/209.

²¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 292.

²² GONZÁLEZ ROURA, *Manual de Derecho Penal*, 2ª ed., p. 106; MORENO, ob. cit., t. IV, p. 251.

²³ GÓMEZ, ob. cit., t. III, p. 137; MORENO, ob. cit., t. IV, p. 252.

²⁴ CREUS, ob. cit., t. I, p. 209.

²⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 293.

²⁶ Ídem nota anterior, p. 294.

c.4) *La seducción. Clases.* La sustitución de “mujer virgen” por “mujer honesta” le dio al estupro carácter de un acceso carnal logrado mediante “seducción presunta”, entendiéndosela como la presunción de la ley, *juris et de jure*, de que la víctima por su inexperiencia cede seducida por la propia naturaleza del acto sexual. Así, Carrara²⁷ decía que “la seducción presunta por las condiciones del sujeto activo y por sus relaciones con la mujer, se encuentra en todos aquellos casos en que el hombre, sin llegar a actos que constituyan verdadera violencia moral o física, abusa de alguna situación de autoridad que le da cierto imperio sobre la mujer para hacerla consentir a sus deseos”.

El Proyecto Tejedor y el Código de 1886 se referían a la seducción –real o verdadera– como elemento exigido por el tipo penal, significando ello el engaño para persuadir al mal abusando de la inexperiencia o debilidad de una menor²⁸.

A partir del Proyecto de 1891²⁹ se suprime de la fórmula el empleo de seducción, siendo motivada tal reforma en la idea de que la ley no necesita mencionar este extremo, desde que no se debe suponer que la mujer honesta, menor de 15 años, sea capaz de consentir en ser prostituida, sino que ha cedido a los halagos y artificios del seductor.

Lo expuesto significa que el tipo penal, dándose las condiciones de edad y honestidad, presume que la víctima, por su inexperiencia, cede seducida por la propia naturaleza del acto, y no por el engaño del sujeto activo. En síntesis, como Núñez³⁰ señala, la diferencia entre seducción real y seducción presunta es que en la primera, el autor debe lograr el acceso engañando o persuadiendo a la víctima, debiendo probarse el engaño o la persuasión. En cambio en la seducción presunta, la ley presume *juris et de jure* que la víctima por su inexperiencia cede seducida por la propia naturaleza del acto.

Creus afirma que la exigencia de honestidad ha venido a reemplazar la exigencia de la seducción, de modo que aunque esa modalidad no exista igual se dará el delito de estupro³¹.

²⁷ CARRARA, ob. cit., § 1501.

²⁸ Ídem nota anterior, § 1503.

²⁹ *Proyecto del Código Penal*, 2ª ed., 1898, p. 160.

³⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 292.

³¹ CREUS, ob. cit., p. 208.

Molinario y Aguirre Obarrio han acertado al afirmar que existen dudas de si es o no necesaria la seducción, y las dificultades que el tipo de estupro presenta³².

A nuestro criterio y más allá de las razones históricas que avalan la posición de Núñez, en cuanto exige la seducción presunta, estimamos que una correcta forma de legislar este delito es que se admita la seducción real, en el sentido de que el autor se haya aprovechado de la falta de experiencia en lo sexual de la menor víctima. Se respetaría de este modo el principio de legalidad y culpabilidad, y se podría actualizar la figura a límites más racionales. Piénsese si no en la relación sexual de un joven de 17 años con una menor de 15, y se verá el absurdo de la interpretación mayoritaria.

2. *Tipo subjetivo*

El dolo del autor consistirá para la doctrina mayoritaria en el conocimiento que posea de los elementos que conforman el tipo objetivo, esto es, mujer honesta, mayor de 12 años y menor de 15, y la voluntad de realizar tal conducta tipificada en el delito de estupro³³. Además, el autor debe tener conciencia de que se está aprovechando de la inexperiencia de la mujer, con lo cual sólo se admitirá el dolo directo, al existir un elemento subjetivo del tipo.

a) *Casos de error*. Puede ocurrir que el autor no conozca o crea que la víctima tiene más edad que la real, por ejemplo que esté convencido, por la apariencia física, de que tiene más de 15 años o, por la conducta que ha desarrollado, que no es honesta. En estos casos, al existir un error sobre alguno de los elementos del tipo, desaparecerá el dolo debido al error de tipo.

Los demás casos de error y la relación de este tipo legal con la violación ya han sido analizados cuando tratamos el delito de violación, al cual remitimos.

La jurisprudencia se expidió al respecto expresando: “Las manifestaciones alegadas por el imputado por el delito de estupro –que ignoraba que la víctima no tuviera 15 años y que aparentaba más

³² MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 441.

³³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 295; SOLER, ob. cit., t. III, ps. 301 y ss.; CREUS, ob. cit., t. I, p. 210; MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 444.

edad—, que no han sido desvirtuadas por las constancias de la causa —no se efectuó la correspondiente pericia, ni depusieron personas sobre tal circunstancia—, llevan a concluir sobre la base del principio de la duda, que el imputado actuó en la emergencia ante un error de hecho no imputable, que excluye la culpabilidad del procesado”³⁴.

VI. Consumación y tentativa

El estupro se consuma con el acceso carnal aunque imperfecto, siendo válido lo dicho oportunamente sobre lo desarrollado para el delito de violación.

Así, habrá tentativa cuando el autor comience a realizar actos inequívocos de ejecución, pero no se lo consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor (art. 42, Cód. Pen.).

Objetivamente, el hecho debe consistir por lo menos en un comienzo de ejecución de la acción típica. Si el hecho no alcanza este estadio de su desarrollo estaremos ante simples actos preparatorios no punibles.

Puede el estuprador haber obtenido el consentimiento de la víctima, haber dado comienzo a la ejecución del acto sexual, pero no haber logrado consumarlo por circunstancias ajenas a su voluntad, tal como por ejemplo, si fuese sorprendido en ese mismo instante por los padres de la víctima. Nada se opondría en tal supuesto a la existencia de una tentativa de estupro³⁵.

VII. Acción penal. Pena

El estupro es un delito dependiente de instancia privada, valiendo lo ya expresado al referirnos al delito de violación.

La figura básica del estupro —artículo 120— prevé una pena de reclusión o prisión de tres a seis años.

Para las circunstancias agravantes, en los casos del artículo 123 en función del 122, la ley prevé una pena de reclusión o prisión de seis a diez años y, en el caso del artículo 124, la de reclusión o prisión de quince a veinticinco años.

³⁴ CP0301 LP, P. 75.081, RSD-103-89, 28-9-89, “A. R. s/Estupro”.

³⁵ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. 1, p. 445.

VIII. Agravantes

El Código agrava la penalidad del delito de estupro cuando aparece cometido con el concurso de ciertas circunstancias que especifican los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal. Se aplica así, la del resultado de grave daño en la salud de la víctima, o la correspondiente cuando se cometiere el hecho por un ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla, o con el concurso de dos o más personas. También es aplicable la del artículo 124 cuando resultare la muerte de la persona ofendida.

Todo ello se ha explicado cuando se ha tratado el delito de violación, a cuyas páginas nos remitimos. Sin embargo debemos insistir en cómo en el delito de estupro se advierte con mayor nitidez que la agravante, en estos casos, requiere el abuso de la situación que tiene el autor, sin bastar la sola calidad de ser una de las personas que están enumeradas en la ley.

En la agravante debido a la muerte y lesiones, está claro que se exige dolo, habida cuenta de que la seducción no se puede lograr por medio de la violencia, y este punto no parece haberlo advertido la doctrina que sólo hace una remisión al delito de violación. Es que no es pensable el delito de estupro en el cual exista la seducción, real o presunta, y al mismo tiempo violencia que cause la muerte, porque el tipo penal se convertiría en violación. Por ende la muerte siempre requiere dolo.

IX. Concurso con otros delitos

Nos remitimos a lo dicho oportunamente para el delito de violación (ver Capítulo II, punto IX), dejando asentado que, como el delito de estupro no requiere el uso de la violencia o intimidación que exige el artículo 119, inciso 31, la figura del artículo 120 absorbe las lesiones leves que se originan del acto mismo del acceso carnal, pero no así aquellas extrañas a la consumación, las que concurrarán en forma real o material.

Si el estupro es precedido por el rapto de la menor (art. 131), ambos delitos, que representan dos hechos distintos e independientes, concurrirán realmente (art. 55).

EL DELITO DE ESTUPRO FRAUDULENTO

I. Nociones generales

El artículo 121 del Código Penal sanciona al sujeto que abusando del error de una persona fingiéndose su marido tuviese con ella acceso carnal. Se trata de un estupro en el cual el autor logra la seducción por el error de la mujer casada³⁶.

La norma tiene su justificación en los matrimonios por poder, muy común en un país con gran inmigración extranjera como el nuestro. Aprovechándose de esa situación, ciertos individuos, que conocían las circunstancias del caso, se interponían fraudulentamente, haciéndose pasar por el marido y obtenían así el acceso carnal con la inmigrante.

II. Antecedentes históricos

La introducción de la figura aparece en el artículo 148 del Proyecto de 1891, teniendo como antecedente al Código de Hungría de 1875, el cual fue incorporado al Derecho positivo a través de la ley 4189 de 1903. La estructura actual proviene del Proyecto de 1917. Los Proyectos de 1960 y 1979 lo incluyen bajo el título *Acceso carnal fraudulento*, entendiéndose por “el que tuviere acceso carnal con una mujer provocando o aprovechando un error de ésta acerca de la persona o simulando matrimonio”³⁷.

III. Bien jurídico protegido

Al igual que en los casos precedentes, nos encontramos ante el abuso que comete el sujeto activo al aprovecharse del error de la víctima quien consiente la relación sexual, en la creencia de que se trataba de su marido quien intentaba accederla a través de engaño.

Es decir, el estupro por engaño ofende la reserva sexual y en este caso también la libertad de la mujer ya que accede a tener relación sexual con quien, si no fuera por el engaño, no lo habría hecho. Si

³⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 301; Molinario (ob. cit., t. I, p. 450), la llama acceso carnal fraudulento.

³⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 299/300.

la razón de la entrega no fue el error de la víctima sobre la calidad del autor que la accede, sino su deseo de hacerlo, no habrá estupro fraudulento.

IV. Denominación

Los autores denominan a este supuesto de distintos modos.

Eusebio Gómez lo llama “violación por fraude”, Emilio Díaz, “estupro involuntario” y Sebastián Soler, “estupro fraudulento”³⁸.

Díaz se funda, para sostener que se trata de un estupro involuntario, en el hecho de que no habiéndose valido el sujeto activo, para la obtención del acceso carnal, de fuerza o intimidación, sino del consentimiento dado por la víctima, su delito se acerca más al de estupro que al de violación. Llama involuntario a ese estupro desde que existió fraude. En efecto, la mujer ha prestado consentimiento creyendo que se trataba de su marido, es decir, ha mantenido relaciones sexuales sin voluntad de hacerlo con un tercero.

Gómez sostiene que se trata de violación por fraude por el hecho de que el acceso carnal no se ha obtenido mediante un consentimiento válido, sino mediando fraude, haciéndole creer a la víctima que se trataba de su marido.

Molinario y Aguirre Obarrio³⁹ lo denominan “acceso carnal fraudulento”, pues sostienen que resulta impropio llamarle violación o estupro. El hecho no puede asimilarse a la violación porque en el caso, la víctima –que debe ser mayor de 12 años– ha prestado su consentimiento para el acceso carnal, que no ha sido por lo tanto estupro, porque si bien la voluntad de la víctima ha sido viciada mediante el engaño, no debe olvidarse que este último, bajo la forma de seducción, no es exigido por la ley como elemento constitutivo del estupro.

Núñez sostiene que se trata de un estupro fraudulento debido al error⁴⁰.

³⁸ GÓMEZ, ob. cit., t. III, p. 110; DÍAZ, *El Código Penal argentino* cit., p. 249; SOLER, ob. cit., t. III, p. 321.

³⁹ MOLINARIO, ob. cit., t. I, p. 450.

⁴⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 300.

V. Tipo del estupro fraudulento

1. *Tipo objetivo*

Consiste en tener acceso carnal con una mujer casada, valiéndose el autor, para ello, del engaño de hacerle creer que es su marido.

El fingimiento del autor es el paso inicial de la acción. El mismo está constituido por la actitud de presentarse como el marido de la víctima por medio de palabras o gestos, o bien guardando silencio ante el error inicialmente propio de la víctima, no quedando comprendidos en el tipo los fingimientos de otras identidades que no sean las del legítimo esposo, como ser la de su amante.

El autor debe haberse aprovechado del error de la víctima, aunque no es necesario que no lo provoque. En este caso, el autor logra la seducción de la mujer de esa forma⁴¹.

a) *Sujeto activo*

Es el hombre, con capacidad física para llevar a cabo la penetración, excluyendo al marido de la víctima. El fraude es puesto en práctica por el autor mediante algún artificio destinado a inducir a error a la víctima acerca de su identidad.

La palabra fingiéndose, usada por el Codificador, pone de resalto lo dicho, pues *fingir* significa tanto dar a entender lo que no es como hacerse pasar por tal, siendo ello, precisamente, lo que la ley requiere que haga el autor⁴².

b) *Sujeto pasivo*

Es la mujer casada mientras exista un matrimonio válido. Creus afirma que el tipo penal aprehende a la mujer que cree estar unida en matrimonio (casos de simulación de matrimonio). Es el caso de una mujer que es engañada por su seductor, con la complicidad de un tercero que se hace pasar por el oficial público del Registro Civil, realiza una parodia de la ceremonia del matrimonio, y cree ella realmente estar casada. En tal caso, la mujer, víctima del delito de ma-

⁴¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 304; CREUS, ob. cit., t. I, p. 211.

⁴² NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 304; CREUS, ob. cit., t. I, p. 212.

trimonio ilegal, en la creencia de haberse casado con el autor accede a cohabitar con él, razón por la cual el agente abusa del error de la mujer y, al fingirse su marido, logra el concubito con ella. En este caso, habría un concurso real de ambos tipos delictivos. Vale igual razonamiento en una situación de casamiento por poder. Así mismo, considera Creus, está comprendida la mujer separada (arts. 201 y ss., Cód. Civ., según ley 23.515)⁴³.

La mujer divorciada no podrá ser sujeto pasivo del delito como así tampoco la viuda.

c) *Acceso carnal*

Recordemos que el acceso carnal es la penetración del órgano masculino en la cavidad natural de la víctima, ya sea en la vagina o por vía anal, siendo indiferente que la penetración sea total o parcial, o que se produzca o no desfloración, que se llegue o no a la eyaculación. Se excluye, a nuestro criterio, la vía oral por las mismas razones explicitadas cuando se trató el delito de violación.

d) *Error de la víctima*

La mujer es accedida carnalmente en la creencia que es su marido quien efectúa el acto sexual, razón por la cual consiente el mismo.

Para la doctrina mayoritaria⁴⁴ es irrelevante el origen del error que recae sobre la víctima, a los efectos de la tipificación de la figura en estudio. El mismo puede provenir ya sea del propio actuar del sujeto activo, o bien de un tercero o, en fin, cualquier otra circunstancia que lleve al error de la víctima. Dicha postura parece razonable teniendo en cuenta la letra de la ley, atento a que la fórmula dice "...el que abusa del error de una mujer...", no especificando cuál debe ser el origen de dicho error.

2. *Tipo subjetivo*

El dolo del sujeto activo consiste en la voluntad de realizar el acto sexual conociendo que la mujer es casada, fingiendo su identidad

⁴³ CREUS, ob. cit., t. I, p. 212.

⁴⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 304.

y aprovechándose del error en el que incurre la víctima, pues ella piensa que es su marido. No hay duda de que se trata de dolo directo, habida cuenta de que el autor debe tener conciencia de que se está haciendo pasar por alguien que no se es, y en esas condiciones accede carnalmente a la mujer⁴⁵.

VI. Consumación y tentativa

El delito se consuma con el acceso carnal vaginal o anal, aunque no sea completa la penetración, aplicándose al respecto lo manifestado en el capítulo “El delito de violación”.

La tentativa se admite de la misma forma que para el resto de delitos que requieren el acceso carnal. Al ser un delito de resultado, no hay dudas de que es admisible el delito tentado. Se puede pensar en un plan del autor que no se consuma, por ejemplo por la llegada del verdadero cónyuge que descubre la maniobra.

VI. Acción penal. Pena

La acción es pública, dependiente de instancia de la ofendida, aunque sea menor de edad, según lo establecido en el artículo 72 del Código Penal y en la Ley de Derechos Civiles de la Mujer (art. 3º, incs. 2º y 7º), salvo las excepciones del artículo 72, según Núñez⁴⁶.

La pena prevista es de reclusión o prisión de tres a seis años, al igual que la del estupro del artículo 120 del Código Penal.

⁴⁵ CREUS, ob. cit., t. I, p. 213; NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 305

⁴⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 305.

CAPÍTULO IV

PROMOCIÓN O FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN¹

SUMARIO: I. Nociones generales sobre el Código Penal. II. Disposiciones legales. III. Antecedentes de la norma. IV. Bien jurídico protegido. V. La corrupción y la prostitución como estados. VI. Tipicidad. 1. Tipo objetivo. a) Acción de corromper. b) La acción de prostituir. c) Promover y facilitar. 2. Tipo subjetivo. a) El dolo. b) Los elementos subjetivos del tipo: las finalidades de quien promueve o facilita. c) El error. VII. Sujetos activo y pasivo. VIII. Concurso con otros delitos. IX. Consumación y tentativa. X. Penas y agravantes de la corrupción de menores (art. 125, segunda parte). 1. La pena en el artículo 125. 2. Agravantes del tipo de la corrupción de menores. a) Engaño. b) Violencia. c) Coerción. d) Ascendientes. e) Marido. f) Vida marital. g) Hermano, tutor, persona encargada de la educación o guarda. XI. Promoción y facilitación de la prostitución o corrupción de mayores de edad.

I. Nociones generales sobre el Código Penal

Los precedentes del Código se limitaban a castigar al proxeneta, lenón o alcahuete, ya que abarcaba la conducta de la promoción o facilitación de la corrupción o prostitución referidas a personas me-

¹ La bibliografía consultada, además de las obras clásicas, es: MANFREDINI, Mario, *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie*, en ALTAVILLA, FLORIAN y otros, *Trattato di Diritto Penale*, 2ª ed., Francesco Vallardi Editor, Milano, 1921, vol. IX; MARTÍNEZ, Lisandro, *Derecho Penal sexual*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1977; MANCI, Filippo, *Reati sessuali*, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1927, ps. 167 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Delitos relativos a la prostitución*, en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, ps. 321 y ss.; GÖSSEL, *Strafrecht Besonderer Teil*, par. 28; MAURACH y SCHROEDER, *Strafrecht BT*, par. 22 y ss.; HORN, *Strafgesetzbuch*, par. 178; ESTRELLA y GODOY LEMOS, *Código Penal cit.*, ps. 370 y ss.

nores de edad, cuando el autor lo hacía para satisfacer los deseos o pasiones de otro².

En el proyecto de 1906 no sólo se penaba como tipos fundamentales la promoción y la facilitación de la prostitución o corrupción de menores y de mayores, realizada para satisfacer deseos ajenos, sino también a quienes lo hacían para perseguir deseos propios. Se introdujo, además, la presunción de autoría o coautoría en el delito de los regentes de casas de prostitución pública o clandestina, en donde se encuentren las víctimas de esos delitos; la trata de blancas, es decir, la detención fraudulenta de una persona en una casa de prostitución o el hecho de obligarla a entregarse a ésta, y finalmente el lucro con la prostitución ajena³.

La Ley contra la Prostitución 9143 de 1913, que modificó y amplió el artículo 19 de la ley 4189, introdujo en el Derecho vigente un sistema represivo de la prostitución y corrupción que era más amplio que el proyecto de 1906, ya que se castigaba la promoción y la facilitación de la prostitución o corrupción de menores de ambos sexos y de mayores, realizada por un lenón. Además, mantenía la presunción de autoría en las casas de prostitución, se castigaba el tráfico de mujeres y la facilitación del ejercicio de la prostitución. Se castigaba además, la admisión de menores de edad en casas de prostitución⁴.

El Código Penal, que está hecho sobre la base del proyecto de 1917, optó por el sistema de punibilidad restringida, ya que se limitó a tipificar y castigar la promoción y facilitación de la prostitución y de la corrupción. Distingue así, el tipo del que obra para satisfacer deseos propios de la figura del proxeneta, caracterizada no sólo por el fin de satisfacer deseos ajenos sino también por el ánimo de lucro⁵.

Hace una diferencia, en el artículo 125, entre el delito cometido contra menores de ambos sexos —para el que admite agravamientos— y el hecho delictivo cuya víctima es un mayor de edad, en el artículo 126.

El sistema restringido del Código ha sido ampliado, como medio

² NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 335.

³ Ídem nota anterior, p. 336.

⁴ Ibídem.

⁵ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 336/337.

de lucha contra la prostitución y corrupción, por la ley 12.331, cuyo artículo 17 castiga el sostenimiento, la administración y el regentamiento de una casa de tolerancia⁶. Se agrega, además, la convención sobre trata de blancas.

II. Disposiciones legales

El Código Penal ha estructurado este tema en dos artículos. El primero, el artículo 125, castiga la promoción o facilitación de la prostitución o de la corrupción de menores, agravando dicho tipo penal en la segunda parte del artículo. Y en el artículo 126 castiga con distintas conductas la promoción y la facilitación de la prostitución de mayores de edad.

El artículo 125 castiga al que "...con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediar el consentimiento de la víctima...", con distintas penas que varían según la edad de esta última:

- a) Si fuere menor de 12 años, con reclusión o prisión de cuatro a quince años.
- b) Si fuere mayor de 12 y menor de 18, de tres a diez años.
- c) Si fuere mayor de 18 y menor de 22, de dos a seis años.

Por su parte, el artículo 126 reprime al que "...con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de mayores de edad, mediante engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualesquiera otros medios de coerción".

III. Antecedentes de la norma

Entre los antecedentes de la norma en estudio se puede citar a Tejedor, que incluyó entre los "Crímenes y delitos contra la honestidad" el siguiente delito: "El que habitualmente, o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de 20 años, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con un año de prisión". El proyecto reproducía casi textualmente el

⁶ Ídem nota anterior, p. 337.

Código español de 1850. En la nota afirmaba: “Es necesario que se entregue habitualmente a este comercio [...] La ley ha querido que se establezca bien el oficio, la profesión infame [...] El tráfico habitual de la corrupción es lo que constituye el delito”⁷.

Se cita como antecedente al Código de Baviera, aunque esto ha sido discutido por Molinario y Aguirre Obarrio, en su posición de defensa de la no tipificación del depravador directo⁸.

También se cita el proyecto de 1881: “El que promoviere o facilitare, para satisfacer las pasiones de otro, la prostitución o corrupción de menores de uno u otro sexo será castigado...”, que suprimió el requisito de habitualidad y el de abuso de confianza⁹.

El Código de 1886 estableció: “El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores, será castigado con prisión de uno a tres años si la menor tuviera menos de 18 años y más de 14, y con penitenciaría por tres a seis años si la menor tuviese menos de 14 años cumplidos”.

Rivarola, comentarista de aquel código, compara ese texto con el de Tejedor y el de 1881, criticando la supresión de la frase “para satisfacer los deseos de otro”, afirmando que, aun sin ella, la ley no contempla la seducción directa¹⁰.

El proyecto de 1891 decía: “El que promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de 18 años, para satisfacer deseos ajenos, será castigado con uno a tres años de prisión”.

