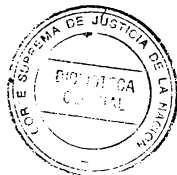


1



**EL CÓDIGO PENAL Y LA  
JURISPRUDENCIA**

**TOMO I.**

---

*Queda hecho el depósito que  
establece la ley.*

---

*Juan González*

---

IMPRENTA LÓPEZ - PERÚ 666 - BUENOS AIRES

400282



61060



# EL CÓDIGO PENAL

## Y LA

# JURISPRUDENCIA

POR EL

**DR. JUAN F. GONZALEZ**

Defensor general en los Tribunales de la 2a. Circunscripción Judicial  
de la provincia de Santa Fe

PROLOGADO POR EL

**DR. AUGUSTO MORISOT**

Rector de la Universidad del Litoral  
y Profesor de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho,  
de la ciudad de Santa Fe

Biblioteca de la Corte Suprema	
Nº de l.	112.328
Ubicación	E 2987

BUENOS AIRES

LIBRERÍA Y CASA EDITORA DE EMILIO PERROT  
AZCUÉNAGA 1848

— 1 9 3 4 —





# P R E F A C I O

---

Santa Fe, noviembre 14 de 1933.

Señor Doctor D. Juan F. González

Rosario.

Mi estimado amigo:

Con verdadero interés he leído los originales de tu obra titulada "El código penal y la jurisprudencia", y he recibido, como resultado de mi lectura, la impresión de que ella será de indiscutible utilidad para estudiantes y profesionales.

Sé que el propósito principal que te ha guiado al dar a publicidad tu trabajo, es el de mostrar prácticamente la forma cómo nuestros jueces entienden, interpretan y aplican el precepto legal. Esa finalidad la consigues ampliamente y, sin duda alguna, la superas, ya que no te limitas a la simple exposición dogmática del derecho vigente, sino que haces también su crítica, señalando las deficiencias que lo empañan y proponiendo las reformas enderezadas a mejorarlo.

Juiciosas me parecen, en este respecto, tus observaciones sobre la inclusión de las palabras "ultraje al pudor", en el artículo 86 inciso 2º del código penal, asunto del que me he ocupado, en la cátedra y en publicaciones, en forma coincidente con el criterio que sustentas.

Igualmente acertadas son las consideraciones que formulas acerca de la represión del aborto provocado o consentido por la mujer embarazada; no hay razón valedera que haga posible, en cualquier caso, la aplicación de una sanción mayor que en el infanticidio: o se le acuerda más elasticidad a la pena del aborto, o es forzoso consignar en la ley otra disposición, además de la del artículo 88, para reprimir con acentuada lenidad a la mujer encinta que provoca o admite el aborto guiada por un móvil igual al que determina el infanticidio.





En cuanto al artículo 87, creo que, en la forma en que se encuentra redactado, permite contemplar los casos de culpa y de dolo preterintencional. Si el agente conociendo el embarazo de la mujer o siendo éste notorio, provoca el aborto sin haber tenido la intención de producirlo ni la de ejercer sobre aquella ninguna violencia, la que es sólo el resultado de un descuido o de una inadvertencia imputables, nadie podrá sostener válidamente que el delito no sea culposos: no quiso el aborto (si lo hubiera querido, habría dolo directo), no quiso tampoco la violencia que lo provocó (de haberla querido, existiría dolo preterintencional), pero esa violencia fué el resultado de su descuido, de su inadvertencia, de su falta de atención, de su imprevisión, cuando la notoriedad del embarazo o el conocimiento que de éste tenía lo obligaba a prever las consecuencias de su acción y no la evitó por irreflexión o ligereza. En cambio, si el acto de violencia se efectúa con el ánimo de agredir a la mujer embarazada y, sin tener el agente el propósito de causar el aborto, éste sobreviene, estaremos en la hipótesis que tú contemplas. Considero que la reforma del código debe encamar la necesidad de separar las dos situaciones.

Observo que en tu interesante trabajo empleas la palabra “culpable” al referirte a los delitos cometidos por imprudencia o negligencia. En el tecnicismo jurídico-penal va adquiriendo ciudadanía la expresión “culposos” para designar a esa categoría de infracciones. Yo la prefiero, porque evita posibles confusiones, ya que el primer vocablo se emplea, y más propiamente, para indicar el sujeto responsable. Si se utilizara, también, para designar con él a los delitos cometidos por culpa, habría que decir que el autor es culpable de un delito culpable. La expresión “culposos” permite asignar a cada concepto una más precisa y adecuada denominación.

Estas reflexiones que sólo traducen, en el breve espacio de una carta, mis opiniones notoriamente conocidas acerca de algunas de las cuestiones que abórdas en tu trabajo, no hacen sino poner de manifiesto la sinceridad con que alabo las cualidades de la obra.

Aparte del valor doctrinario del libro que has escrito, y que me complace señalar, merece destacarse la honestidad escrupulosa con que has procedido en las citas de los fallos judiciales, al

## PREFACIO

haber preferido omitir la jurisprudencia de los tribunales de la primera circunscripción judicial de Santa Fe, por carecer de los libros de sentencia, antes que recurrir a las informaciones de segunda mano. Es sensible que no hayas podido consignarla, pero esta voluntaria y justificada omisión queda con creces compensada por la fe que merecen las decisiones que transcribes.

Creo de verdad que el libro que publicas cumplirá una doble finalidad: doctrinaria y práctica. Será, como ya lo he dicho, útil para la enseñanza del derecho y para su aplicación en los tribunales. Por lo demás, habrá de contribuir a la formación de la jurisprudencia en nuestro país, lo que, por sí solo, si no tuviera otros valores que sucintamente he señalado, bastaría para justificarlo.

Por el esfuerzo realizado, que pone de manifiesto tu empeñosa dedicación y tu probidad intelectual, recibe mis sinceras felicitaciones.

Cordialmente.

AUGUSTO MORISOT.







*Comprendo que es muy difícil pretender innovar en materia científica, y es por eso que declaro desde ya, que no es mi pretensión enseñar nada nuevo, sino que he escogido en el vasto campo doctrinario que nos ofrece el derecho, la tesis que más se acomoda a nuestra sociabilidad y que ha condensado el legislador en el precepto legal.*

Dice J. W. PASCHAL: *"Siempre ha sido para mí una máxima favorita, la de que, en el estudio de la ley, no puede haber una inteligencia comprensiva sin un análisis esmerado de la ley antigua de los males y el remedio. La ley del presente nos atañe más de cerca; pero mientras no vamos al fondo, mientras no exploramos los fundamentos y la mente de la antigua, no podemos tener un concepto claro y distinto de la que está en vigencia"*.

*Afirmo, que he seguido el presente consejo, y en mi trabajo no sólo me he limitado a examinar el precepto actual, sino que he buscado en nuestros propios antecedentes penales, y en las legislaciones extranjeras que nos sirven de fuente originaria, la inteligencia de la antigua ley, para constatar las transformaciones sufridas a través de los diferentes proyectos hasta cobrar la silueta definitiva en la realidad vigente.*

*La obra estudia la personalidad humana bajo sus tres aspectos fundamentales; de la integridad física, material y moral. Es decir: comprende los atentados contra la persona, la propiedad, la honestidad y el honor.*

*Hoy, en el primer tomo que brindo al público, examino al hombre como sujeto del derecho en cuanto a su integridad física se refiere. Posteriormente proseguiré con el estudio de los delitos contra la propiedad, que se encuentra actualmente en preparación.*

*La finalidad de la obra no tiene otro alcance que exponer el sentir de nuestros jueces a fin de facilitar la aplicación del precepto legal, y contribuir así a la formación de nuestra jurisprudencia.*

*Si el propósito lo he conseguido ampliamente, como afirma el distinguido profesor que la prologa; dedico el esfuerzo realizado, al Foro de mi pueblo y a los compañeros de trabajo que directamente han contribuido a ella, en su tarea cotidiana de ejercer el derecho de castigar, como un elemento básico para la convivencia social.*

EL AUTOR.



# LOS ATENTADOS CONTRA LA PERSONA



## CAPITULO I

### EL DELITO DE HOMICIDIO

*Delitos contra la vida.* — Homicidio; elementos — Homicidio simple — De la concausa — De la aberratio ictus — Jurisprudencia. — Homicidio calificado — Jurisprudencia. — La emoción violenta y el homicidio preterintencional. — Infanticidio — Jurisprudencia. — La instigación al suicidio — El homicidio piadoso — Homicidio por imprudencia — Responsabilidad del ebrio — La defensa del domicilio — Jurisprudencia. — El aborto, sus diferencias con el infanticidio. — Causas de exención — El aborto preterintencional — La tentativa en el aborto — Jurisprudencia.

#### *Delitos contra la vida*

Ante la clásica expresión de LERMINIER: *El Derecho es la Vida*, resulta que el atentado contra ella, involucra el atentado contra todos los derechos. La personalidad humana es donde reposa todo el orden jurídico; por eso el homicidio, la injusta destrucción de ese bien, constituye el delito de mayor importancia para nuestra legislación penal.

Si el hombre es el sujeto del derecho, si la existencia humana es el bien jurídico primordial, la ley debe tratar de protegerla en toda su integridad, como un fundamento básico para la convivencia social. De aquí la razón de la protección legal, que se extiende desde las primeras manifestaciones embrionarias en el seno materno, hasta la misma senectud de su ocaso: ya se trate de una simple agresión o de la destrucción completa, ya de un acto intencional y doloso o de hechos que caen bajo la calificación de la imprevisión y de la culpa.

La personalidad humana va a ser el objeto inmediato de nuestro estudio; fijemos entonces el concepto a fin de saber desde cuando el sujeto del derecho se considera como tal para nuestra ley.





El código civil se encarga de resolver nuestra dificultad cuando dice: Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible; y cuando después agrega que: desde la concepción en el seno materno comienzan su existencia, y pueden adquirir derechos como si ya hubieran nacido, derechos sujetos a la condición de que nazcan con vida. Arts. 51, 70, 71, 72, 73, 74 y 75.

\* \* \*

El legislador agrupa los atentados contra la persona en los seis capítulos que constituyen el título primero, de la parte especial de nuestro código, a saber: delitos contra la vida, lesiones, homicidio y lesiones en riña, duelo, abuso de armas, y abandono de personas.

Siguiendo la técnica del código, para el mejor orden de la materia trataremos separadamente cada uno de los capítulos, a fin de desarrollar mejor nuestro plan, ilustrando la doctrina con la jurisprudencia de nuestros tribunales.

## EL HOMICIDIO

El homicidio lo define la doctrina como la muerte de un hombre dada por otro, “*hominis coedere*”, definición que Groizard califica de defectuosa e incompleta, desde que sobrepasa los límites del hecho definido, ya que al no hacer ninguna distinción queda comprendida en ella la muerte en legítima defensa, como el hecho casual, que por ser tal no es imputable.

El maestro Carrara, haciéndose cargo de las justas objeciones, modifica la definición introduciendo el adjetivo “ilegítima”, quedando en esta forma contemplados los elementos sustanciales del delito. Así, tenemos que el homicidio lo constituye la muerte ilegítima de un hombre ocasionada por otro.

Tres son los elementos fundamentales que contiene esta definición y que, en conjunto, caracterizan el delito de homicidio, a saber: 1º La destrucción total de una vida. 2º Que la muerte sea la consecuencia de la acción homicida. 3º Que la acción sea dolosa.

\* \* \*



**La destrucción injusta y total de una vida.** — El primer elemento lo constituye la muerte violenta de una persona. ¿Pero qué debemos entender por destrucción de una vida? Para ser más claros, dividamos la existencia humana en dos períodos, el primero desde la concepción hasta el alumbramiento y el segundo desde el alumbramiento hasta la muerte.

Dos períodos fáciles de distinguir, desde que implican dos vidas completamente diferentes; el uno la vida intra-uterina o sea el proceso de la gestación, que más que una vida se trata de un proceso vital, y el segundo, la vida fisiológica que es la que experimenta el feto cuando adquiere su personalidad propia, al entrar al mundo como un elemento de la colectividad social. Es desde este segundo período donde el atentado criminal reviste el carácter de homicidio.

La interrupción violenta del proceso vital la conocemos en la doctrina con el nombre de aborto. Tenemos entonces que el aborto y el homicidio son las figuras primitivas de los atentados contra la vida.

\* \* \*

**¿Fué siempre el homicidio considerado como delito?** La respuesta es negativa. En las organizaciones sociales de la antigua Roma, la familia se constituía bajo el régimen de la autoridad, que reconocía como jefe a un Pater Familia, quien era el amo y señor absoluto de la vida y haciendas de sus hijos y esclavos.

Por eso cuando se perpetraba contra un ciudadano romano, era un delito; y cuando recaía en un esclavo, era un derecho. Fué precisamente éste el primer escollo que encontró el criminalista Garófalo en su conocida teoría sobre el delito natural que el mismo para orillar la dificultad, como sostiene Sebastián Soler en su obra de "La Teoría del Estado Peligroso", cambió el objeto de su estudio y en vez de analizar si hay hechos que hayan sido siempre considerados como criminales, investiga si en la historia de la humanidad hay sentimientos perdurables, cuyo ataque se conceptúe siempre como fundamental lesión humana. Y su contestación es afirmativa, encontrando que un mínimum de los sentimientos de piedad y probidad, ha existido casi siempre en la especie humana. Y en estos sentimientos



funda su teoría. (Obra citada, Pág. 142; Criminología, pág. 9).

Organizadas las sociedades contemporáneas bajo la faz de la igualdad ante la ley, desterrada ya para siempre la esclavitud, y desaparecidas las castas sociales, la protección legal se extiende por igual a todos los miembros de la comunidad.

Basta la destrucción ilegítima de una vida para que el hecho revista el carácter de homicidio. Para la ley no hay monstruos, ni distinciones de clases; es lo mismo el joven, el adulto y el anciano, igual que el sano o el enfermo. En una palabra, la destrucción violenta de un minuto de vida constituye el delito.

• • •

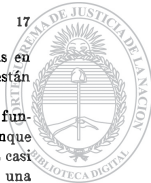
**La muerte como efecto de la acción.** — Es otro de los requisitos fundamentales del delito. La acción homicida debe tener una relación directa con los efectos producidos, estableciendo la responsabilidad del agente. Esto es claro y sencillo; pero cuando la relación es indirecta, cuando intervienen otros factores que determinan la muerte, entonces se complica el problema penal y entramos en la esfera del homicidio concausal.

La ley no nos especifica los medios con que se ha de valer el criminal para poner en movimiento su acción; la sola realización del propósito es suficiente. En este sentido aceptamos la división que hace Irureta Goyena, en su obra "El Delito de Homicidio", al clasificarlos de físicos y morales, directos e indirectos, positivos y negativos.

Los físicos son de orden material, ya sean mecánicos como el revólver; químicos como los tóxicos, y de orden patológico como el contagio de una enfermedad mortal. Los morales son los que obran psicológicamente como el sufrimiento.

Directos son aquellos de que se vale personalmente el agente para llevar a cabo su acción; e indirectos son los medios extraños por intermedio de los cuales se realiza el pensamiento criminal. Los positivos siempre se traducen en un acto; en cambio los negativos se caracterizan por una omisión.

¿Se puede, por medios morales, perpetrar el delito de homicidio? Es ésta una cuestión que no está aún definitivamente resuelta; es éste un problema que todavía no ha salido del ta-



pete de la discusión, llegando hasta dividir a los tratadistas en dos bandos. Unos sostienen la negativa y en cambio otros están por la afirmativa.

Los que no admiten el homicidio por causas morales, fundamentan su negativa en la imposibilidad de la prueba. Aunque es necesario reconocer que la prueba es muy difícil, y hasta casi inverosímil si se quiere, ello no es en mi entender una razón para discriminar el hecho. En el campo de la doctrina no hay ninguna dificultad para aceptar el homicidio por medios morales.

En nuestra antigua legislación no se aceptaba el homicidio por medios morales. Me refiero al código del Dr. Tejedor que, fundándose en la imposibilidad de la prueba, invocaba la opinión de Chauveau en la exposición de motivos: "Para la existencia del homicidio será menester que se consume por un acto material. ¿El homicidio moral que se verifica por tormentos del alma, no entra en los términos de la ley penal? Supongamos que un marido o un padre, no se sirvan de su poder sino para cubrir de amargura los días del hijo o de la mujer: que a sabiendas gaste su vida en el dolor, que trate de abreviarla por un sufrimiento moral continuo y prolongado; y que, en fin, por una barbarie calculada conduzca de este modo su víctima hasta la tumba. ¿No habría en esto un homicidio? ¿No es precisamente el más odioso de todos, el que encubre mayor atrocidad? Creemos que sí. ¿Pero la consecuencia es que deba la ley castigarlo? ¿Cómo probar un crimen de esta naturaleza? ¿Cómo hacer constar el poder del dolor y sus efectos ". Tomo 3, pág. 373, Boeresco pág. 152 y 153.

Este era el criterio que imperaba en nuestra antigua legislación, el cual ha sido abandonado en el presente. El comentarista Groizard lo combate, lo mismo que Carrara y Liszt. Entre nosotros están por la tesis que sostengo, Rodolfo Rivarola, Rodolfo Moreno y Julio Herrera. Aunque todos reconocen la dificultad de la prueba, están de acuerdo en admitir que los medios morales deben aceptarse como elementos para la consumación del homicidio.



**Que la acción sea dolosa.** — Es por último el tercer elemento de la definición que estudiamos, en mi entender el más importante y fundamental. Con razón nos enseña el maestro Groizard en su comentario al código Español que: “No basta la acción por sí sola, no basta una omisión tampoco, no basta hacer lo que la ley prohíbe, ni dejar de hacer lo que ordena (delitos por acción u omisión), es menester que la una o la otra, sea voluntaria, para que el delito exista. Esta es precisamente la más característica de sus condiciones genéricas; la más fecunda en consecuencias trascendentales; la que sienta el derecho penal en la inmóvil base de la moral”.

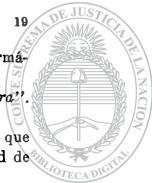
La noción del dolo existía desde las antiguas legislaciones orientales aunque no figuraba como elemento sustancial en todos los delitos, sino propio de algunos.

En cuanto al origen de la palabra, existen varias hipótesis. El jurisconsulto Van Realte, al explicar el significado del dolo, lo hace derivar de la voz griega “dolos” que quiere decir falsedad (doble), dirigida a violar a otro. Criminalistas como Binding, Ferrini y Bacellati, encuentran el origen en las raíces griegas “dar” y “lar” que significan falsedad y bellaquería.