El proyecto se refiere a personas de ambos sexos y suprime los recaudos de habitualidad y abuso, además de emplear expresamente la frase “para satisfacer deseos ajenos”. La Exposición de Motivos se refiere a la intromisión de terceros y descarta la seducción directa.

La ley de 1903 sustituyó el artículo 132 con el texto de 1891 y agregó: “En caso de nueva condena será deportado. La pena será de tres a seis años de penitenciaría: 1) si el menor no tuviere 12 años

⁷ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, *Los delitos* cit., t. 1, p. 464.

⁸ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. 1, p. 465.

⁹ Ídem nota anterior; se refiere al proyecto de 1881 de Villegas, Ugarriza y

García.

¹⁰ Ídem nota 9.

cumplidos; 2) si el autor fuere ascendiente, afín en línea recta, marido o persona encargada de la educación o guarda de la víctima”.

Moreno, en su comentario a esta ley, dice: “La innovación de deportar al que reincide en este delito es muy saludable. Los intermediarios de esta naturaleza usan su comercio como una verdadera profesión a la cual vuelven luego de cumplidas las condenas de la ley”¹¹.

El proyecto de 1906 repite la fórmula y por vez primera dice “para satisfacer deseos propios o ajenos”. La Exposición de Motivos nada aclara.

Moreno, que modificó la fórmula del proyecto de 1906 en el suyo, entendía que de ninguna manera se había incluido aquí el caso de seducción directa; los deseos propios también se referían a tercería, según lo expresa Aguirre Obarrio.

Posteriormente, la ley 9143 de 1913 volvió a retocar los textos comentados. Pero existe acuerdo doctrinal en que, a decir de Juan Ramos, se nota “una redacción apresurada que tiene por objeto refundir en un solo texto, lleno de contradicciones y errores, frases de la ley francesa, del proyecto de 1906, de la propia cosecha de sus autores en la discusión legislativa y hechos nacionales que se referían a modos de ser de nuestra prostitución reglamentada. De ese entrevero ha nacido el actual artículo 125...”

Moreno propuso derogar la ley 9143 aumentando las penas y retocando la fórmula para unificar el lenocinio y concordarlo con otras disposiciones. Su texto es el vigente, salvo la expresión “con ánimo de lucro”, añadida por la Comisión de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, cuyo texto es el que se sancionó¹².

IV. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se protege en los delitos de promoción y facilitación de la prostitución o corrupción es el derecho de las personas a mantener incólume la normalidad del trato sexual, sea en sus motivos,

¹¹ Ídem nota anterior, p. 466.

¹² MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., p. 468.

que se lesionan al promover o facilitar la prostitución, sea en sus modos, en los casos de la corrupción¹³.

Creus, por su parte, afirma que el bien jurídico es el normal desarrollo del trato sexual¹⁴.

A nuestro juicio se protege el derecho de toda persona humana a mantenerse voluntariamente dentro de la normalidad sexual, entendida ésta dentro de los cánones sociales medios aceptados por todos en una sociedad construida dentro de los valores democráticos y liberales.

V. La corrupción y la prostitución como estados

Hay que entender que tanto la corrupción como la prostitución son estados de la persona que se logran mediante actos sexuales enderezados hacia ese fin por ser perversos, en sí mismos, prematuros o excesivos. De modo que los actos que no tengan ese fin no encuadran en la previsión de los artículos 125 y 126 del Código Penal.

Así la jurisprudencia se expidió afirmando que “No puede condenarse al procesado por el delito de corrupción porque sólo existe la declaración de aquél, el que reconoce haber tenido acceso carnal con el menor, prueba que es insuficiente en atención al sistema procesal que nos rige. Pero aun cuando se diera por probado el hecho, la conducta sería atípica, porque la corrupción, tal como está legislada en nuestro Código, exige un estado y éste debe ser abarcado por el dolo del autor, de modo que un solo acto sexual, anormal, no alcanza, en principio, para tipificar el delito del artículo 125 del Código Penal”¹⁵.

VI. Tipicidad

1. *Tipo objetivo*

a) *Acción de corromper*

El problema de este delito consiste en la dificultad de dar una

¹³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 338.

¹⁴ CREUS, ob. cit., p. 213.

¹⁵ Cám. Nac. Crim., sala VI, 29-11-85, “Álvarez, M.”, causa 12.680, *Boletín de Jurisprudencia*, N° 4, p. 265.

noción de lo que es la corrupción sexual. El concepto mismo de corrupción sexual es de difícil conceptualización, más allá de los cambios existentes en materia sexual a través de los tiempos. Es de mala técnica legislativa, y en este error ha caído el codificador, el dar conceptos y no describir conductas. En el fondo, el concepto de corrupción es un concepto vacío, ya que queda absolutamente librado al intérprete darle un contenido. En ese marco, parece necesario deslindar el problema de lo estrictamente moral o de las creencias personales del intérprete e intentar dar un concepto lo más objetivo posible dentro de este tipo penal que, sin lugar a dudas, en la medida en que se lo lleve a consideraciones religiosas o morales, será violatorio del artículo 19 de la Constitución Nacional.

Este problema, aun sin decirlo de manera expresa, fue entendido por la doctrina mayoritaria argentina, que recurrió a la italiana a los efectos de limitar los tipos penales de corrupción, intentando definir qué se entendía por ese término cuando se interpreta la ley. No hay duda de que el concepto de corrupción que nuestros autores han dado es heredera de la doctrina que ya se había fijado y bien, en Italia, por juristas tales como Manfredini, Florian y Manzini, entre otros¹⁶. Como ejemplo de esta aclaración Núñez¹⁷ define la corrupción como la depravación de la conducta sexual en sí misma. En base a esta idea afirma que la depravación puramente moral, de los sentimientos e ideas sexuales, no encuadra en el ámbito de los artículos 125 y 126 del Código Penal. Estos artículos, afirma el autor citado, se refieren al efecto de esos sentimientos e ideas sobre el comportamiento de la persona en el ámbito sexual¹⁸. Por ende, la deformación de la práctica sexual de la víctima es la secuela de la deformación de los sentimientos e ideas sexuales. La tesis de Núñez podría ser explicitada de la siguiente manera: la corrupción moral de la persona sería un acto preparatorio, y solamente los actos de corrupción física encuadran en el artículo 125 y 126 del Código Penal.

Soler, por su parte, afirma que corromper significa depravar y

¹⁶ MANFREDINI, ob. cit., ps. 190 y ss., en especial p. 196; MANZINI, *Trattato* cit., t. VI, p. 589.

¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 342.

¹⁸ SOLER, ob. y t. cits., p. 330.

recurriendo al bien jurídico, que es la honestidad sexual¹⁹, afirma que tiene un sentido esencialmente psicológico y moral, de manera que es corruptora la acción que deja una huella moral profunda en el psiquismo de la víctima, torciendo el sentido natural, biológico y sano de la sexualidad. Pero en la nota afirma que “se suele acentuar demasiado el aspecto moral, olvidando el aspecto puramente psíquico y fisiológico”. Recurre para ello a Manzini, para sostener que “la acción corruptora debe ser medida no ya con relación a un tipo perfecto de relación sexual monogámica y casta, sino con el tipo de pura relación sexual en el sentido biológico-natural. Por eso, la acción, para ser calificada de corruptora, debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea por inculcarse a la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o depravadas, o por actuarse en forma prematura sobre una sexualidad aún no desarrollada”²⁰.

Molinario y Aguirre Obarrio se refieren a la corrupción, que debe ser sexual, teniendo en cuenta que es echar a perder, depravar, dañar, podrir, pervertir, estragar, viciar. Y el actualizador recurre luego a Soler con la fórmula dada por el decreto-ley 17.568/68, que se refería a actos sexuales perversos, prematuros o excesivos²¹.

De esta forma parecía lógica la fórmula de Soler, en el sentido de que el acto sexual debe ser, a los efectos de la corrupción, perverso en sí mismo o en su ejecución; prematuro, debido a la práctica lujuriosa habitual y precoz, despertada antes de lo que es natural. Lo que es prematuro a los 8 puede no serlo a los 14. El exceso, finalmente, expresa una lujuria extraordinaria. Se refiere a una anormal sucesión de actos que en sí mismos no implican corrupción, pero sí por su acumulación. En este contexto, es posible deslindar actos que no son corruptores, tales como el coito *inter femora*, un beso, un tocamiento impúdico, ya que en sí mismos no pervierten el sentido de lo sexual. Se exige, entonces, que los actos corruptores hayan sido realizados

¹⁹ Ídem nota anterior, p. 308.

²⁰ SOLER, ob. cit., p. 309.

²¹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 458.

sobre el cuerpo del menor, o que el menor los realice sobre otra persona, o directamente que el menor asista a actos de terceros entre sí²².

Sin embargo, en la corrupción para satisfacer deseos ajenos la cuestión debe ser analizada de otra manera, ya que en ese caso no sería necesario que se realizaran actos sobre el cuerpo del menor sino que sería suficiente con la exhibición de figuras, revistas, etcétera²³.

Tampoco es necesario que se logre la corrupción de la víctima, sino que es bastante que la dirección del acto que efectúa el sujeto activo lo sea para ingresar a la víctima en el mundo de la prostitución o corrupción; no tratándose por consiguiente de un delito de resultado, sino de un delito de pura actividad, en la cual basta que la conducta en sí sea corruptora o tendiente a la prostitución. En caso de que el autor logre el resultado, ello sirve como elemento para la medición de la pena.

La jurisprudencia ha tenido opiniones varias sobre el tema, dado que, como se ha podido observar, el tipo no describe conductas sino que definitivamente da un concepto valorativo. Así se ha dicho que “Las caricias a una mujer de 14 años, efectuadas por un hombre de 30, durante más de un año y hasta tres veces por semana para inflamar su lascivia y llevarla hasta el orgasmo, configuran la depravación de la conducta sexual y tienen aptitud corruptora, ya que pueden desviar para siempre de la normalidad a la víctima”²⁴. Por su parte, la sala VII de la Cámara del Crimen afirmó²⁵: “No configura corrupción un fugaz tocamiento genital, que ni siquiera llegó a ser un acto de masturbación y carece, por ende, de eficacia objetiva para perjudicar el sano sentido de la identidad de la víctima”. La sala IV²⁶ consideró que había corrupción de menores en la conducta del reo que hizo un frotamiento contra los glúteos de una niña de 4 años de edad. La

²² SOLER, ob. cit., t. III, p. 311.

²³ Ídem nota anterior; NUÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 344.

²⁴ Cám. Nac. Crim., sala IV, causa 24.969, “Bazan, E.”, 28-10-80, B. J. 1980-214. En igual sentido se expresó la sala V en la causa 13.877, “Morris, N.”, 29-5-81, B. J. 1981-110.

²⁵ Causa 1199, “Vidal del J.”, 14-9-81, B. J. 1981-109.

²⁶ Causa 41.914, “Abate Aquino, Casim”, 29-9-92.

misma sala²⁷ consideró corrupción de menores la conducta de quien accedió carnalmente por vía anal a una joven de 17 años aunque hubiera mediado su consentimiento. En igual dirección se consideraron corrupción de menores los tocamientos, caricias y roces que hizo el reo a un niño de 12 años, máxime siendo ambos del mismo sexo²⁸. Por último, también se ha dicho que “la corrupción consiste en la depravación que rebaja la moral sexual de la víctima con relación a todas las personas...”²⁹

b) *La acción de prostituír*

Según Soler, es la actividad de entregarse habitualmente a tratos sexuales con personas más o menos determinadas, que eventualmente lo requieran³⁰. Núñez, por su parte, afirma que es la depravación de los motivos generadores del trato sexual. El sexo y el amor son sustituidos, como motivo habitual del acto sexual, por la finalidad del sujeto de satisfacer el propio lucro o el ajeno, entregándose carnalmente a personas indeterminadas³¹. Por lo tanto, los requisitos básicos son la entrega indeterminada y habitual.

Como se ve de ambos conceptos, una de las diferencias que existe está en si es necesario que la relación sexual esté determinada por el dinero, por una parte, y por otra, la de una pluralidad indeterminada de personas con quien se tiene esa relación sexual.

Sin embargo, la discrepancia no es aparente porque el propio Soler afirma que no alcanza, para configurar prostitución, que existan relaciones sexuales irregulares y accidentales, sino que se requiere que se trate de un estado³². Y, por otra parte, es difícil pensar en la prostitución como estado si no es sobre la base de que se reciba dinero para permitir el acceso sexual.

La idea de que en la prostitución, desde un punto de vista jurídico, necesariamente debe haber existido un precio y la indeterminación

²⁷ Causa 40.465, “Hidalgo, Daniel”, 30-3-92.

²⁸ Cám. Nac. Crim., sala IV, causa 39.849, “Gerban, Luis”, 29-10-91.

²⁹ Cám. Fed. de Bahía Blanca, 28-8-40, fallo 10.885, L. L. 21-416.

³⁰ SOLER, ob. cit., t. III, p. 307.

³¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 341.

³² Ídem nota 30.

de la persona, es admitido por la doctrina alemana con sólidos fundamentos³³.

No hay discusión en que tanto puede haber prostitución del hombre como de la mujer. Tampoco es relevante con quién se ejerce la prostitución, ya sea hombre o mujer.

Por otra parte, la prostitución y la corrupción son dos conceptos legales distintos e independientes, tal como ha sido regulado en los tipos de los artículos 125 y 126. Esto significa que no puedan funcionar de manera convergente. La conducta tiene, en este aspecto, una dirección final que excluye la otra, de manera que no puede haber relación sustitutiva o complementaria. Lo que únicamente es una promoción o una facilitación de la prostitución no puede ser una promoción o facilitación de la corrupción y viceversa³⁴. Por eso, quien promueve o facilita el trato sexual normal pero lucrativo de una menor, promueve o facilita la prostitución, pero no la corrupción.

La jurisprudencia ha tenido distintos criterios. "Constituye el delito de facilitación de la prostitución de un mayor de 12 años y menor de 18 (art. 125, inc. 2º, Cód. Pen.) la conducta del procesado que mantuvo, en tres o cuatro ocasiones, relaciones sexuales por vía anal—cumpliendo el rol pasivo— con el menor, dado que la desviada conducta sexual observada por el acriminado reviste entidad corruptiva suficiente para torcer de su normal cauce el instinto sexual del menor, o para mantener o agravar la realización de actos depravados por parte del mismo, dándose el elemento subjetivo requerido por el tipo penal, por el fin de satisfacer deseos sexuales propios, situación que se desprende de su condición de homosexual pasivo"³⁵.

El texto del artículo 125 del Código Penal "comprende tanto al que promueve como al que facilita y, a la vez, al que efectúa alguna de esas dos acciones tanto para satisfacer deseos propios cuanto ajenos, siempre que se trate de menores de edad, aunque mediare consentimiento de la víctima, yendo esa minoridad, y en orden decreciente de pena, desde la más tierna infancia (inc. 1º) hasta los 22 años de edad

³³ GÖSSEL, ob. cit., t. 1, p. 297; SCHÖNKE y SCHRÖDER, párr. 180, a, 5 y 6.

³⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 343; SOLER, ob. cit., t. III, p. 307.

³⁵ Cám. Nac. Crim., sala III, 20-3-86, "Orellana, J.", causa 20.059, B. J. 1986-1-51.

(inc. 3º). Promueve la prostitución el que opera como actor y parte en el acto sexual, tendiente a degradar los motivos de tal acto, a mantener a la víctima en la prostitución o a volver más torpe su comercio sexual. Facilita quien obra haciendo más fácil o posible la autoprostitución del menor, en su iniciación, mantenimiento o empeoramiento. El acusado hizo posible la autoprostitución de la víctima, al presentársela a un tercero para que tuviese con él comercio carnal por precio, el cual repartía él con la menor, esperándolos enfrente del albergue transitorio, para que éste al salir hiciese al acusado el efectivo pago”³⁶.

c) *Promover y facilitar*

Es totalmente distinta la conducta de promover la corrupción de la de facilitar la prostitución, motivo por el cual ambas serán tratadas separadamente.

c.1) *La promoción o facilitación de la corrupción de menores*

La promoción de la corrupción de un menor significa procurarla respecto de aquél cuya conducta sexual no está depravada en sus modalidades, o excitar la depravación ya existente o aumentarla³⁷.

Se ha levantado, en este punto, la tesis original de Viazzi de que “no se corrompe lo que ya está corrompido, como no se rompe lo que ya está roto”³⁸. Esta posición fue seguida en nuestro país por Soler que expresaba: “Una persona sólo una vez puede ser corrompida; los actos posteriores ya no pueden imputarse como corrupción. Si no son imputables a título de facilitar la prostitución, deberán considerarse impunes”³⁹. En igual sentido, Fontán Balestra al afirmar que no hay bien jurídico en el caso del menor corrompido⁴⁰. Parcialmente fue seguida esta idea por Gómez, quien distinguía según fuera promoción

³⁶ Cám. Nac. Crim., sala I, 22-12-89, “Gómez, E.”, causa 36.261, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1989, N° 4.

³⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 344.

³⁸ *La scuola positiva*, segunda parte, 1927, p. 337; RAMOS MEJÍA, *Algunas reflexiones al artículo 125 del Código Penal*, en *Estudios de Derecho Penal*, Ideas, Buenos Aires, 1947, p. 160.

³⁹ SOLER, ob. cit., t. III, p. 310.

⁴⁰ FONTÁN BALESTRA, *Delitos sexuales* cit., p. 153.

o facilitación de la corrupción, rechazando la posibilidad del delito en el caso de promoción y, en cambio, aceptándola en el caso de la facilitación, ya que es posible crear un ambiente propicio para que un menor corrompido se corrompa más⁴¹.

En contra de esta posición la doctrina, especialmente Ramos Mejía, ha objetado que este criterio de Viazzi importa confundir los objetos del mundo de la naturaleza con la conducta humana, que no es otra cosa que emplear el método de las ciencias naturales en las ciencias jurídicas⁴². La lógica, dice Ramos Mejía, sería inobjetable como lógica de la naturaleza, porque el presupuesto de la noción de naturaleza es la constancia causal, la cual supone precisamente el ser como sustancia, es decir, lo que permanece idéntico a sí mismo. Y agrega que esta lógica es inadecuada para comprender el sentido de la conducta del hombre, para pensar la vida humana viviente, distinta a la vida puramente animal, a la vida humana objetivada, al mundo físico y a los objetos ideales⁴³.

La jurisprudencia se ha expresado al respecto: “El delito de corrupción es de carácter formal y no exige que la víctima sea una persona no corrupta. En consecuencia, es irrelevante a los efectos del reproche penal que el menor víctima haya consentido en ejecutar los actos aquí juzgados poniendo de resalto su catadura moral y quizás la circunstancia de que estaba ya corrompida, pues todo acto realizado en una línea de conducta hace que esa conducta se afiance por reiteración de los mismos, los que conforme sea su calidad llevarán al hombre que los ejecuta al vicio o a la virtud. En el caso de autos no cabe duda de que los actos ejecutados han constituido un escalón más en la corrupción del menor, aun cuando se aceptara la tesis de que el menor víctima estaba ya iniciado en el vicio”⁴⁴.

La jurisprudencia ha sostenido “que la promoción de la corrupción

⁴¹ GÓMEZ, ob. cit., t. 3, p. 166; RAMOS MEJÍA, ob. cit. en nota 38, p. 161.

⁴² RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 162.

⁴³ Ídem nota anterior, p. 165.

⁴⁴ Cám. Crim. y Correc., sala 7ª, 30-4-92, “Pérez, Luis”, causa 17.013; Cám. Nac. Crim., sala III, 13-8-81, “González, D.”, causa 14.229, B. J. 1981-18.547. A favor de la tesis de Ramos Mejía, ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., t. 1, p. 375.

se consuma con el acto idóneo de depravar, sin que sea requerido que la víctima se corrompa, bastando con el peligro de que ello ocurra o pueda generarlo. El resultado corruptor debe estar contenido en la intención del agente, siendo imprescindible el dolo directo, esto es, que el agente no sólo busca satisfacer sus propios deseos sino que además piensa obtener satisfacción de la posterior actividad corrompida de la víctima. El verbo 'promover' indica la existencia de una actividad destinada a lograr la efectiva corrupción, aunque la misma no se concrete"⁴⁵.

Contrariamente a lo sostenido se expresó: "Debe absolverse a los procesados del delito de promoción y facilitación de la corrupción de una menor de 21 años y mayor de 18, porque no es posible promover y facilitar la corrupción de lo ya corrupto, dado que la damnificada se entregó voluntariamente con provocación y ansiedad sexual, accediendo sin limitación ni recato en copular con los tres hombres, en una reunión que por sí sola sugería, o al menos no podía dejar de preverse, la posibilidad de acabar en una orgía"⁴⁶.

En consecuencia, el significado de la palabra "promover" plasmada en el tipo penal no se relaciona sólo con la iniciación de algo, sino también con la idea de adelantar una cosa —el alentamiento hacia la corrupción— para procurar su logro, esto es el mantenimiento o el aumento de la perversión sexual⁴⁷.

Estos actos comprenden la enseñanza, el consejo, el orden y el ejemplo, aptos para determinar la depravación de la conducta sexual del menor⁴⁸.

Según Soler⁴⁹ el consejo, el mandato, la promesa y la explicación sólo son punibles como instigación a la corrupción con arreglo a los

⁴⁵ En igual sentido: CSJN, causa "Contini", L. L. 2-206, al afirmar que la corrupción tiene grados; Cám. Apel. Com. y Crim. de Mendoza, causa "Martínez"; STJ de Entre Ríos, causa "Duarte", Rep. L. L. IV-325, todos en RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 170.

⁴⁶ Cám. Nac. Crim., sala VI, 10-4-84, "Antar, E.", causa 10.078, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1984, N° 2, abril, mayo y junio, p. 113.

⁴⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 345; RAMOS MEJÍA, ob. cit., p. 160.

⁴⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 345.

⁴⁹ SOLER, ob. cit., t. III, p. 365.

principios de la participación criminal y no como consumación del delito. Pero respecto del menor, la instigación a que se corrompa no puede constituir una participación criminal por instigación, porque ésta supone que el instigador determine a otro a que cometa, como autor o cómplice, un delito, y el menor inducido a la corrupción no lo comete. Tampoco puede afirmarse, continúa Soler, que la instigación corruptora dirigida al menor constituya una participación por instigación cuando un tercero realice el delito, porque la instigación debe dirigirse al autor del delito, en cambio en este caso se dirige a otra persona.

Núñez⁵⁰ sostiene que el límite de lo punible no se debe encontrar reduciendo la promoción al ámbito de los actos materiales realizados sobre el cuerpo del menor o ejecutados o presenciados por él, sino que se encuentra en la exigencia de que se trate de acciones tendientes a corromper y no simplemente de acciones aptas para lograrlo.

c.1.1) *Facilitación de la corrupción de menores*

Gramaticalmente, *facilitar* es hacer fácil o posible la ejecución de un cosa o la consecución de un fin. En este caso, la idea de corromperse ya existe en el menor, y el sujeto activo proporciona los medios que se necesiten o allana los obstáculos que se presenten para que el menor cumpla su propósito. En otras palabras, la idea corruptora no viene de afuera, sino que está en el propio sujeto pasivo y el actor la hace posible, la hace más fácil, ya sea manteniéndola o iniciándola.

La corrupción se facilita cuando se suministran los medios para que el sujeto pasivo que quiera corromperse lo haga, o el que ya está corrompido desarrolle las actividades propias de ese estado, manteniéndolo o aumentándolo.

La diferencia que existe entre promoción y facilitación es que, en la primera, el impulso hacia la creación del estado de corrupción proviene del sujeto activo, y en la segunda proviene de la víctima y el agente se pliega al plan de aquélla. Es decir, el facilitador es un partícipe en la acción que domina el sujeto pasivo a la que puede concurrir con acciones que facilitan el actuar del actor principal.

⁵⁰ NÚÑEZ, ob. cit., p. 346.

Discutible es la afirmación de que puede haber facilitación por omisión, como ser la de los padres de evitar el comportamiento de su hijo, lo que significaría una omisión impropia. El delito entonces, se cometería por omisión cuando el autor, teniendo el deber jurídico de proteger o dirigir la conducta de la víctima no lo hace, favoreciendo así la corrupción del menor⁵¹. Sin embargo no es fácil construir una omisión impropia en el delito de corrupción. A los ya clásicos problemas que se han planteado en el tema de la omisión impropia, se suma que no existe en nuestro Código Penal una cláusula sobre la omisión que permita hacer una imputación en este sentido⁵².

Toda cooperación en el acto del menor tendiente a su propia corrupción implica facilitación, porque no representa la realización por propia cuenta del autor de la corrupción del menor, que es el que la realiza.

Por otra parte, en este orden de ideas, cuando el tercero actúa como autor, esto es, tiene el dominio del hecho, frente a la corrupción del menor, no habrá facilitación sino que pasará a ser promotor. Por ende, toda cooperación o auxilio principal o accesorio en el acto del menor tendiente a su propia corrupción implica facilitación, porque no representa la realización por propia cuenta del autor de la corrupción del menor, que es el autor principal de su depravación. Por ende, es un facilitador, que no interviene en el acto corruptor y no tiene el dominio del hecho en el sentido del manejo de la relación causal y sin tampoco incitar a la corrupción, como por ejemplo ayudando para el acto principal dando un lugar al menor para que éste realice los actos corruptores⁵³.

En síntesis, facilitar la corrupción quiere decir hacer más fácil o posible la autocorrupción como iniciación, mantenimiento o empeoramiento de ese estado. El facilitador no es sólo el que allana los

⁵¹ Ídem nota anterior, p. 348.

⁵² KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassung*; DONNA y PIÑA, *La omisión*, en prensa. En oposición a nuestra posición puede verse ESTRELLA y GO-DOY LEMOS, ob. cit., t. 1, p. 125. Sin muchas reflexiones sobre lo afirmado, ver Soler y Núñez.

⁵³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 348.

obstáculos para la autocorrupción del menor sino también el que le proporciona o entrega medios favorecedores⁵⁴.

La jurisprudencia fue conteste al sostener: “Admitido que el delito de corrupción no es de resultado material sino meramente formal, parece claro que a los efectos de la adecuación típica respecto de la figura de que se trata no ha menester la comprobación de una efectiva corrupción de la víctima, sino tan sólo la verificación de que la conducta del agente resulta idónea para promoverla o facilitarla”⁵⁵.

c.2) *La promoción y facilitación de la prostitución de menores*

No hay en este punto diferencia en lo que hace a los conceptos con la promoción y la facilitación de la prostitución. Por ende va a promover la prostitución aquel que la inicia o la mantiene. En cambio facilitará la prostitución aquel que ayude a una decisión del menor de estar en ese estado. No es alcanzado por la norma el cliente que tiene relaciones con la menor, ya que no facilita la prostitución sino que realiza propiamente el acto para el cual otros lo facilitaron, como ser dando una habitación, etcétera⁵⁶.

2. *Tipo subjetivo*

a) *El dolo*

El delito, ya sea en la forma de corrupción o de prostitución, es doloso y no se admite la culpa y, como veremos, dada la estructura del tipo el dolo debe ser directo, que significa saber que la acción que uno lleva a cabo tiende a promover la corrupción o la prostitución de un menor o tiene la finalidad de allanar los obstáculos para la corrupción o la prostitución que el menor ha decidido por sí. Está claro que el dolo no abarca aquellas acciones en las cuales eventualmente se pueda llegar a favorecer la corrupción o la prostitución del

⁵⁴ Ídem nota anterior; SOLER, ob. cit., t. III; CREUS, ob. cit., t. I, p. 216.

⁵⁵ Cám. Nac. Crim., sala V, 24-8-79, causa 11.587, B. J. 1980-2. En igual sentido se expresó la sala VII, 30-3-81, “Vasena, H.”, causa 438, B. J. 1981-64.

⁵⁶ ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., t. I, p. 378; NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 349.

menor, como ser la persona que manda a estudiar a una hija a un país extranjero y entre los riesgos existentes está la posible prostitución de la menor.

En este sentido es interesante traer a colación el caso que Molinario y Aguirre Obarrio⁵⁷ enseñan sobre las menores húngaras, quienes *vinieron al país para trabajar en un cabaret. Ellas bailaban y alternaban con la gente y volvían acompañadas por el dueño del lugar o su señora a la casa donde vivían. A raíz de una denuncia, el juez de instrucción entendió que el imputado había cometido el tipo penal de corrupción, ya que se exponía a las menores a un ambiente propicio a la depravación de la conducta sexual.*

La Cámara del Crimen sobreseyó al procesado, afirmando que no había relación causal entre su acción y la depravación de la conducta de las menores.

La discusión del caso está a nuestro juicio no tanto en la relación causal sino en el problema del dolo del autor, y parece que en este caso la cuestión debe ser debatida de acuerdo a las pautas generales del tipo subjetivo del artículo 125 del Código Penal. Y pareciera que, a los efectos del dolo, la conducta en este caso estaba en el tipo de favorecer la corrupción de las menores.

b) *Los elementos subjetivos del tipo: las finalidades de quien promueve o facilita*

La ley trae como exigencia para estos tipos penales que además del dolo existan elementos subjetivos especiales, que consisten en el ánimo de lucro y la satisfacción de deseos propios o ajenos. Se entiende por estos elementos subjetivos aquellos que caracterizan al tipo cuando se refieren al bien jurídico protegido, como también cuando ayudan a determinar el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto⁵⁸. En este contexto no hay duda de que estos elementos subjetivos hacen que los delitos de los artículos 125 y 126 constituyan delitos de tendencia. Con ello se quiere significar que existe una tendencia subjetiva inhe-

⁵⁷ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 460.

⁵⁸ ROXIN, ob. cit., t. I, p. 312.

rente a un elemento típico. La tendencia lúbrica le da un carácter sexual especial a la conducta del autor⁵⁹. En la senda correcta, dogmáticamente hablando, se encuentra Creus, quien afirma que se trata de un delito de tendencia⁶⁰.

b.1) *El ánimo de lucro*

El sujeto activo promueve o facilita la corrupción o prostitución con ánimo de lucro cuando lo hace para obtener una ganancia material que puede consistir o no en dinero⁶¹. Es, como se sabe, la figura del lenón, alcahuete o proxeneta. La ganancia o el provecho debe ser para el autor, aunque ese beneficio le llegue de manera indirecta. Creus pone el ejemplo de la persona que busca que se excluya de la herencia a otra debida a su corrupción⁶². En otras palabras, el autor debe actuar con el fin de obtener un beneficio de tipo económico, por eso la ley habla de ánimo de lucro y no sólo de la existencia de lucro⁶³. A los efectos de la consumación es indiferente que el provecho se obtenga efectivamente o no, bastando que se haya integrado a los planes del autor.

b.2) *Satisfacción de deseos ajenos*

Cuando la ley habla de la satisfacción de los deseos ajenos, se refiere, como es obvio, a los deseos sexuales de otra persona.

Sobre este punto se ha dividido la doctrina. Mientras un sector afirma que los deseos ajenos deben ser de personas indeterminadas, por lo menos en lo que hace a la prostitución, otro sector afirma que los deseos sexuales pueden ser de una persona determinada, distinta del autor, que pudo –o no– haber intervenido en el delito como cómplice o instigador y también a personas indeterminadas y por supuesto extrañas al delito⁶⁴.

Creus, por su parte, afirma que una cosa es que el autor tenga

⁵⁹ Ídem nota anterior, p. 317.

⁶⁰ CREUS, ob. cit., t. I, p. 219.

⁶¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 351.

⁶² CREUS, ob. cit., t. I, p. 220.

⁶³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 352.

⁶⁴ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., y NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 352.

presente, al actuar, que la corrupción o la prostitución de la víctima, terminará en la satisfacción de deseos ajenos, y una distinta es que se quiera satisfacer deseos ajenos, que es lo que reclama el tipo⁶⁵. De esta forma el tipo penal en cuestión no acepta que la satisfacción sea de personas indeterminadas.

También es discutida la cuestión en cuanto a si la depravación por la depravación misma constituye delito. Para Creus la respuesta es negativa, aunque luego duda de su afirmación, y Núñez es concreto al afirmar que esas conductas están atrapadas por el artículo 125 del Código Penal⁶⁶.

b.3) *Los deseos propios. El depravador directo*

La discusión sobre este tema ha llevado a más de una reflexión sobre el punto. Podemos afirmar que el depravador directo es el que, con las acciones típicas, procura satisfacer sus propios deseos sexuales, ya sea porque piensa obtener esa satisfacción de la posterior actividad depravada de la víctima, ya porque los actos propios de la secuencia corruptora que se proponen van a satisfacer sus deseos. En un caso corrompe o prostituye para satisfacerse; en el otro, se satisface corrompiendo o prostituyendo⁶⁷. En igual sentido Soler afirma que la ley al decir deseos propios hace inaceptable, en principio, la tesis de que el delito deba cometerse siempre mediante un proxeneta. Se trata de los deseos propios del autor mismo, ello es, el corruptor⁶⁸.

También Núñez afirma que se trata de los deseos del autor del hecho. Para ello recurre, especialmente, al proyecto de 1906 y a la opinión de uno de sus redactores, Rivarola, quien afirmaba que el fin de la norma era el de suplir el estrecho margen que poseía el tipo si sólo se tenía en cuenta que fuera el lenón el autor de este delito⁶⁹.

La cuestión ha sido puesta nuevamente sobre el tapete por Aguirre Obarrio, quien con los mismos antecedentes que Núñez llega a la conclusión contraria, afirmando que el caso de seducción directa no

⁶⁵ CREUS, ob. cit., t. IV, p. 220.

⁶⁶ Ídem nota anterior, p. 221; NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 353.

⁶⁷ CREUS, ob. cit., t. I, p. 221.

⁶⁸ SOLER, ob. cit., t. III, p. 321.

⁶⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 356 y ss.

encuadra en la norma. Por ende no hay que olvidar que la acción descripta se refiere a un tercero —en cuanto al hecho de la corrupción— y que los deseos propios son de ese tercero, igual que el deseo de lucro.

Trae en su ayuda un caso análogo por el cual afirma que si se prohíbe hablar por teléfono, ello se refiere a cualquiera; pero si se prohíbe facilitar o promover hablar por teléfono, esto no se refiere a quien hable, sino al que lo facilita⁷⁰.

A nuestro juicio el argumento más fuerte de Aguirre Obarrio es el que afirma que el propio Moreno y Rivarola, ahora bien citado —en el sentido de que se refiere al Código Penal y no a otras normas—, defienden su tesis. Dice Aguirre Obarrio: “quiso el destino que la Suprema Corte de Tucumán abocada a resolver la causa ‘Correa’, que había mantenido reiteradamente contacto carnal consentido con un varón de más de 12 años, consultara a Rodolfo Moreno, quien a su vez consultó a Rodolfo Rivarola, 20 años después de haber presentado su último proyecto. Rivarola, tras revisar las actas de la Comisión, explicó que el agregado se debió a que Francisco Beazley, miembro de la Comisión, que había sido jefe de policía, supo de casos en los que el sujeto, para conseguir los favores de alguien, había previamente terciado en su corrupción. De tal manera que esa mediación no se debía a sus ansias de satisfacer deseos ajenos ni de lucro, sino de los propios”. Y concluye: “asimismo, tanto Rivarola como Moreno ratificaron que siempre pensaron que la fórmula incluida en sus proyectos se refería exclusivamente a casos de tercera”⁷¹.

La jurisprudencia ha tenido diversas posturas, inclinándose en la actualidad, *sin mayores argumentos que los dados por Soler*, a sostener que la ley ha tipificado al depravador directo. Sin embargo, han existido fallos que avalaban la postura inicial de Molinario y Aguirre Obarrio. En el caso “Legora, Ramos Mejía y Coll” afirmaron que el artículo 125 castigaba solamente al proxeneta, motivo por el cual el tipo penal requiere siempre la intervención de un tercero, quedando excluidos los actos de libertinaje u homosexualismo cumplidos por el autor di-

⁷⁰ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, ps. 361 y ss.

⁷¹ Ídem nota anterior, p. 467.

rectamente sobre el menor, sin intervención de terceros. Esta tesis, afirman Estrella y Godoy Lemos, también era la que sustentaban Moreno y Rivarola: la ley cuando habla del que seduce, no se refiere al que seduce, sino al que se sirve de rufianes, por medio de los cuales corrompe o prostituye a la mujer que desea⁷².

La jurisprudencia sostuvo posteriormente que “Configúrase el delito de corrupción de un menor de 12 años, ya que los actos de procaz lascivia, de torpe lujuria homosexual, dirigidos contra un menor de 12 años para satisfacer deseos propios del agente corruptor, fueron indudablemente hábiles como para torcer viciosamente su normal y sano sentido de la sexualidad...”⁷³ “La conducta del procesado, que en una sola ocasión y para satisfacer deseos propios, se hizo succionar el miembro viril por una niña de 5 años, configura el delito de abuso deshonesto y no el de corrupción, siendo fundamental para la diferenciación entre ambos tipos la intención del sujeto activo. Si éste satisface sus deseos dentro de ciertos límites, aunque torpes, el hecho quedará como abuso deshonesto, en cambio cuando el sujeto, además de satisfacer su propia libidine, tiende a buscar la depravación del sujeto pasivo, nos encontramos con el tipo penal de corrupción”⁷⁴.

c) *El error*

Respecto del error, no hay duda de que rigen todos los principios en cuanto al error de tipo, como el de prohibición. Bien puede suceder que el sujeto crea que la persona es mayor de edad o que directamente esté convencido de que sus actos no son corruptores y hacen dentro de la normalidad sexual. Éste es un grave problema que ni la doctrina ni la jurisprudencia se han planteado en serio.

VII. Sujeto activo y pasivo

No hay problema alguno con respecto al sujeto activo, ya que podrá serlo cualquier persona, sea hombre o mujer. Rigen las reglas generales al respecto.

⁷² ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., t. 1, p. 387.

⁷³ Cám. Nac. Crim., sala VII, causa 1300, 30-9-81, “Cardozo, J.”, B. J. 1981-211.

⁷⁴ Cám. Nac. Crim., sala I, 17-11-89, “Bruno, L.”, causa 35.775, B. J. 1989-4.

En cambio con respecto al sujeto pasivo hay que hacer algunas aclaraciones. Para autores como Soler, no podrá ser sujeto pasivo el menor corrupto. La doctrina contraria, como se ha visto, va a sostener que cualquier menor es susceptible del delito de corrupción.

La ley hace un distingo en cuanto a la edad del menor. Si éste fuere menor de 12 años, la pena será de cuatro a quince años. Si es mayor de 12 años y menor de 18, la pena será de tres a diez años. Por último si fuere mayor de 18 y menor de 22, la pena será de dos a seis años. En este punto se debe hacer una aclaración. Al haber la ley civil —en virtud de la reforma al artículo 128 del Código Civil, por la ley 17.711— bajado la edad para ser mayor de edad a 21 años, éste debe ser el tope legal⁷⁵.

VIII. Concurso con otros delitos

Es necesario discutir el problema del eventual concurso del tipo de corrupción con otras figuras delictivas, como ser la violación y el abuso deshonesto.

El tipo de corrupción no se confunde con otros tipos penales contra la honestidad que regula nuestro Código Penal. Ni el violador, ni el estuprador, ni el que abusa deshonestamente, ni el que realiza exhibiciones deshonestas es al mismo tiempo un corruptor. La opinión contraria no entiende el problema de la interrelación de los tipos penales entre sí, y por ende llegará a la conclusión de que la violación de un menor de 12 años es siempre corrupción⁷⁶.

Se trata, en la terminología de Klug, de un problema de interferencia de leyes o de consunción, en la antigua terminología, por la cual el tipo desplazante comprende completamente a los tipos desplazados, abarcando en una disposición penal el contenido de ilícito de los tipos desplazados⁷⁷.

Bien dice Núñez que la tesis de la doble calificación del acto sexual depravador, realizado para satisfacer deseos propios, quedaría

⁷⁵ Correcta en ese sentido, SCJN, fallo del 8-9-92; Cám. Crim. y Corr., sala III, J. A. 1993-II-292, citados por ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 388.

⁷⁶ Así parece entenderlo SOLER, ob. cit., t. III, p. 324.

⁷⁷ KLUG, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, ZStW68, 1956, p. 399.

descartada en virtud de que la ley concursal excluye aquella posibilidad cuando el corpus legal de un tipo delictivo esté comprendido en el de otro tipo penal. En consecuencia, y en virtud del principio de absorción, el hecho correspondiente al tipo penal menos grave deja de tipificar el delito a que ella se refiere, pasando a constituir el delito del tipo penal más grave⁷⁸.

Pero también la tesis de la calificación única debe descartarse, pues supone que el tipo de la corrupción está totalmente constituido por los hechos correspondientes a otros tipos de delitos contra la honestidad y no puede, por ende, funcionar así el principio de absorción porque el desplazamiento de un tipo penal por otro en virtud del concurso de leyes por absorción o por otra causa sólo se produce cuando alguno de los tipos en juego es el otro y algo más.

De todas formas, lo que decide la cuestión en este punto es el estado de corrupción o de prostitución y la intención del autor de llevar a la víctima a ese estado. Por ese motivo, el acto aislado y único de tener relaciones sexuales con una menor, sin ninguna otra implicancia ni tampoco otra intención, no podrá ser catalogado como delito de corrupción⁷⁹.

Esos ejemplos son suficientes para evidenciar que los ataques a la honestidad de los menores se mantienen dentro de los tipos de la violación, abuso deshonesto o exhibición obscena, siempre que por sus modalidades extraordinarias no excedan la realización normal del respectivo tipo, sea por la reiteración del acto o por las formas de éste.

En consecuencia, mientras los modos de realización de los tipos de violación o abuso deshonesto sean solamente actos que demuestren el desahogo del instinto sexual no podrá decirse que ello es corrupción porque no contendrá los elementos que el tipo requiere.

La jurisprudencia ha entrado en este territorio afirmando⁸⁰ que "...por

⁷⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 355.

⁷⁹ En igual sentido NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 356 y ss.

⁸⁰ Cám. Crim. y Corr. de la Capital Federal, sala VI, causa "Veira, Héctor s/Violación", 30-8-91; es claro el error de interpretación de la Cámara del Crimen. Más claro es el comentario del anotador, Von Martini, en *Dcctrina Penal*, año 14, julio-diciembre, 1991, p. 571.

tratarse los protagonistas de personas del mismo sexo, la conducta que se endilga al procesado resulta con entidad suficiente para desviar el instinto sexual, por lo que se habría configurado el tipo penal del artículo 125, inciso 2º del Código de fondo. En base a ello se trata de un concurso aparente de leyes, pues el acto corruptor coincide con la conducta de violación, siendo inescindible el uno de la otra. La realización del tipo penal más grave –la violación– incluye la del tipo penal de la corrupción, y en un caso como el presente no puede realizarse aquél sin éste. Éste, es un claro ejemplo de relación de consunción, lo cual me lleva a proponer la adecuación típica solamente en el tipo penal de violación”.

En consecuencia, en el fallo aludido, en donde medió violencia para ejercer el acto sexual vía anal, se trata de un desahogo sexual del autor, pero no es corruptor pues para que ello hubiera sido así debió el autor realizar más actos de igual especie, o acompañarlo con otras acciones que llevaran a la corrupción del menor y excedieran la mera intencionalidad del desahogo sexual⁸¹.

En este sentido se expidió la Cámara Nacional en lo Criminal⁸² al sostener que “se está en presencia del delito de abuso deshonesto. Y esto es así porque es necesario hacer jugar en el Código diversos artículos que, de interpretarse que son absorbidos por la corrupción, directamente se los excluiría por vía interpretativa. Éste es el caso del sujeto que satisface sus deseos propios realizando actos de contenido sexual con menores que, al estar también descripto en el artículo 125, lleva a confusión entre la corrupción, la violación y el abuso deshonesto. La pregunta es cuándo habrá violación o abuso deshonesto de un menor de 12 años y cuándo corrupción, partiendo de la base de que ésta no subsume los tipos penales anteriormente mencionados. La respuesta en el caso a estudio está dada por la intención del sujeto activo. Si éste satisface sus deseos dentro de ciertos límites, aunque torpes, el hecho quedará como abuso deshonesto; en cambio cuando el sujeto además de satisfacer su propia libidine tiende a buscar la depravación del sujeto pasivo, nos encontramos con el tipo penal de corrupción...”

⁸¹ Separata de *Doctrina Penal*, Nº 55/56, Depalma, Buenos Aires, julio-diciembre de 1991.

⁸² Sala I, causa 35.775, “Bruno, L. A.”, 17-11-89.

IX. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la realización de los actos objetivamente idóneos para depravar, con el fin de corromper o prostituir a la víctima. Se trata para Núñez de un delito formal, que se consuma de una manera permanente mientras dure la conducta plural aunque es posible que se consume con un solo acto⁸³.

Más correcto sería decir que se trata de un delito de mera actividad, en el cual la realización del tipo coincide con el último acto y, por lo tanto, no se produce un resultado separable de ella. Ya las acciones contienen en sí mismas un desvalor y la punibilidad no presupone ningún resultado ulterior. Por eso no hay relación causal que analizar, bastando los actos en sí como capaces de corrupción o prostitución⁸⁴, coincidiendo la tentativa acabada con la consumación del delito⁸⁵.

También es admisible la tentativa sólo en los casos de tentativa inacabada.

La jurisprudencia sostuvo al respecto, aunque confundiendo la corrupción con el abuso deshonesto, que: "Si bien el procesado fue sorprendido por los policías —en ocasión en que se hallaba succionándole el miembro viril al menor— antes de que aquél llegara a eyacular, el delito, subsumido en el tipo del artículo 125, inciso 2º, del Código Penal, ha quedado consumado por tratarse de un delito formal y por la índole de la conducta atribuida"⁸⁶.

La acción penal, atento a los bienes jurídicos en cuestión, es pública y por ende ejercitable de oficio.

X. Penas y agravantes de la corrupción de menores (art. 125, segunda parte)

1. La pena en el artículo 125

Como se dijo antes, la pena del delito en cuestión cambia según

⁸³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 367; CREUS, ob. cit., t. I, p. 223.

⁸⁴ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. I, p. 328.

⁸⁵ ROXIN, ob. cit., t. I, p. 329.

⁸⁶ Cám. Nac. Crim., sala V, 4-7-85, "Rojas, P.", causa 18.207, B. J. 1985-3-171.

la edad de la víctima, teniendo en cuenta que mayor será la posibilidad de consentimiento válido de la víctima. Se debe insistir en el punto que el inciso tercero prevé una sanción de dos a seis años si la víctima fuere mayor de 18 años y menor de 22 años. Sin embargo, tal como se dijo, la mayoría de edad se alcanza en el sistema actual a los 21 años (art. 128, Cód. Civ., según ley 17.711).

Como lo que se protege es la libertad sexual, en el sentido de que nadie puede torcer el normal desarrollo de la sexualidad en contra de la voluntad del individuo (art. 19, Const. Nac.), no se puede seguir sosteniendo que, lograda la mayoría de edad, se proteja a la persona, salvo que el legislador de manera especial lo decida lo cual no es el caso, sino que más bien se trata de un olvido del Congreso de la Nación⁸⁷.