Fué el derecho civil romano que precisó científicamente su noción y aceptó la calificación de “dolos bonus” y “dolos malus”, distinguiendo así en forma precisa las relaciones en el derecho civil. Posteriormente significó la voluntad antijurídica.

En realidad, como lo sostiene Andreotti, “La iglesia secularizando su doctrina ético religiosa hizo evolucionar la doctrina del dolo hacia los dominios del derecho represivo, estableciendo desde entonces la intención de las acciones humanas”. La doctrina del dolo en el derecho canónico está condensada en los siguientes términos: sin voluntad de pecar no hay pecado; únicamente los voluntariamente cometidos constituyen delitos.

Ladislao Thot, en su estudio comparativo sobre el dolo, publicado en la “Jurisprudencia Argentina” dice: “Los jurisconsultos prácticos edificaban la teoría del dolo, sobre los elementos del derecho romano, germánico, canónico y estatuario, tratando de obtener en lo relativo a la pena, una compensación entre la teoría de la intimidación del derecho romano, y la de la expiación moral del derecho canónico; cosa posible utili-



zando la interpretación objetiva del daño del derecho germánico”.

Baldus, dijo que el dolo era: “*Ars nocendi contra natura*”. Decianus, que era el ánimo consciente de delinquir.

Entre los escritores del siglo XIX, Christiam sostiene que existe dolo cuando el agente, al obrar, conocía la ilegalidad de la acción y las consecuencias inmediatas de la misma.

Mittermaier, afirma que se entiende que hay dolo, cuando el agente sabe que la acción o la omisión de un acto, en cuanto lo realice, implica una pena.

Feuerbach, manifiesta que el delito es defecto de la voluntad, la determinación de la voluntad dirigida a conseguir una lesión jurídica.

Entre los modernos Liszt lo define así: “El dolo es el conocimiento de todas las circunstancias que acompañan a las manifestaciones de la voluntad, dirigida a la realización del hecho previsto por la ley”.

Merkel entiende por dolo, la dirección de la voluntad hacia una actividad o inactividad delictual, donde se presume una representación diferencial de los caracteres de este hacer o no hacer. El dolo, en su relación con el delito, es la voluntad dirigida a la comisión del acto penado por la ley.

Tal es el concepto que siempre se ha tenido sobre el dolo, conocemos entonces el elemento esencial del delito, veamos en la forma que se puede presentar y que lo estudia la doctrina.

No basta la sola intención criminal, debe existir cierta relación entre el pensamiento y la acción. El homicidio que se cometa con dolo general, con intención criminal, no caería precisamente en la calificación del homicidio común. Sería un hecho reprobable de suyo, sujeto a penalidad, pero que entraría con más propiedad en el calificativo de homicidio preterintencional.

Se necesita entonces una finalidad concreta en el pensamiento del agente, lo que llamaríamos dolo especial, que se puede presentar en la práctica bajo tres aspectos; determinado, indeterminado y eventual.

En el primer caso, cuando el sujeto ejecutó el pensamiento criminal, hay una armonía entre la volición y el efecto. La fuerza moral (intención), concuerda con la fuerza física (ac-



ción), el dolo lleva la calificación de determinado y perfecto, la responsabilidad es plena. Es el caso del homicidio calificado parricidio, uxoricidio, filicidio, y también de algunos homicidios simples.

En el segundo caso, cuando el sujeto ejecutó el pensamiento criminal en una tercera persona, hay aquí también una relación entre la volición y el efecto, la fuerza moral (intención) concuerda con la fuerza física (acción) con la diferencia de que la víctima resulta una tercera persona contra quien no iba dirigido el procedimiento. El dolo lleva entonces la calificación de indeterminado; es el caso del homicidio común en la “aberratio ictus”.

En el tercer caso, cuando el efecto es superior al que se propuso el agente, no existe en realidad una relación entre la volición y el efecto. El dolo lleva la calificación de eventual; es el caso del homicidio preterintencional.

El dolo determinado se rige por el mismo principio que el indeterminado, ya que para la ley lo mismo le da una vida que otra, puesto que la protección se extiende sobre todos los miembros de la colectividad social. Con razón dicen los juristas: “Dolus indeterminatus, determinatur eventu”.

\* \* \*

El homicidio, que, como sostuve al principio, es el delito de mayor importancia para nuestra legislación penal, no tiene una configuración única. Se presenta en la práctica con diversas modalidades, muchas de ellas fundamentales, dando origen a verdaderos homicidios tipos, y otras accesorias, que pueden constituir simples atenuantes y agravantes.

Todas estas modalidades serán objeto de nuestro estudio, a medida que comentemos las diversas disposiciones de la ley. Modalidades que nos ilustra el presente cuadro.



## Delito de homicidio

Homicidio simple	modalidades que atenúan la responsabilidad	La edad	{	Infanticidio.
		El procedimiento	{	Homicidio en riña.
		El estado psíquico	{	Homicidio por emoción violenta.
Homicidio calificado	Modalidades que agravan la responsabilidad	Vínculos de sangre	{	Parricidio. Uxoricidio. Filicidio.
		Por la forma de proceder y los medios empleados.	{	Alevosía o ensañamiento Precio y promesa remuneratoria. Sevicias graves. Impulso perversidad brutal, veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión y medios de grandes estragos.
		Por la finalidad	{	Para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o asegurar su resultado o la impunidad.
Homicidios tipos			{	Homicidio preterintencional. Homicidio culposos.





## EL HOMICIDIO SIMPLE

### ARTÍCULO 79

Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.

\* \* \*

La disposición del artículo que estudiamos establece para el homicidio simple la sanción de reclusión o prisión de 8 a 25 años. El proyecto de 1906, siguiendo la ley de reformas 4189, lo penaba de 10 a 25 años de presidio, y el código de 1886 de 10 hasta tiempo indeterminado.

La diferencia fundamental que existe es en el sistema de la represión, pues en la legislación vigente, se aplica el sistema de las penas paralelas, disminuyendo el minimum a ocho años, dejando así un amplio margen al juez para la individualización.

Dado el criterio que se tiene de la delincuencia en los tiempos que corren y según el cual el delito no es apreciable objetivamente sino subjetivamente, el sistema de las penas paralelas o alternativas da a los magistrados un amplio campo para la graduación del castigo, ya que de acuerdo a las condiciones del sujeto, a la forma como han sucedido los hechos y a los móviles que lo impulsaron a delinquir, debe el juez aplicar la sanción penal.

El sistema de las penas fijas y los términos medios, donde la tarea del juez se reducía a una simple operación aritmética, ya no rige en nuestra legislación; podemos tenerlo en cuenta sólo como un antecedente histórico en los códigos del pasado. Ahora que la sociedad funda su derecho de castigar con el sentir de la defensa social, lo que le interesa al legislador es la peligrosidad del delincuente, sus condiciones de inadaptabilidad al medio social en que actúa; por eso, más que la objetividad del delito, le interesa la persona del delincuente y es por eso que aplica para la represión de las sanciones alternativas o



paralelas, como un medio más eficaz para la mejor individualización de la pena.

\* \* \*

**De la concausa.** — Todo autor es responsable de su acción hasta la medida del daño inferido. Mientras la agresión (causa) guarde una relación directa con la lesión (efecto), el problema que se presenta no tiene ninguna dificultad. Pero sucede a menudo que con la acción del agente concurren diferentes factores que pueden modificar el proceso de la lesión y entonces el problema jurídico se torna en una cuestión médico legal.

Estos factores determinantes que pueden cambiar la evolución normal de la lesión, constituyen lo que en la doctrina lleva el nombre de concausa.

Ellos pueden ser pre-existentes y sobrevinientes, formando como dice el criminalista Borri, uno de los problemas de mayores dificultades médico forense, donde el jurista debe buscar el auxilio del perito para desentrañar la responsabilidad del agente, a los efectos de apreciar el límite de la criminalidad de su acción.

Este problema ha sido considerado bajo diferentes aspectos en las diversas legislaciones. Algunas, como la italiana, hace del homicidio concausal una figura independiente del homicidio común, pero los sostenedores de la escuela positivista guardan silencio al respecto.

Del punto de vista de la peligrosidad del sujeto como del daño ocasionado, no existe una diferencia entre el homicidio común y el concausal, pero los sostenedores de la escuela positivista italiana fundan la disminución de la pena, en la disminución de la alarma social. Por otra parte sus adversarios, que tienen más en cuenta la objetividad del delito, fundan la razón de esta disminución de pena en que la responsabilidad debe llegar hasta el límite del daño inferido, vale decir que el agente solo es responsable de lo que en realidad ha hecho.

Vamos a estudiar los factores que pueden obrar como concausa, que, como dijimos, pueden ser pre-existentes y sobrevinientes.

Las causas pre-existentes consisten generalmente en afeccio-



nes orgánicas que pueden modificar el curso normal de la lesión ya agravando la lesión misma o determinando la muerte.

El Dr. Irureta Goyena, divide las causas pre-existentes en normales, atípicas y patológicas. Considera las normales como una particularidad, un estado pasajero de ciertos órganos en virtud de una función ordinaria del organismo y pone el caso del golpe de puño en el estómago mientras se hace la digestión.

Señala entre las causas atípicas las anomalías del organismo y cita el caso del sujeto con el corazón a la derecha. Y por último estudia las patológicas, que son afecciones orgánicas, verdaderas enfermedades que padece la víctima.

Critica a Crivellari, el que sostiene que las causas pre-existentes son todas de origen patológico.

No estoy de acuerdo en aceptar, como el ilustre profesor uruguayo, que las anomalías del organismo humano que él llama causas atípicas, deban ser consideradas como verdaderas concausas en el delito de homicidio. Y no participo de esa opinión, porque como opina el Dr. Nerio Rojas, todos los factores de concausas aceptados deben ser de orden francamente patológico, de un proceso morboso que perturba la evolución corriente de un traumatismo.

El caso que cita el Dr. Irureta Goyena del sujeto que recibió una puñalada a la derecha y muere porque tiene el corazón a ese lado, en mi entender y para nuestra legislación no constituye un caso de concausa y el agente es responsable del homicidio cometido.

Es necesario ignorar la existencia de la enfermedad en la víctima para poder invocar la excusa de la concausa; de lo contrario, el hecho reviste el carácter de un homicidio común. Por otra parte, la enfermedad por sí sola no basta para declarar el homicidio como concausal; es necesario que la enfermedad actúe como una verdadera concausa que sea en realidad el factor determinante de la muerte. El ejemplo tan común que ponen los tratadistas del aneurisma a la aorta, nos servirá para aclarar el concepto. En efecto: si la lesión apenas ha roto el saco del aneurisma, produciendo por este motivo la muerte, aquí la enfermedad ha funcionado como motivo determinante constituyendo una verdadera concausa. Pero si la lesión hubiera seccionado la aorta y en la autopsia se descubre la existencia del



aneurisma, en este caso el sujeto hubiera muerto lo mismo con enfermedad o sin ella, de modo que no podemos sostener que la enfermedad ha actuado como una concausa. Se trataría entonces, de un homicidio simple.

Los factores sobrevinientes pueden ser de origen infeccioso, o también por un error en el tratamiento médico aplicado. Estos, en realidad, son los que presentan en la práctica las más engorrosas dificultades.

Cuando existe imprudencia de la propia víctima o un error en el tratamiento médico, no podemos imputarle al agente la responsabilidad del homicidio porque la muerte se produce por un factor independiente de la lesión.

En las infecciones sobrevenidas es donde el problema nos presenta mayores dificultades. Cuando la infección es una consecuencia ordinaria de la herida, no se debe admitir la concausa; pero si se trata de una infección en una lesión de carácter leve, infección que en este caso no es una consecuencia ordinaria de la herida, sino imputable a un mero accidente, no se le puede responsabilizar por el homicidio desde que no hay un nexo directo entre la lesión y el efecto, no pudiendo afirmarse que éste sea una consecuencia de aquélla.

En las lesiones de vientre, si el sujeto muere de una peritonitis, siendo esta infección una evolución corriente en casi todas estas clases de heridas, no se puede admitir la concausa y esta circunstancia no favorecería al autor de la lesión.

Si la herida fuera de carácter mortal, y solo el auxilio de una operación quirúrgica oportuna pudiese conjurar el peligro, la víctima no está obligada a someterse a ella y el agente es responsable de las consecuencias fatales de la herida.

Pienso que en esta materia el juez debe ser inflexible, e interpretar los casos con un criterio restrictivo. La independencia entre la concausa y la lesión debe constituir un factor decisivo para aceptarla.

#### **El problema de la concausa en la legislación italiana. —**

El código italiano trata ampliamente la cuestión de los factores pre-existentes y sobrevinientes, haciendo del homicidio concausal una figura delictuosa independiente del homicidio simple. La tesis del nuevo código italiano, al aceptar también los factores pre-existentes, resulta una innovación que va contra



los principios y la tradición, ya que ni en el derecho romano, ni en el francés, ni en la misma Italia se aceptó anteriormente la concausa por razones pre-existentes. La tesis innovadora del código triunfó, pero en el campo de la doctrina todavía la lucha no ha cesado existiendo tratadistas de prestigio que la impugnan.

La legislación italiana hace un distingo entre el homicidio con exceso en el fin y la concausa propiamente dicha. Hay aquí dos problemas esencialmente diversos, el uno psicológico por excelencia, y el otro médico legal.

El homicidio preterintencional, cuando el propósito del agente no fué causar la muerte, constituye un problema netamente jurídico donde se pretende desentrañar el alcance de la intención dolosa; y como el daño es superior al propósito delictivo, hay una desproporción apreciable entre el efecto y la causa que viene a favorecer la situación del delincuente.

El problema de la concausa pertenece más bien al campo de la medicina legal. No estudia el propósito del agente, sinó la intensidad letal de la lesión y los factores determinantes de la muerte.

Como se ve, ambas cuestiones, desde el campo de la doctrina, son fundamentalmente diversas y de fácil distinción. El código italiano prevé ambos casos y los resuelve expresamente, si bien los hace responsables del homicidio, pero los reprime con una penalidad atenuada.

Nuestra legislación anterior preveía también el homicidio concausal, considerándolo como un homicidio tipo; me refiero al código del Dr. Tejedor, que en su exposición de motivos decía: "Cuando la herida sin embargo, produzca la muerte de la víctima y haya incertidumbre de que la muerte ha sido el resultado de una causa que existía en el momento de la herida, y que no ha sido desarrollada por ella; o que la lesión infligida no era capaz de producir la muerte, y que sólo se ha vuelto mortal por efecto de una causa posterior, como el uso de medicamentos nocivos, de operaciones quirúrgicas funestas etc., el culpable sufrirá solamente tres años de prisión".

Nuestra legislación vigente, nada nos dice sobre el problema de la concausa, guarda religioso silencio sobre la materia, por lo que debemos en la práctica recurrir al principio de que



nadie debe ser responsabilizado por más de lo que en realidad hubiese hecho.

Pienso, eso sí, que los factores pre-existentes en los homicidios concausales deben siempre rechazarse, desde que la protección legal se extiende a todos los miembros de la colectividad, y lo mismo resulta para el legislador a los efectos de la tutela jurídica, las condiciones de vitalidad tanto en la persona sana como en la del enfermo.

Por otra parte los factores pre-existentes en el terreno de la práctica engendran casi siempre la figura típica del homicidio preterintencional. La enfermedad de la víctima puede ser factor determinante de la muerte y entonces el efecto resulta mucho superior a la causa; bastaría en consecuencia la negativa por parte del procesado del requisito de la intención de invitar para que la calificación del homicidio entrase en el sector de la ultra intención. Fácil resulta, como acabamos de ver, llegar a identificar a ambos homicidios, ya que el problema de la intención resulta prácticamente de una prueba que raya en lo imposible y casi siempre tendríamos que aceptar las manifestaciones del procesado.

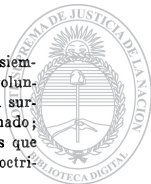
**De la aberratio ictus.** — El dolo en el homicidio simple se puede presentar con carácter de determinado o indeterminado. En el segundo caso plantea el problema de la aberratio ictus que vamos a considerar.

Cuando se trata del error en la persona de la víctima, no ofrece ninguna dificultad. Dicho error no puede cambiar ni la existencia ni la calificación del delito porque siempre habría una voluntad criminal destruyendo una vida.

La dificultad surge en la aberratio ictus, que consiste en el error en el acto, o sea cuando errando el golpe o la dirección, la acción va a suprimir otra vida. ¿Cuántos delitos hay y qué calificación les corresponde?

Mientras la doctrina francesa y la italiana, sostienen que en este caso existe un solo delito, que es el indirecto consumado, la doctrina alemana acepta la existencia de una doble infracción, constituida por un delito directo tentado y otro indirecto consumado.

Veamos cómo los sostenedores del doble delito lo califican, es decir si ambos revisten el carácter de dolosos o no. En cuan-



to al delito directo no hay dificultad, la solución es clara, siempre debe ser considerado como doloso, porque existe una voluntad encaminada a la violación del derecho. La dificultad surge cuando se trata de calificar el delito indirecto consumado; unos sostienen que debe considerarse como doloso, y otros que la calificación que le corresponde, más de acuerdo a la doctrina del doble delito, es la de culposo.

Nosotros aceptamos la doctrina italiana que consigna en la aberratio ictus un solo delito; porque existe una acción voluntaria dirigida a destruir una vida, y el error en el acto no puede cambiar el carácter de la acción delictuosa, desde que el homicidio no implica la muerte de una persona determinada. Basta la acción voluntaria que destruya una vida, cualquiera que ésta sea, y que no pueda justificarse, para que el delito de homicidio exista.

Lo único que en mi entender puede alegarse en la aberratio ictus, es que al autor del hecho no se le puede imputar la calificante de la calidad de las personas. La víctima en esta clase de delito siempre resulta una tercera persona contra quien no iba dirigida la acción, y es requisito esencial para dar lugar a la calificante que la acción sea dirigida expresamente contra las personas indicadas por la ley y que el agente sepa en el momento de proceder que su acción va dirigida contra los padres, hijos o cónyuge.

Impallomeni, en su obra "L'Omicidio", pág. 180, al tratar del carácter doloso del homicidio en la aberratio ictus, nos enseña: "Concorrono, difatti, tutti e tre gli elementi per la imputazione dolosa dall'omicidio: il propósito di uccidere un uomo, l'uccisione di un uomo, e il nesso di causalità tra l'azione e l'evento mortale. Non importa che non si sia avuta la coscienza di produrre la morte di Tizio. Si ebbe la coscienza di produrre la morte de un uomo, e basta: questo e il solo obietto dalla legge preveduto come criminoso". "Invano direbbe l'imputato: voi mi accagionate la morte di Tizio, per lo accidente che costui si trovo a passare nel momento dello sparo. Si risponde: e avreste potuto rinunciare voi al beneficio dello accidente fortunato del deviamiento del colpo, se la sventura non avesse condotto Tizio sotto il vostro tiro? Come volete che il fortuito disgraziato vi giovi, se esso non ha contribuito in nulla



a mutare cio che di essenzialmente criminoso vi fu nel vostro disegno? Di che vi lagnate, se della morte avvenuta voi solo foste la causa? Fu certamente dolosa la vostra azione omicida e perche dunque non sarebbe doloso l'omicidio da voi commesso?"