La pena, según el resto de los incisos (1° y 2°) es de reclusión o prisión de cuatro a quince años, si la víctima fuere menor de 12 años, y si fuere mayor de 12 y menor de 18 será de tres a diez años.

2. *Agravantes del tipo de la corrupción de menores*

Hay que dejar en claro que la segunda parte del artículo 125 del Código Penal se refiere a los menores de edad. Cuando la ley habla de “cualquiera fuere la edad de la víctima”, se refiere siempre a los menores de edad, que habían sido diferenciados en la primera parte del artículo, el cual por ese motivo emplea la expresión antes mencionada. La anotación es importante, ya que en este texto no hay referencia a los mayores de edad, que sólo están comprendidos en el artículo 126 del Código Penal. La gravedad de la pena (diez a quince años), similar a la de extorsión por el máximo, reside en que, además de torcer el normal desarrollo sexual, existe por parte del autor la utilización de medios especiales, que van en contra de la libertad de la víctima.

Según la segunda parte del artículo 125 “cualquiera que sea la edad de la víctima –en relación a los tres incisos– la pena será de reclusión o prisión desde diez a quince años cuando mediare engaño,

⁸⁷ Cám. Crim. y Corr., sala I; Creus opina igual que nosotros (ob. cit., p. 224).

violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, marido, hermano, tutor o persona encargada de la educación o guarda o que hiciera con ella vida marital”.

Los medios, como es obvio de acuerdo a lo antes explicado, sólo funcionan respecto de la promoción de la corrupción o prostitución, habida cuenta de que en el caso de la facilitación se trata de otra cuestión, ya que es una ayuda a la iniciativa de la víctima, de modo que si existen estas formas especiales de comisión dejará de ser facilitación para convertirse en promoción⁸⁸.

a) *Engaño*

Se induce a la víctima mediante engaño cuando el autor la hace intervenir en sus actos simulando el carácter sexual de ellos, como es el caso de hacer participar al menor en juegos que no entiende pero que tienen un claro sentido depravador, o el traído por Núñez, que consiste en llevar a la víctima a un prostíbulo haciéndole creer que es un pensionado para menores, donde se los guardará o cuidará. La clave de la agravante consiste en que, primero, la víctima pueda ser engañada, ya que de lo contrario no será posible aplicar la agravante y se volvería al tipo básico, y segundo, que el consentimiento de la víctima haya sido debido a su error⁸⁹.

b) *Violencia*

Es la fuerza física ejercida por el autor sobre la víctima con el fin de vencer su resistencia. En este punto hay que distinguir la violencia que se realiza a los efectos de que la víctima quiebre su resistencia para el acto depravador, por un lado, y la violencia que puede ir en el acto corruptor o depravador, como ser un acto sádico—y que los autores llaman violencia concomitante— por el otro, ya que la primera encuadra dentro de la agravante habida cuenta de que tiene como fin vencer la resistencia de la víctima. En cambio la segunda no agrava porque forma un todo con

⁸⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 360; CREUS, ob. cit., t. I, p. 224; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., p. 389.

⁸⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 361; CREUS, ob. cit., t. I, p. 225.

el acto corruptor en sí. El uso de medios hinópticos o narcóticos está comprendido en los términos de la violencia (art. 78, Cód. Pen.)⁹⁰.

c) *Coerción*

Se entiende en esta agravante a cualquier medio de intimidación o de coerción de la voluntad de la víctima. Sin duda se incluyen las amenazas de sufrir un mal futuro, tanto para ella como para terceros. También está incluida como agravante la intimidación que puede hacer una persona que se encuentre en una posición de mayor jerarquía y la utiliza en contra de la víctima. No hay duda de que se dará la agravante, por ejemplo, en los casos de los cuidadores en los institutos de menores que usan de su poder para someter a los internos. Igual se puede decir de colegios, internados, etcétera. En síntesis, y como dice Núñez, es el sometimiento por parte del autor hacia la víctima de su acción depravadora, quien la acata a pesar de su repugnancia por el temor de sufrir un daño o que lo sufran personas de su afecto, y anula la libre determinación de la víctima⁹¹.

d) *Ascendientes*

Se entiende los que son por consanguinidad, ya sean legítimos o no, como también los ascendientes por afinidad. No hay limitación de grado.

La jurisprudencia se expresó al respecto sosteniendo: “La práctica permanente de la relación sexual en el curso de tres años mantenida por el padre con su hija de 12 años configura el delito de corrupción calificada, ya que descompone la moral de un menor, pues tratándose del progenitor y no de una relación circunstancial sino constante no se necesita de mayores excesos lascivos para que el sentido moral de la hija sufra una desviación traumatizante en su futura salud mental”⁹².

e) *Marido*

Para que opere el agravamiento en el caso de que el autor sea el

⁹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 362; CREUS, ob. cit., t. I, p. 226.

⁹¹ Ídem nota anterior.

⁹² Cám. Nac. Crim., sala IV, 23-6-81, “Frost Vargas”, causa 25.564, B. J. 1981-142.

marido de la víctima se requiere que el matrimonio subsista como válido en el momento del hecho.

f) *Vida marital*

Por vida marital debe entenderse una unión más o menos estable entre dos personas, de manera que las relaciones sexuales eventuales no agravan el tipo. Se incluye, por ende, al concubinato, ya que autor y víctima comparten el mismo techo y tienen una vida sexual en común⁹³. No entra en este caso el sujeto que vive del trabajo de la mujer, ya que no encuadra en el tipo básico habida cuenta de que no promueve ni facilita⁹⁴.

g) *Hermano, tutor, persona encargada de la educación o guarda*

En el concepto de hermano se comprende al legítimo, al ilegítimo, bilateral y unilateral. El tutor puede ser el nombrado por los padres, el legítimo o el dativo.

La jurisprudencia sostuvo: “Procede aplicar la agravante del último párrafo del artículo 125 del Código Penal, por tratarse el acusado de la persona encargada de la educación de la menor a quien por esta circunstancia se le debe mayor acatamiento. Lo que interesa es la influencia, la autoridad moral de quien era director de la escuela cuando la menor cursaba como alumna regular”⁹⁵. Igualmente: “Cabe aplicar el agravamiento de ‘bajo la guarda’ si los niños víctimas del delito de corrupción hacían campamentos bajo el control y responsabilidad del acusado, ya que la calificante no requiere de una específica, prolongada e ininterrumpida permanencia, ni especial relación parental jurídica o fáctica no prevista expresamente por la ley”⁹⁶.

XI. Promoción y facilitación de la prostitución o corrupción de mayores de edad

El artículo 126 del Código Penal reprime con pena de reclusión

⁹³ CREUS, ob. cit., t. I, p. 227.

⁹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 363; CREUS, ob. cit., t. I, p. 228.

⁹⁵ Cám. Nac. Crim., sala IV, 9-5-80, “Santoro, Hugo”, causa 24.267, B. J. 1980-131.

⁹⁶ Cám. Nac. Crim., sala IV, 29-10-91, “Gervan, L.”, causa 39.849, B. J. 1991-5.

o prisión de cuatro a diez años al que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promueve o facilita la corrupción o prostitución de mayores de edad, mediando engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad o cualquier otro medio de coerción.

El artículo regula la promoción y facilitación de la prostitución o corrupción de las personas mayores de edad, exigiéndose en principio los mismos elementos que para la de menores. Sin embargo, aunque se afirme que las diferencias son pocas, hay un concepto básico que debe ser entendido para comprender y limitar ambos tipos penales. El consentimiento de personas mayores de edad para ser corrompidos o prostituidos, por más que pueda ser un acto inmoral no es alcanzado por la ley, salvo que sea por los medios que taxativamente ésta exige y que son análogos a las agravantes de la corrupción o prostitución de menores de edad.

Por ende cuando la ley habla de conceptos como “promover”, “facilitar”, “prostitución”, “corrupción”, “fines de lucro” y “satisfacción de deseos ajenos”, hay que remitirse a lo dicho anteriormente.

A nuestro juicio, la diferencia estriba en que no se castiga al autor cuando actúa por deseos propios, sino sólo a las personas que lo hacen para satisfacer deseos ajenos, esto es al lenón.

Los medios son los mismos que los ya explicados en la corrupción y prostitución de menores, e insistimos en que la enumeración es taxativa.

La víctima debe ser mayor de edad, en los términos civiles, esto es 21 años cumplidos (art. 126, Cód. Civ.), no importando su sexo a los efectos de la norma.

Una parte de la doctrina sostuvo que al no encontrarse en el tipo la expresión “sin distinción de sexos”, sólo podía ser víctima la mujer y no el hombre⁹⁷. Sin embargo no hay ninguna referencia legal que limite el tipo sólo a las mujeres ya que la ley habla de mayores de edad⁹⁸, por lo cual la norma comprende también a los hombres, ya que éstos, al igual que las mujeres, pueden corromperse o prostituirse⁹⁹.

⁹⁷ GONZÁLEZ ROURA, ob. cit., t. III, p. 116; SOLER, ob. cit., t. III, p. 381.

⁹⁸ CREUS, ob. cit., t. I, p. 229.

⁹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., p. 366.

CAPÍTULO V

EL DELITO DE ABUSO DESHONESTO

SUMARIO: I. Disposición legal. II. Antecedentes históricos. III. Bien jurídico protegido. IV. El tipo penal del abuso deshonesto. 1. Tipo objetivo. a) Conceptos generales. b) Las tesis existentes en la doctrina sobre los actos que constituyen el abuso deshonesto. b.1) Doctrina subjetivista. b.2) Doctrina objetivista. c) Sujeto activo y sujeto pasivo. d) Modalidades del abuso deshonesto. d.1) Cuando la víctima fuere menor de 12 años (art. 119, inc. 1º). d.2) Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido (art. 119, inc. 2º). d.3) Cuando la víctima no pudiere resistir por enfermedad o cualquier otra causa (inc. 2º, segunda parte). d.4) Cuando el abuso fuere logrado violentamente (art. 119, inc. 3º). d.5) La sorpresa. 2. El tipo subjetivo. a) La opinión doctrinaria. b) Concepto del tipo subjetivo en nuestra opinión. V. Consumación y tentativa. VI. Concurso de delitos. VII. Acción penal. Pena. VIII. Agravantes.

I. Disposición legal

El Código Penal argentino contiene en el Título III, Capítulo III, del Libro II, bajo el epígrafe *Delitos contra la honestidad*, el abuso deshonesto, en su artículo 127:

Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años, al que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna de las circunstancias del artículo 119, sin que haya acceso carnal.

La segunda parte del artículo, tipifica la agravante del abuso deshonesto, en estos términos:

Si el autor del hecho fuera alguna de las personas mencionadas en el artículo 122, se aplicará de tres a diez años de reclusión o prisión.

II. Antecedentes históricos

El proyecto de 1891, en su artículo 152, introdujo por primera vez en el país el delito de “abuso deshonesto”, castigando al que abusare deshonestamente a persona de uno u otro sexo, concurriendo alguna circunstancia de la violación sin que haya cópula, agravándolo por la calidad del sujeto activo¹.

El tipo incorporado del abuso deshonesto es distinto a la violación y el estupro. Los proyectos de 1906 (art. 130), de 1917 (art. 127), y el Código Penal, posteriormente, sustituyen sólo la frase “sin que haya cópula” por la de “sin que haya acceso carnal”².

Los proyectos de 1951 (art. 269) y el proyecto de 1960 (art. 162), *mantiene la misma estructura del Código actual*.

El Proyecto de Coll, Gómez y de Peco cambia la denominación de abuso deshonesto por la denominación de actos sexuales distintos del acceso carnal (art. 163), el primero, y “actos libidinosos violentos” (art. 187), el segundo, con la idea de actos de significación subjetiva sexual, según lo afirma Núñez³.

III. Bien jurídico protegido

En consecuencia, el bien jurídico que se protege es la libertad sexual, entendida como la libre disposición del cuerpo y el respeto del pudor personal⁴.

Así, Núñez sostiene que la norma tutela la reserva sexual, entendida ésta como el derecho del individuo a la incolumidad del consciente y voluntario trato sexual. Es, dice Núñez, un ultraje al pudor privado. El ajamiento o injuria tiene por objeto la pudicia del individuo, ya que toda persona tiene derecho a no ser víctima de actos lesionadores de la reserva sexual de su propio cuerpo⁵.

¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 307.

² Ídem nota anterior, p. 308.

³ Ídem nota anterior.

⁴ SOLER, ob. cit., t. III, p. 330.

⁵ NÚÑEZ, ob. cit., p. 213.

Para Creus, se protege la libertad, que constituye la esfera de reserva sexual de la víctima, que el autor viola atacando su pudor individual⁶.

Es decir, lo que primordialmente se tutela es el consentimiento o la voluntad de la víctima, ya que forma parte de la dignidad del hombre el que actos de disposición, en materia sexual, por parte de otros sobre el cuerpo ajeno no sean ejecutados en contra de la voluntad de la persona.

IV. El tipo penal del abuso deshonesto

1. Tipo objetivo

a) Conceptos generales

De acuerdo a lo que se desprende del artículo 127 del Código Penal, abusa deshonestamente la persona que sin consumir o intentar el acceso carnal, realiza actos corporales de tocamiento o acercamiento, de significación impúdica, con persona de uno u otro sexo, menor de 12 años o privada de razón o que no puede resistir o esta resistencia se vence por medio de la violencia (supuestos del delito de violación –art. 119, Cód. Pen.–), quedando comprendidos los actos que se realizan en el cuerpo de la víctima. Soler aclara que los actos que la víctima es obligada a efectuar en su propio cuerpo no encuadran en este delito, sino eventualmente en el de corrupción⁷. Sin embargo, Núñez, afirma que estos actos de tocamiento en el propio cuerpo, o de un tercero, encuadran en el delito de abuso deshonesto⁸. Ambos autores no dan ninguna razón para fundamentar su tesis. De acuerdo a la redacción de la ley, no hay motivo alguno para limitar la norma, habida cuenta de que lo que se prohíbe es el abuso sexual, sin acceso carnal, y no hay duda que, si el autor realiza tocamientos o hace tocar por un tercero o si obliga a la víctima a hacerlo, está atacando la libertad sexual protegida.

Hay coincidencia en que no se tipifica el abuso deshonesto por

⁶ CREUS, ob. cit., t. I, p. 230.

⁷ SOLER, ob. cit., t. III, p. 330.

⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 310.

palabras que pronuncie el autor o la víctima; ni tampoco cuando se trate de una simple contemplación del autor a la víctima; ni por la contemplación de ésta de actos obscenos por parte del sujeto activo sobre su propio cuerpo, lo que podrá configurar el delito de exhibiciones obscenas, previsto en el artículo 129 del Código Penal⁹.

Por el contrario, son deshonestos los actos de lesbianismo, en los que no puede haber acceso carnal; la *fellatio in ore*, y el acto libidinoso, el cual tiene un significado objetivo impúdico. Así la jurisprudencia ha sostenido que “*la fellatio in ore* no configura el delito de violación por no constituir acceso carnal, sino el de abuso deshonesto, ya que la boca, como cualquier parte del cuerpo humano que no sea la vagina o el ano, resulta incapaz de generar el coito aunque sea anormal...”¹⁰

b) *Las tesis existentes en la doctrina sobre los actos que constituyen el abuso deshonesto*

b.1) *Doctrina subjetivista*¹¹

Esta teoría sostiene que el delito únicamente se tipifica cuando el autor se propone con su acto desahogar un apetito de lujuria, pero sin ánimo de llegar al coito¹².

Así afirman los autores que siguen esta postura que son dos los elementos que caracterizan al abuso deshonesto: uno material-objetivo, que consiste en la comisión de actos libidinosos, no tendientes al acceso carnal, y otro, subjetivo, que se establece por la voluntad y conciencia de cometer un abuso, con propósito libidinoso, sin llegar a la conjunción carnal. En este sentido, señalar que cuando falta el fin de satisfacer un impulso erótico, libidinoso, no surge este delito, a pesar de la ofensa que se comete contra la libertad sexual, ya que éste se caracteriza precisamente por una acción que tiende a desahogar un apetito de lujuria. Sin ello, la acción sería atípica.

⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 310; SOLER, ob. cit., t. III, p. 330; CREUS, ob. cit., t. I, p. 231.

¹⁰ Cám. Nac. Crim., sala VI, 5-6-81, “Pérez, C. A.”, causa 7176, B. J. 1981-136.

¹¹ Una amplia referencia para la doctrina italiana en MANCI, *Reati sessuali* cit., ps. 147 y ss.

¹² FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. V, p. 121.

En esta misma posición Molinario y Aguirre Obarrio afirman que es necesario el ánimo libidinoso. Como consecuencia de ello, si el acto material ha sido dirigido con el solo fin de ofender a la víctima, tal hecho no sería el de abuso deshonesto, sino el de injuria real. Es el caso del autor que toca las partes pudendas de la víctima a los efectos de hacerle pasar vergüenza en público¹³.

b.2) *Doctrina objetivista*

Los autores que siguen un criterio objetivo del abuso deshonesto, consideran que se restringe indebidamente el delito en cuestión al exigir que los actos de claro sentido sexual tengan que tener el elemento subjetivo, consistente en la finalidad libidinoso o sexual del autor. Núñez¹⁴ afirma que el Código no exige como requisito del tipo que el autor tenga un fin libidinoso, sino que lo que en verdad se protege es el derecho a la libertad corporal contra el ultraje que implica la intromisión indebida de un tercero.

Por supuesto, que los actos libidinosos son siempre deshonestos si se cometen en contra de la voluntad de la víctima, pues tienen un significado impúdico subjetivo, que es el dolo del autor, y poseen aptitud para constituir el delito, cualquiera sea la parte del cuerpo sobre la que recaigan y aunque el autor no logre la satisfacción de su sexo¹⁵. Pero también son típicos otros actos que no tienen esa finalidad, pero que objetivamente son impúdicos por afectar las partes pudendas de la víctima. Encuadran pues en este concepto los actos de naturaleza sexual que son hechos para burlarse de la víctima. También son actos libidinosos los que tienen más de un significado sexual, como ser un examen ginecológico que objetivamente puede parecer como libidinoso, que sólo se complementarán con el dolo del autor.

En estos casos, sólo será abusivo el acto si el ánimo del autor es abusivo¹⁶. Lo que interesa entonces es que el acto sea objetivamente deshonesto, con prescindencia del elemento subjetivo. Es decir, que

¹³ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 435.

¹⁴ NÚÑEZ, ob. cit., p. 309.

¹⁵ CARRARA, ob. cit., ps. 1544-1548.

¹⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 312.

sean o no realizados con intención sexual no es fundamental, sino que lo que importa es que ofenda el pudor del sujeto pasivo. Y esto porque el objeto de la ley es proteger la libertad corporal contra el ultraje de un tercero –sin analizar sus deseos–; por lo que cabe concluir que puede constituir un abuso deshonesto cualquier acto que sea objetivamente impúdico con la única limitación del acceso carnal y que la ofensa sea consciente. Se comete entonces el delito mediante una acción efectuada sobre el cuerpo de la víctima, aunque no sea con una finalidad sexual, si el autor tiene conocimiento de que lesiona el pudor y/o lesiona la libertad sexual de la persona ofendida.

Son actos libidinosos los que son objetivamente impúdicos por afectar partes pudendas de la víctima, aunque el autor no tenga la finalidad de obtener una satisfacción sexual, sino, por ejemplo, hacer una broma, humillar a la víctima. Hay actos que objetivamente pueden o no tener sentido impúdico en relación a lo sexual (beso, abrazo), en los cuales únicamente existirá abuso deshonesto si el ánimo del autor es abusivo, es decir, si ofende el pudor y el decoro sexual de la víctima, o satisface deseos lujuriosos del autor¹⁷. Así, el que se aferra a la pierna de una mujer para no caerse, no comete abuso deshonesto; pero si se toma de aquélla porque es de una mujer en especial, su acto es ofensivo para el decoro sexual de la víctima¹⁸.

c) *Sujeto activo y sujeto pasivo*

El sujeto activo de este delito puede ser tanto el hombre como la mujer, al igual que el sujeto pasivo. El sujeto pasivo, puede ser cualquier persona física, hombre o mujer, cuyo cuerpo sufra la actividad impúdica del autor.

No se requiere honestidad de la víctima, puede tratarse inclusive, de una prostituta, pues –recordemos– se protege la libertad sexual.

En cuanto al consentimiento de la víctima, éste no debe existir, ya que la ley exige que el hecho se cumpla con la concurrencia de actos violentos por parte del autor, o la imposibilidad de resistencia, por parte de aquélla.

¹⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 312; SOLER, ob. cit., p. 324.

¹⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 312; CREUS, ob. cit., t. I, p. 232.

Cuando se trata de una persona menor de 12 años de edad, su consentimiento para el acto es irrelevante, bastando por lo tanto, el hecho abusivo para consumar la actitud reprochable.

Si la víctima es mayor, el delito se configura si concurre alguna de las circunstancias de los incisos 2º y 3º del artículo 119 del Código Penal.

d) *Modalidades del abuso deshonesto*

El artículo 127 remite a las tres hipótesis enumeradas en el artículo 119, ellas son:

d.1) *Cuando la víctima fuere menor de 12 años (art. 119, inc. 1º)*

Se protege en este caso el candor, la inocencia o la ineptitud por falta de madurez mental para entender el significado fisiológico del acto. Por ello el consentimiento del menor es inoperante; de modo que, aun mediando consentimiento, el hecho se tipifica de igual manera.

d.2) *Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido (art. 119, inc. 2º)*

Se trata del caso de imposibilidad psíquica de prestar válidamente el consentimiento, sea en forma permanente (enfermedad o trauma mental) o accidental (ebriedad, sueño, hipnosis, adicción a las drogas), o causas externas a su voluntad. Lo que aquí se protege es la falta de comprensión por parte de la víctima, pues se supone su oposición si hubiera comprendido la naturaleza de los hechos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el autor se debe aprovechar de esta situación, de manera que si esto no existe, no se dará el delito de abuso deshonesto.

d.3) *Cuando la víctima no pudiere resistir por enfermedad o cualquier otra causa (inc. 2º, segunda parte)*

Es el caso de la imposibilidad física de resistir el acto (que la víctima sea paralítica o tenga las piernas amputadas). El sujeto pasivo comprende el significado de la acción de que es objeto, pero no puede actuar su voluntad en contrario y oponerse materialmente a la acción del autor.

Con la frase “cualquier otra causa” se quiere cubrir todas las probabilidades de imposibilidad material de resistir. Se trata de toda otra circunstancia, aparte de las enumeradas, que prive a la víctima, en el momento del hecho, de la facultad de obrar materialmente contra el acto deshonesto, como ser el fraude del médico que engaña a la paciente.

d.4) *Cuando el abuso fuere logrado violentamente (art. 119, inc. 3º)*

La violencia como medio para tipificar el delito de abuso deshonesto ha sido explicada con anterioridad en el delito de violación, ya que el concepto en ambos tipos penales es análogo¹⁹. Debe tratarse de violencia física, continuada y suficiente, empleada sobre el sujeto pasivo y capaz de vencer la resistencia (seria, persistente, real, efectiva) de la víctima, de modo que se presente como la causa inmediata y directa del abuso. El uso de la fuerza supone la resistencia consciente de la víctima y su vencimiento por el autor. Hay resistencia de aquélla cuando se opone materialmente a ser objeto del hecho.

También tipifica el delito de abuso deshonesto el uso de intimidación (inc. 3º, segunda parte). Se entiende por intimidación, todo acto de violencia moral, idónea para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que éste se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone. La intimidación debe ser suficiente para producir en quien la sufre un estado de temor tal, que lo determine a obrar según los deseos del autor y aun contra su propia voluntad, ya que la amenaza debe referirse a un mal grave e inminente.

La jurisprudencia dentro de los varios criterios existentes, ha sostenido que “Si el hecho fue perpetrado mediante amenaza armada, resulta improcedente inferir el consentimiento de la víctima sobre la base de la ausencia de lesiones sobre el cuerpo; máxime desde que no puede exigírsele a nadie un comportamiento heroico, que ponga en peligro la propia vida”²⁰.

“Si las acciones del procesado constituyen típicas conductas de

¹⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 313; CREUS, ob. cit., t. I, p. 233; MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 435.

²⁰ CP0302 LP, P. 72.453, RSD/51-88, “A. J. s/Abuso deshonesto”.

abuso deshonesto, ninguna relevancia desincriminatoria tiene que la menor haya actuado con torpeza al no resistirse o no haber ingresado en el domicilio que ocupaba como doméstica. La intimidación en la víctima provocada por el anuncio de un mal, debe consistir en un daño que infunda miedo y doblegue su resistencia. Debe estarse a lo que realmente pasó por el alma del destinatario de la intimidación que, si frente al anuncio de un mal objetivamente débil, la víctima se atemorizó en forma incluso reprochable, la intimidación existe...”²¹

Y con respecto a la oligofrenia se ha sostenido “que la acreditación de la oligofrenia de la víctima, de grado imbecílico, que le impide resistir racionalmente un accionar como el que la tuvo por sujeto pasivo, determina el encuadre del hecho en la primera parte del artículo 127 del Código Penal...”²²

d.5) *La sorpresa*

La sorpresa ha sido asimilada a la violencia, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En efecto, puede ser que la víctima se vea sorprendida por los actos abusivos del autor, no contando con los elementos suficientes para “resistir”, puesto que nada, hasta el momento, podía hacerle suponer que se hallaba en peligro. En este caso, el ataque se consuma contra la voluntad del sujeto pasivo, pues éste no se halla en condiciones para oponer la menor defensa contra la agresión, que no pudo ser prevista. Núñez²³ afirma sobre el punto: “La naturaleza del abuso, que lo vuelve de más fácil realización que el acceso carnal, tiene influencia en lo que atañe a la configuración del caso del fraude impeditivo de la resistencia de la víctima. Respecto del abuso, la sorpresa es una circunstancia que, respecto de determinados actos abusivos, como son los manoseos, los besos y abrazos impúdicos, ya es suficiente para evitar la resistencia de la persona ofendida y afirmar la no aceptación del acto por su víctima”. Es decir, que los supuestos enumerados por el artículo 119 del Código Penal

²¹ Cám. Nac. Crim., sala I, 14-8-90, “Retamozo, H.”, causa 37.536, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1990, N° 4.

²² Cám. Nac. Crim., sala III, 30-6-88, “Correa, G.”, causa 23.712, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1988, N° 2, abril-mayo-junio, p. 106.

²³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 313.

comprenden distintas circunstancias que se caracterizan por la ausencia de consentimiento de la víctima. Entre ellas, la “imposibilidad de resistencia” puede manifestarse por la sorpresa con que el ataque es llevado a cabo.

Por su parte, Fontán Balestra²⁴ señala, al ocuparse de la fuerza física irresistible, que en los movimientos rápidos y sorprendidos se encuentran los ejemplos más claros de vis absoluta, porque en ellos la resistencia es mucho más difícil y la fuerza es ejercida ya antes de que ella pueda manifestarse.

La jurisprudencia²⁵ resolvió que se configura el delito en estudio si los actos libidinosos realizados por el agente no fueron consentidos por la víctima, quien, por lo sorprendente de la agresión sexual, no se halló en condiciones de oponer resistencia al comportamiento de aquél.

Tanto es así, que no escapa al reproche penal la conducta del autor, si no medió consentimiento por parte de la víctima, quien, dada la agresión sexual sorpresiva, no pudo ofrecer resistencia al comportamiento del agresor.

2. *El tipo subjetivo*

a) *La opinión doctrinaria*

El delito de abuso deshonesto es doloso, y hasta este punto llegan las coincidencias en este delito²⁶. Como ya se ha visto, existe una profunda discrepancia en la doctrina entre los autores que sostienen una posición llamada objetivista, de aquellos que son, por decirlo de una manera, subjetivistas, a tal punto que existen conductas, como las ya indicada del sujeto que realiza tocamientos en la víctima, sin ánimo libidinoso, sobre las cuales ambas posiciones discrepan.

El elemento subjetivo consiste en el conocimiento de que se realiza un acto de carácter impúdico, suficiente para ofender el pudor de la víctima, sin llegar al coito. Gómez, afirma que integran el tipo penal

²⁴ FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. V, ps. 119 y ss.

²⁵ Cám. Crim. y Correc., L. L. del 23-11-66; E. D. del 27-2-67; ST de Santa Fe, Rep. L. L. 11-6-S3.

²⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 315; CREUS, ob. cit., t. I, p. 232; MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 435.

las acciones llevadas a cabo para humillar, vejar, burlarse, o para excitar o satisfacer la propia lascivia, y sólo quedan excluidas las que tienden al logro del acceso carnal o su tentativa²⁷.

Enseña Núñez²⁸ que la distinta naturaleza de los actos constitutivos de un abuso deshonesto tiene influencia en la conformación del dolo del autor. Así, si el acto es libidinoso, éste lleva inherente un dolo especial –que éste llama “dolo específico”– consistente en la finalidad sexual del autor. Si el corpus del abuso tiene como sustento material una conducta cuyo significado puede ser no abusivo, también se requiere un dolo especial, representado por el fin impúdico del autor. Sin embargo, basta el dolo común, cuando el corpus del abuso está constituido por una conducta material cuya significación impúdica es evidente (en este caso, el dolo puede ser directo, indirecto o eventual, y es compatible con cualquier designio del autor tendiente a la ofensa de la honestidad del sujeto pasivo).

Molinario y Aguirre Obarrio opinan que se requiere un ánimo libidinoso, y que no haya existido dolo de acceso carnal²⁹.

b) *Concepto del tipo subjetivo en nuestra opinión*

Un análisis adecuado del tipo subjetivo nos lleva al examen de la cuestión desde una perspectiva dogmática. No hay duda de que el tipo penal requiere dolo, y a nuestro juicio, es dolo directo, habida cuenta, además, de que el autor del hecho debe tener la intención del tocamiento impúdico en contra de la voluntad de la víctima. Y en este punto, parece ser que la posición de Núñez es por demás ingenua. El ejemplo del autor sobre alguien que realiza tocamientos sólo por causar una afectación sobre el honor y no sobre la honestidad, no es ni real ni lógico. Y esto porque ese autor sabe que la afectación, aun cuando su fin último sea el daño del honor, tiene en cuenta que está afectando la libertad sexual de la persona y, además, su acto tiene un claro contenido sexual. No hay, en este caso, una conducta sexual neutra.

Por ende, se requiere un elemento subjetivo del tipo, que hace

²⁷ GÓMEZ, ob. cit., t. III, p. 217.

²⁸ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 315-316.

²⁹ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. I, p. 435.

que el sujeto tenga consciencia de que está realizando una acción de carácter sexual, tal como lo hemos analizado en el delito de violación. Por ello, sólo se admite el dolo directo, ya que no es compatible ninguna otra actitud subjetiva del autor.

No hay dolo en el autor, en los casos de error o si el acto es realizado por otro motivo totalmente distinto que el sexual.

Jurisprudencia

“La conducta del procesado que en una sola ocasión y para satisfacer sus propios deseos, se hizo succionar el miembro viril por una niña de cinco años de edad, configura el delito de abuso deshonesto y no el de corrupción, siendo fundamental para la diferenciación entre ambas figuras, la intención del sujeto activo. Si éste satisface sus deseos dentro de ciertos límites, aunque torpes, el hecho quedará como abuso deshonesto, en cambio cuando el sujeto además de satisfacer su propia libidine, tiende a buscar la depravación del sujeto pasivo, nos encontramos con el tipo penal de corrupción”³⁰.

El motivo libidinoso como elemento subjetivo del tipo del artículo 127 del Código Penal, podrá explicar casos en los cuales objetivamente los actos tengan una significación impúdica dudosa, como ocurre con un beso o un abrazo, que pueden ser inocentes o abusivos, según las circunstancias³¹.

Estas opiniones, que coinciden con la de Núñez, confunden el problema ya que, según el caso, exigen un elemento subjetivo distinto al dolo, situación ésta que va contra toda idea de hacer una interpretación de la ley que se aplique a todos los casos de igual manera.

V. Consumación y tentativa

El delito se consuma cuando el autor produce actos de tocamiento ya sea sobre el cuerpo de la víctima o, para aquellos que amplían las

³⁰ Cám. Nac. Crim., sala I, 17-11-89, “Bruno, L. A.”, causa 35.775, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1989, N° 4.

³¹ Cám. Nac. Crim., sala III, 12-4-91, “Gómez, A.”, causa 28.637, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1991, N° 2.

conductas punibles, logrando que los sean sobre el autor o un tercero, o que el propio sujeto pasivo realice tocamientos en su cuerpo.

La doctrina se ha dividido al tratar el tema de la tentativa. Soler³², claramente influenciado por la teoría formal-objetiva, señala que es sumamente difícil concebir la tentativa en los casos de violencia presunta, ya que el hecho —no mediando resistencia— consiste en el contacto; antes de él no hay nada, y después del primer contacto el delito está consumado.

Núñez³³ sostiene que es posible que el autor intente cometer un abuso sin lograrlo. Ello, se daría cuando la víctima ofrece resistencia al autor, y el autor, tomándola de sus brazos o luchando, demuestre por sus actos la intención de abusar de su cuerpo, y que no lo logre³⁴. Asimismo, es posible que no siendo el caso de la lucha cuerpo a cuerpo o de la intimidación, el autor realice actos demostrativos de su intención de consumir el abuso que no lo involucren.

No hay motivo para seguir la posición de Soler, que ya hemos criticado en otra ocasión³⁵.

VI. Concurso de delitos

Cuando el autor actúe con la intención de acceder carnalmente a la víctima, lo logre o no, los actos de abuso deshonesto son absorbidos por el delito de violación consumado o tentado, de acuerdo a lo dispuesto por artículo 127, que prevé tal situación³⁶.

En el caso de lesiones y muerte, se aplican las reglas antes explicitadas en el delito de violación.

Si del abuso en sí se deriva un contagio venéreo, este delito concurre materialmente con el abuso deshonesto, según la opinión de Núñez, aunque la solución es dudosa, ya que con un solo acto se lesionan más de dos bienes jurídicos.

Deben distinguirse los actos de abuso deshonesto de los que cons-

³² SOLER, ob. cit., p. 328.

³³ NÚÑEZ, ob. cit., p. 316.

³⁴ SOLER, ob. cit., t. III, p. 328.

³⁵ DONNA, *La tentativa*, ps. 30 y ss.

³⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 314.

tituyen la tentativa de violación, ya que presentan una semejanza externa que tiende a prestarse a confusión. Tal distinción radica exclusivamente en el dolo del autor. Si se comprueba que el propósito es el de consumir el acceso carnal, entonces habrá tentativa de violación; si, en cambio, existe un genérico fin lúbrico, habrá abuso deshonesto. Se requiere que además, objetivamente, dentro de los actos deshonestos, los que practique el autor importen un comienzo de ejecución³⁷.

Respecto de los delitos de corrupción y prostitución, frecuentemente se consuman mediante actos que implican un abuso deshonesto de la víctima. En este caso el tipo de corrupción absorbe al de abuso deshonesto, aunque en algunos casos ambos tipos podrán concurrir idealmente³⁸.

En los casos de lesiones leves producidas al realizar actos que configuren abuso deshonesto, quedan absorbidas por la figura; pero en caso de lesiones graves, concurren material o realmente.

Con relación a los delitos contra la libertad, en la medida en que la privación no tenga prolongación en el tiempo, la misma queda absorbida por el abuso deshonesto y, en caso contrario, concurrirá realmente.

La jurisprudencia se ha expedido también de diferentes maneras sobre este punto, al decir que “Configuran los delitos de corrupción en concurso ideal con abuso deshonesto los actos llevados a cabo por el procesado durante seis meses que por sus características debieron provocar una alteración prematura en la moral sexual de la menor que no estaba capacitada ni física ni espiritualmente para la serie de actos a que fue sometida tendientes a despertar torcidamente sus instintos sexuales...”³⁹

VII. Acción penal. Pena

Es un delito perseguible de instancia privada, de acuerdo a lo previsto en el artículo 72, inciso 11 del Código Penal, cuando no

³⁷ SOLER, ob. cit., p. 326.

³⁸ NÚÑEZ, ob. cit., p. 318.

³⁹ Cám. Nac. Crim., sala II, 30-4-90, “Zambrana, Cordero R.”, causa 37.377, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1990, N° 2.

resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones configurativas del artículo 91.

Sin embargo, se procederá de oficio cuando el abuso fuere cometido contra un menor que no tenga padre, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

La pena prevista para el tipo básico es de seis meses a cuatro años de prisión.

VIII. Agravantes

La segunda parte del artículo 127 establece que “si el autor del hecho fuera de las personas mencionadas en el artículo 122, se aplicará de tres a diez años de reclusión o prisión”.

Es decir, la fórmula prevé únicamente el agravamiento cuando la persona fuere ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, sacerdote o encargado de la educación o guarda de aquélla; no refiriéndose tal párrafo al resultado de grave daño en la salud de la víctima, o al concurso de dos o más personas (art. 122), como así tampoco al resultado de muerte de la persona ofendida (art. 124).

La interpretación mayoritaria entiende la norma como la que se refiere solamente a las personas señaladas precedentemente⁴⁰, ya que no se puede ampliar por vía doctrinaria el tipo penal. Sostienen que la agravante no comprende el resultado lesivo ni la participación de dos o más autores⁴¹. En contra, consideran que la ley, al referirse “a las personas mencionadas en el artículo 122”, comprende también los hechos llevados a cabo con el concurso de dos o más personas⁴².

En cuanto al funcionamiento de las agravantes, éstas lo hacen respecto de cada una de las formas del acto ilícito previstas en el artículo 119. Para que se produzca el agravamiento es necesario que antes la conducta del autor encuadre en algunos de los incisos del

⁴⁰ N. del A.: “Por la propia redacción del artículo y por razones de tipo histórico legislativo, debe prevalecer la idea de que el sentido restrictivo es el que vale”. LAJE ANAYA, ob. cit, p. 394.

⁴¹ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 316-7; SOLER, ob. cit., p. 99; RAMOS, ob. cit., t. V, p. 265.

⁴² MORENO, ob. cit., t. IV, p. 297; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. V, p. 295.

delito de violación. Es decir, primero se requiere el acto abusivo violento, y luego la acción se considera más grave si se llevó a cabo por un ascendiente.

Puede presentarse el caso de pluralidad de agravantes; por ejemplo, el autor es un hermano, que a la vez es sacerdote; el padre ayuda a que abusen sus hijos de su hija mujer, menor de 12 años, valiéndose de fuerza. En estos casos, la conducta delictiva, es una sola. La pluralidad sólo tiene valor a los efectos de la medida de la pena, por un mayor injusto.

Jurisprudencia

“El artículo 125 del Código Penal califica la corrupción cuando es cometida por el encargado de la educación o guarda sin distinguir entre guardia transitoria o permanente”⁴³.

“No reviste la condición de guardador establecida en el artículo 122 del Código Penal, el portero del edificio donde vivía la menor a la que sometió a lujuriosos manoseos...”⁴⁴

⁴³ SCJBA, P. 33.149, S. 26-9-89, “P. G s/Abuso deshonesto calif.”, A. y S. 1989-III-523.

⁴⁴ Cám. Nac. Crim., sala V, 20-11-90, “Márquez, R.”, causa 26.041, *Boletín de Jurisprudencia*, año 1990, N° 7.

CAPÍTULO VI

ULTRAJES AL PUDOR PÚBLICO

SUMARIO: I. Ultraje al pudor público. 1. Bien jurídico. II. Las publicaciones obscenas. 1. El tipo penal del artículo 128. a) El tipo objetivo. a.1) Antecedentes. a.2) Lo obsceno. a.3) La publicidad. a.4) Las acciones propiamente típicas. b) Tipo subjetivo. 2. Consumación y tentativa. 3. Las garantías constitucionales y la prensa. 4. El problema de los artículos 49 y 128 del Código Penal. 5. Acción penal. III. Exhibiciones obscenas. 1. Antecedentes. 2. El tipo del artículo 129. a) Tipo objetivo. b) Tipo subjetivo. 3. Consumación. Tentativa. 4. Acción penal.

En dos artículos, el 128 y 129, el Código Penal establece los delitos que tienen que ver con lo obsceno. El artículo 128 prevé que será reprimido con prisión de quince días a un año el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular.

El artículo 129 castiga con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos al que en sitio público ejecutare o hiciere ejecutar por otro exhibiciones obscenas.

La misma pena se aplicará cuando los actos tuvieren lugar en sitio privado, pero expuestos a que sean vistos involuntariamente por terceros.

I. El ultraje al pudor público

1. *Bien jurídico*

La seria dificultad de encontrar el bien jurídico en este tipo de delitos se encuentra en lo discutible que es la punición de ciertas

conductas que reprime la ley, cuando no hay menores en juego, y la forma de redacción de ambos tipos penales, en los cuales se ha legislado, por decirlo de la manera menos fuerte posible, con tipos penales abiertos ya que es muy difícil descifrar lo que es lo obsceno, tanto en el ámbito social como jurídico. Toda esta crítica no deja de tener en cuenta que detrás de cierta obra pornográfica se podría hallar un turbio negocio en donde se puede encontrar todo un mundo de prostitución y de corrupción. Sólo debemos pensar que lo dañoso no es la imagen que recibe el adulto, sino que lo realmente grave refiere a las personas que están involucradas en las imágenes netamente pornográficas. Claro está, se descarta la obra de arte como tal, la cual en principio es diferenciable de la pura pornografía. Sobre este segundo punto es por donde debería empezar la acción del Estado y no tanto por la imagen, salvo cuando estén en juego menores.

Además, hay que decir que en el tema del ultraje al pudor público la doctrina argentina ha seguido, a veces sin decirlo explícitamente, a la doctrina italiana.

Por pudor han entendido los autores italianos un sentimiento que induce a los seres humanos a la reserva en todo lo que se refiere a la libidine. Por ende, el pudor es aquello que afecta a la persona cuando otro ve su cuerpo o es obligado a ver el acto amoroso de otros¹. En base a estas ideas, una parte de la doctrina nacional ha sostenido que el bien jurídico en estos artículos es una excepción en el capítulo de los delitos contra la honestidad, ya que no se protege al individuo, sino que la protección se dirige a la sociedad. En otros términos, lo que se protege es la decencia sexual pública que sufre menoscabo de dos formas: por la publicación y la exhibición obscena². El pudor es el bien jurídico protegido, entendido éste como sentimiento medio de decencia sexual. Este sentimiento es el que pone límites a las manifestaciones de lo sexual que se pueden hacer a terceros, al margen de

¹ Las opiniones son de Antolisei, Pannein, Latagliata, Nuvolone, Manzini, en general. Una exposición amplia y clara de estos autores se encuentra en DÍEZ RIPOLLES, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras* cit. ps. 5 y ss.

² NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, ps. 375/76; ESTRELLA y GODOY LEMOS, ob. cit., t. 1, p. 422.

las relaciones de carácter privado, en los que los límites de esas manifestaciones están condicionadas por la voluntad de los sujetos que la integran³.

A nuestro juicio, lo que se protege en estos tipos delictivos no es otra cosa que el derecho del sujeto adulto a no ser confrontado involuntariamente con la pornografía o con el acto sexual de otro⁴. Siguiendo en esto a Jäger⁵, se puede concluir que lo que se busca con este tipo de normas es evitar la intromisión en la esfera de la libertad sexual del particular, de su derecho a no confrontarse con la pornografía. Por tanto, es un derecho individual que si es violado provoca molestias aun en las personas tolerantes con la pornografía⁶. Por eso acierta Vázquez Rossi cuando afirma que lo que pretende evitar la ley es que no se sorprenda a nadie con esa finalidad ultrajante⁷.

En este sentido, Díez Ripolles ha sostenido que en el fondo el bien jurídico protegido es la libertad del individuo y no la sociedad⁸. Y, aclarando el tema, afirma que “lo que hace punible esas acciones es que involucran al sujeto pasivo en una acción sexual sin su consentimiento, le insertan en un contexto sexual en el que él desempeña un determinado papel sin que haya aceptado previamente tal situación”⁹. Y la forma de involucrarse es variada. En el caso del sujeto exhibicionista, el sujeto es usado para que otro desahogue sus deseos sexuales, por lo tanto es un socio a la fuerza de los deseos sexuales de otro. Igualmente, en una representación pornográfica, sin el consentimiento el sujeto se ve involucrado en una situación sexual, de la cual no estaba conforme previamente con padecer¹⁰.

Por ende, el consentimiento de la persona, salvo el caso de los menores, lleva a que no exista bien jurídico para proteger, ya que

³ CREUS, ob. cit., t. I, p. 240.

⁴ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 85.

⁵ JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, en DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 87.

⁶ JÄGER, en ob. cit., p. 88.

⁷ Cit. por CREUS, ob. cit., t. I, p. 241.

⁸ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 163.

⁹ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 166.

¹⁰ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 167.

voluntariamente el sujeto ha renunciado a esa protección. Rigen en este aspecto todas las reflexiones sobre el consentimiento de la parte afectada.

Sobre el tema del bien jurídico, la jurisprudencia argentina ha sostenido diversos puntos de vista que, de acuerdo a lo estudiado, parecen ser irreconciliables en ciertos aspectos. Así, se sostuvo que “el artículo 128 del Código Penal tiene por objeto tutelar el pudor de manera impersonal, como bien social consistente en el concepto medio de decencia y de buenas costumbres, en cuanto se refiere a cuestiones sexuales”¹¹. En esa misma línea se ha dicho que “el bien jurídico del delito de exhibiciones obscenas es el pudor público y no el personal, mas ello no exime a que se legitime como querellante a quien presenciare las exhibiciones toda vez que ello le ocasione agravio. En consecuencia, corresponde tener por querellante al televidente que se agravia por exhibiciones obscenas difundidas por ese medio”¹². En contraposición se ha “dado que en el teatro en el que se realizaban las actuaciones, se anunciaba clara y sin lugar a dudas el carácter de las representaciones que se ofrecían, ningún espectador podía resultar engañado. Nadie puede alegar que se ha ofendido su sentimiento de recato o pudor cuando ha concurrido voluntariamente a ver un espectáculo en el que, cualquier persona medianamente informada, sabe que puede presenciar escenas de contenido erótico. La afectación del bien jurídico se produce únicamente cuando se impone una percepción involuntaria de tales escenas y nadie que concurra a espectáculos como el de autos puede afirmar que se lesiona un bien jurídico, porque la asistencia al mismo demuestra suficientemente que no comparte el sentimiento de pudor que la ley pretende defender”¹³. En esta línea es bastante claro el fallo de la sala VI, en donde se afirma que: “En el caso de autos, no hay persona afectada por la obra *Doña Flor y sus dos maridos*, pues quien fue a verla sabía, o por lo menos debía saber el tenor de la obra de Amado”.

¹¹ Cám. Nac. Crim., sala II, 21-11-88, “P. Sergio”, c. 34.851, L. L. del 6-6-89.

¹² Cám. Nac. Crim. y Correc., sala VII, 20-10-92, “R. Luis”, D. J del 14-4-93.