Tal es la doctrina que aceptamos por considerar que es la más equitativa y justa, la cual podemos reducir en estas palabras: Que el sujeto es siempre dolosamente responsable de su acción voluntaria cualquiera que sea la consecuencia de la misma.

**La prueba del homicidio.** — Hemos estudiado los elementos que configuran el homicidio. Veamos ahora qué es lo que constituye el cuerpo del delito.

Dentro del campo doctrinario existen dos teorías diversas: Para unos el cuerpo del delito debe ser objetivo, material, concreto. Por eso lo constituye el instrumento, la cosa en que se comete, o el objeto resultado del delito.

Esta teoría que es la que acepta Carrara, es la que lo lleva a sostener en su obra "El Derecho Criminal", que mientras no se haya constatado la existencia del cadáver no se puede admitir legalmente la ejecución de un homicidio.

En cambio para el sentir unánime de los tratadistas, consideran el cuerpo del delito como un concepto, ideológico, racional, filosófico. Y entonces tenemos que el cuerpo del delito lo constituye el delito mismo traducido en los episodios de su realización.

Irureta Goyena al criticar la teoría de Carrara, sostiene que no hay que confundir el cuerpo de la víctima, con el cuerpo del delito. Y en este sentido no hay inconveniente en aceptar la existencia del homicidio, cuando la prueba nos demuestre el sacrificio doloso de una vida, aunque sea imposible la presentación del cadáver.

Nos trae el ejemplo del homicidio por medio del incendio, donde el cadáver ha sido reducido a cenizas, y el de aquel que sosteniendo una lucha en una lancha, es arrojado al agua. En ambos casos acepta la consumación del homicidio, ya que demostrado el injusto sacrificio de una vida, no hay razón valedera para no admitirlo, fundado sólo en la falta de presentación del cadáver.





## JURISPRUDENCIA

**Homicidio simple.** — Cuando el homicidio se ha realizado en una lucha entre el agente y su víctima, estando los protagonistas algo alcoholizados, debe encuadrarse éste en el art. 79, y condenarse como homicidio simple a diez años de prisión. — Caso Luis Albino Parralta, homicidio y lesiones a J. Gómez y R. Gallardo. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, Secretaría 1ª, Rosario. — Libro 11 al folio 352 y con fecha 4 de Febrero de 1930. — Nota marginal: Exma. Cámara, el 12 de Marzo de 1930 confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Homicidio simple.** — No estando probado el vínculo matrimonial, aunque el esposo reconozca haber muerto a su esposa, y no siendo una eximente el hecho cometido bajo la pasión de los celos, debe calificarse el homicidio como simple, art. 79, y condenar a su autor a veinte años de reclusión. Caso: Juan Menzio, homicidio de Ana Berzoglio de Menzio. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la primera nominación, segunda secretaría, Rosario. Libro 15 al folio 37 y con fecha 19 de Agosto de 1922. Nota marginal: La Sala del tercer turno de Exma. Cámara con fecha 14 de Diciembre de 1922, confirmó esta sentencia.

**Homicidio simple.** — La confesión es indivisible en el sentido de que los distintos hechos y circunstancias que ella contenga, no importan excepciones que deba probar el confesante; pero es necesario que no obren en el proceso elementos de juicio que la contradigan. No obstante la víctima ser comisario de policía, lo que implica una doble infracción, homicidio y atentado, tal concurrencia no se produce porque se trata de un concurso ideal de delitos por ser la acción una e indivisible. Para el concurso ideal rige el sistema de la absorción del delito menos grave por el más grave, art. 54, y para el real, el de la acumulación, art. 55. Corresponde calificar el hecho como homicidio simple y condenarlo a diez años de prisión. Caso: Ramón Núñez, homicidio de Luis Guasco. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 15 al folio 356 y con fecha 23 de junio de 1923. — Nota marginal: La Sala del segundo turno, con fecha 12 de Mayo de 1924, confirmó esta sentencia.



**Homicidio simple.** — Las relaciones ilícitas no autorizan los celos, que, para invocarse como excusa, debe existir vínculo matrimonial. El concubinato no puede ser tomado en consideración para darles origen. Corresponde calificar el homicidio como simple, art. 79, y condenar al agente a ocho años de prisión. — Caso: Juan Barrera, homicidio de Agustina Arrieta. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 15 al folio 472, y con fecha 31 de Octubre de 1923. Nota marginal: La Sala del segundo turno con fecha 13 de Diciembre de 1923, confirmó esta sentencia.

**Homicidio simple.** — Cuando ambos protagonistas se encontraban disgustados por cuestiones del servicio (Cuerpo de Bomberos) y habían manifestado públicamente que se iban a matar, no puede prosperar la excepción de legítima defensa. Debe calificarse el homicidio como simple, art. 79, y condenarse al autor a ocho años de prisión. — Caso: Florentino Rodríguez, homicidio de Cipriano Vera. Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 8 al folio 377, y con fecha 13 de Noviembre de 1923. Nota marginal: En Abril 10 de 1924, Exma. Cámara confirmó.

**Homicidio simple.** — Cuando en autos no está demostrado que el victimario haya gozado con el padecimiento de la víctima, ni aumentado deliberadamente su dolorosa agonía, ni que haya matado despacio complaciéndose en élla, no debe calificarse el homicidio sino considerarlo como simple, art. 79 y condenarse al procesado a quince años de reclusión. — Caso: Gregorio Atencio, homicidio de José Bellavía. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16 al folio 228, y con fecha 2 de Agosto de 1924. Nota marginal: La Sala del tercer turno con fecha 14 de Noviembre de 1924, modificó esta sentencia, condenando a Atencio a sufrir la pena de doce años de prisión.

**Homicidio simple.** — El homicidio pasional, aquel que se ejecuta por la negativa de la mujer a seguir haciendo vida marital, no obstante haber el agente atentado contra su vida después del hecho; debe calificarse como homicidio simple, art. 79, y condenarse a diez años de prisión. Antonio Sarantonelli, homicidio de Celia R. de Silva. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16 al folio 381, y con fecha 29 de Noviembre de 1924. Nota marginal: La Sala del segundo turno, con fecha 31 de Agosto de 1926 confirmó esta sentencia.



**Homicidio simple.** — Si la mujer mata por reparar su honor ante el incumplimiento de una promesa de casamiento, comete un homicidio simple. Teniendo en cuenta el móvil del hecho merecería una pena de diez años de prisión, art. 79, pero como se trata de una menor de diez y ocho años, de acuerdo al art. 44 y 37 letra b), debe condenarse a cinco años de prisión. Caso: Amparo Clara Jordán, homicidio de José Ibáñez. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 28 al folio 128, y con fecha 4 de Noviembre de 1926. Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones (1ª Sala), con fecha 19 de Octubre de 1927, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Tentativa de homicidio.** — Cuando los agentes descargan su revolver contra la víctima, produciéndole tres heridas de consideración, y no cesan en su agresión hasta descargar completamente sus armas, debe calificarse el hecho como tentativa de homicidio, arts. 79 y 44 del Código Penal, y condenarse a diez años, y doce años de prisión. Caso: Carlos Médice y Sortini Calógero, tentativa de homicidio de José Ferrandero. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 27 al folio 298, y con fecha 28 de Febrero de 1926. Nota marginal: La Sala del segundo turno, con fecha 7 de Agosto de 1926, confirmó esta sentencia.

**Homicidio simple.** — Habiendo confesado el agente ser el autor de los disparos y demostrado como está la falsedad de su indagatoria pretendiendo ampararse en la legítima defensa, corresponde calificar el hecho como homicidio simple y condenarse a veinte años de reclusión. Caso: Hermenegildo Sánchez, homicidio de Abel Gutiérrez. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 20 al folio 54 y con fecha 19 de Septiembre de 1927. Nota marginal: La Sala del tercer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones con fecha 26 de Diciembre de 1927, confirmó esta sentencia.

**Homicidio simple.** — El que el agente sea un epiléptico no es una razón para eximirlo de responsabilidad; debe probarse que obró durante el período de un ataque. Corresponde calificar el hecho como homicidio simple y condenar al agente a quince años de prisión. Caso: Ernesto Manzanelli, homicidio de Carmen Sarmiento. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 138, y con fecha 4 de Febrero de 1929. Nota marginal: 2ª Sala Exma. Cámara, en Diciembre 18 de 1930, confirmó esta sentencia en todas sus partes.



**Homicidio simple.** — Cuando el propio agente provoca la agresión de su víctima, no puede su actitud defensiva ser legítima. Debe considerarse el homicidio como simple, art. 79, y condenarse a ocho años de prisión. Caso Juan Sauro, homicidio de Pedro Olivieri. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 21 al folio 274, y con fecha 10. de Abril de 1929. Nota marginal: El 5 de Julio de 1929, la Sala del primer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones confirmó esta sentencia.

**Homicidio simple.** — Cuando el reo no está en su estado normal y es víctima de una ebriedad parcial al cometer el hecho, no puede invocar en su favor el estado de emoción violenta. Debe condenarse como homicidio simple a diez años de prisión. Caso: Norberto Herrera, homicidio de Francisco Tarsia. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 428, y con fecha 7 de Agosto de 1930. Nota marginal: La Exma. Cámara, en Diciembre 2 de 1930, confirmó esta sentencia.

**Tentativa de homicidio.** — Si el agente compra el arma con anticipación, obedeciendo a un destino criminal, no puede amparar su acción en la emoción violenta, por aceptables que sean las razones que lo impulsaron a delinquir. Debe calificarse como tentativa de homicidio simple y condenarse a dos años y ocho meses de prisión. Caso: Amanda Victoria Luján, tentativa de homicidio del Dr. Conrado Lavallen. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 296 y con fecha 3 de Octubre de 1929. Nota marginal: Exma. Cámara el 27 de Diciembre de 1929, confirmó esta sentencia.

**Homicidio simple.** — Si el sujeto estaba parcialmente ebrio no cabe la calificación de emoción violenta. Debe condenarse por homicidio simple, art. 79, a diez años de prisión. Caso: Juan Sánchez, homicidio de Teófilo Almada. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 364, y con fecha 5 de Marzo de 1930. Nota marginal: Exma. Cámara en 1º de Diciembre de 1930, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Homicidio simple.** — No puede admitirse la eximente de legítima defensa, cuando el agente que sostenía un incidente con su concubina, es sorprendido por un vecino, quien previo cambio de palabras, le pega un lonjazo, por lo que el procesado esgrimiendo un cuchillo, le ocasiona la lesión mortal. No siendo peligrosa la agresión y no ha-

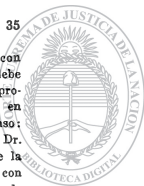


biendo peligrosidad en el arma empleada, debe calificarse el hecho como homicidio simple y condenarse de acuerdo al art. 79 del código penal a ocho años y seis meses de prisión. — Caso: Pablo Espinosa, homicidio de Severo Ledesma. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 481, y con fecha 13 de Diciembre de 1930. — Nota marginal: III Sala Exma. Cámara en 16 de Marzo de 1931, modificó esta sentencia condenando a Pablo Espinosa a la pena de ocho años y un mes de prisión.

**Aberratio ictus.** — Si el agente que acomete a su adversario hiere a un tercero que pretendía evitar el incidente, debe responder dolosamente de su acción. Si la lesión, aunque de carácter leve según el informe médico, se demuestra posteriormente en la autopsia que ha seccionado parte de la pleura, debiéndose a esta circunstancia la muerte de la víctima, debe responder por el homicidio, art. 79, y corresponde condenarlo a diez años de prisión. — Caso: Antonio Ramírez, homicidio de Jacinto Mercado. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 31 al folio 10, y con fecha 20 de Noviembre de 1930. — Nota marginal: La Sala del primer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones con fecha 24 de Febrero de 1931, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Homicidio simple.** — Cuando la víctima, reaccionando por un golpe de puño recibido, insulta a su agresor, y es perseguida y ultimada por éste, debe considerarse el hecho como homicidio simple, art. 79. Corresponde condenarlo a quince años de prisión. — Caso: Herrera Vicente, homicidio de Domingo Rivero. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 31 al folio 175 y con fecha 25 de Abril de 1931. — Nota marginal: La Sala de 2º turno de la Exma. Cámara de Apelaciones en fecha 16 de Mayo del mismo año, confirmó esta sentencia en cuanto a la calificación del delito y modifica la pena que se reduce a doce años de prisión.

**Homicidio simple.** — Aunque el agente dispare su arma por la espalda contra su víctima indefensa, si no está plenamente demostrada la premeditación, no debe calificarse el hecho como homicidio aleroso. El Juez consideró aleroso el homicidio y condenó a prisión perpétua de acuerdo al art. 80 inciso 2º, sentencia que fué revocada. — Caso: Vicente Insaurrealde, homicidio de Lucía Ramona Acosta. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 368. y con fecha 12 de Marzo de 1930. Nota marginal: Exma. Cámara el 7 de Junio de 1930, modificó esta sentencia imponiendo al reo veinte años de prisión.



**Legítima Defensa.** — Cuando el agente es herido previamente con arma blanca, hecho que se desarrolló sin presencia de testigos, debe rechazarse la acusación Fiscal y aceptarse la indagatoria del procesado, quien al repeler una agresión con su revólver ha obrado en legítima defensa, corresponde dictar sentencia absolutoria. — Caso: Manuel Soto, homicidio de Demetrio Treves. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 22 al folio 453, y con fecha 13 de Mayo de 1931. — Nota marginal: El 15 de Abril de 1931, la Sala del primer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, declaró firme y ejecutoriada esta sentencia, por haber desistido el Fiscal de Cámara de la apelación interpuesta por el Sr. Agente Fiscal.

**Homicidio simple.** — La ebriedad que no es completa no califica el homicidio. El que sostiene un altercado y lesiona de muerte a su adversario, debe ser responsable como homicida simple. En atención al estado en que se encontraba, a la edad del procesado (sesenta años), y buenos antecedentes; debe ser condenado a ocho años de prisión, art. 79 Código Penal. — Caso: Bolfi Carlos, homicidio de Santiago Roviolo. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 8 al folio 78, y con fecha 3 de Agosto de 1922. — Nota marginal: Confirmada Septiembre 4 de 1922.

**Homicidio simple.** — El solo hecho de aceptar un desafío inhabilita al agente para argumentar después que sacó su arma con el objeto de intimidar y que salió el tiro cuando la víctima pretendía desarmarlo. Debe rechazarse el homicidio por imprudencia y calificarse como simple, condenando al procesado a doce años de prisión, art. 79 del Cód. Penal. — Caso: Polachi Julio, homicidio de Atilio Janini. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 8 al folio 161, y con fecha 15 de Noviembre de 1922. Nota marginal: Mayo 7 de 1923, Cámara modificó pena a diez años de prisión.

**Homicidio simple.** — Cuando el agente mata por la espalda, a traición, no hace falta la concurrencia de la premeditación para calificar el homicidio. Debe considerarse como perpetrado con alevosía y corresponde condenar a prisión perpétua, art. 80 inciso 2º del Código Penal, y de acuerdo al art. 29 inciso 1º a 30.000 \$ de indemnización por el daño material y moral causado. Cámara exigió requisito premeditación para calificar el homicidio revocando la sentencia. — Caso: Alcine Anibal, homicidio de Anselmo Giavedone. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 10 al folio 79, y con fecha 27 de Abril de 1926. — Nota mar-



ginal: Junio 30 de 1927. Cámara reformó sentencia condenando a Alcine a sufrir 12 años de prisión, y se redujo en diez mil pesos la indemnización.

**Homicidio simple.** — La ebriedad completa no es una calificante, ni siquiera atenuante del hecho cometido, debe condenarse al agente como responsable de homicidio simple a diez y seis años de prisión, art. 79. Cámara confirmó por mayoría sosteniendo que no estaba probada la ebriedad completa. La minoría, representada por el Dr. Emilio J. Pareto, rechazó la tesis del fallo, sosteniendo que la ebriedad voluntaria completa libera de la pena del dolo y obliga a sufrir la de la culpa. — Caso: Avalos Benavidez Juan, homicidio de Miguel Blasco. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 10 al folio 400, y con fecha 6 de Junio de 1927. — Nota marginal: Exma. Cámara, modificó pena a ocho años de prisión.

**Homicidio simple.** — La confesión del procesado puede dividirse siempre que esté contradicha por las constancias del sumario. No habiendo legítima defensa, ni agresión, debe rechazarse la emoción violenta y calificarse el homicidio como simple condenando al procesado a sufrir la pena de ocho años de prisión, art. 79 del C. Penal. — Caso: Oliver Andrés, homicidio de Franklin Vitola. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 30 al folio 461, y con fecha 23 de Julio de 1930. — Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones (Sala del tercer turno) con fecha 7 de Mayo de 1931, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Legítima defensa.** — Si el testimonio de cargo del sumario es declarado nulo, debe estarse a la indagatoria del procesado y de acuerdo a la misma corresponde su absolución por haber obrado en legítima defensa y rechazarse la requisitoria Fiscal que calificaba el homicidio como simple. — Caso: Ale June, homicidio de Alejandro Giménez. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 30 al folio 554, y con fecha 10 de Septiembre de 1930. Nota marginal: con fecha 15 de Octubre de 1930 la Sala segunda confirmó esta sentencia ordenando al libertad de Ale June.

**Homicidio simple.** — Si el agente en un momento de exaltación amorosa da muerte a su prometida y descarga contra sí el arma con el propósito de suicidarse, debe responder por el homicidio. La calificación es de homicidio simple y corresponde condenarlo a cuatro años de prisión dada la edad del procesado, art. 37. — Caso: Cerretti Hugo Federico, homicidio de Susana Amster. — Fallo del



Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 22 al folio 161 y con fecha 25 de Abril de 1930. — Nota marginal: El 4 de Agosto de 1931 la Sala del Tercer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, modificó esta sentencia condenando a Hugo Federico Ceretti como autor responsable de homicidio simple en la persona de Susana Amsler a sufrir la pena de diez años de prisión accesorias legales y costas, y confirmó dicha sentencia en lo que se refiere al monto de la indemnización civil.

**Tentativa de homicidio.** — El hecho de que un invertido haya amenazado de muerte a su víctima porque no quería reanudar las relaciones sexuales, que la amenaza se ha producido en varias oportunidades, llegando hasta solicitar a la novia de su víctima que no se casase porque iba a quedar viuda, pretendiendo al mismo tiempo mostrarle una carta donde constaban las relaciones íntimas, implica el deseo determinado de matar, por lo que el hecho no debe considerarse como lesiones graves, sino como tentativa de homicidio arts. 79 y 42 del C. Penal; corresponde condenarlo a cinco años de prisión. — Caso: Matuso Pompilio, tentativa de homicidio de David S. Colosso. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia, de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 32, al folio 481, y con fecha 28 de Junio de 1932. — Nota marginal: La Sala de 1er. turno de la Cámara de Apelaciones, con fecha 9 de Septiembre de 1932, confirmó esta sentencia.

**Homicidio imposible.** — Si la víctima fallece en forma instantánea debido al balazo mortal; las lesiones graves inferidas posteriormente no lo hacen responsable del homicidio simple, debe considerarse al autor del hecho como tentativa de homicidio imposible dada la gravedad de las lesiones de arma blanca. En consecuencia debe revocarse la sentencia que lo condenaba como autor de homicidio simple a la pena de quince años de prisión. — Caso: Heredia Pablo, homicidio de Felipe Blás Vega. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 24 al folio 79 y con fecha 3 de Diciembre de 1932. — Nota marginal: El 27 de Abril de 1933 la Cámara de Apelaciones en lo Criminal revocó esta sentencia calificando el delito cometido por Pablo Heredia de tentativa de homicidio imposible en la persona de Felipe Blás Vega (art. 44 infine del C. Penal) y condenando al nombrado a sufrir la pena de ocho años de prisión accesorias y costas.





## JURISPRUDENCIA

**De la concausa.** — Cuando el agente, con el arma empleada, ha llevado la infección a la víctima, debe rechazarse la concausa de la infección y responder por el homicidio cometido; corresponde condenarse a diez años de prisión, art. 79. — Caso: Norberto Carnero, homicidio de José Antonio Gómez. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16 al folio 24 y con fecha 7 de Diciembre de 1923. — Nota marginal: La Sala del tercer turno con fecha 29 de Febrero de 1924, confirmó esta sentencia.

**Homicidio concausal.** — Cuando la víctima de la lesión fallece después de ocho días debido a una infección gangrenosa, no es el agente responsable del homicidio sino pasible de lesiones graves. El Juez condenó como homicidio por emoción violenta a cuatro años de prisión sentencia que fué revocada por la Cámara. — Caso: Zalazar Roque, homicidio de Segundo González. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 22 al folio 186, y con fecha 6 de Mayo de 1930. — Nota marginal: El 29 de Noviembre de 1930, la Sala del primer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, modificó esta sentencia, condenando a Roque Zalazar o Albornoz, como autor del delito de lesiones graves, artículo 90 del Código Penal, por no haberse probado que la herida inferida a Segundo González fuera causa de su deceso, a sufrir la pena de cuatro años de prisión, con costas.

**Homicidio concausal.** — Si la muerte del herido se produce por un aneurisma, no puede responsabilizarse al agente por el homicidio; corresponde calificar el hecho como lesión grave y condenarle a año y medio de prisión. — Caso: Arancibia Andrés, homicidio de Santos Montiel. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16 al folio 123, y con fecha 13 de Mayo de 1924. — Nota marginal: La Sala del segundo turno de la Exma. Cámara, modificó esta sentencia condenando a Arancibia a sufrir la pena de dos años y medio de prisión.

**Homicidio.** — Si la víctima falleció varios días después debido a una infección tetánica, aunque el dictámen médico informe que la lesión de carácter leve fué la puerta de entrada de la infección, no corresponde responsabilizar al agente del homicidio; porque es necesario además la prueba de que la infección haya sido inoculada

por obra del acto del culpable y que ella no haya dependido de una curación insuficiente o errónea, o de la culpa, o del dolo de un tercero o de la voluntad de la propia víctima. Corresponde revocar la sentencia que condena a trece años de prisión. — Caso: Sabino Noval. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario, Libro 12, al folio 524, y con fecha Marzo 6 de 1931. — Nota marginal: Exma. Cámara 1ª Sala, con fecha 20 de Noviembre de 1931, revocó sentencia condenando a Sabino Noval, como autor de lesiones leves, a la pena de 10 meses de prisión, art. 89 del Código Penal.





## EL HOMICIDIO CALIFICADO

### Artículo 80

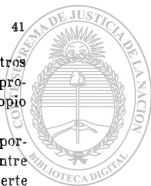
Se aplicará reclusión o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto por el artículo 52:

- 1º Al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.
- 2º Al que matare a otro con alevosía o ensañamiento, por precio o promesa remuneratoria, sevicias graves, impulso de perversidad brutal o por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos.
- 3º Al que matare a otro para preparar, facilitar, consumir, u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para sus cooperadores o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible.

Ya dijimos al estudiar el homicidio, que esta figura delictuosa no se presentaba ante nuestra legislación como una figura típica invariable, sino que era susceptible de diversas modalidades que agravaban en algunas ocasiones la responsabilidad del agente, modalidades éstas que pueden consistir en vínculos de sangre, en la forma de perpetrar el hecho, y en la finalidad del mismo, como lo indicamos en el cuadro general. El artículo 80 que estudiamos, comprende estas tres modalidades del delito que agravan la responsabilidad del agente. Por eso divide el contenido en tres incisos diferentes, que trataremos por separado.

**El parricidio.** — Si bien en algunos pueblos de la antigüedad había hasta el derecho de disponer de la vida de sus progenitores, siempre se consideró como uno de los atentados más graves contra las personas.

En un principio el delito sólo se circunscribió al atentado de los hijos contra los padres. Así lo leemos en la Ley de las Doce Tablas, que fué la primera legislación de los Romanos. Pero este concepto reducido se amplió posteriormente por la



ley Pompeya de parricidus, extendiendo el agravante a otros grados de parentesco, haciendo la distinción de parricidio propio, la muerte del ascendiente, y con el nombre de impropio la de los otros parientes.

Algunos pueblos de la antigüedad no lo castigaban, porque no concebían en el cerebro humano tanta maldad y entre ellos los persas, cuando se suscitaba algún caso de la muerte de algún padre por su hijo, se apresuraban a declarar supuesta la filiación o adulterina la prole, para demostrar de esta manera que no podía existir persona humana tan malvada, que fuese capaz de violar a un mismo tiempo las leyes divinas y humanas atentando contra la vida de sus ascendientes. Pero la experiencia enseñó a aquellas legislaciones, que con la nobleza de sus preceptos no se protegen los intereses de la familia.

Siempre fué reprimido con la pena máxima. Los egipcios quemaban al parricida; y si era el padre el reo de la muerte de su hijo, lo condenaban a tener abrazado su cadáver en la plaza pública hasta que se transmitieran los efectos de la putrefacción.

El legislador hebreo lo condenó con la muerte. La misma pena le impuso Platón, ordenando que su cadáver desnudo fuera trasladado a la intersección de tres caminos fuera de la ciudad, donde cada magistrado en nombre del pueblo le arrojaba una piedra a la cabeza, siendo después sacado fuera de la República, dejándosele insepulto.

Los Romanos, como dice Groizard, le imponían el suplicio de ser azotado "virgis sanguineis", encerrado vivo en un saco de cuero, con un perro, un gallo, una culebra y un mono, para luego arrojar al parricida al mar o a las bestias.

También en las sociedades modernas se ha reprimido siempre con la última pena y se puede casi asegurar que en todas las legislaciones figuró la condena de muerte para los parricidas, hasta que ésta, por razones doctrinarias, desapareció como precepto legal de represión.

\* \* \*

*Inciso 1º Al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son.*

\* \* \*



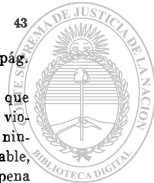
Nuestra ley requiere para la consumación del parricidio no el dolo especial que exige para la generalidad de los delitos, sinó un dolo especialísimo, caracterizado por la conciencia plena del agente que en el momento de los hechos se de cuenta que la víctima es una de las personas indicadas por la ley.

Es necesario entonces, como condición fundamental del delito, que el agente sepa y dirija el procedimiento contra estas personas. Por cuya razón este delito nunca puede presentarse bajo la figura de la culpa e imprudencia. El hijo que suprime la vida de su padre por una negligencia culpable no puede ser considerado reo de parricidio, porque falta ese dolo especialísimo, o, — mejor dicho, ese doble dolo a que se refiere la ley para su existencia. El hecho debe calificarse como homicidio por imprudencia.

Lo mismo sucedería en el “erroris personae” y en la “aberratio ictus”, en la primera porque faltaría que la víctima reuniese la calidad necesaria para calificar el delito; y en la segunda faltaría ese dolo concreto especialísimo a que me he referido.

\* \* \*

**La excusación en el parricidio.** — En la doctrina del código francés de 1810 existía una disposición por la que no admitía ninguna excusación para el delito de parricidio, doctrina ésta que fué aceptada por el Dr. Tejedor. Por eso en la nota correspondiente citando la disposición francesa dice: “No es excusable. Artículo 323 del código francés y 385 del Nap.”. Esta disposición se funda en que el respeto religioso que se debe al autor de nuestros días, impone el deber de sufrir todo, antes que poner sobre él una mano sacrílega. Sin embargo esta disposición por absoluta que sea admite una distinción. Ella no se aplica sinó a la excusa que permite atenuar la pena y de ningún modo a la justificación que la hace desaparecer del todo. Si el hijo parricida, pues, no puede invocar como excusa la provocación que ha recibido de su padre, puede justificarse probando que se ha hallado en estado de legítima defensa, que su vida se vió amenazada, y que solo por salvarla mató a su padre. Tal era también la regla admitida en el antiguo derecho “in illo occidenti patrem ad sui defensionem,



homicidium hoc impunibile est". (Chaveau Adolphe t. 3, pág. 395; C. Tejedor, pág. 254).

Nuestro código vigente ha abandonado esta doctrina que considero anticuada y admite la atenuación de la emoción violenta en el delito de parricidio. No hay, por otra parte, ninguna razón seria para sostener que sea un delito inexcusable, porque resultaría una anomalía castigar con la misma pena al que vierte sangre paterna por instinto de perversidad, que al que lo hace fundado en un agravio o repeliendo una agresión.

Bajo el punto de vista de nuestro derecho positivo nuestra ley acepta la atenuación y la justificación en los casos de legítima defensa.

Demás está advertir sin embargo, que dados los vínculos de sangre, se trata de un delito muy difícil de justificar, desde que el juez no puede aplicar la regla de los delitos comunes para este caso especial. La excusación de la provocación que entre extraños es muy común justificar, entre ascendientes, descendientes y cónyuges, la excusa se torna un tanto inadmisibles. Tan solo en el caso en que se demuestre en una forma indubitable la necesidad real de la defensa, puede el juez en circunstancias verdaderamente excepcionales aceptar la atenuación en el homicidio calificado.

\* \* \*

**¿A qué clase de filiación o paternidad se refiere?** Este es uno de los problemas que debemos abordar en el homicidio calificado.

Es valor entendido que por nuestra ley no hay más que dos clases de filiación, la legítima y la natural. Pero existe la filiación adulterina, aquella en que de acuerdo a las disposiciones de la ley civil, carece de padres, de familias y de derechos.

En el proyecto del Dr. Tejedor establecía expresamente el código que se refería a la filiación legítima o natural, de modo que el hijo adulterino que mataba a su padre no era reo del delito de parricidio porque quedaba excluido por disposición expresa.

Nuestro código vigente habla de ascendientes y descen-



dientes, sin especificar expresamente a qué clase de filiación se refiere. De aquí que surja la pregunta de saber si entran en la previsión del legislador los hijos adulterinos. En una palabra, ¿el hijo adulterino que mata a su padre comete el delito de parricidio? Creemos que sí, pues podemos afirmar que el legislador ha abandonado el viejo criterio legalista, para fundar el agravante en el vínculo directo de la sangre.

Groizard, en el código Español, al tratar la cuestión sostiene que para que exista el delito de parricidio era necesario la existencia del hijo legítimo o natural reconocido, de modo que los hijos adulterinos que por la legislación civil carecen de familia y de derechos no estaban comprendidos en la disposición del artículo. Lo que significa que primaba en aquella legislación, el criterio legalista de la ley civil y no se tenía entonces en cuenta el vínculo de la sangre.

Recorramos la disposición legal que comentamos a través de nuestros antecedentes legislativos, para llegar definitivamente a la conclusión de que el criterio que rige en el código vigente es el fundamentalmente opuesto, desde que olvida la situación legal de los hijos ante el derecho civil que rige la constitución de la familia, para fundar expresamente el agravante en el vínculo directo de la sangre.

El doctor Carlos Tejedor, en su proyecto de código penal, siguiendo la tesis del código español, no admitía el vínculo de la sangre como fundamento del agravante, y citando a Chaveau Adolphe sostenía la tesis legalista. En la exposición de motivos decía: "Legítimos o ilegítimos. ¿De qué padre se trata aquí? ¿De los que han reconocido solamente a sus hijos? La respuesta debe ser afirmativa, porque la paternidad no es cierta sino respecto de éstos. ¿Cómo castigaría la ley respecto de los demás, el vínculo de la sangre cuando ella lo ignora? ¿Cómo hacer valer la calidad de padre adúltero o incestuoso para agravar la pena del culpable? ¿Y quién probará que éste ha conocido esa calidad, que no tenía duda alguna sobre la filiación, que sabía que al que mataba era su padre? La pena no podía agravarse sin que fuese establecida esta circunstancia agravante. Pero la investigación de la paternidad está prohibida y no es sino a petición del hijo y en su interés que se admite la

de maternidad (tomo 3, pág. 391. En el proyecto del Dr. Vélez Sársfield, véase Título 5 del libro 1°)".

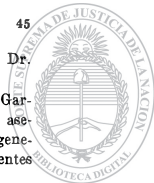
En el proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, se suprimió las diferentes calificaciones de homicidio, asesinato, parricidio, para reemplazarlas bajo el nominativo general de homicidio, considerando en su represión las diferentes circunstancias calificativas.

El código de 1886 incluyó en el concepto del parricidio al que matare a cualquier otro ascendiente, — descendiente o cónyuge y calificó expresamente el parentesco en legítimo y natural. Como se vé estaban excluidos de la disposición los hijos adulterinos; persistía entonces el criterio legalista.

Fué el proyecto de reforma de 1891 de los doctores Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, el que suprimió el código los términos de legítimo y natural, para fundar el agravante en los vínculos de la sangre. Así lo expresa en su exposición de motivos: "Volvamos ahora a los casos comprendidos en este artículo. Es el primero el del parricidio, previsto en el código penal. Hemos modificado ligeramente la redacción en obsequio a una expresión más clara; hemos suprimido los términos legítimo o natural, a fin de que no se tomara este último término en el sentido del derecho civil y no se viera que la causal de toda agravación pueda ser otra que el vínculo natural de sangre. Hemos equiparado la muerte del bienhechor a las demás personas comprendidas en el inciso, considerando que los vínculos de la gratitud, pueden ser tan poderosos como los de la sangre y que la misma perversidad que el que mata a su padre demostraría el que matara a quien le hubiera colmado de beneficios, le hubiera criado, mantenido y educado paternalmente". Exposición de motivos del proyecto de 1891, pág. 131.

La ley de reformas 4189, aceptando la tesis del proyecto de 1891 con la única supresión del agregado del bienhechor, circunscribió el delito a los ascendientes, descendientes y cónyuges, fundando exclusivamente el agravante como su modelo en el vínculo de la sangre, abandonando así definitivamente el viejo criterio legalista.

El Proyecto de 1906 volvió a incluir el bienhechor sin







dar razones del agregado, el que fué nuevamente suprimido por la legislación vigente.

En el informe de la Cámara de Diputados, se dice respecto al artículo que estudiamos: 79 y 80. "Hemos aceptado el articulado del proyecto de 1906, concordante con el de 1891, con las modificaciones introducidas por el Diputado Moreno".

"Las disposiciones son análogas a las que hoy rigen, pero mejor ordenadas y con el criterio científico que impone la parte general. No debe olvidarse que el código en esta parte fué modificado por la ley 4189, que tomó sus preceptos del proyecto de 1891".

Es decir que de acuerdo al informe de la misma comisión, nuestro código acepta para el homicidio simple y calificado, los fundamentos del proyecto de 1906 y 1891, que como dejamos estudiado fundan el agravante del parricidio en el vínculo de la sangre, sin tener en cuenta las disposiciones del código civil que rige la constitución de la familia.

Por otra parte, si bien es cierto que, de acuerdo a lo dispuesto en el código civil, los hijos adulterinos carecen de todos los derechos y no tienen por la ley, padre, ni madre, ni pariente alguno, sin embargo los padres adulterinos de acuerdo a la tesis del artículo 343 del código civil, pueden voluntariamente reconocerlos y en este caso los hijos adulterinos tienen el derecho hasta los diez y ocho años de pedir alimentos a sus padres y este derecho que les reconoce la ley está fundado también en el vínculo natural de la sangre. No hay inconveniente, entonces, para contemplar la situación del hijo adulterino, el que queda comprendido como lo hemos demostrado, dentro de las disposiciones del artículo que estudiamos.

El vínculo de sangre por sí solo no basta para dar existencia al delito; es condición "*sine qua non*" que el agente en el momento de cometer el hecho supiese en qué clase de persona lo ejecutaba. La ausencia de esta condición implica la calificación de homicidio simple.

¿El homicida del padrastro, o del tutor, debe considerarse como parricida? Creemos que no. De acuerdo a la tesis que venimos sosteniendo, de que el agravante se funda sólo en



el vínculo natural de la sangre, el tutor, como el padrastro, quedan por esta razón excluidos. Antes, cuando el proyecto de 1891 equiparó el bienhechor al padre, porque consideraba que los vínculos de la gratitud podían ser tan poderosos como los de sangre, se podía sostener con fundamentos aceptables que el tutor como el padrastro estaban incluidos, pero habiendo nuestra ley suprimido expresamente el agregado, queda reducido el delito tan solo entre los ascendientes, descendientes y cónyuges.

Pero no podemos menos de considerar que el tutor y el padrastro que se arrogan los derechos de la paternidad hacen las veces de padre, de modo que un atentado contra sus vidas por parte de su pupilo o hijastro, implica siempre un hecho grave, el que debe apreciar el juez dentro de los amplios márgenes que la ley le fija para la individualización de la pena.