¹³ Cám. Nac. Crim., sala VI, 16-9-86, “G. L.”, causa 13.789, *Boletín de Jurisprudencia*, 1986.

II. Las publicaciones obscenas

1. *El tipo penal del artículo 128*

a) *El tipo objetivo*

a.1) *Antecedentes*

El proyecto de 1906 (art. 133) es el que introduce el primer antecedente de esta norma, que luego pasa al artículo 128 del proyecto de 1917. Moreno cita como antecedente al Código de Italia, pero Núñez afirma que éste es distinto a nuestra ley¹⁴.

a.2) *Lo obsceno*

El problema básico que se encuentra el intérprete es el análisis del concepto de obsceno. Se toca por supuesto el tema de la pornografía. Según Soler, la cuestión no es tan difícil de resolver, porque cuando la obra tiene una clara finalidad pornográfica, ésta se pone de manifiesto de manera patente y es imposible que se pueda hablar de una voluntad artística. Por lo tanto, si no parte de un propósito sexual predominante, será muy difícil discernir lo pornográfico de lo artístico¹⁵. Además Soler exige que la obra sea gravemente obscena¹⁶.

Para Creus lo obsceno no es aquello que sea inmoral, ni malicioso, ni lo meramente impúdico. Lo obsceno es “la manifestación torpe de lo sexual que condensa la lascivia en el modo indecoroso de expresarlo, o sea la manifestación que nos choca, por la manera como expresa la sexualidad, ante las nociones que tenemos de cuáles deben ser los límites de esta expresión, como integrantes de la sociedad en que vivimos”¹⁷. Núñez define la cuestión como lo impúdico por lujuria, es decir, lo que es sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo. Lo obsceno es lo lujurioso, así como lo injurioso es lo deshonrante o desacreditante¹⁸.

¹⁴ MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes* cit., t. IV, ps. 294 y ss.; NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 377.

¹⁵ SOLER, ob. cit., t. III, p. 338.

¹⁶ SOLER, ob. cit., t. III, p. 339.

¹⁷ CREUS, ob. cit., t. I, p. 241.

¹⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 379.

No hay duda, después de analizar las opiniones de los autores nacionales y la misma jurisprudencia, que el concepto de lo *obsceno* presenta notables dificultades para su definición y, aun encontrándose una definición, en la práctica son numerosos los problemas que se presentan para, en el caso concreto, encuadrar la conducta en aquella definición.

Aun entre los propios literatos no existe una opinión de qué es lo obsceno. Un grupo de autores afirma, por ejemplo, que la obscenidad es un concepto *subjetivo*: “La obscenidad no existe en ningún libro o cuadro: es tan sólo una propiedad del que lo lee o contempla”¹⁹.

El mismo Schoeder tacha de obscenos sólo a quienes acusan a otros de serlo, por malpensados. “Lo que para unos es pornografía, para otro es la carcajada del genio” (D. H. Lawrence)²⁰. Henry Miller afirmaba que “si se comienza por la etimología, salta a la vista que los lexicógrafos no son menos embaucadores que los juristas, moralistas y políticos”²¹. Lawrence, a pesar de que acepta que la verdadera pornografía no merece perdón, asevera que nadie sabe lo que significa la palabra y critica por relativa una de las corrientes definiciones etimológicas²².

Para definir lo obsceno hay que recurrir al campo de lo sexual. Por eso acierta Martínez al decir que cuando se habla de lo obsceno de la guerra y de la violencia, es sólo el empleo de un lenguaje análogo, extensivo, pero de ninguna manera exacto²³. También creemos que es una hipérbole, igualmente digna de escarnio, la posición de algunos regímenes dictatoriales, que aun en normas legales identifican lo obsceno con lo subversivo.

Para acercarse a un concepto de obsceno, Martínez divide en tres grandes grupos a los autores que tratan el tema²⁴.

¹⁹ SCHOEDER, Teodore, *A challenge to sex censors*, cit. de Lawrence, cit. por MARTÍNEZ, *Derecho Penal sexual* cit., p. 55.

²⁰ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 55.

²¹ MILLER, Henry, *Pornografía y obscenidad*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1967, p. 75.

²² MARTÍNEZ, ob. cit., p. 55.

²³ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 56.

²⁴ MARTÍNEZ, ob. cit., ps. 56 y ss.

El primero de ellos, como Manzini, entiende por obscenos “los actos susceptibles de ocasionar una reacción psíquica correspondiente a la *ofensa* al pudor, propio del término medio de nuestra población”. Por ende la obscenidad equivale a lo sucio, inmundo, desagradable que despierta repugnancia, asco. El artículo 529 del Código italiano consagraba similar criterio al definir lo obsceno como “aquello que según el común sentimiento ofende el pudor”. Maggiore irónicamente observa que tal definición es “una ofensa a la lengua italiana. Refundir la obscenidad en la simple ofensa al pudor es como identificar la parte con el todo, el punto con la línea, ya que lo obsceno es la expresión más grave, la forma límite del ultraje al pudor”²⁵. Díez Ripolles afirma que desde un punto de vista metodológico el problema de esta posición consiste en que al remitir al pudor renuncia a profundizar en el tema de lo obsceno propiamente dicho²⁶.

Otros van un poco más allá y afirman que “no basta, para que un acto se considere obsceno, que se presente animado de desahogo sexual: debe concretarse en modalidades y condiciones de poder *ofender torpemente* el común sentimiento del pudor”²⁷. En este sentido, se expidió el American Law Institute (Instituto Norteamericano de Derecho) cuando afirmó que “una cosa es obscena si, considerada en conjunto, su atractivo predominante está dirigido al interés *morbo*so, es decir, un interés vergonzoso o enfermizo, por la desnudez, el sexo o la excreción, y si va considerablemente más allá de los límites acostumbrados de franqueza en la descripción o representación de tales temas”²⁸.

Un tercer grupo intenta buscar el concepto de obscenidad en su fuente etimológica. *Ob-scæna* (lo que está fuera de la escena); *ob-cænum* (lo que viene del fango). Así, pues, por *obsceno* se entiende “lo vulgar, inelegante y torpe en lo referente a la reserva que debe rodear lo sexual”²⁹. En este concepto se agrupan algunos autores que

²⁵ MAGGIORE, ob. cit., t. II, Zanichelli, Bologna, 1941, p. 494.

²⁶ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 228.

²⁷ VANNINI, Ottorino, *Quid juris*, cita de PALLADINO, Alfonso, *Il delitto de atti osceni*, p. 8, cit. por MARTÍNEZ, ob. cit., p. 57.

²⁸ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 57.

²⁹ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 58.

afirman que por obsceno se entiende “sentido de repugnancia y de disgusto, que es el producto de la fea representación de la sexualidad y no de toda representación erótica” (Battaglini). “Lo que tiende a excitar instintos groseros y bajos apetitos” (Jiménez de Asúa)³⁰.

A estas posiciones, netamente objetivas, hay autores que le agregan un componente subjetivo, consistente en la intencionalidad que el sujeto le da al acto³¹. Nuvolone, en esta línea, afirma que lo obsceno es lo que excitó el instinto sexual y dirigido a ese fin³².

Otro grupo le agrega que debe haber publicidad como elemento esencial del concepto de obsceno, esto es, la conducta debe estar dirigida al público, desarrollada en un lugar accesible a él, con la carga emotiva del sentimiento de vergüenza³³.

Como podrá verse, el concepto de obsceno ha sido y será un problema grave en su definición. La historia de la literatura y de la cultura se ha visto tocada por este tema, llevando a que autores que hoy son considerados clásicos hayan tenido que sufrir persecución debido a sus obras.

Así por ejemplo es famoso el caso de la novela *Madame Bovary* cuyo autor, Gustave Flaubert, fue condenado en primera instancia y absuelto en segunda. En el siglo pasado se hizo igualmente célebre el caso de Charles Baudelaire, quien fue condenado en 1856 por su libro *Las flores del mal*, posteriormente indultado y rehabilitado sólo un siglo después, en 1950³⁴. También hay que recordar la novela *El amante de lady Chatterley*, de D. H. Lawrence, que durante muchos años estuvo prohibida en Inglaterra y solamente hace poco tiempo fue aceptada.

También *El muro*, obra de Sartre, fue denunciada en Turín como inmoral. No hay que olvidar la prohibición en la Argentina de la ópera *Bomarzo*, en la época del gobierno militar instaurado en el año 1966. Martínez recuerda que en nuestro país los editores de *El reposo del*

³⁰ Ídem nota anterior.

³¹ DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 233.

³² NUVOLONE, cit. por DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 229.

³³ LATAGLIATA y CARRARA, cits. por DÍEZ RIPOLLES, ob. cit., p. 234.

³⁴ Ambos casos recordados por MARTÍNEZ, ob. cit., p. 69.

guerrero, de Cristiane Rochefort, tuvieron que padecer un proceso en su contra por publicar la obra³⁵.

Viene a cuento lo resaltado por Jiménez de Asúa sobre varios casos en donde también se discutió el tema: “En 1863 los hermanos Goncourt y otros grandes escritores de Francia fueron también sometidos a proceso; en 1868 se ordenó la destrucción del poema *Amies*, de Paul Verlaine; en 1875 se dictó auto de procesamiento contra el editor Barrault por haber publicado las *Fábulas*, de La Fontaine, muerto en 1695, con dibujos que el instructor consideraba demasiado realistas, a pesar, cosa curiosa, de que la impresión estaba autorizada por el Ministerio del Interior. Emilio Zola, que rompe el viejo molde de describir lo bello y lo importante, y pinta la vida de los menesterosos de la mina, del campo y del taller poniendo al desnudo vicios, dolores y pobreza, fue objeto de varios intentos de persecución por parte de los juristas de la época del Imperio y de la República. En los Estados Unidos se declaró culpable a James Joyce, en el año 1933, por el crudo realismo de ciertas páginas de su *Ulises*. Se le propuso publicar la obra suprimiendo esas páginas, pero el autor se negó. No obstante ello, en ediciones posteriores se han suprimido los párrafos que el *puritanismo* yanqui [...] juzgó irreverentes. Al año siguiente, en 1934, unos empleados de la aduana de Nueva York secuestraron, motejándolas de pornográficas, unas tarjetas postales que resultaron ser reproducciones fotográficas de unos desnudos de la Capilla Sixtina de Miguel Ángel”³⁶.

Entrando a un nivel más personal, debo decir –disculpe el lector que lleve el lenguaje a primera persona– que nunca pude ver en mi ciudad natal, Mendoza, una película de las llamadas clásicas del cine universal de la década de los '60 completa. Siempre fueron pasadas con cortes que nunca supe qué contenían, especialmente en las películas de Bergman.

³⁵ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 69.

³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La protección penal del pudor público*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, en *El criminalista*, 2ª serie, t. V, 1960, p. 132, cit. por MARTÍNEZ, ob. cit., ps. 70/71.

a.3) *La publicidad*

La primera cuestión que debe resolverse en el tipo en análisis es si se exige que todas las conductas enumeradas tengan realización pública. Tres han sido las posturas que se han dado en la doctrina: la primera afirma que el delito exige la publicidad de los hechos, basada en el bien jurídico. Si éste es el pudor público, esto es, la decencia sexual, entonces no es posible la tipificación de los hechos sino mediante la publicidad de los hechos. Por lo tanto, las obscenidades realizadas en privado no logran poner en riesgo al bien jurídico protegido (Núñez, Soler, Fontán Balestra)³⁷.

La segunda afirma que basta que los objetos estén destinados a la publicidad (Ramos, Díaz). En esta posición parece enrolarse Molinario y Aguirre Obarrio cuando afirman que “las acciones de publicar, distribuir y fabricar o reproducir no precisan que el objeto llegue al público. Pero es necesario que se realicen para que tal cosa ocurra. De donde el peligro está un paso antes de la llegada al público, y esto se denomina peligro futuro o eventual”³⁸. Éste parece haber sido el criterio de la sala I de la Cámara del Crimen al afirmar que “la figura de publicaciones obscenas (art. 128, Cód. Pen.) constituye un delito de peligro, con lo que no es necesario que los escritos sea leídos, ni que las imágenes hayan sido vistas, ni que la exhibición obscena haya tenido éxito”³⁹.

La tercera corriente se conforma con la simple posibilidad de que la obscenidad llegue a tomar estado público (Rosasco)⁴⁰.

a.4) *Las acciones propiamente típicas*

En principio se puede afirmar que dentro del artículo 128 se encuentran dos tipos delictivos: el primero de ellos es el de duplicar, fabricar o reproducir libros, escritos, imágenes u objetos obscenos. El segundo es el de exponer, distribuir o hacer circular.

³⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 380.

³⁸ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. 1, p. 493.

³⁹ Votos de los Dres. Bonorino, Costa, Mitchel, c. 30.781, “Álvarez Insúa, Carlos”, 25-8-86, *Bol. Interno*, N° 3, 1986.

⁴⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 380.

Por publicar debe entenderse la idea de imprimir. Por fabricar, el que construye o hace el objeto, y por reproducir, se entiende hacer una copia del original⁴¹. En cambio, para Núñez, publicar implica difundir el objeto para la generalidad, en tanto que fabricar implica el imprimir, y reproducir es hacer el objeto nuevamente⁴².

Expone el que pone de manifiesto⁴³, coloca al alcance de la vista de otras personas⁴⁴, la obra escrita, la imagen o el objeto. Distribuir es entregar a los adquirentes o destinatarios⁴⁵, y hacerlos circular es pasarlos de mano en mano⁴⁶.

La posición de Núñez tiene una implicancia más que consiste en que esas conductas sólo serán típicas si constituyen un modo de publicación, de modo que si un tercero logra llegar a la obra sin el consentimiento del autor, la conducta de este último no es punible. Esto ha hecho decir a Creus que las conductas descriptas en la parte primera, no lo serán, si no se dan las conductas de la parte segunda, que tanto las puede realizar el autor o un tercero⁴⁷.

Con esta forma de redactar la norma es claro que la sola palabra no se halla tipificada por el artículo 128 del Código Penal⁴⁸.

La multiplicidad de conductas del mismo sujeto sobre un mismo objeto no multiplica la delictuosidad, ya que se trata de un delito continuado⁴⁹.

b) *Tipo subjetivo*

El delito es doloso, aunque según los autores no se requiere el dolo directo⁵⁰. Sin embargo, el claro contenido obsceno del objeto hace que al existir un elemento subjetivo del injusto el dolo deba ser

⁴¹ CREUS, ob. cit., t. I, p. 242.

⁴² NÚÑEZ, ob. cit., t. I, p. 382.

⁴³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 382.

⁴⁴ CREUS, ob. cit., t. I, p. 244.

⁴⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 382; CREUS, ob. cit., t. I, p. 244.

⁴⁶ Ídem nota anterior.

⁴⁷ CREUS, ob. cit., t. I, p. 245.

⁴⁸ Cám. Nac. Crim., sala VI, 6-10-88, "Sáenz, Dalmiro", causa 16.994, E. D. del 4-4-89, *Bol. Interno*, N° 3, 1988.

⁴⁹ Ídem nota 45.

⁵⁰ Ídem nota 43.

directo. Lo que se castiga no es sólo publicar, fabricar o reproducir libros escritos, imágenes u objetos obscenos, sino que debe haber una intención de hacerlo, sabiendo que esos objetos lo son, y con ese fin. De modo que jamás podrá entrar en este tipo penal aquel que publique un texto que sabe que tiene partes relacionadas con el sexo, pero no tiene el sentido de obsceno, tal como se ha visto. Ese plus lleva a que se exija, a nuestro criterio, el dolo directo.

Puede en cambio, en la segunda parte del artículo, y según afirma parte de la doctrina, admitirse el dolo eventual, ya que el sujeto puede exponer fotos de claro sentido pornográfico, pero en un lugar en donde pueden ser vistas por todos⁵¹. Sin embargo, lo eventual es la publicidad y no la exposición como tal. La Cámara del Crimen, exigiendo un fin más allá del dolo, expresó que: “No hay obscenidad en el tema sino en cómo se lo desarrolla. La innegable crudeza de escena a la que fundamentalmente se refiere el fiscal de primera instancia no configura infracción al artículo 128 del Código Penal porque es evidente que el libro cuestionado no está dirigido, en todo, ni en parte, a excitar el instinto sexual, resultando de su contexto que el recurso al erotismo –aun de subido tono– sólo es para el autor un medio de expresión literaria”⁵².

2. Consumación y tentativa

La tentativa es posible, aunque será difícil de probar en los hechos. Piénsese en el autor de libros pornográficos que los tiene embalados para enviarlos a sus clientes⁵³. Ésta es la idea del fallo de la Cámara de Crimen que afirmó: “El secuestro en la oficinas de los acusados de gran número de muñequitos fabricados con el propósito de distribuirlos para su comercialización en distintos puntos del país, con los colores de las divisas pertenecientes a diversas instituciones deportivas, en manifiesta actitud obscena, reproduciendo el acto sexual *contra natura*, prueba la materialidad del hecho incriminado, confesado, por su franca actitud obscena”⁵⁴.

⁵¹ Ídem nota 47.

⁵² Del voto del Dr. Pena, Cám. Nac. Crim., sala II, 10-8-62, “Sáenz, Dalmiro”, causa 1320, JPBA, N° 3.

⁵³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 383.

⁵⁴ Cám. Nac. Crim., sala I, 9-5-72, “Engel, M.”, causa 13.387, JPBA, N° 27.

3. *Las garantías constitucionales y la prensa*

El planteo realizado por Núñez en cuanto al problema de la prensa y el delito en cuestión es por demás interesante. Dos son las tesis que tiene al respecto: la primera es que cuando este tipo de delitos se comete mediante una obra impresa, periódica o no, el castigo de ella no implica el ejercicio de censura previa, porque no importa una intervención de la autoridad pública antes de la publicación. Y la segunda tesis es que al ser un delito cometido por medio de la prensa la regla cae bajo lo prescripto por el artículo 32 de la Constitución Nacional, y por ende queda sometido a las jurisdicciones locales, tesis que según el autor está ratificada por el artículo 114 del Código Penal⁵⁵. Ya hemos explicado el problema al tratar los delitos contra el honor, lugar al cual nos remitimos.

4. *El problema de los artículos 49 y 128 del Código Penal*

También los autores se han ocupado de la relación existente entre los artículos 49 y 128 del Código Penal. El artículo 49 dispone que “no se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta”. Y el artículo 128 castiga a quien le da estado público, mediante la publicación, reproducción, exposición, distribución o circulación.

Para Núñez el artículo 49 cede, en principio, frente al artículo 128, aplicándose el primero sólo a los casos en que la participación es meramente material. Para Scler, en cambio, el artículo 128 es una excepción dentro de la excepción del artículo 49, lo que significa una vuelta a los principios comunes de la participación⁵⁶.

5. *Acción penal*

La acción penal es pública y la pena es de prisión de quince días a un año.

⁵⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 384.

⁵⁶ SOLER, ob. cit., t. III, p. 342.

III. Exhibiciones obscenas

1. *Antecedentes*

El antecedente más concreto del Código Penal actual, según Moreno, es el artículo 134 del proyecto de 1906 que, a su vez, tiene su correlato en el artículo 338 del Código de Italia. Sin explicación la norma pasa al proyecto de 1917 (art. 129)⁵⁷.

2. *El tipo del artículo 129*

a) *Tipo objetivo*

El artículo 129 castiga al que ejecuta o hace ejecutar por otro una exhibición obscena.

El autor debe descubrir, poner a la vista o mostrar lo obsceno. Ahora bien, lo que se muestra no puede ser ni un libro, ni un escrito, ni una imagen, ya que esto está abarcado por el artículo 128 del Código Penal. Por lo tanto sólo se tipifica el delito en mostrar desnudeces de partes sexuales o en actividades e inverecundia sexual⁵⁸.

No hay exhibiciones obscenas sólo por palabras. Bien dice Creus que la obscenidad del acto no estriba tanto en su naturaleza como en su eventual trascendencia a terceros, que no tienen por qué soportar tal acto. Lo torpe, dice el autor citado, no está tanto en el acto sino en la mostración⁵⁹. Advuértase que está en juego el bien jurídico libertad del sujeto pasivo que, como ya hemos dicho, se ve involucrado en una acción sexual cuando no lo quería.

Por lo tanto, lo esencial del tipo penal es la publicidad ya que es un requisito del tipo penal. Se trata de un delito de mera actividad, que no requiere que sea visto por nadie, para que se consuma Y si bien esto puede obstaculizar la prueba, no es imposible que luego se determine la acción, por ejemplo mediante una filmación ocasional.

Por sitio público debe entenderse aquellos que están abiertos en el momento del hecho a la generalidad de la gente o para una cantidad de ellas. Por lugar privado se entiende aquel que está reservado a

⁵⁷ MORENO, ob. cit., t. IV, p. 299; NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 386.

⁵⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 387.

⁵⁹ CREUS, ob. cit., t. I, p. 247.

determinadas personas con acceso restringido, como ser el domicilio. De nuevo rige el factor de involucramiento, ya que aun en sitio privado se puede incluir a terceros, como ser la realización del acto sexual con la ventana abierta y con posibilidades de que otros lo vean. Ahora, si es el tercero el que busca verlo, ya no se dará el tipo en cuestión.

b) *Tipo subjetivo*

La exhibición obscena es un delito doloso y a nuestro juicio de dolo directo, en virtud de que tiene un elemento subjetivo del tipo, ya que quien se descubre lo hace con clara connotación sexual⁶⁰. No se entiende cómo puede haber dolo eventual, aun en el caso en que el autor hace practicar a un tercero o practica él mismo, en público, una exhibición obscena. La duda a nuestro juicio elimina el dolo, ya que se entra en el campo del error de tipo.

3. *Consumación. Tentativa*

El delito se consuma cuando se realiza la exhibición obscena en público, ya que según Creus se trata de un delito de peligro y, por tanto, aunque el acto no trascienda a terceros igual se consuma. Este factor de la publicidad lleva a que Núñez afirme que puede darse la tentativa en el caso del sujeto que corre desnudo hacia la calle, pero es detenido previamente⁶¹.

4. *Acción penal*

La acción penal es pública.

⁶⁰ En contra NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 390, y en principio CREUS, ob. cit., t. I, p. 250.

⁶¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 390.

CAPÍTULO VII

RAPTO¹

SUMARIO: I. Bien jurídico protegido. II. Los delitos de rapto en el Código Penal. III. El rapto propio. 1. Tipicidad. a) Tipo objetivo. a.1) La sustracción y retención. a.2) Medios comisivos. a.3) El sujeto pasivo. El consentimiento de la mujer. a.4) El sujeto activo. b) El tipo subjetivo. c) Consumación y tentativa. d) Concurso con otros delitos. IV. Rapto de una mujer casada. V. Rapto impropio. VI. Rapto de menor impúber.

I. Bien jurídico protegido

Nuestros precedentes legislativos han considerado el rapto como un delito contra la honestidad, tanto en el Proyecto de Tejedor como el Código de 1886 y los proyectos de 1891, 1906 y 1917². Y ello contrariamente a la opinión de Carrara³ que entendía este delito como un atentado contra la libertad, ya que se agotaba en la ofensa de este bien jurídico⁴.

El Código Penal hace prevalecer la ofensa a la reserva sexual, ya que el delito de rapto es la acción de privar de la libertad a una mujer

¹ La bibliografía sobre el tema es amplia: puede consultarse, además de las obras generales, PORTE PETIT, Celestino, *Ensayo dogmático del delito de rapto propio*, Trillas, México, 1978; MANFREDINI, *Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie* cit., ps. 253 y ss.; además, MANCI, *Reati sessuali* cit., ps. 209 y ss.

² Proyecto Tejedor, Parte Segunda, Título Tercero, § 4; Código de 1886, Libro Segundo, Sección Primera, Título Tercero, Cap. IV; proyectos de 1891, 1906 y 1917. Todo en NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 319.

³ Ver *Programa*, § 1373, 1478, notas 1684 y 1685.

⁴ MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO, ob. cit., t. 1, p. 499.

pero con intenciones deshonestas, de modo que existe un peligro cierto que se viole su reserva o libertad sexual⁵.

Ello ocurre en el rapto propio del artículo 130 y en el rapto de menores de 12 años (art. 131, segunda parte) aunque sea consentido, pues dicho consentimiento no excluye la ofensa a su libertad. Sin embargo, no existe tal ofensa en el rapto consentido de mayores de 12 años y menores de 15⁶.

Por último, como bien lo hace notar Creus, la nota común de todos los tipos del rapto es que siempre lo que se protege es la libertad sexual de la mujer.

II. Los delitos de rapto en el Código Penal

El Código Penal argentino distingue cuatro formas de rapto: el rapto propio (art. 130, primera parte), el rapto de la mujer casada (art. 130, segunda parte), el rapto impropio (art. 131, primera parte) y el rapto de menor impúber (art. 131, segunda parte).

El rapto propio es aquel que no es consentido por una mujer soltera, viuda o divorciada, que tenga 12 años o más. El rapto de la mujer casada es el cometido en contra de su voluntad. El rapto impropio, a semejanza del estupro, es el rapto de una menor de más de 12 y menos de 15 años, pero con su consentimiento. Por último el rapto de menor impúber es el rapto de una menor de 12 años, con o sin su consentimiento.

III. El rapto propio

1. *Tipicidad*

a) *Tipo objetivo*

El artículo citado castiga con prisión de uno a cuatro años al que con miras deshonestas sustrajere o retuviere a una mujer por medio de fuerza, intimidación o fraude.

⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 319. Sobre la evolución jurídica del rapto, véase MANFREDINI, ob. cit., p. 256.

⁶ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 320.

a.1) *La sustracción y la retención*

La sustracción consiste en el hecho de sustraer o retener mediante violencia, intimidación o fraude a una mujer soltera.

Mucho se ha dicho sobre la sustracción de la mujer, que es una de las acciones descritas por la ley. Gómez decía que se sustrae a una mujer cuando se la coloca en condiciones que le impidan el ejercicio de la libertad, para lo cual se la traslada del lugar en que se encuentra a otro, en donde queda sometida a la potestad del raptor y privada de los recursos defensivos a que en circunstancias normales podría apelar⁷. Para Soler se produce la sustracción o la retención cuando la mujer es sacada de la esfera habitual de su residencia y actividades, arrancada de su medio familiar, o cuando es impedida de desplazarse libremente, quedando así, en ambos casos, establecida una relación de dependencia con respecto al raptor⁸. Núñez, en consonancia con esta idea, sostiene que es sustraída cuando es sacada por el autor de un lugar determinado, que podrá ser la casa de la mujer, la vía pública, etcétera, aunque no necesariamente se la debe apartar del hogar, ya que puede cometerse el rapto impidiendo que se vaya y mantenerla en su propia casa, siempre que ello represente someterla a la propia voluntad del autor⁹. Porte Petit, por su parte, afirma que la sustracción consiste en trasladar a una mujer del lugar en que se encuentra a otro, bajo el poder del sujeto activo¹⁰.

Como es necesario que se dé un estado de privación de libertad diferenciado y autónomo, es claro que después de la sustracción se dará la retención, pero ello no multiplica el delito, sino que debe considerarse como parte de la misma acción final de rapto.

La retención de la mujer significa que el autor mantiene a la mujer en el lugar en que se encuentra¹¹. La clave de la retención estriba en que la víctima está ya en la esfera del autor, legítimamente, pero es impedida de irse¹².

⁷ GÓMEZ, *Tratado de Derecho Penal* cit., vol. III, ps. 250/51.

⁸ SOLER, ob. cit., t. II, ps. 346/47.

⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 323.

¹⁰ PORTE PETIT, ob. cit., p. 14.

¹¹ Ídem anterior, p. 18.

¹² MAGGIORE, *Principi di Diritto Penale*, vol. II, p. 481.

En el caso de la sustracción debe el autor conducir a la mujer del lugar en que se hallaba, como autor directo o mediato; en cambio, si la mujer va por sí misma al lugar de los hechos, el rapto será por retención.

Cuando el rapto se consuma sin el desplazamiento de la mujer del lugar donde se encuentra, habrá retención de la víctima. Esta forma exige una permanencia determinada de la mujer en el lugar.

El delito requiere un estado de privación de la libertad diferenciable y autónomo. El tiempo de la privación de la libertad es indiferente, aunque debe tener una entidad propia. No es rapto la privación de libertad mientras se viola a una mujer; en otros términos, la que resulta del empleo de la fuerza tendiente al acceso carnal¹³.

a.2) *Medios comisivos*

No basta la falta del consentimiento de la mujer sino que es necesario, además, que el autor la haya sustraído o retenido por medio de fuerza, intimidación o fraude. Tiene que haber existido por parte del autor una actividad tendiente a vencer o viciar la voluntad de la víctima¹⁴.

La fuerza debe haber sido ejercitada sobre la propia víctima o sobre terceros que se opongan a la acción del autor cuando la mujer no ha consentido¹⁵. Ésta es también la opinión de Jiménez Huerta, quien afirma que cuando el rapto se produce por retención la fuerza física es empleada en contra de las cosas, como cuando se cierran o clavan puertas o ventanas, para impedir a la mujer raptada escapar¹⁶. También, afirma el autor citado, se puede ejercer sobre los guardianes, custodios, criados, servidores, como por ejemplo cuando el autor golpea al conductor del vehículo en donde viaja la mujer para anular la resistencia y llevarse a su víctima¹⁷.

La intimidación es la coacción o violencia moral, es decir amenazas para obligar a hacer o no hacer lo que no se quiere. No puede

¹³ SOLER, ob. cit., t. III, p. 366.

¹⁴ CREUS, ob. cit., t. I, p. 252.

¹⁵ Ídem anterior, p. 253.

¹⁶ JIMÉNEZ HUERTA, cit. por PORTE PETIT, ob. cit., ps. 49/50.

¹⁷ JIMÉNEZ HUERTA, ob. cit., p. 50.

ser cualquier tipo de amenazas, sino que debe ser de un mal grave e inminente que obligue a llevar a cabo la acción. Jiménez Huerta afirma que utiliza la violencia moral quien con actos, palabras o ademanes hace saber o da a entender a la mujer, parientes y guardianes que les inferirá un mal si se oponen al apoderamiento¹⁸.

Cuando el rapto se realiza por medio de fraude significa que el autor procede disimulando su conducta, empleando ardides o maniobras que inducen a error acerca de la naturaleza del acto, que la víctima acepta, sometiéndose al poder del raptor. Ranieri afirma que “el engaño es el medio fraudulento, cualquiera que sea, con el cual se facilita la sustracción o la retención, al inducir al sujeto pasivo en error acerca del hecho del delito, de modo que su sustracción o retención ocurre sin que conozca su verdadero fin, puesto que, si lo hubiera conocido, no se habría prestado a ello”¹⁹.

Se debe tener presente que el fraude es a los efectos de que la mujer preste su consentimiento para el rapto, por lo tanto si el consentimiento lo es para otros fines que no sean los sexuales no se estará ante este delito.

La seducción no constituye un fraude, pues no importa ocultación del acto material ni de las miras del autor. El error debe recaer sobre las características del propio acto y sobre las intenciones del autor²⁰.

a.3) *El sujeto pasivo. El consentimiento de la mujer*

Sujeto pasivo sólo puede serlo la mujer. Parece ser ésta la opinión doctrinaria mayoritaria, más allá de la taxatividad de la ley. Irurieta Goyena afirma que esto se justifica porque la mujer, en caso del rapto, tiene mayor perjuicio social: “Una mujer puede, ante las graves consecuencias de orden social que para ella reviste el secuestro, ante el temor, especialmente, de sufrir un daño irreparable en su reputación, verse obligada a aceptar matrimonio”²¹. En igual sentido se expresaba Carrara al decir que el rapto muchas veces se realizaba con el fin de contraer matrimonio. Y justifica que el hombre no sea

¹⁸ JIMÉNEZ HUERTA, ob. cit., p. 51.

¹⁹ RANIERI, *Las leyes penales anotadas*, cit. por PORTE PETIT, ob. cit., p. 53.

²⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 324.

²¹ IRURETA GOYENA, cit. por PORTE PETIT, ob. cit., p. 44.

sujeto pasivo del delito de raptó al decir: "hay que pensar que la mujer nunca puede ejercer sobre el hombre raptado aquella coacción moral que sobre la mujer raptada ejerce el hombre, que la lleva a considerar que ha perdido la honra y que la obliga a buscar el matrimonio con su raptor, aunque aborrezca la única defensa posible para su ruina"²².

Pero, más allá de las consideraciones de política criminal, la ley es clara en el sentido de exigir que el sujeto pasivo sea una mujer, y en este caso mayor de más de 12 años, que debe ser soltera, divorciada o viuda y no importa si es honesta, ya que se protege, en este caso, la libertad sexual de la persona²³.

Es esencial para el tipo penal del raptó propio que la víctima no haya consentido la sustracción o retención ejecutada por el autor con miras deshonestas.

La mujer consiente el raptó cuando, con pleno conocimiento, acepta ser llevada o retenida por el autor, sabiendo de los fines deshonestos del agente. De modo que rigen todos los principios sobre el consentimiento libre, a los efectos de que se lo tenga por válido²⁴. Por ese motivo, si la mujer acepta ser llevada o tenida por el autor, ignorando sus fines deshonestos, no habrá consentimiento válido²⁵.

El hecho debe producirse contra la voluntad de la mujer, pero no es necesario que la oposición se interponga inmediatamente, jugando aquí una presunción de disenso (raptó de una mujer en estado de inconsciencia al momento de ser sustraída o retenida).

La ley excluye la posibilidad de considerar comprendido en este artículo el raptó de la mujer mentalmente enferma que presta su consentimiento. En el delito de violación la hipótesis está especialmente prevista, pero en este caso el silencio y limitación de la ley no permiten acordarle tal alcance²⁶. En igual sentido, Creus afirma que de acuerdo al texto de la ley no hay raptó de la mujer privada

²² CARRARA, cit. por PORTE PETIT, ob. cit., p. 45.

²³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 321.

²⁴ DONNA, *Teoría del delito y de la pena* cit., t. 2, ps. 173 y ss.

²⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 323; CREUS, ob. cit., t. I, p. 252.

²⁶ SOLER, ob. cit., t. III, p. 366.

de razón o de sentido, ya que la ley no ha previsto, a diferencia de la violación, tal circunstancia²⁷.

a.4) *El sujeto activo*

Autor del delito de rapto puede ser tanto el hombre como la mujer. Es pensable que una mujer rapté a otra con fines deshonestos o que lo haga con el fin de entregársela a un hombre.

b) *El tipo subjetivo*

El rapto es un delito doloso, no admitiéndose la culpa. El dolo del autor está constituido por el conocimiento y la intención de sustraer o retener a una mujer, por medio de fuerza, intimidación o fraude. Está claro que las miras deshonestas son un elemento subjetivo del tipo, ya sea para satisfacer sus propios deseos como los de un tercero. Con estos elementos se puede afirmar que no se admite el dolo indirecto o eventual²⁸.

La ley exige como fin constitutivo del rapto la mira deshonestas; comprende la intención de saciar la sexualidad u obscenidad propia –o ajena–. La mira del autor puede ser acceder carnalmente a la mujer o cometer abusos deshonestos, corromperla o prostituirla²⁹. El rapto con el solo fin de contraer matrimonio no satisface el tipo penal, pues la ley se refiere específicamente a fines deshonestos y el fin del matrimonio no puede ser calificado de tal³⁰.

En el tipo subjetivo se encuentra la diferencia entre el rapto y la privación ilegítima de libertad. Sin este elemento subjetivo no habrá rapto, sin perjuicio de una eventual punibilidad por otro delito.

El error de tipo excluye el dolo y esto es común en todas las formas de rapto. De modo que si el autor cree que la víctima dio su consentimiento, no habrá rapto. Los errores pueden recaer, también y en otros casos del rapto, sobre la edad y la condición de casada de la mujer.

²⁷ CREUS, ob. cit., t. I, p. 255.

²⁸ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 325.

²⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 325; CREUS, ob. cit., t. I, p. 254.

³⁰ SOLER, ob. cit., t. III, p. 365.

c) *Consumación y tentativa*

El rapto es un delito permanente y se consuma con la sustracción o con la retención de la víctima, es decir cuando se la aparta del ámbito en donde se encuentra o cuando se produce la retención de la víctima. Debe tenerse en cuenta que si la privación de libertad es por corto tiempo y para otro delito, como ser la violación, esta privación de libertad queda subsumida por el tipo del artículo 119 del Código Penal, en este caso³¹. En igual posición se encuentra Jiménez Huerta, habida cuenta de que está en la facultad del sujeto activo prolongar por un oscilante período el sometimiento material o privación de la libertad de movimiento de la raptada³². Son de la misma opinión Maggiore y Manzini³³.

La tentativa es admisible porque es un delito de resultado, tal el caso del autor que intenta llevarse a la mujer casada y no puede hacerlo porque los custodios de ésta se lo impiden³⁴.

d) *Concurso con otros delitos*

El empleo de la fuerza para raptar puede ocasionar lesiones a la víctima, circunstancia en la cual cualquiera sea la gravedad de las mismas concurren realmente con el rapto³⁵.

Sin embargo, en contra de tal posición, un fallo de la Cámara Criminal y Correccional³⁶ consideró que ambos tipos concurren en forma ideal, ya que “la violencia que integra ambas figuras ha sido ejercida en la misma acción y con única intención: el rapto”.

El fraude utilizado por el autor puede consistir en que éste, usurpando la función pública, detenga a la víctima con miras deshonestas, circunstancia en la cual ambos tipos penales concurrirán idealmente, según la posición de Núñez³⁷.

³¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 332; CREUS, ob. cit., t. I, p. 254.

³² JIMÉNEZ HUERTA, cit. por PORTE PETIT, ob. cit., p. 21.

³³ PORTE PETIT, ob. cit., p. 22.

³⁴ Ídem nota 31.

³⁵ NÚÑEZ, ob. cit., t. III, p. 333.

³⁶ Cám. Crim. y Correc., 5-3-48, Fallos: 6:57.

³⁷ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 333.

Si el autor del rapto consuma algún delito contra la honestidad, incurre en un nuevo hecho delictivo, razón por la cual concurrirán materialmente. Es el caso del sujeto que rapta a la mujer y luego la viola, ya que claramente son dos acciones finales distintas³⁸.

IV. Rapto de una mujer casada

El artículo 130, segunda parte, agrava la pena del delito cuando la mujer raptada fuere casada. En este caso, la prisión será de dos a seis años.

La razón de la mayor gravedad del rapto de la mujer casada reside en que el autor, además de la reserva sexual de la esposa, lesiona los derechos matrimoniales del marido.

Se trata de una agravante del rapto propio y no de un tipo autónomo³⁹. Por ende debe también tratarse de una sustracción o retención de una mujer, casada en este caso, por medio de fuerza, intimidación o fraude realizado con miras deshonestas. Requiere el tipo que la mujer casada tenga más o haya cumplido 12 años⁴⁰.

Se requiere que el matrimonio sea válido, es decir que no haya sido declarado nulo al momento del hecho. Esto implica que la agravante no alcanza a la mujer viuda y a la divorciada⁴¹.

V. Rapto impropio

El artículo 131, primera parte, castiga al que cometiere rapto de una menor de 15 años y mayor de 12, con su consentimiento. Este elemento del consentimiento de la víctima, con capacidad jurídica de la mujer para darlo, es el que caracteriza a este rapto como impropio.

Es una sustracción o retención consentida por seducción de una menor mayor de 12 años que no haya cumplido 15, quien debe conocer y aceptar el hecho y los fines del autor. De este modo, el consentimiento ha sido prestado por la seducción del autor y la honestidad de la víctima. Sin esos requisitos no se daría el tipo penal en cuestión. Se

³⁸ Ídem anterior, p. 334.

³⁹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 326; CREUS, ob. cit., t. I, ps. 255/256.

⁴⁰ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 326; CREUS, ob. cit., t. I, p. 256.

⁴¹ NÚÑEZ; ob. cit. t. III, p. 327.

nota que en éste se exige la seducción real, que es la forma lógica de entender estos tipos penales⁴². La ley exige que el consentimiento sea fruto de la inexperiencia sexual de la menor. Si el consentimiento ha sido dado por otra causa, se vuelve al tipo del rapto propio.

VI. Rapto de menor impúber

Se agrava el delito si el rapto fuere de una menor de 12 años, con o sin su consentimiento.

A diferencia de lo que ocurre con el rapto de la menor que cumplió 12 años pero no 15, la falta de consentimiento de la víctima no remite el hecho al rapto propio o al de la mujer casada. La inmadurez mental de la víctima menor de 12 años vuelve irrelevante el consentimiento, cualquiera sea la condición civil de la menor⁴³.

Soler afirma que hay que tener en cuenta que el artículo 146 del Código Penal prevé un tipo penal por el cual se agrava la privación de libertad cuando se sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutores o encargados y al que lo retuviere u ocultare. Por tal motivo, afirma Soler, si sustrae una menor de 10 años con miras deshonestas sería de aplicación el artículo 146 del Código Penal⁴⁴.

⁴² SOLER, ob. cit., t. II, p. 350; NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 328.

⁴³ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 328; SOLER, ob. cit., t. II, p. 350; CREUS, ob. cit., t. I, p. 258.

⁴⁴ SOLER, ob. cit., t. II, p. 350.

CAPÍTULO VIII

LAS DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

SUMARIO: I. El casamiento con la víctima. 1. *Ámbito de aplicación.* a) *Delitos comprendidos.* b) *Requisitos en la víctima.* c) *El sujeto activo.* II. *Reglas sobre la participación.* 1. *Antecedentes.* 2. *Aspectos dogmáticos.* 3. *Alcance de la norma.*

I. El casamiento con la víctima

El artículo 132 del Código Penal establece que “En los casos de violación, estupro, raptó o abuso deshonesto de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituida a casa de sus padres o a otro lugar seguro”.

1. Ámbito de aplicación

a) Delitos comprendidos

La norma tiene su origen en el Proyecto Tejedor, en el Código de 1886 y en los proyectos que siguen así como en los posteriores de reforma¹.

Es una excusa absolutoria, de acuerdo a la redacción de la ley, ya que no se habla de extinción de la acción sino de la pena. La razón de la eximición de pena se halla en que es más favorable para la víctima que ha sido abusada de alguna de las formas que se establecen

¹ NÚÑEZ, ob. cit., t. IV, p. 391; CREUS, ob. cit., t. I, p. 260.

en el Código Penal, ya que el casamiento es una de las formas más claras de reparación dentro de los cánones sociales².

El ámbito está restringido a los delitos expresamente enumerados, esto es violación, estupro, rapto y abuso deshonesto. Quedan excluidos los casos de corrupción, prostitución, rufianismo, trata de personas y los ultrajes al pudor del artículo 128 del Código Penal³, ya que en estos casos el casamiento no ofrece reparación alguna a la víctima.

b) *Requisitos en la víctima*

La víctima debe ser soltera, en el sentido de que la mujer pueda llegar a casarse. Por este motivo comprende a la mujer soltera, viuda o divorciada, y debe estar en estas condiciones en el momento en que presta el consentimiento de contraer matrimonio.

La víctima debe prestar su consentimiento, que debe ser libre, con arreglo a las exigencias del Código Civil. Núñez afirma que de acuerdo al artículo 14 de la ley 14.394, el menor impúber también puede prestar el consentimiento.

Para asegurar que el consentimiento sea realmente válido, la ley establece que reunirá ese carácter si la mujer ha sido restituida a casa de los padres o a otro lugar seguro. Esto lleva a Núñez a sostener que aunque el matrimonio exista, si no se da esta condición no habrá exención de pena⁴. Creus, Soler y Fontán Balestra opinan lo contrario basados en que lo que se busca por la ley es que el consentimiento sea libre, por lo que, probado este extremo, alcanza para la ley penal. Y no hay duda de que ésta es la posición correcta, ya que con ello se alcanzan los fines de la ley y hay control de que el consentimiento fue eficaz⁵.

Según Creus el consentimiento, para ser válido, también requiere que se preste el complementario del representante legal, de acuerdo al artículo 168 del Código Civil (ley 23.515). También podrán oponerse las personas habilitadas por el artículo 169 (t. o. según ley 23.515),

² NÚÑEZ, ob. cit., p. 392.

³ CREUS, ob. cit., p. 260.

⁴ Ídem nota 2, p. 395.

⁵ CREUS, ob. cit., p. 262.

debiendo resolver el juez quien además puede rechazar de oficio la petición si existen circunstancias impeditivas que la ley civil prevé⁶.

En otras palabras, el Código Penal sólo regula el consentimiento libre pero no excluye las reglas normales del Código Civil para la celebración del matrimonio.

c) *El sujeto activo*

La ley establece que el delincuente será beneficiado por la excusa absolutoria. Núñez afirma que la misma alcanza tanto al autor como a cualquier otro partícipe de los hechos. Basta, dice, que el individuo haya participado en el delito aunque pudiera o haya quedado libre de pena por una razón personal, pues la excusa tampoco mira a los efectos penales del delito para el ofensor. Si sólo debiera eximir el casamiento de un partícipe punible, la eximente no podría funcionar ante la sentencia definitiva, que es la que declara la punibilidad o impunidad de los intervinientes en el delito.

Sin embargo el matrimonio no funciona como eximente de pena en los casos del casamiento con el encubridor, ya que éste es un delito independiente⁷.

La discusión está en el alcance de la norma. Núñez afirma que es una eximente personal que sólo alcanza al delincuente que se casa con la ofendida. El argumento de este autor es lógico porque se basa en la naturaleza de la excusa absolutoria. De esta forma es una circunstancia personal del delincuente que sólo tiene influencia respecto a él (art. 48, Cód. Pen.).

Para otra parte de la doctrina la impunidad alcanza a todos, ya que es una institución que se asemeja al perdón, cuyos efectos comunicantes son característicos. En este sentido afirma Soler, citando a la doctrina francesa, que no hay que olvidarse de que la excusa absolutoria es una creación doctrinaria⁸.

Ésta parece ser la opinión más correcta de acuerdo a los fines que ha tenido la norma, más allá de lo discutible que resulta la excusa

⁶ Ídem nota anterior.

⁷ NÚÑEZ, ob. cit., p. 396; CREUS, ob. cit., p. 260.

⁸ SOLER, ob. cit., t. III, p. 352.

absolutoria. En este caso lo importante es la víctima, y parece que si esto es lo que se quiere el beneficio debe alcanzar a todos. La opinión de Núñez gira en un círculo vicioso que podría mostrarse de la siguiente forma: dado que es una excusa absolutoria, sólo favorece a la persona que se casa, y es una excusa absolutoria porque sólo favorece al delincuente que se casa.

II. Reglas sobre la participación

El artículo 133 establece que “Los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualquiera persona que, con abuso de autoridad, encargo o confianza cooperaren a la perpetración de los delitos comprendidos en este título, serán reprimidos con la pena de los autores”.

1. *Antecedentes*

La norma tiene origen en España de 1848, que pasa al Proyecto Tejedor, del Código del Perú de 1862. El Código de 1886 aceptó la norma en cuestión, de donde fue tomado por el proyecto de 1891, del cual surge en definitiva la redacción actual de la ley.