\* \* \*

**Uxoricidio.** — La ley, en el inciso que estudiamos, comprende también en el calificativo de parricidio impropio la muerte del cónyuge. Este hecho, que en la doctrina recibe el nombre propio de uxoricidio, exige para su existencia la consagración del matrimonio, desde que sin este requisito no podemos hablar legalmente de la existencia del cónyuge.

El concubinato, que si bien es cierto fué una institución reconocida y amparada en el derecho romano, pero hoy desechada por nuestra ley, no puede crear ningún vínculo jurídico para dar fundamento al uxoricidio. El homicidio del concubino ante nuestra legislación es un homicidio simple.

Si la calificante se funda en la existencia del vínculo, disuelto el matrimonio desaparece la modalidad que caracteriza la agravación. Por eso en las legislaciones donde existe el divorcio absoluto, donde la sentencia disuelve el vínculo matrimonial, el atentado contra el ex-cónyuge reviste el carácter de un homicidio común. Pero en la nuestra, en que el divorcio consiste en una simple separación de cuerpo sin afectar para nada el vínculo matrimonial, el cual queda subsistente, el atentado contra el cónyuge divorciado reviste las características del homicidio calificado.



Otra cuestión que puede plantearse es la nulidad del matrimonio y mientras no se resuelva sobre la misma, no podemos calificar el homicidio ya que toda circunstancia calificante debe ser demostrada de una manera irrefutable.

La nulidad del matrimonio implica la inexistencia del vínculo; por esta razón es ésta una cuestión previa a la calificación del homicidio.

Al estudiar los delitos contra la honestidad, trataremos sobre las cuestiones pre-judiciales que pueden suscitarse sobre la validez del matrimonio.

\* \* \*

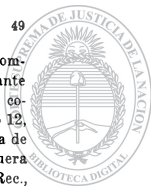
*Inciso 2º Al que matare a otro con alevosía o ensañamiento, por precio, promesa remuneratoria, sevicias graves, impulso de perversidad brutal o por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos.*

\* \* \*

**Alevosía y ensañamiento.** — Consiste la alevosía, dice el Dr. Tejedor, en dar una muerte segura, fuera de riña o pelea, de improviso y con cautela. El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, artículo 97, inciso 4, dice: Ejecutado con alevosía que es la agresión segura sin peligro para el agresor.

El viejo concepto de la alevosía lo dió el Rey Alfonso el Sabio en sus leyes de Partidas: “La traición es la cosa peor y más vil que puede caber en corazón de home, et traición tanto quiere decir como traer un home a otro so semejanza de bien a mal: et es maldat que tira así la lealtad del corazón del home”.

Escriche, en el diccionario de la legislación y jurisprudencia, pág. 137, nos define el término alevosía: “La traición, infidelidad o maquinación cautelosa contra alguno. ¿Es lo mismo alevosía que traición? La ley 1, tít 2, part. 7, que contiene los delitos de lesa majestad, concluye diciendo que todos los yerros que acaba de enumerar se llaman propiamente de traición cuando se comete contra el rey o su señorío, o contra el



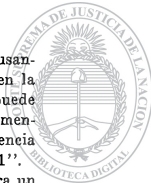
bien común de la tierra; pero ejecutado contra otros hombres se dice de alevosía según fuero de España. No obstante en el día lo mismo quiere decir a traición que con alevosía, como puede observarse en las leyes, 2, 3, 10 y 12, tít. 21, libro 12, Nov. Rec. en las cuales se usa indiferentemente de cualquiera de estas dos palabras para designar el homicidio cometido fuera de pelea, guerra o riña: bien que dicha ley 2, tít. 21, Nov. Rec., previene que el que mata a traición pierda todos sus bienes para la Real Cámara, y el homicida alevoso la mitad, suponiendo que no es lo mismo traición que alevosía. ¿Diremos pues que en el sentido de esta ley debe reputarse traición el herir o acometer a uno por la espalda y alevosía el hacerlo cara a cara, aunque insidiosamente o de improviso?"

Como vemos el concepto no es muy claro, pero hoy no existe lugar a dudas. Las dificultades que ofrecían las antiguas disposiciones legales sobre la inteligencia de la alevosía, han desaparecido desde que se explica en las nuevas disposiciones el alcance del concepto. Así tenemos que en la nueva reforma del código Español de 1870, se expresa, "art. 10: Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente, a asegurarla sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido".

De acuerdo a esta definición, tenemos que la alevosía sólo se refiere a los delitos cometidos contra las personas, y para que ésta exista es necesario que los medios o formas que se han usado para la ejecución de los hechos, hayan sido con el único fin de asegurar el delito.

La falta de riesgo, el obrar sobre seguro, que caracteriza la alevosía, se refiere a la falta de los medios defensivos que pudiera emplear la propia víctima; ya sea por hallarse indefensa o impedirle el agresor hacer uso de los medios que tuviere para repeler el ataque.

El Tribunal Supremo de España, al interpretar el término alevosía nos ha dado el concepto del mismo: "Cuando de los hechos consignados por la Sala de una audiencia que sentencié una causa, no se deduce que el procesado tuviera seguridad de su persona por la defensa que no pudiera hacer el ofendido;



sino que era posible que llevase armas y se defendiera, causando daño a su agresor, máxime si había otras personas en la intermediación que podían auxiliarle y lo intentaron; no puede sostenerse que la muerte del interfecto se causara alevosamente, cometiendo error en la calificación del delito la sentencia al calificarla de asesinato: sent. de 28 de Octubre de 1871”.

“Hay alevosía cuando una persona dispara contra otra un arma de fuego a la sazón que la ofendida se hallaba sola, a cuerpo descubierto; y en consecuencia con conocimiento del agresor de que no llevaba arma para su defensa, pues así obró aquél, seguro de la ejecución de su mal propósito, sin riesgo para su persona procedente de la defensa del ofendido: sent. de 14 de Julio de 1871”.

“Cuando uno aprovechándose de la ocasión en que otros dos luchan con un tercero y le tienen sujeto, le infiere en este acto y sin haber tomado parte antes en la refriega, una puñalada por la espalda, ocasionándole la muerte, obra sobre seguro y sin riesgo para su persona por la defensa que en otro caso hubiera podido presentar el acometido: sent. de 27 de Febrero de 1871.

“No basta para que pierda el hecho de herir a una persona por sorpresa y cuando estaba desprevenida el carácter de alevosía, la circunstancia de que la víctima siguiera después de herida a su agresor; porque este seguimiento no tenía por fin la defensa que era ya tardía, sino la vindicación de la ofensa personal recibida del que huía para evitar las consecuencias de su acción, porque este acto es posterior y subsiguiente al primero de la agresión que se verificó de pronto, sin previa disputa o palabras que mediasen y diesen motivos a que el acometido se preparase ni aún apercibiese, que es lo que constituye lo que la ley define y determina para que exista alevosía: sent. del 27 de Julio de 1872.

Este era el concepto de la alevosía, que se traducía en la práctica según la interpretación dada por el Tribunal Supremo de España, por la falta de riesgo del victimario.

Tanto el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, como el código derogado de 1886, inspirado en el modelo del código Español de 1870, aceptaron la falta de riesgo como un requisito esencial para la existencia del agravante.



Hoy, en el concepto moderno, este requisito ha desaparecido para apreciar la alevosía. Ya al sancionarse la ley 4189, se suprimió la definición del término alevosía, a propuesta del diputado Cullen, el que sostenía que el código “define desagraciadamente la alevosía y la define mal”, proponiendo cambiar el agravante por el de premeditación. De esta manera y de acuerdo a la votación de la Cámara se suprimió del código la definición de la alevosía, desapareciendo así el requisito de la ausencia del riesgo que caracterizaba el sistema del viejo código Español.

Nuestro código vigente siguiendo el modelo del proyecto de 1906, concordante con la ley 4189 y el proyecto de 1891, aceptó la supresión de la definición de la alevosía, abandonando definitivamente el viejo sistema de considerar este agravante.

En nuestro concepto la alevosía se compone de dos elementos, el uno objetivo, físico, que se traduce en la forma de obrar; el otro subjetivo, representado por la resolución preconcebida del criminal.

Sabido es que mientras más demore en llevar a las vías de la ejecución el pensamiento criminal, aumenta indiscutiblemente el peligro social. La idea reconcentrada en la mente del agente, el plan que se traza para realizar con éxito su obra, los medios elegidos, las precauciones que toma, tienen forzosamente que aumentar la fuerza potencial del delito y en consecuencia, ante la celada, la traición, la emboscada y la superioridad estratégica del delincuente, disminuye la capacidad defensiva de la víctima. Y entre esa superioridad en que lo ha colocado la reflexión serena del pensamiento criminal y la “capitis diminutio” defensiva que sufre la víctima, ante las medidas tomadas, surge la alarma social ante el peligro inminente, dando así origen a la razón filosófica del agravante.

Todo proceso intelectual, desde su nacimiento hasta su resolución, pasa por una serie de grados perfectamente delineables que podemos apreciar para definir en qué consiste la premeditación. El primer fenómeno es esa lucha psicológica entre la idea, el pensamiento criminal y la conciencia del agente que la rechaza.

Este período en que la idea de la venganza pretende pose-



sionarse de la conciencia, no lo debemos tener en cuenta para afirmar la existencia del agravante porque jurídicamente no puede constituirlo.

Cuando la idea criminal vence, es decir, cuando es admitida por la conciencia del sujeto, viene entonces la resolución de cometer el delito, y por último a esa resolución sigue un período de reflexión para llegar después a las vías de ejecución. Es este último período lo que constituye la premeditación, porque en él se revela la verdadera peligrosidad del delincuente.

En la doctrina existen diversos criterios para considerar el agravante: el cronológico y el ideológico, que en mi concepto se confunden en la práctica desde que el uno se refiere al simple transcurso del tiempo entre la resolución y el hecho, mientras que el otro se refiere a la reflexión del hecho, que siempre exige un período de tiempo como el anterior.

Estos dos criterios encierran el verdadero concepto de la premeditación.

El criterio psicológico, sostenido por Carmignani, que los italianos llaman del ánimo pacato, consiste en la frialdad en el desarrollo de los hechos; no es aceptable, desde que nos revela el temperamento del delincuente y no su peligrosidad.

Por último el criterio de Zanardelli, quien entiende que la premeditación consiste en los elementos de los criterios anteriormente expuestos, agregando otro elemento nuevo en el móvil que lo impulsó a delinquir. Sistema que igualmente rechazamos ya que los motivos delictuosos nada tienen que ver con el agravante.

Conocemos ahora el verdadero concepto de la premeditación. Si bien algunos autores como Impallomeni en contra de la mayoría de los tratadistas, sostienen que la premeditación no debe constituir un agravante desde que lo único que puede darnos un índice de la idoneidad del delincuente son los móviles que lo impulsaron, por lo que éstos deben reemplazar a aquélla, para nuestra legislación constituye el elemento básico e intelectual de la alevosía. Por eso el hecho puede ser alevoso en la forma, pero no en el fondo si falta el requisito de la premeditación.

La peligrosidad consiste en la reflexión del crimen; la



forma alevosa de ejecutarlo, como la traición, la celada, la emboscada, el ocultamiento, no son más que el resultado, el producto del período reflexivo.

El delincuente reflexivo es el propiamente alevoso.

\* \* \*

**Ensañamiento.** — El ensañamiento está caracterizado por el sufrimiento inhumano que el agente aplica innecesariamente a su víctima. Más que de una perversidad ingénita, se trataría de una refinada crueldad que satisface sus apetitos de venganza en el deleite del sufrimiento ajeno. En una palabra, es la satisfacción del odio reinando en el hecho y hasta después de la muerte.

\* \* \*

**Precio y promesa remuneratoria.** — Escribhe en su diccionario de la jurisprudencia nos enseña en la palabra asesinato: El homicidio cometido por dinero u otra paga y en general el acto de dar a otro la muerte alevosamente. Es decir que de acuerdo a la definición vemos que el concepto del asesinato ha cambiado a través de las épocas.

Primitivamente se refería tan solo al homicidio por dinero, ya que la voz asesino tenía origen en cierto pueblo de la antigüedad llamado asasino, que habitaban en el monte de Fenicia, y de cuyos habitantes se valían los sarracenos para mandar a dar muerte alevosamente a los príncipes cristianos, a fin de evitar el azote de la guerra que importaban las cruzadas.

Así explicado el origen del término asesino, se denominó posteriormente, a los sicarios, saltadores, y muy especialmente a los homicidas que para matar alquilaban sus fuerzas o pagaban las ajenas. Hoy el concepto es más amplio, y en algunas legislaciones se aplica el término a cualquier homicidio alevoso.

El homicidio cometido por precio o promesa remuneratoria exige para su existencia dos conceptos: 1º el acuerdo previo entre mandante y mandatario; 2º que ese acuerdo de por resultado la destrucción de una vida. Es decir, hay aquí dos





o más personajes vinculados al crimen, los unos que representan la voluntad antijurídica, son los que han concebido el atentado, mandantes que constituyen la fuerza moral del delito; los otros que representan los medios de que se valen para la ejecución del crimen, mandatarios, que constituyen la fuerza física del mismo.

No basta, sin embargo, la simple connivencia delictuosa para que surja la responsabilidad de sus autores; el mandato criminal aceptado si no ha tenido principio de ejecución, si no ha salido del fuero íntimo de la conciencia de sus viles contratantes, no puede engendrarla.

La idoneidad delictuosa en esta clase de homicidio está en relación inversa del monto de dinero ofrecido, por cuanto un sujeto es más peligroso mientras menor sea el estímulo que necesite para mover su acción criminal contra sus semejantes.

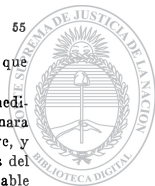
Lo que considero fundamental en este delito, es la existencia de acuerdo anterior, el precio estipulado o la promesa remuneratoria, porque es el acuerdo el que hace surgir el mandato criminal creando la responsabilidad pluri-personal.

Pero ocurre a veces que concertado el convenio el mandante se arrepiente y desiste del homicidio. ¿Cual sería la responsabilidad en el presente caso? Si existe el convenio criminal, y el mandatario conoce el desistimiento del mandante antes de empezar su obra, y no obstante la ejecuta, actúa entonces por cuenta propia y queda desligado el mandante. Si hubiese principiado su obra ambos serían responsables de la tentativa.

No obstante esta doctrina que reputamos aceptable, criminalistas de la autoridad de Manzini sostienen que en todos los casos el arrepentimiento del mandante no lo desliga del pacto celebrado y es responsable de la obra del mandatario.

En caso de que el mandatario se arrepintiese del delito y desistiese voluntariamente, estaría exento de responsabilidad, pero el mandante sería responsable de la tentativa empezada ya que el delito cesó por causa independiente de su voluntad.

Lo mismo si se concertó la muerte de una persona y el mandatario sólo le infirió lesiones respondería por la tentati-



va de homicidio y no de lesiones, porque la intención es la que caracteriza el delito.

El mandante no debe responder más que hasta la medida del contrato; si se convino que el mandatario ocasionara simples contusiones con golpes de puños o una lesión leve, y el mandatario llevado de su ferocidad sobrepasa los límites del mandato y ocasiona la muerte, el mandante no es responsable del homicidio.

Si se convino una simple lesión y la lesión inferida ocasionó la muerte, estaríamos en presencia de un homicidio preterintencional.

Si hubo error en la persona o aberratio ictus por parte del mandatario, es igualmente responsable el mandante del homicidio cometido, desde que éste existe porque se ha destruído una vida.

¿Cómo debe penarse el homicidio por precio o promesa remuneratoria? ¿La penalidad es la misma para el mandante y el mandatario? Nuestra ley, al hablar del homicidio calificado, se refiere al que matare a otro por precio o promesa remuneratoria, es decir se refiere al mandatario y no al mandante, porque el que delinque en estas condiciones es aquel y no éste. También el móvil del lucro está identificado en la persona del mandatario.

Conocidos tratadistas sostienen también la diferencia de pena, porque reprimiendo con más severidad al mandatario se dificultaría el convenio, porque el rol del mandatario es mucho más importante ya que éste quiere y ejecuta el delito, obrando siempre por móviles ruines y miserables.

Ahora bien, la responsabilidad del mandante en nuestra legislación, debe estar de acuerdo al hecho mandado ejecutar. Si hubo acuerdo y premeditación debe responder por el homicidio calificado, pero si no existió premeditación responde por el homicidio simple.

Carrara nos trae el siguiente ejemplo para demostrarnos que puede darse el caso del homicidio por precio o promesa remuneratoria sin premeditación por parte del mandante y mandatario: Un sujeto se ve acosado por los insultos de una persona físicamente superior, contra la cual no se anima a reaccionar por las vías de hecho. En pleno incidente pasa una



tercera persona, a la que el ofendido le grita : — Si lo matas te doy tal suma —, y la persona que recibe la orden la acepta y la cumple instantáneamente.

En este caso tendríamos que el mandatario es responsable del homicidio calificado; en cambio el mandante sólo responde del homicidio simple.

Esta solución del problema la tenemos en el campo de la doctrina, ya que en el terreno de la práctica el mandante sería siempre responsable del homicidio calificado, porque, como afirma Impallomeni, no se concibe la existencia del homicidio por precio o promesa remuneratoria, sin el requisito de la premeditación por parte del mandante.

\* \* \*

**Sevicias graves.** — El término sevicia, en el diccionario de la legislación y jurisprudencia, nos indica: “La excesiva crueldad, y particularmente los ultrajes y malos tratamientos de que alguno usa contra una persona sobre quién tiene alguna potestad o autoridad. La sevicia del padre para con el hijo es suficiente para que éste pida la emancipación, y la del marido para con la mujer da igualmente motivo al divorcio o separación quoad torum, esto es, en cuanto a la cohabitación”. Escriche pág. 1532.

Tal es el significado legal del término sevicia, que en nuestra legislación civil también figura como una de las causales del divorcio. Y para nuestra ley penal constituye un agravante calificativo del homicidio.

Debemos manifestar para bien de la sociedad, que raras veces se presenta en la práctica esta modalidad del homicidio, que se hermana en su forma a la otra calificante del ensañamiento.

Las dos se refieren al trato cruel e inhumano del victimario y la diferencia fundamental consiste en la forma de la aplicación del tormento. El ensañamiento es la revelación ingénita de la crueldad del criminal en el momento del homicidio, que goza con la agonía larga, dolorosa e inhumana de la víctima; mientras que la otra es el tormento aplicado diariamente a la víctima y el homicidio se presenta como un co-



rolario lúgubre de los malos tratos, como la consecuencia fatal de la crueldad excesiva que ha tenido que soportar.

Esta calificante no existía en nuestra antigua legislación. Ella fué introducida por el proyecto de 1906, de donde la tomó el legislador.