2. *Aspectos dogmáticos*

Para Creus, dado que la pena del cómplice primario es la misma que para el autor, el fin de la norma es agravar la sanción al partícipe secundario, derogando la regla del artículo 46 del Código Penal⁹. Núñez afirma que se trata de un agravamiento de la pena establecida por la norma general sobre la complicidad secundaria, aunque no modifica el tipo de cooperación constitutiva de ella¹⁰. Soler, por último, afirma que se deroga la disminución de un tercio a la mitad que forma la base del artículo 46 del Código Penal¹¹.

3. *Alcance de la norma*

Se agrava la pena para los cómplices habida cuenta de la relación

⁹ CREUS, ob. cit., p. 263.

¹⁰ NÚÑEZ, ob. cit., ps. 398 y 399.

¹¹ SOLER, ob. cit., p. 353.

parental o de confianza existente entre estos actores del hecho y la víctima.

La ley comprende a los ascendientes, descendiente, afines en línea recta y hermanos. El parentesco consanguíneo tanto puede ser matrimonial como extramatrimonial.

La ley además incluye a las personas que abusan de su autoridad, del encargo o la confianza. Abusa de su autoridad aquella persona que tiene una relación de autoridad sobre otra, ya sea proveniente del Derecho Privado (tutor, curador) como del Público (maestro-alumno).

Será una relación de encargo cuando la persona tiene a la víctima bajo su cuidado, tales como la niñera y el niño que cuida¹².

Una relación de confianza será la que existe entre el cómplice y la víctima, como ser la del sacerdote, psicólogo, etcétera.

¹² NÚÑEZ, ob. cit., p. 399; CREUS, ob. cit., p. 263.

ÍNDICE SUMARIO

PRÓLOGO	9
---------------	---

TÍTULO I

LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

CAPÍTULO I

DELITOS CONTRA LA VIDA

.....	15
I. Problemas referidos a la participación.....	16
II. El delito de homicidio.....	17
III. El bien jurídico protegido.....	17
1. El tipo objetivo.....	17
a) Comienzo de la vida humana.....	17
b) Casos particulares.....	21
c) Fin de la vida humana.....	22
d) Sujeto activo.....	24
e) Los restantes elementos del tipo objetivo.....	24
f) La acción de matar.....	25
g) Los medios morales.....	26
2. Tipo subjetivo.....	27
3. Antijuridicidad.....	27
4. Responsabilidad por el hecho.....	27
5. Culpabilidad.....	28

IV. Homicidios calificados	28
1. La agravación por el vínculo: el parricidio	28
a) El matrimonio y la omisión impropia	31
b) Tipo subjetivo.....	31
c) Participación y parricidio.....	33
2. Parricidio extraordinario o excepcional	33
Circunstancias extraordinarias de atenuación en la jurisprudencia.....	35
3. El ensañamiento	37
Concepto	38
4. La alevosía	40
Concepto	40
5. Veneno u otro procedimiento insidioso	42
6. Agravación por la causa. Precio. Promesa remuneratoria.....	43
7. Muerte por placer, codicia, odio racial o religioso	44
a) La muerte por placer	44
a.1) Tipo objetivo	44
a.2) Tipo subjetivo	45
b) Codicia	45
c) Odio racial o religioso.....	45
8. Agravación por el medio: medio idóneo para crear peligro común	46
a) Tipo objetivo.....	47
b) Tipo subjetivo.....	48
9. Concurso de dos o más personas	48
a) Tipo objetivo.....	48
b) Tipo subjetivo.....	49
10. Homicidio <i>criminis causa</i> , conexo con otro delito.....	49
V. Figuras atenuadas	52
1. Homicidio calificado por atenuación. Infanticidio.....	52
2. Problemas de la emoción violenta	53
a) Homicidio en estado de emoción violenta. Artículo 81, inciso a.....	53
b) Los problemas que surgen del Código Penal suizo, como antecedente del Código Penal argentino.....	53

c) Concepto de emoción	55
d) La emoción violenta	57
e) Justificación causal de la emoción	59
f) La emoción violenta y la jurisprudencia en general	59
VI. El aborto	62
1. Bien jurídico	63
2. La defensa del feto y la Constitución Nacional	65
3. Concepto	68
4. Tipo objetivo	68
a) Presupuestos del delito de aborto	68
b) Existencia del feto vivo	68
c) Comienzo de la vida humana: criterios para su determinación	69
d) El embarazo de la mujer	73
e) Sujeto activo	74
f) La muerte del feto	74
5. Tipo subjetivo	75
6. Tipos penales del artículo 85	76
a) Aborto causado por terceros	76
a.1) Aborto practicado por un tercero sin el consentimiento de la mujer	76
a.2) Aborto practicado por un tercero con consentimiento de la mujer	77
a.3) Agravamiento por el resultado	77
a.4) Participación profesional	79
a.5) Sujeto activo	80
7. La jurisprudencia y el delito de aborto	81
8. Consentimiento de la mujer. El artículo 88 del Código Penal	85
Muerte de la mujer. Artículo 85, inciso 2º, segundo párrafo	86
9. Los abortos impunes: artículo 86, incisos 1º y 2º	86
a) El aborto terapéutico	86
b) Aborto eugenésico	89
b.1) El caso de la mujer idiota o demente	89
b.2) El caso de la mujer sana que es violada, o el aborto sentimental	90

10. Aborto preterintencional	91
El aborto causado por la propia mujer.....	93
Tipo objetivo	93
Tipo subjetivo.....	93
11. La tentativa de la mujer y los cómplices.....	93
VII. El suicidio	94
1. Bien jurídico.....	95
2. La inducción al suicidio	95
a) Tipo objetivo.....	95
a.1) La acción típica.....	95
b) Tipo subjetivo.....	98
3. La ayuda al suicidio.....	98
a) Tipo objetivo.....	98
a.1) La acción típica.....	98

HOMICIDIO CULPOSO

ANTECEDENTES Y UBICACIÓN DE LA CULPA

.....	101
I. El bien jurídico	102
Jurisprudencia	103
Lesiones leves: daño en el cuerpo o la salud. Interrelación de los conceptos, alcance del término “daño en la salud”.	
Producción del dolor sin daño físico. Viabilidad de la figura	103
II. Tipo objetivo: infracción del deber objetivo de cuidado.....	103
1. Autonomía del hecho imprudente.....	103
2. Los tipos abiertos.....	104
3. La imprudencia como consecuencia de la infracción al deber de cuidado	107
4. La lesión al deber objetivo de cuidado. El injusto de acción	108
5. Síntesis	110
Jurisprudencia	111
Lesiones culposas. Deber del conductor de cerrar las puertas del vehículo de transporte de pasajeros.....	111
Lesiones culposas. Distracción de la víctima. Deber de ceder el paso para el automotor que dobla.....	111

Homicidio culposo. Culpa de la víctima. Deber del peatón de respetar las señales luminosas de paso	112
Lesiones culposas: violación al deber objetivo de cuidado: alcance	112
Lesiones culposas. Conducta negligente. Conductor de tren subterráneo	113
Lesiones culposas. Accidente de tránsito. Registro vencido. Responsabilidad penal: necesaria acreditación	113
Aborto: tipicidad. Feto con vida. Lesiones gravísimas. Mala praxis	113
III. Tipo subjetivo	114
IV. La antijuridicidad	116
1. Legítima defensa	117
Jurisprudencia	118
2. Estado de necesidad justificante	118
Jurisprudencia	118
V. La culpabilidad	119
VI. Autoría y participación	120
Jurisprudencia	121
Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español	123
I. Delitos: Homicidio doloso (art. 138, Cód. Pen. de 1995); asesinato (art. 139, Cód. Pen. de 1996); homicidio por imprudencia (art. 142, Cód. Pen. de 1995)	123
Artículo 138.	123
Artículo 139.	123
Artículo 142.	123
II. Jurisprudencia del Tribunal Supremo español.	124
1. Artículo 138 del Código Penal español de 1995: homicidio doloso	124
2. Artículo 139 del Código Penal español de 1995: asesinato con alevosía	126
3. Por precio, recompensa o promesa	128
4. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido	128
5. Artículo 142 del Código Penal español de 1995: homicidio por imprudencia	129

CAPÍTULO II

LESIONES

I. Aspectos generales	131
1. Bien jurídico protegido	131
Actualización al delito de lesiones	132
2. El tipo objetivo	135
a) Acción típica	135
b) Los medios	138
c) Sujetos	138
d) El problema del consentimiento del lesionado	139
e) Las lesiones terapéuticas	143
f) Cirugías de cambio de sexo	146
f.1) La indicación terapéutica	147
f.2) La autorización judicial previa	148
g) Esterilización	149
h) Lesiones deportivas	151
3. El tipo subjetivo	152
4. Consumación y tentativa	154
II. Lesiones leves	155
1. Carácter subsidiario	155
2. Importancia del daño	156
3. Acción penal	159
a) Requisitos de la denuncia penal	159
b) Pluralidad de víctimas	160
c) Pluralidad de delitos	160
d) Modificación de la calificación legal	160
e) Razones de seguridad o interés público	161
f) Perdón del ofendido	161
g) Aplicación retroactiva de la ley 23.487	161
III. Lesiones graves	162
1. Debilitaciones permanentes	162
a) Debilitación permanente de la salud	164
b) Debilitación permanente de un sentido	165
c) Debilitación permanente de un órgano	166
d) Debilitación permanente de un miembro	167
e) Dificultad permanente de la palabra	168

2. Peligro para la vida del ofendido	168
3. Inutilidad para el trabajo por más de un mes.....	171
4. Deformación permanente en el rostro	172
IV. Lesiones gravísimas	175
1. Enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable.....	175
2. Inutilidad permanente para el trabajo	177
3. Pérdida de un sentido, órgano o miembro	177
4. Pérdida de la palabra	178
5. Pérdida de la capacidad de engendrar o concebir	178
V. Lesiones calificadas	179
VI. Lesiones atenuadas	181
VII. Concurrencia de atenuantes y agravantes	181
VIII. Las lesiones culposas	182

CAPÍTULO III

HOMICIDIO O LESIONES EN RIÑA

I. Antecedentes	183
II. Bien jurídico protegido.....	185
III. Tipo objetivo.....	186
1. Conceptos de riña y de agresión.....	187
2. Intervención de más de dos personas	188
3. Falta de determinación del autor de las lesiones o del homicidio. Ejercicio de violencia sobre la víctima	189
4. Resultado mortal o lesivo.....	192
IV. Tipo subjetivo	193
V. El problema de la autoría.....	195
VI. Ley 24.192	199

CAPÍTULO IV

DUELO

I. Problemas que genera su incriminación	201
II. Bien jurídico protegido.....	204

III. Duelo regular	205
1. Tipo objetivo	205
2. Tipo subjetivo	209
3. Consumación	210
4. Tentativa	211
5. Participación	211
6. Penalidad	212
IV. Duelo irregular	213
1. Participación	216
2. Relación con el abuso de armas	217
3. Duelo irregular y legítima defensa	217
V. Instigación al duelo y menosprecio por causa caballeresca	219
1. Instigación al duelo	219
2. Menosprecio por causa caballeresca	220
VI. Duelo sin causa de honor	221
VII. Combatiente desleal	222
VIII. Alevosía en los padrinos	224
IX. Duelo a muerte	225

CAPÍTULO V
ABUSO DE ARMAS

.....	229
I. Antecedentes	230
II. Características generales de las figuras simples	231
III. Disparo de arma de fuego	233
1. Bien jurídico protegido	233
2. Tipo objetivo	234
a) La acción típica	234
b) Arma de fuego	235
c) Dirección del disparo	240
3. Tipo subjetivo	241
4. Consumación	247
5. Tentativa	247

6. Absorción y subsidiariedad de la figura	249
a) Disparo de arma de fuego y lesiones leves	250
b) Disparo de arma de fuego y lesiones graves o gravísimas	251
7. Concurso de delitos	251
8. Disparo de arma de fuego y tentativa de homicidio	253
IV. Agresión con arma	254
1. Bien jurídico protegido	255
2. Tipo objetivo	255
a) Acción típica	255
b) Arma	256
3. Tipo subjetivo	258
4. Subsidiariedad de la figura	258
V. Agravantes y atenuantes	259

CAPÍTULO VI

ABANDONO DE PERSONAS

Artículo 106	263
I. El bien jurídico protegido	263
II. Antecedentes	264
III. Tipo objetivo	264
1. La exposición	266
a) Sujetos	267
a.1) Sujeto activo	267
a.2) Sujeto pasivo	268
2. El abandono	268
Jurisprudencia	271
a) Sujetos	272
a.1) Sujeto pasivo	272
a.2) Sujeto activo	273
3. La situación de peligro concreto para la vida o la salud de la víctima	276
IV. Tipo subjetivo	278
V. Antijuridicidad	280

VI. Atribuibilidad	281
VII. Consumación y tentativa	282
VIII. Las agravantes	282
IX. Agravación por el vínculo. Artículo 107	285
Artículo 108 – <i>Omisión de auxilio</i>	285
I. Bien jurídico protegido	285
II. Antecedentes	289
III. Tipo objetivo	289
1. Acción	290
2. Ausencia de conducta	292
3. El “riesgo personal”	292
4. Sujetos	293
a) Sujeto activo	293
b) Sujeto pasivo	294
IV. Tipo subjetivo	297
V. Antijuridicidad	299
VI. Atribuibilidad	299
VII. Consumación y tentativa	300

TÍTULO II

DELITOS CONTRA EL HONOR

I. Bien jurídico tutelado	305
1. Conceptos fundamentales	305
2. El honor y la libertad de expresión. Problemas que surgen de ambos derechos	307
a) Garantía constitucional de la libertad de prensa	308
b) La libertad de expresión	309
c) Libertad de prensa en la jurisprudencia de la Corte Suprema	309
d) Libertad de prensa en la jurisprudencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal	312

e)	La doctrina de la real malicia	314
e.1)	Conceptos generales	314
e.2)	Antecedentes que incorporaron la doctrina de la “real malicia”. Últimos fallos de nuestra Corte Suprema	317
e.2.1)	Antecedentes	317
e.3)	Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre libertad de prensa y derecho al honor.	320
f)	La solución desde un aspecto dogmático.	322
II.	Sujetos pasivos	325
1.	Los llamados individuos sin honor	326
2.	Menores	326
3.	Incapaces	329
4.	Muertos	330
5.	Personas colectivas	331
III.	Delitos contra el honor	335
IV.	La calumnia	336
1.	Concepto	336
2.	El tipo objetivo. La acción punible	337
a)	Imputación de un delito	337
b)	Los delitos prescriptos y justificados	338
c)	El caso de las excusas absolutorias	339
d)	Imputación de un delito que dé lugar a acción pública y delitos de instancia privada.	339
e)	Falsedad de la imputación	340
3.	El tipo subjetivo	340
4.	Consumación y tentativa.	341
5.	La prueba de la verdad.	341
V.	La injuria	342
1.	Concepto	342
2.	Tipo objetivo. Acciones típicas	342
a)	Deshonrar	342
b)	Desacreditar.	343
3.	Modos de acción	344
4.	Carácter imputativo de la injuria	344
5.	Consumación	344

6. Tentativa	345
7. Consentimiento	346
8. Tipo subjetivo	346
9. La doctrina de los ánimos	347
10. La prueba de la verdad de la injuria (art. 111, Cód. Pen.)	347
a) Interés público actual	349
b) Si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal	350
c) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él	351
VI. Injurias especiales	352
1. Injurias vertidas en juicio (art. 115)	352
Jurisprudencia	354
2. Las injurias recíprocas (art. 116)	355
Jurisprudencia	357
VII. Reglas comunes a la injuria y la calumnia	357
1. La retractación (art. 117)	357
Jurisprudencia	360
2. La calumnia o injuria encubierta (art. 112)	360
Jurisprudencia	362
3. Publicación o reproducción de la calumnia o injuria ajena (art. 113)	362
a) Delito autónomo	362
b) Acciones típicas	363
c) Consumación y tentativa	364
d) Elemento subjetivo	364
Jurisprudencia	364
4. Injurias o calumnias vertidas por medio de la prensa (art. 114)	366
a) El problema de la competencia	366
b) La publicación de la sentencia	367
Jurisprudencia	368
VIII. La acción penal	369

TÍTULO III
DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

**EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS
DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD**

El bien jurídico protegido en el Título III..... 373

CAPÍTULO I

EL DELITO DE ADULTERIO

..... 375

CAPÍTULO II

EL DELITO DE VIOLACIÓN

I. Significado..... 377

II. Disposición legal..... 378

III. Antecedentes históricos..... 379

IV. Derecho Comparado. Sistema español..... 379

V. El bien jurídico protegido..... 383

VI. El tipo penal de la violación..... 385

 1. Tipo objetivo..... 385

 a) Acción: acceso carnal..... 385

 b) Sujeto activo..... 390

 c) Sujeto pasivo..... 392

 c.1) El matrimonio..... 393

 c.2) El concubinato..... 395

 c.3) La prostituta..... 395

 d) Modalidades de la violación. Las acciones típicas..... 396

 d.1) Abuso de situación..... 396

 d.2) Víctima menor de 12 años (art. 119, inc. 1º)..... 397

 d.3) Víctima privada de razón (art. 119, inc. 2º)..... 398

d.4) Víctima privada de sentido (art. 119, inc. 2º).....	399
d.5) Víctima imposibilitada de resistir el acto (art. 119, inc. 2º)	400
d.6) Uso de fuerza (art. 119, inc. 3º)	401
d.7) Acceso logrado mediante intimidación	403
e) La resistencia	404
f) Consentimiento y exclusión de tipicidad	405
2. Tipo subjetivo	407
a) Problemas referidos al error	408
VII. Consumación y tentativa	411
VIII. Concurso con otros delitos.....	413
IX. Acción penal	415
X. Pena	415
XI. Agravantes.....	416
1. Agravación por el resultado.....	416
2. Agravación por el parentesco.....	419
3. Agravante por la calidad del autor	420
4. Encargado de la educación o guarda.....	421
5. Agravante por pluralidad de autores	423

CAPÍTULO III

EL DELITO DE ESTUPRO

I. Disposición legal.....	425
II. Concepto	426
III. Antecedentes nacionales.....	426
IV. Bien jurídico protegido.....	427
V. El tipo penal	428
1. Tipo objetivo	428
a) Acceso carnal	428
b) Sujeto activo.....	430
c) Sujeto pasivo	431
2. Tipo subjetivo	434
VI. Consumación y tentativa	435
VII. Acción penal. Pena.....	435

VIII. Agravantes.....	436
IX. Concurso con otros delitos.....	436
<i>El delito de estupro fraudulento</i>	437
I. Nociones generales.....	437
II. Antecedentes históricos.....	437
III. Bien jurídico protegido.....	437
IV. Denominación.....	438
V. Tipo del estupro fraudulento.....	439
1. Tipo objetivo.....	439
a) Sujeto activo.....	439
b) Sujeto pasivo.....	439
c) Acceso carnal.....	440
d) Error de la víctima.....	440
2. Tipo subjetivo.....	440
VI. Consumación y tentativa.....	441
VII. Acción penal. Pena.....	441

CAPÍTULO IV

PROMOCIÓN O FACILITACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN O CORRUPCIÓN

I. Nociones generales sobre el Código Penal.....	443
II. Disposiciones legales.....	445
III. Antecedentes de la norma.....	445
IV. Bien jurídico protegido.....	447
V. La corrupción y la prostitución como estados.....	448
VI. Tipicidad.....	448
1. Tipo objetivo.....	448
a) Acción de corromper.....	448
b) La acción de prostituir.....	452
c) Promover y facilitar.....	454
c.1) La promoción o facilitación de la corrupción de menores.....	454
c.2) La promoción y facilitación de la prostitución de menores.....	459

2. Tipo subjetivo	459
a) El dolo	459
b) Los elementos subjetivos del tipo: las finalidades de quien promueve o facilita	460
b.1) El ánimo de lucro	461
b.2) Satisfacción de deseos ajenos	461
b.3) Los deseos propios. El depravador directo	462
c) El error	464
VII. Sujeto activo y pasivo	464
VIII. Concurso con otros delitos	465
IX. Consumación y tentativa	468
X. Pena, y agravantes de la corrupción de menores (art. 125, segunda parte)	468
1. La pena en el artículo 125	468
2. Agravantes del tipo de la corrupción de menores	469
a) Engaño	470
b) Violencia	470
c) Coerción	471
d) Ascendientes	471
e) Marido	471
f) Vida marital	472
g) Hermano, tutor, persona encargada de la educación o guarda	472
XI. Promoción y facilitación de la prostitución o corrupción de mayores de edad	473

CAPÍTULO V

EL DELITO DE ABUSO DESHONESTO

I. Disposición legal	475
II. Antecedentes históricos	476
III. Bien jurídico protegido	476

IV. El tipo penal del abuso deshonesto	477
1. Tipo objetivo	477
a) Conceptos generales	477
b) Las tesis existentes en la doctrina sobre los actos que constituyen el abuso deshonesto	478
b.1) Doctrina subjetivista	478
b.2) Doctrina objetivista	479
c) Sujeto activo y sujeto pasivo	480
d) Modalidades del abuso deshonesto	481
d.1) Cuando la víctima fuere menor de 12 años (art. 119, inc. 1º)	481
d.2) Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido (art. 119, inc. 2º)	481
d.3) Cuando la víctima no pudiere resistir por enfermedad o cualquier otra causa (inc. 2º, segunda parte)	481
d.4) Cuando el abuso fuere logrado violentamente (art. 119, inc. 3º)	482
d.5) La sorpresa	483
2. El tipo subjetivo	484
a) La opinión doctrinaria	484
b) Concepto del tipo subjetivo en nuestra opinión	485
Jurisprudencia	486
V. Consumación y tentativa	486
VI. Concurso de delitos	487
VII. Acción penal. Pena	488
VIII. Agravantes	489
Jurisprudencia	490

CAPÍTULO VI

ULTRAJES AL PUDOR PÚBLICO

I. El ultraje al pudor público	491
1. Bien jurídico	491

II. Las publicaciones obscenas	495
1. El tipo penal del artículo 128	495
a) El tipo objetivo	495
a.1) Antecedentes	495
a.2) Lo obsceno	495
a.3) La publicidad	500
a.4) Las acciones propiamente típicas	500
b) Tipo subjetivo	501
2. Consumación y tentativa	502
3. Las garantías constitucionales y la prensa	503
4. El problema de los artículos 49 y 128 del Código Penal	503
5. Acción penal	503
III. Exhibiciones obscenas	504
1. Antecedentes	504
2. El tipo del artículo 129	504
a) Tipo objetivo	504
b) Tipo subjetivo	505
3. Consumación. Tentativa	505
4. Acción penal	505

CAPÍTULO VII

RAPTO

I. Bien jurídico protegido	507
II. Los delitos de rapto en el Código Penal	508
III. El rapto propio	508
1. Tipicidad	509
a) Tipo objetivo	509
a.1) La sustracción y la retención	509
a.2) Medios comisivos	510
a.3) El sujeto pasivo. El consentimiento de la mujer	511
a.4) El sujeto activo	513
b) El tipo subjetivo	513
c) Consumación y tentativa	514
d) Concurso con otros delitos	514

IV. Rapto de una mujer casada	515
V. Rapto impropio	515
VI. Rapto de menor impúber	516

CAPÍTULO VIII

LAS DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

I. El casamiento con la víctima	517
1. Ámbito de aplicación	517
a) Delitos comprendidos	517
b) Requisitos en la víctima	518
c) El sujeto activo	519
II. Reglas sobre la participación	520
1. Antecedentes	520
2. Aspectos dogmáticos	520
3. Alcance de la norma	520