El caso típico de esta modalidad se presenta casi siempre en los falsos bienhechores, que abusando de su autoridad se ensañan con criaturas huérfanas, indefensas, que desgraciadamente caen en sus garras; las que tienen que pagar con el tributo de su vida, esa mal entendida caridad de estas bestias humanas a cuyo alcance las ha sometido el desamparo de su propia desgracia. La realidad de este cuadro nos demuestra por sí solo la razón fundamental del agravante.

\* \* \*

**Impulso de perversidad brutal.** — Se trata aquí del homicidio cometido sin causa (*ad-lasciviam*) aquellos que matan por odio a la humanidad.

Este agravante que fué tomado por nuestros codificadores de la ley 4189, la que a su vez se inspiró en el proyecto de 1891, fué originariamente traído del código italiano, que lo denominaba “*impulso di brutalità malvagitá*”. Ha sido origen de grandes discusiones en la doctrina, llegando a sostener algunos autores la supresión del mismo, desde que sería material y jurídicamente imposible la prueba negativa de falta de causa como la positiva de odio a la humanidad.

Entiendo que no es ésta una razón convincente desde que la dificultad de la prueba no debe influir en la desaparición de la modalidad que estudiamos. Así también lo sostuvimos cuando tratamos el homicidio por medio del sufrimiento moral.

Por otra parte, la dificultad de la prueba no demuestra la imposibilidad de ella, ya que la falta de causa si aparece evidente de la forma de los hechos, su prueba se simplifica, desde que el procesado debería demostrar por su parte el motivo que tuvo para delinquir.

Tomás Jofré hijo, en la Revista de la Jurisprudencia Argentina, Tomo 6, pág. 562, nos dice sobre el homicidio por instigación de perversidad brutal: “Es indudable que en el terreno



filosófico, admitir un homicidio u otro hecho cualquiera sin causa, sería un contrasentido; algo que iría contra la misma esencia de las cosas, pues la ley de causalidad universal es inmutable; pero aunque el homicidio por impulso de perversidad brutal sea el homicidio cometido sin causa, no hay que tomar estas palabras en un sentido absoluto: es verdad que cualquier causa que haya tenido el agente para obrar en contra la víctima, excluye el impulso de perversidad brutal, aunque sólo sea una antipatía ligera, es decir, una causa injusta e irracional: El fundamento de la sin-cause existe desde el momento en que el agente no haya tenido una causa determinada para obrar contra la víctima; una persona que mata a otra porque sí, porque se siente impulsada a matar, “*ad-lasciviam*”, ni siquiera con odio a la persona determinada que mata: el destino la puso en su camino y la mató, lo mismo que hubiera podido matar a otro o no matar, sin odio determinado o si se quiere, con un odio a sus semejantes, genéricamente considerado; es decir con odio hacia la humanidad”.

“En la mayor parte de las veces tal individuo será naturalmente un irresponsable ante los ojos de la ley penal, pues se tratará de un loco, pero la ley ha contemplado el caso de que no lo sea y le ha aplicado la pena máxima: personas que matan a sus semejantes sin ninguna causa, más que el nombre de tales, merecen el de brutos y la sociedad debe hacerlos desaparecer”.

El concepto del homicidio *ad-lasciviam*, nos lo dan los viejos maestros italianos, que son los que lo formularon; y consiste en la falta absoluta de causa de móvil, es el sujeto que delinque por el instinto de la sangre, por odio a la humanidad.

Algunos tratadistas, como Manzini, han pretendido ampliar ese viejo concepto del agravante, incluyendo entre el sólo impulso de la ferocidad brutal, al homicidio que se comete por sectarismo político o religioso. Otros incluyen también en el agravante al homicidio por móviles ilógicos, fútiles y extravagantes.

Pero, en realidad, el legislador italiano ha copiado literalmente el antiguo concepto de la ley; por eso los criminalistas que pretenden ampliar el concepto sostienen que si no se



admite que el agravante exista en el homicidio de fútiles pretextos, el impulso de perversidad brutal se desvanece en la práctica, ya que éste sería más bien obra de locos, de verdaderos irresponsables.

En su obra "L'Omicidio", Enrique Ferri sostiene: "El homicidio sin motivo es un síntoma de enajenación mental frecuente en la epilepsia, y que los psiquiatras denominan locura moral, y que los criminalistas clásicos, demasiado profanos en las ciencias naturales, llaman brutal perversidad, sed de sangre, odio a la humanidad y otras fantasía que recuerdan muy claramente el horror al vacío que los antiguos físicos daban como explicación de los fenómenos de la presión atmosférica".

Indudablemente que, restringiendo el concepto del agravante a la falta absoluta de causa que le dieron los criminalistas italianos del pasado, el homicida por el solo impulso de perversidad brutal no es otro que el loco moral, el monómano razonante, el imbécil, sujetos que por lo general viven al margen de la razón.

Nuestro legislador, al implantar el agravante si bien lo tomó del código italiano, no lo copió literalmente. En la legislación de origen figura el homicidio por "sólo impulso de perversidad brutal"; en la nuestra dice "impulso de perversidad brutal". De modo que en el trasplante se ha suprimido la palabra "sólo" que restringía herméticamente el viejo concepto de los maestros italianos.

Por lo tanto creo que, entre nosotros, es más aceptable la ampliación de ese concepto y en este sentido podemos admitir la doctrina del criminalista Puglia que incluye en el agravante al homicidio cometido por un móvil fútil y extravagante.

\* \* \*

**El veneno.** — Este agravante siempre ha existido en nuestros antecedentes legislativos; sólo lo suprimió la ley de reformas 4189, porque siendo sus disposiciones inspiradas en el proyecto de 1891, éste no lo tenía entre los calificantes del homicidio.



Siempre ha habido dificultad para definir el veneno entre el jurista y el médico y es que para el derecho penal no son necesarias en esta complicada materia de los tóxicos, las distinciones de tipos eminentemente científico que formula la medicina legal. En este sentido el criterio de Groizard sobre la materia es el siguiente: "El veneno para el jurisconsulto no se aprecia mediante un criterio médico, sino es considerado como un medio de ejecución del delito de homicidio. Sin homicidio no hay envenenamiento. Toda substancia que suministrada al hombre, o que introducida en el organismo, tenga fuerza potencial bastante para causarle la muerte, es veneno bajo el punto de vista legal. Lo mismo las materias del reino vegetal, que las del reino animal, así las que obran en el hombre produciendo efectos químicos, como las que causan efectos mecánicos, tanto las que matan pronto, como las que matan lentamente, todas, absolutamente todas, las que por cualquier motivo sean susceptibles de dar la muerte, administrándolas e inoculándolas astuta e insidiosamente en el cuerpo humano, veneno son". Obra citada, tomo 4, pág. 378.

Esta definición la considero defectuosa porque hay sustancias que propinadas en grandes dosis son capaces no digo de dañar la salud, sino también de provocar la muerte, como el alcohol, y sin embargo todavía no ha sido considerado como veneno.

La definición citada admite también las sustancias que obran mecánicamente no obstante que la mayoría de los toxicólogos descartan de la categoría de los venenos toda sustancia que obre mecánicamente sobre el organismo.

Comprendo la dificultad que siempre ha existido para definir lo que jurídicamente debemos entender por veneno, dificultad reconocida por parte de los propios tratadistas de medicina legal; y en el trance de expresar el concepto jurídico que tenemos sobre él, no trepidamos en aceptar el criterio del Dr. Irureta Goyena porque lo consideramos más científico y más exacto. Dice el ilustre profesor uruguayo que: "Veneno es toda sustancia que introducida de cualquier modo o por cualquier vía en el organismo, es susceptible de alterar la salud o suprimir la existencia operando químicamente y a pequeñas dosis". "Digo toda sustancia porque lo mismo



puede ser sólida, líquida o gaseosa, con tal de ser soluble en el caso de ser sólida. Digo por cualquier medio o por cualquiera vía, porque el veneno se puede incorporar a la circulación, por ingestión, por inyección, por frotamiento o por inhalación como las flores que, según se dice, usaban los Borgias, o por simple contacto, como los guantes que empleaban los mismos Borgias, también según la conocida tradición o leyenda. Digo químicamente, para descartar todas las sustancias que operan mecánicamente y agrego por fin, a pequeñas dosis, para eliminar las sustancias como el alcohol, que si bien son susceptibles de matar requieren una asimilación muy abundante''. El delito del homicidio, pág. 193.

Dos condiciones se hacen necesarias para la existencia del agravante: 1º Que el veneno sea introducido por cualquier vía del organismo. 2º Que la muerte sea la consecuencia inmediata del tóxico.

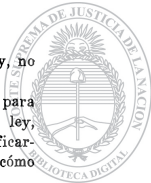
Respecto a la primera condición no están completamente de acuerdo los criminalistas. Unos como el propio Groizard, citado anteriormente, piensan que lo que caracteriza el delito de envenenamiento es la forma insidiosa de cómo se administra el tóxico llegando a afirmar que cuando éste ha sido suministrado por medio de la violencia, el autor no puede ser considerado como reo de asesinato, porque un homicidio de este modo realizado, es hijo de la fuerza y no de la astucia e insidia, debiendo en consecuencia calificarse como un homicidio común.

El célebre maestro Carrara, también sostiene la misma tesis, de que es necesario administrar el veneno en forma insidiosa para que el agravante exista.

En cambio otros criminalistas sostienen la tesis contraria. Para Crivellari y Pessina, basta la administración del veneno, aunque no sea en forma insidiosa para calificar el homicidio. No es la forma de cómo se introduzca el veneno en el organismo, lo que caracteriza el agravante, sino el medio empleado, el veneno en sí, lo que aumenta la responsabilidad del criminal.

Ante estas doctrinas antagónicas ¿por cuál debemos decidirnos a los efectos de interpretar mejor las disposiciones de nuestra legislación? Sin titubear nos quedamos con la última, porque el código no especifica la forma en que debe propi-





narse el veneno, de modo que la insidia para nuestra ley, no es un requisito calificador.

Basta que la muerte la haya determinado el tóxico para que el homicidio adquiera la gravedad impuesta por la ley, desde que el veneno en sí, es factor suficiente para calificarlo, no variando la responsabilidad la circunstancia de cómo ha sido suministrado a la víctima.

La segunda condición es que el tóxico haya producido la muerte. En esto se aparta nuestra legislación de la doctrina francesa, para seguir la huella de la italiana.

El legislador francés ha considerado el veneno como un delito per se, independiente del homicidio. Basta dar el tóxico para que surja la responsabilidad del agente.

La doctrina de nuestra ley es distinta; es necesario que la muerte sea la consecuencia del veneno ingerido, para que el agravante exista. Si no se produce la muerte, no hay tal envenenamiento, desde que el tóxico para nuestra ley solo califica el homicidio doloso.

De lo dicho se desprende que cuando por mera culpa e imprudencia, se produjera un caso de envenenamiento, esta circunstancia no podría calificar el hecho y el delito sería un simple homicidio por imprudencia.

De acuerdo al sistema de nuestra ley, el delincuente puede arrepentirse de su acción, y después del veneno puede administrar el contraveneno salvando la vida de la víctima. Ya sabemos que el desistimiento voluntario lo libera de la responsabilidad contraída, de modo que dado el caso, no respondería el agente por la tentativa de homicidio sino tan solo por las lesiones que haya ocasionado a consecuencia del veneno ingerido.

El sistema francés no admite el arrepentimiento del agente, desde que con el solo hecho de dar el veneno el delito queda perfectamente cometido. El arrepentimiento posterior a la perpetración del delito podría influir, si se quiere, como un atenuante de la responsabilidad.

\* \* \*

Es lógico que el homicidio cometido por medio del veneno deba ser castigado con mayor severidad, desde que el factor



empleado demuestra la perversidad y la idoneidad criminal del agente, por tratarse de un crimen cobarde en el que el victimario aprovecha hasta la propia confianza que deposita la víctima para cometer el atentado.

El delito de envenenamiento era muy común en los tiempos de la antigüedad. La falta de medios científicos para descubrir la existencia del tóxico, fomentó, si se quiere, la impunidad de esta clase de atentados. Hoy ya no se goza de la impunidad que tanto generalizó este terrible medio para la destrucción de la existencia humana. Los adelantos científicos, muy especialmente en toxicología, nos ponen ahora en evidencia la existencia del veneno en el organismo. Por eso es que hoy se puede afirmar que ha caído un tanto en desuso.

\* \* \*

#### **Incendio, inundación, descarrilamiento y explosión. —**

Estas modalidades del homicidio, raras veces se presentan en el derecho positivo, desde que los propios delincuentes descartan estos medios tan poderosos de destrucción, porque la magnitud del efecto hace fracasar casi siempre el propósito del agente. El propio criminalista Groizard nos confiesa en su obra que no ha conocido en el terreno de la práctica un solo homicidio por medio de la inundación.

Es tan poderosa la potencialidad de destrucción de los medios enunciados, que no pueden usarse con éxito para un solo homicidio determinado. Por eso los criminales los emplean en los atentados terroristas, donde no interesa ni la víctima, ni el número de vidas sacrificadas, teniendo sólo en cuenta la magnitud del desastre, para cumplir la finalidad de su obra que es sembrar el terror. En este sentido, los más usados son el descarrilamiento y las bombas explosivas.

El solo hecho del empleo de estos medios no califica el homicidio. Debe haber una relación de causa a efecto y de medio a fin. Entendámonos: no basta para calificar el hecho que en un incendio haya resultado una víctima, (relación de causa a efecto); es necesario, además, que el incendio se haya producido con el deliberado propósito de cometer el homicidio (relación de medio a fin).



Ahora bien, teniendo en cuenta la potencialidad de los medios empleados, fácil resulta prever, la existencia de varias víctimas, hecho que nos plantea otro problema y es el siguiente: ¿Cuántos delitos hay y cómo deben calificarse? Irueta Goyena, para resolverlo, invoca la existencia de tres sistemas: el de Manzini, que sostiene la existencia del delito de homicidio continuado; el de Von Buri, sostenido por Impallomeni, que considera el hecho como una reiteración real de homicidio calificado, y, por último, el tercer sistema que cuenta con menos sostenedores, sienta la tesis de que se trata de una reiteración formal de delitos.

El maestro uruguayo acepta el sistema alemán, que considera el hecho como un concurso real de delitos y razona en la siguiente forma: "Cuando un individuo se propone en una sola decisión suprimir la vida de varias personas, del punto de vista del *modus operandi* de su espíritu, esa decisión es única. Psicológicamente, por consiguiente, corresponde hablar de una sola resolución, pero como no se puede querer la muerte de varias personas, sin desear la muerte de cada una de ellas, jurídicamente a cada lesión de derecho corresponde en puridad, una resolución criminal". Rechaza el sistema de la reiteración formal, por la lenidad de las consecuencias penales, manifestando que no hay diferencia entre la perversidad de un sujeto que mata tres enemigos sucesivamente y otro que espera que estén reunidos para ultimarlos de un golpe.

Si bien es cierto que es importante la distinción del caso, ya que existe en la ley una diferencia para apreciar la responsabilidad en el concurso real e ideal de delitos, desde que según el sistema de nuestro código en uno se suman las penas, mientras que en el otro se aplica la mayor con el agravante del delito menor; en el terreno de la práctica y tratándose del homicidio calificado desaparece el interés de la cuestión, precisamente porque nuestra ley pena este delito con la sanción única de la prisión o reclusión perpetua. De modo que cualquiera que sea el sistema que se adopte, la penalidad es siempre la misma.

Nosotros pensamos, no obstante, que de acuerdo a las disposiciones de nuestra ley debemos aceptar la idealidad del



concurso por tratarse de una sola resolución criminal desarrollada en un solo acto, no existiendo más que la multiplicidad del efecto.

Pero, como dije y repito, es una cuestión doctrinaria que, dada la sanción inflexible de nuestra ley para el homicidio calificado, nos resulta indiferente.

\* \* \*

El código se refiere luego, después de la enumeración efectuada en el inciso 2° que estudiamos, a cualquier otro medio capaz de producir grandes estragos. Nótese que la expresión de la ley dice: "capaz de causar grandes estragos", es decir que se refiere únicamente a la potencialidad del medio empleado, y no a los resultados del mismo.

La potencialidad del medio es lo que ha tenido en cuenta el legislador. Basta que sea capaz de producir grandes estragos para que se califique el homicidio, aunque el resultado del hecho no sea más que la muerte de la persona sindicada.

La razón, en nuestro entender, es aceptable. No es necesario para la destrucción de la existencia humana valerse de semejantes medios; y el que lo hace revela una perversidad superior digna del mayor castigo.

No es necesario, por ejemplo, valerse de un cañón para matar a un enemigo. Y si se diese el caso de un homicidio por medio de un cañonazo, aunque no resultase más que una víctima, no trepidaría un juez argentino, dada la disposición de nuestra ley, en calificar el homicidio por la potencialidad de destrucción del medio innecesariamente empleado.

Habla la ley de grandes estragos, pero este término según el léxico de los juristas no significa un daño cualquiera; por el contrario se trata de un daño de notables proporciones, de modo que los jueces al apreciar el caso concreto, cuando el homicidio se efectúe por otros medios de los enumerados en el inciso, deben considerar la potencialidad y capacidad destructivas de los mismos, para resolver si corresponde calificar el homicidio.

\* \* \*



*Inciso 3º. Al que matare a otro para preparar, facilitar, consumir, u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para sus cooperadores o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible.*

\* \* \*

Esta modalidad del homicidio, los antiguos maestros la clasificaban con el nombre de latrocinio. El concepto antiguo del latrocinio era el homicidio que se cometía con el propósito de lucro.

La finalidad del delito era el lucro; el medio empleado, el homicidio.

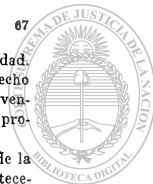
La importancia como la naturaleza del hurto o del robo no influían en la calificación del hecho; el propósito del agente era el que daba lugar al latrocinio.

El concepto moderno es otro muy distinto, pues según la fórmula del código italiano, el latrocinio se comete, tanto para preparar, consumir o facilitar otro delito; cuanto por asegurar el provecho, o la impunidad del delito cometido, como así también por despecho al no alcanzar la finalidad perseguida.

Así lo establece el código italiano en su art. 366 inciso 5º: *Per preparare, facilitare o consumare un altre reato ben che questo no sia avvenuto. Inciso 6º. Inmediatamente dopo aver commesso un altre reato per assicurarne il profitto o per non essersi potuto conseguire l'intento propostosi ovvero per occultare il reato o sopprimerne le tracce o le prove o altrimenti per procurare l'impunità a se o ad altri.*

La diferencia fundamental del latrocinio en el derecho moderno la apreciamos a la vista. El antiguo derecho exigía como única característica la finalidad del lucro, la naturaleza del delito fin consistía en el hurto o en el robo. En el concepto moderno el delito fin es indiferente al legislador; cualquiera que sea éste, o contra la propiedad o contra las personas, leve o grave, siempre califica el homicidio.

En el concepto moderno el latrocinio puede ser anterior, concomitante o posterior al delito; porque puede funcionar



para prepararlo, para cometerlo, o para lograr la impunidad. Tiene además un elemento nuevo que no existía en el derecho antiguo y es que el latrocinio también se comete por venganza, al no haber conseguido el agente el fin que se propuso.

Veamos como funciona para nuestra ley. El origen de la disposición que estudiamos se incorpora a nuestros antecedentes penales en el proyecto de 1891, artículo 111, inciso 4°; de aquí lo tomó la ley 4189, figurando después en el proyecto de 1906, para pasar a nuestra legislación vigente en la forma establecida por el artículo 80 inciso 3°.

El proyecto de 1891, se inspiró en el código italiano, de modo que la fuente originaria de la disposición la encontramos en la legislación citada en el artículo que hemos transcrito anteriormente. Nuestro código al aceptar la fórmula italiana, que tiene un concepto moderno y amplio del latrocinio, ha estado completamente acertado, en nuestra opinión.

Diversos son los casos que plantea el inciso, los que podemos reducir a dos casos generales.

En el primero, el homicidio se comete para preparar, consumir, o facilitar otro hecho punible. Figura así como delito medio, como un hecho previo para llegar al delito que verdaderamente se propuso el delincuente.

En el segundo caso, el homicidio se reduce a asegurar la impunidad del delito perpetrado anteriormente, es decir que aquí figura como delito fin.

En un caso el delito es previo, en el otro es posterior; pero en ambos la gravedad sancionada está plenamente justificada, desde que lo que fustiga la ley es la insistencia imperturbable de la voluntad criminal, que no se detiene ni siquiera ante los hechos consumados, salvando en un caso por medio del crimen todos los obstáculos y esgrimiendo en el otro también el crimen como medio de impunidad.

Existe asimismo en nuestra disposición legal el latrocinio cometido por venganza, cuando el agente mata ante el fracaso de sus propósitos.

Como se ve la forma completa del código italiano ha sido adoptada por nuestra ley.



**La sanción penal.** — Siempre se ha reprimido en una forma severa esta clase de homicidio. En el proyecto de Villagas, Ugarriza y García se imponía la pena de presidio mayor (arts. 201 y 202) y la de muerte si concurrían circunstancias agravantes. En el código de 1886 figuraba con la pena de muerte si había agravantes, con la de presidio por tiempo indeterminado si había atenuantes (art. 94). El proyecto de 1891 le asignó la pena de presidio perpetuo (art. 111). Posteriormente la ley de Reformas 4189, lo reprimió con la pena de muerte, art. 17 inc. 2 y 3. El proyecto de 1906, le impuso presidio por tiempo indeterminado o muerte (art. 84).

Estos son los antecedentes legislativos en lo que respecta al homicidio calificado. Nuestro código le impuso la pena de reclusión perpetua, con relegación a un paraje de los territorios del sud; rompiendo así el sistema de las penas paralelas. Pero la ley de fe de erratas, le puso el agregado de prisión perpetua salvando así la doctrina del código en cuanto al sistema de pena se refiere.

Deja en consecuencia al arbitrio del juez entre escoger la prisión o la reclusión.



## JURISPRUDENCIA

**Uxoricidio.** — El esposo que persigue y ultima a su cónyuge por la pasión de los celos, debe ser condenado como autor de homicidio calificado (art. 80 inciso 1º) a reclusión perpétua. — Caso: Juan Pera, homicidio de Rosa Morello de Pera. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2º Secretaría, Rosario. Libro 9 al folio 49 y con fecha 8 de Noviembre de 1922. Cámara de Apelaciones 2ª Sala, Libro de Sentencias criminales, tomo 11 al folio 519, confirmó esta sentencia, con fecha 10 de Diciembre de 1923.

**Homicidio calificado.** — Si el hecho es obra de la maldad ingénita del victimario, no encontrando una razón aceptable que justifique el móvil del suceso, debe el homicidio calificarse como perpetrado en un impulso de perversidad brutal; la ligera ebriedad del victimario no varía la calificación del delito, y aquél debe ser condenado en atención a su edad (diez y nueve años) y a la ebriedad parcial, a prisión perpétua, art. 80 inciso 2º y diez mil pesos de indemnización. — Caso: Manuel Pini y Angel Pini, homicidio de Pedro Isabelino Vieyra — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la primera Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 24 al folio 176 y con fecha 21 de Diciembre de 1922. — Nota marginal: En Noviembre 21 de 1923, la segunda Sala de la Exma. Cámara confirmó en todas sus partes esta sentencia.

**Uxoricidio.** — Si la negativa de la esposa de reconstruir el hogar desquiciado, impulsa al esposo a cometer un homicidio pasional, cuyo origen lo encontramos en los celos, debemos calificar el hecho en el art. 80 inciso 1º. La circunstancia de sorprender al cónyuge en ilegítimo concubito podría calificarlo como emocional. Corresponde condenar al esposo a prisión perpétua. — Caso: Pedro Sandres, homicidio de Rosa Pacheco de Sandres. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 25 al folio 181, y con fecha 27 de Septiembre de 1923. — Nota marginal: Confirmada en todas sus partes por la Sala Tercera de la Exma. Cámara de Apelaciones, en fecha 22 de Febrero de 1924.

**Premeditación y alevosía.** — Los fronterizos, dotados de un discernimiento inferior, que ocupan una zona intermedia entre los cuerdos y los locos, son responsables. Para ellos nuestra ley no trae, como la italiana, una disposición especial que prevea el caso, de modo que les son aplicables los preceptos generales, funcionando la semi-





responsabilidad como un atenuante. Si el homicidio lo cometió el hermano con una escopeta quien hizo fuego por la espalda con premeditación y alevosía, debe calificarse el hecho y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 80 inciso 2º debe condenarse a prisión perpétua. — Caso: Nazareno Camiletti, homicidio de Pablo Camiletti. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 26 al folio 94 y con fecha 19 de Junio de 1924. — Nota marginal: En 6 del corriente la Exma. Cámara de Apelaciones (3ª Sala) confirmó en todas sus partes el presente auto. Octubre 23 de 1924.

**Uxoricidio.** — Ante el dictámen médico, la circunstancia de que haya aparentado anormalidad posterior, nos demuestra la alteración de las facultades mentales, corresponde la absolución. Tesis que no fué aceptada por la Cámara, desde que la alteración mental debe ser en el momento de cometer el hecho, por lo que ésta calificó el homicidio. — Caso: Alfredo Blás Tello, homicidio de María Soto de Tello. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 8 al folio 220, y con fecha 13 de Mayo de 1923. — Nota marginal: Mayo 27 de 1924, Cámara revocó sentencia e impuso a Tello prisión perpétua.

**Homicidio calificado.** — Si el agente prepara el plan de ir a robar buscando colaboradores y lleva a cabo su designio criminal, debe calificarse el homicidio como alevoso y condenar a su autor a reclusión perpétua. Los colaboradores que conocían la intención del homicida y participaron sólo del robo, deben ser considerados como cómplices, y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 165, condenárselos a veinte años de reclusión, y al menor a quince años de prisión, art. 37. — Caso: Genaro Echeverría, Marcos Pereyra, Hipólito Rolán, homicidio de Miguel Mac Laughlin. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 409, y con fecha 24 de Junio de 1930. — Nota marginal: III Sala Exma. Cámara en Diciembre de 1930 confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Filicidio.** — Existe instinto de perversidad brutal en el padre que mata a su hija y lesiona a su esposa, fundado en que el llanto de la nena le molestaba. Corresponde calificar el homicidio, art. 80 inciso 2º, y condenarlo a reclusión perpétua. — Caso: Emilio Apez, homicidio de Leonor Apez. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 9 al folio 90, y con fecha 30 de Junio de 1924. — Nota marginal: Octubre 24 de 1924, Exma. Cámara confirmó esta sentencia.



**Uxoricidio.** — No puede aceptarse la emoción violenta cuando el arrebató pasional no coincide con la ejecución del delito, y en la indagatoria el acusado manifiesta que al ver a su esposa en actitud deshonesto se serenó. Corresponde calificar el homicidio, art. 80 inciso 1º e imponer al agente la pena de prisión perpétua. — Caso: Justo Cástulo Duarte, homicidio de Anastasia Mendoza de Duarte. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 9 al folio 159, y con fecha 8 de Octubre de 1924. — Nota marginal: Febrero 19 de 1925. Cámara confirmó sentencia.

**Latrocinio.** — Cuando el agente, con el fin de asegurar la impunidad de otro hecho delictuoso, mata a una persona, debe calificarse el homicidio, art. 80 inciso 3º y condenarse a prisión perpétua. — Caso: José Navarino, Antonio González y Juan Pérez, homicidio y robo de Angel Perosio. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 10 al folio 218, y con fecha 15 de Septiembre de 1926. — Nota marginal: Diciembre 27 de 1926, Cámara confirmó esta sentencia.

**Filicidio.** — Cuando el infanticidio no ha tenido por móvil ocultar la deshonra, sino que la muerte es por la miseria que aquejaba a la madre, debe calificarse el homicidio, y condenarse a la pena de prisión perpétua, art. 80 inciso 1º. — Caso: María Marquez, infanticidio. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 10 al folio 326, y con fecha 6 de Abril de 1926. — Nota marginal: La Sala del primer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia el 11 de Octubre de 1926.

**Uxoricidio.** — El juez no está obligado a seguir los informes de los peritos médicos, pues el art. 286 del C. de pts. civiles le da el derecho a la crítica de los dictámenes periciales, y cuando no hay otros datos que lo corroboran, puede desecharlos. Habiéndose producido el hecho de autos por el temperamento impulsivo del victi-mario, no pudiendo alegarse ni la emoción violenta por cuanto el hecho se perpetró en estado de ebriedad parcial, corresponde calificar el homicidio y condenar a su autor a prisión perpétua, art. 80, inciso 1º del C. Penal. Caso: Razwadowski Pablo, uxoricidio de Tatjana Walawco. Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 483, y con fecha 16 de Diciembre de 1930. Nota marginal: I Sala, en Junio 20 de 1931, confirmó esta sentencia en todas sus partes.



**Filicidio.** — El padre que mata a su hijo incestuoso, producto de un estupro con su propia hija legítima, comete un filicidio. Debe calificarse el homicidio y condenarse a prisión perpétua, art. 80, inciso 1°. Caso: Agustín Serafino, infanticidio. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1° Nominación, 2° Secretaría, Rosario. Libro 19 al folio 38, y con fecha 26 de Noviembre de 1926. Nota marginal: La Sala del segundo turno, con fecha 15 de junio de 1927, confirmó esta sentencia.

**Homicidio y violación.** — El sujeto que busca la impunidad del delito de violación cometido y mata a su víctima debe ser condenado a reclusión perpétua, art. 80, inciso 3. Los compañeros, que consintieron la muerte, de acuerdo al art. 46 y 55, deben ser condenados a veinticinco años de reclusión menos el menor de diez y ocho años, que debe condenarse a veinte años de reclusión, art. 37; y absolver al que desistió voluntariamente del delito. Caso: Alejandro Miranda, Antonio Vila, Juan Caballero, Pedro Toledo, y Pantaleón Gallo, violación y homicidio de Martín J. Maldonado. Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2° Nominación, 2° Secretaría, Rosario. Libro 9 al folio 330, y con fecha 10 de Noviembre de 1923. — La Cámara de Apelaciones (2° Sala) Libro 11 de sentencias criminales al folio 593, y con fecha 27 de Junio de 1924, confirmó la reclusión perpétua de Miranda, modificó las penas de Juan Caballero, Antonio Vila y Pedro Toledo, condenándolos a veinte años de reclusión, y al menor Gallo, a quince años de reclusión.

**Homicidio alevoso.** — Cuando los sujetos se ponen de acuerdo para realizar el homicidio, y previo un golpe de atrás con una llave, lo ultiman a puñaladas, debe calificarse el homicidio con alevosía y ensañamiento y condenarse a reclusión perpétua, art. 80, inciso 2°. La declaración de los co-procesados de que procedieron por instigación de la esposa, no hace prueba contra ésta, y corresponde revocar la sentencia. Caso: Carmen Delgado de Alf, José Sánchez y Roque Sánchez, homicidio. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2° Nominación, 2° Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 302, y con fecha 23 de Noviembre de 1927. Nota: En el Libro de Cámara de Sentencias Criminales, ésta reunida en pleno, al folio 394, confirmó la reclusión perpétua de los Sánchez, y revocó la sentencia en lo que respecta a la esposa, absolviéndola de culpa y cargo.

**Uxoricidio.** — Si la esposa compró el arma expresamente para el hecho, no puede alegarse el estado de emoción violenta, máxime cuando engañando al marido de que le iba a traer una taza de té, fué en busca del arma para ultimarle. Corresponde calificar el homicidio, art. 80, inciso 1° y condenarla a prisión perpétua. Caso: Agustina Corniatti de Arquis, homicidio. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz



Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 378, y con fecha 21 de Marzo de 1928. Nota: La tercera Sala en el Libro de Sentencias Criminales, tomo 12 al folio 618, con fecha 19 de Junio de 1929, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Uxoricidio.** — Los insultos de la esposa no pueden justificar el homicidio, y debe el agente sufrir la pena de prisión perpétua. Caso: Perfecto Pascual, homicidio de Donata Di Carlo de Perfecto. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 111, y con fecha 3 de Diciembre de 1928. Nota marginal: La Primera Sala de la Exma. Cámara, en Diciembre 6 de 1930, confirmó esta sentencia.

**Homicidio alevoso.** — Cuando el agente mata a traición, preparando la celada, debe calificarse el homicidio y condenarse al reo a prisión perpétua. El Juez condenó a 22 años de prisión, sentencia que fué revocada. Caso: Ernesto Rosseti, homicidio de Rosario Alonso. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 22 al folio 170, y con fecha 28 de Abril de 1930. Nota marginal: El 30 de Diciembre de 1930, la Sala del Segundo Turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, modificó esta sentencia, encuadrando el delito en la disposición del art. 80 inciso 2º del C. Penal, condenando a Rosseti a la pena de prisión perpétua, accesorias y costas.

**Doble Homicidio.** — La declaración de la concubina del asaltante muerto, de que éste salió el día del hecho con el designio de delinquir acompañado del sujeto de malos antecedentes, el procesado Parla; la desaparición del mismo, después del delito y las contradicciones e inexactitudes de su indagatoria, forman los indicios necesarios que constituyen el índice de su responsabilidad, por lo que corresponde revocar la sentencia absolutoria y condenar al procesado de acuerdo al art. 80, inciso 2º, a reclusión perpétua. Caso: Galluzo Vicente o Vicente Salvador Parla, homicidio doble de Carlos Mazzetti y Juan Ruscitti. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 30, al folio 589, y con fecha 11 de Octubre de 1930. Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones, Sala de 3er. turno, con fecha 30 de Diciembre de 1930, modificó esta sentencia, condenando a Vicente Galluzo o Vicente Salvador Parla, a sufrir la pena de reclusión perpétua.

**Uxoricidio.** — La pasión de los celos, no puede jamás invocarse como violenta. El número de las heridas no determina el ensañamiento, sino, más bien, un estado de ánimo. Tampoco puede aceptarse el agravatenuante, no autoriza en consecuencia el homicidio por emoción

vante de perversidad brutal, desde que, si los celos no justifican el hecho, por lo menos constituyen el móvil que ha impulsado al agente: corresponde condenarlo de acuerdo al artículo 80, inciso 1º, a la pena de prisión perpétua. Caso: Loza Vicente, uxoricidio de María I. Melgarejo de Loza. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 32, al folio 322, y con fecha 21 de Abril de 1932. Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones, Sala de 2º turno, con fecha 30 de Diciembre de 1932, confirmó esta sentencia en todas sus partes.





## FORMAS ATENUADAS DEL HOMICIDIO

## ARTICULO 81

1° Se impondrá reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres años: a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieran excusable;

b) Al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud produjere la muerte de alguna persona cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2° Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años, a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrare bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos, que para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1° de este artículo.

• • •

Tres cuestiones diversas e interesantes plantea el artículo que estudiamos. La primera novedosa para nuestra legislación, desde que considera la atenuación del homicidio en su modalidad de provocación en intenso dolor siguiendo los principios del anteproyecto suizo. La segunda considera el homicidio preterintencional siguiendo la doctrina del código italiano. Esta figura criminal en vez de constituir un atenuante, es una modalidad que constituye un homicidio tipo como lo sostuvimos al principio de la obra. Y la tercera trata de la modalidad del homicidio cuya atenuación se debe a la influencia del estado puerperal: me refiero al infanticidio.

• • •



Siempre se ha considerado que son tres los impulsos que atenuan la responsabilidad: el de la cólera, el del justo dolor y el del miedo. Nos vamos a ocupar de los dos primeros, que son a los que se refiere el inciso a) del artículo 81, ya que el impulso del miedo que se traduce en la práctica en el exceso de la legítima defensa lo trataremos al considerar el artículo 84 en concordancia con el 35 del código penal.

Siempre ha existido dificultad en la doctrina para establecer cuáles son las diferencias entre el impulso de la cólera y el impulso del justo dolor.

Algunos autores sostienen que hay que estudiar la pasión generadora del delito para establecerla. Si ésta emana de la ira tenemos el primer impulso, si del dolor el segundo.

Otros, como Carrara, Manzini y Crivellari, sostienen que cuando la ofensa es personal tenemos el impulso de la cólera y que el impulso del dolor se transforma en el de la cólera cuando el sujeto reacciona por ofensas inferidas a los suyos. Es decir, en el primer caso tenemos la ofensa directa y en el segundo la ofensa indirecta.

Si consideramos que no todos los hombres reaccionan igualmente, toda ofensa que produce una convulsión psicológica, se traduce ordinariamente en dos clases de emociones: las unas dinámicas, que son las que nos impulsan a la reacción de reprimir el agravio; las otras adinámicas que nos producen una verdadera depresión moral. Las primeras constituyen el impulso de la ira, mientras que las segundas toman las formas del dolor. Si consideramos esto, vemos que desde el dolor no pasamos directamente al homicidio, sino que llegamos a él porque las emociones adinámicas se transforman misteriosamente en el espíritu del homicida, en dinámicas, desatando de esta manera las pasiones que constituyen el impulso de la cólera.

La diferencia, en mi entender, la da el Ministro Zanardelli en el informe con que acompañó su proyecto de código de 1883. Sostenía que ella estribaba en que la provocación exige una reacción inmediata, y en cambio en el justo dolor puede admitirse una reacción a largo plazo.

Veamos como nuestro código ha encarado este problema para apreciar el verdadero concepto de la responsabilidad.



\* \* \*

**Emoción violenta.** — Es una de las cuestiones más interesantes incorporadas a nuestro código por la Comisión del Senado. Ella cambia fundamentalmente el concepto del legislador para apreciar los crímenes pasionales, a fin de evitar su impunidad, que casi siempre se ha sostenido por los dramaturgos del sentimiento olvidando el verdadero principio social y científico de la represión.

En el término emoción violenta están comprendidos el homicidio por injurias ilícitas y graves, el del cónyuge, del descendiente, de la hermana y del cómplice sorprendidos en ilegítimo concubito, y varias otras clases de homicidios pasionales.

Veamos cuál ha sido el modo de resolver estos problemas en nuestra legislación anterior, para poder apreciar el verdadero alcance dado a la reforma introducida.

Anteriormente cualquier injuria, ofensa, insulto, era suficiente para calificar el homicidio. Basta leer la exposición de motivos del proyecto de 1891, que aceptó la ley 4189 reformadora del código de 1886, para convencerse de ello: "El código admite como atenuante una simple provocación con ofensas o injurias ilícitas y graves, fijando para el primer caso una pena de tres a seis años de presidio y para el segundo tres años de prisión. Dependiendo la importancia de la provocación en todos los casos de circunstancias especiales que deben librarse a la apreciación de los magistrados, es preferible que dentro de los límites amplios de la pena, éstos puedan determinar la que por su apreciación corresponda al caso". Proyecto de 1891, pág. 133.

En el concepto moderno la simple ofensa, el insulto, no es suficiente causa para la calificación del homicidio, desde que ésta se funda en el estado de obnubilación que produce la emoción ya que es un hecho indiscutible en psicología que perturba la inteligencia, altera los estados de conciencia disminuyendo en consecuencia la responsabilidad del sujeto.

En cuanto al homicidio por justo dolor siempre se ha tendido a proclamar su impunidad legal. Mientras la ley civil con un criterio conservador rechazaba el divorcio absoluto,





nuestra legislación penal proclamaba el divorcio de sangre. No de otra manera podemos calificar el hecho de autorizar al cónyuge ofendido a que se haga justicia por su propia mano, legalizando el homicidio.

En el Proyecto primitivo del doctor Tejedor se suprimió el homicidio pasional por justo dolor y se penaba de uno a tres años al cónyuge y a tres años al ascendiente, o hermano, cuando el hecho se producía en el momento del concubito ilegítimo. Parte 2ª Libro 1º, artículos 3, 4 y 5.

Posteriormente, en el Proyecto de Villegas, Ugarriza y García, se modificó el precepto legal; el artículo 93 inciso 11 autorizaba el homicidio al cónyuge siempre que su inconducta no hubiere provocado la infidelidad. Para en el caso de responsabilidad lo penaba con prisión menor. Art. 93, inciso 11, y art. 198. Pág. 36 y 87.

El código de 1886 autorizaba el homicidio al cónyuge y a los ascendientes y hermanos, art. 81, incisos 12 y 13.

El proyecto de 1891 también proclamó la irresponsabilidad del cónyuge, del ascendiente y del hermano, cuando se tratara de una menor de quince años. Art. 59 inc. 6 y 7. En el caso de responsabilidad lo reprimía de tres a diez años años de penitenciaría, art. 112, pág. 301 y 333.

La ley de reformas al código de 1886, registrada bajo el número 4189, inspirándose en el proyecto anterior, proclamó la irresponsabilidad del homicidio por justo dolor, art. 81 inc. 12 y 13, desde el momento que no reformó el código en esta parte. Fijaba también para el caso especial de represión de los ascendientes y hermanos la pena de tres a diez años de penitenciaría, art. 117.

El proyecto de 1906 lo reprimía con tres a seis años de prisión, pero dejaba al juez la facultad de absolver según las circunstancias particulares de la causa, art. 85.

Este era el criterio conque se encaró el homicidio por justo dolor, sosteniendo la legalidad del crimen al proclamar como dijimos el divorcio de sangre. Y el error se hace más palpable al exigir como única condición, el sorprender a la víctima en flagrante adulterio; y digo esto porque la ley daba pie con este requisito, para que el crimen se perpetrase con premeditación y alevosía ya que el propio cónyuge ofen-



dido podía preparar la celada para ejecutar su venganza y matar a traición amparándose en la disposición legal. Es un criterio absurdo e insostenible.

La política criminal de nuestra ley es fundamentalmente diversa; ella no justifica el homicidio en ningún caso, tan solo lo atenúa fundado en los motivos éticos que impulsaron al agente y cuando las circunstancias lo hicieran excusable. Veamos lo que dice la Comisión del Senado, al fundar la reforma: "Siguiendo al pie de la letra, aunque modificando la duración de la pena, al artículo 105 del Anteproyecto Suizo de 1916, hemos creído más justo y razonable establecer una regla general para el caso de homicidio por pasión, que puede ser aplicable, cuando las circunstancias lo hicieran excusable, a los que se encontrasen en las condiciones pre-indicadas. El inciso sería así menos casuista y podría abarcar otros casos de muerte dada en estado de emoción violenta".

"No admitamos la exención de pena que establece el inciso 3° del artículo 81, siguiendo al proyecto de 1906, que suprimió las eximentes consignadas en los incisos 12 y 13 del artículo 81 del código penal vigente, por el cual admitió que el juez la pudiera declarar, según las circunstancias particulares del hecho. Y no la admitimos, precisamente, por la misma razón, pero aplicando el principio lógico con justa inflexibilidad invocada por los autores de aquel proyecto para modificar las citadas disposiciones de la ley: por creer que, si bien puede explicarse la ejecución del delito en las circunstancias de referencia por la emoción violenta y debe reducirse, por consiguiente, la pena, dejando al juez el arbitrio de aplicar la de prisión o reclusión de acuerdo con las circunstancias particulares del hecho y los antecedentes del autor, no debe reconocerse el derecho de matar".

"En cambio, hemos dado al juez suficiente margen para que pueda aplicar un *mínimum* bajo, hasta de un año de prisión si lo creyese justo, y en vista de las circunstancias especiales en que se encontraron los autores de la muerte de otras personas indicadas en el inciso tercero del artículo 81. Pero también podría, según los casos, aplicar el *máximum* de tres años de prisión, o bien infligir la pena de reclusión de



tres a seis años''. Texto Oficial del código vigente, pág. 266 y 267.

El origen de la disposición legal que estudiamos, según el propio Informe de la Comisión que introdujo la reforma, lo encontramos en el artículo 105 del Anteproyecto Suizo de 1918. Luego, la verdadera fuente de interpretación, la más auténtica, la encontramos en las actas de la discusión parlamentaria; ella nos dará el verdadero significado del término emoción violenta y cuál es el rol que juega en la economía de nuestra ley.

“Artículo 105. Meurtre par passion. Si le delinquant a tiré qu'il était en proie a une emotion violente et que les circonstances rendaient excusable, il sera puni de la reclusion qusqu'a dix ans ou de l'imprisonnement de un a cinq ans”.

De las actas de las discusiones parlamentarias, que dieron origen a los términos definitivos del artículo, encontramos las mejores fuentes para su interpretación. La tesis triunfante fué la de Thorman, que sintetizó su pensamiento en la siguiente frase: “El factor de un privilegio para el enardecimiento pasional en el homicidio por pasión, no me parece admisible. Justamente por eso, nosotros no queremos acordar un privilegio a las muertes pasionales. Sus autores son, precisamente, muy peligrosos. Yo quisiera, en consecuencia, sentar el principio de la emoción justificada por las circunstancias, las que hacen aparecer el hecho como excusable por motivos éticos”.

Este es también el alcance de nuestra ley, que no justifica bajo ningún concepto el crimen pasional, reduciéndose tan solo a atenuar la responsabilidad criminal, cuando el hecho se ha producido bajo la crisis intensa de una emoción violenta, fundada en los motivos éticos que la hacen excusable.

Thorman al sintetizar su pensamiento negando cualquier privilegio a las muertes pasionales, considerándolos como delinquentes peligrosos y sólo admitiendo la atenuación en el caso de una emoción violenta, ha trazado una línea separando los dos estados de conciencia diferentes, entre la emoción y la pasión.

Diferencia que tiene precisada científicamente Enrico



Ferri: "La emoción es el contragolpe físico-psíquico momentáneo de un sentimiento provocado por una sensación, mientras que la pasión es lo mismo que la idea fija en el campo intelectual. La emoción es el estado agudo explosivo, la pasión es el estado crónico inmanente. Vale decir, cuando un delito es determinado por el amor o el honor ofendido, si esto sobreviene en la explosión momentánea de un raptus más o menos consciente, tenemos el propio tipo del delincuente emotivo; mientras que cuando el delito es la resultante de una pasión, que ha atravesado un proceso de premeditación, se tiene entonces el verdadero tipo del delincuente pasional. El delito emotivo es determinado por una descarga nerviosa de un huracán psicológico momentáneo, improvisado e imprevisto; el otro en cambio es la conclusión de toda una evolución de grados, de resistencias y de aberración".

He aquí las diferencias profundas de ambos estados de conciencia y que debe tener especialmente en cuenta el jurista para juzgar la responsabilidad. El uno, cuando el sujeto procede ante la descarga eléctrica de sus nervios, bajo el impulso de una emoción violenta, si bien la ley no justifica en ningún caso la acción, la conciencia social la atenúa ante los motivos éticos productores de la reacción. En el otro, cuando la idea de la venganza domina la conciencia del agente y fundado en el sentimiento del honor ultrajado atraviesa todo un proceso de premeditación, entonces la responsabilidad es plena, porque la voluntad antijurídica encargada de violar el precepto legal, lo hace aunque fundado también en los mismos sentimientos, con la conciencia clara de los hechos.

Luego, en el sistema de nuestro código la ley castiga siempre el homicidio por justo dolor, no lo justifica en ningún caso, reduciéndose tan solo a atenuar la responsabilidad del delincuente emotivo, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el suceso y los motivos éticos productores de una crisis afectiva intensa, que se traduce en una reacción inmediata agresiva.

El doctor Julio Herrera, en su obra "La Reforma Penal", sostiene brillantemente la responsabilidad del delincuente emotivo al criticar el proyecto de 1906, que dejaba la facultad



al juez para eximir de pena en circunstancias especiales. En nuestra legislación actual esas mismas circunstancias especiales que facultaban al juez para eximir de pena, hoy sirven tan solo para atenuar la responsabilidad del homicidio.

En el mismo sentido se pronuncian nuestros autores nacionales, y entre los modernos del viejo mundo podemos citar a Liszt, Prins, Crivellari, Rossi, Impallomeni, Carrara, Tissot, Pessina, Garraud y otros.

El doctor Juan P. Ramos, al estudiar el origen de nuestro artículo en las discusiones parlamentarias del Anteproyecto Suizo de 1916, condensa su pensamiento en ocho enunciados que considero una acertada guía para los jueces que tengan que apreciar el concepto de la emoción violenta. Ellos son:

- 1° No toda emoción califica el homicidio pasional.
- 2° Es menester que se haya cometido en un estado de emoción violenta.
- 3° El arrebató pasional debe coincidir con el acto delictuoso.
- 4° Este es, pues, una consecuencia inmediata de aquél, y, por ende, de su causa.
- 5° La causa debe responder a motivos éticos, para que las circunstancias del hecho sean excusables.
- 6° Son motivos éticos únicamente aquellos que mueven de una manera adecuada a una conciencia normal.
- 7° La ley no ha querido acordar un privilegio a las muertes pasionales.
- 8° Considera a los autores como muy peligrosos, pero encuentra que, en ciertos casos, puede atenuarse en su favor la pena del homicidio simple, cuando han obrado en razón de circunstancias excusables por motivos éticos. Ver Revista Penal, tomo 1°, pág. 163.

Este es el criterio que sostenemos sobre la emoción violenta, el mismo que ha aceptado la Comisión del Senado al proponer la reforma del artículo y el que deben aplicar los encargados de administrar justicia, si no se quiere correr el peligro de que, por un romántico mal entendido sentimentalismo, desvirtuemos en la práctica el concepto de nuestra ley.



¿Puede un sujeto en una crisis intensa de emoción llegar hasta la irresponsabilidad, como lo sostiene Alimena? Encierra esta pregunta dos contestaciones diferentes, afirmativa la una y negativa la otra, porque existen en su contenido dos problemas: uno jurídico y otro médico legal.

Tratándose de la emoción pura en el sujeto normal, la respuesta es negativa. Porque no es posible sostener la irresponsabilidad, desde que la emoción pura jamás puede someter al sujeto a la inconciencia plena que se necesita para proclamar su irresponsabilidad. La inteligencia puede perturbarse, pero nunca pierde su control y el acto aunque impulsado por la reacción moral es perfectamente voluntario.

Ahora, cuando la emoción es anormal, morbosa, la respuesta es afirmativa porque cambia fundamentalmente el problema. Puede el sujeto de una constitución enferma llegar hasta la inconciencia transitoria por medio de una emoción morbosa, obedeciendo a factores de orden patológico, pero ya no es el homicidio por justo dolor. Se trataría del caso de una perturbación de la inteligencia, producida por una inconciencia transitoria, originada en una emoción morbosa. Es decir se transformaría el problema jurídico en otro médico legal.

El doctor Jofré sostiene en su obra que los estados emotivos puros, no pueden por sí producir la inconciencia. Para llegar a ese estado, a la emoción intensa tenemos que agregarle otro factor patológico, que el perito tendría que demostrar en cada caso para afirmar el estado de inconciencia emotiva; y estaríamos en consecuencia frente a la disposición del artículo 34 inciso 1º.

El doctor Nerio Rojas, en su obra "Lesiones", sostiene que la emoción morbosa puede ser causa de una inconciencia transitoria y con Kraff Ebing, citado por Julio Herrera en la Reforma Penal: "estudia estos procesos con el nombre de estados de inconciencia patológicos, caracterizados por su fugacidad y gravedad de alteración de inconciencia y amnesia consecutiva. En este grupo al lado de la ebriedad, sonambulismo, manía transitoria, etc., figura la inconciencia de los estados pasionales patológicos en individuos débiles, intoxicados o nerviosos. Tanzi, también acepta la realidad de



esos momentos de inconsciencia con amnesia, bajo la acción de un pánico loco o de un ímpetu de ira salvaje”. Obra citada, pág. 29.

Pero, como dejamos dicho, saldríamos de la cuestión; ya no sería el homicidio por justo dolor, ni por emoción violenta; nada tendrían que ver los motivos éticos que impulsaron al agente, sino sería la demostración de una inconsciencia transitoria, producida por un factor patológico cualquiera. Es decir no estaríamos frente a un problema jurídico sino a un caso médico legal.

\* \* \*

**Homicidio preterintencional.** — b) Al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud producir la muerte de alguna persona cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

\* \* \*

Al explicar el concepto del homicidio al principio de esta obra, nos referimos al dolo como un elemento fundamental del delito. Dijimos que, en la doctrina, se podía presentar bajo tres aspectos: determinado, indeterminado y eventual. Este tercer aspecto del dolo, el eventual, que se caracteriza por la desproporción entre el efecto y la volición, por haber ésta sobrepasado el deseo del agente, es el que identifica el homicidio preterintencional u homicidio con exceso en el fin.

Podríamos definirlo como la muerte ocasionada a consecuencia de la lesión, cuyo efecto aunque ha podido entrar en la previsión del agente, no ha sido prevista ni deseada por éste. Como se ve, sus caracteres son los mismos que el del homicidio culposo, ya que el dolo indirecto o eventual está colocado como una frontera indefinida entre la intención y la culpa.

Jiménez de Asúa, acepta la fórmula de Frank, quien sostiene: “hay dolo eventual en caso de representación del resultado como posible, si la convicción de la producción necesaria del resultado no hubiera impedido al autor la comisión del acto”.



Lo que en realidad diferencia el homicidio culposo del preterintencional, es que éste resulta siempre la consecuencia de un ataque a la integridad personal, característica que no registra el homicidio por imprudencia desde que el hecho culposo o imprevisto no resulta un atentado dirigido contra la persona. Es necesario fijar bien este concepto diferencial entre ambos delitos, para poder distinguirlo con certeza en la práctica.

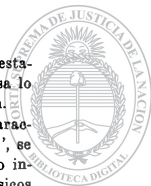
Irureta Goyena nos trae tres ejemplos de la jurisprudencia extranjera, que nos ilustran y demuestran la importancia del concepto diferencial. En el primero se trata de un sujeto que da un empuellón a otro con el objeto de alejarlo de sí y el empujado cae al suelo, pega con la cabeza en el pavimento, y muere a consecuencia del golpe. La Casación Italiana, en una sentencia del año 1889, reputó como homicidio culposo y no preterintencional este hecho, porque no había mediado aquí de parte del delincuente la intención de atacar la integridad personal de su víctima, sino de alejar de sí a la misma.

En el segundo nos dice de un padre que con el objeto de hacer callar a una criatura que lloraba la acarició primero y después, en vista de la ineficacia de los medios empleados y por vía de castigo, le dió un golpe con la mano en la cara con tal desgracia que ocasiona la muerte de la criatura. La Casación de Nápoles sostuvo que se trataba de un homicidio por imprudencia, porque el padre que tenía derecho de corregir a su hijo, lo había hecho "animus corrigendi" y no por atentar contra la integridad física del mismo.

En el tercero relata el caso de una mujer que se vió asediada por un pretendiente a la orilla de un canal; con el objeto de librarse de él y también con el propósito de inferirle un daño por su osadía, le dió un empujón que lo arrojó al agua, donde pereció ahogado. La Casación Italiana sostuvo que se trataba de un homicidio preterintencional, desde que la intención de dañar, de atacar, en una palabra, la integridad personal, existía en el presente caso aunque fuera en forma vaga e imprecisa. Obra citada, pág. 76 y 77.

Hay que fijar también la diferencia que existe entre el dolo eventual, que caracteriza el homicidio preterintencional,





con la concausa propiamente dicha, desde que el uno establece la intención del agente, mientras que en la concausa lo que establece el perito es la intensidad letal de la lesión.

Constituyendo este delito una figura criminal con características propias, en donde el dolo, el "animus necandi", se presenta deformado por decirlo así, en una forma vaga o indirecta, debilitando si se quiere uno de los elementos básicos que caracterizan el homicidio, en cualquier modalidad de éste que aparezca el fenómeno, ya sea en el simple o en el calificado, cuando el efecto ha sobrepasado el deseo, debemos aceptar la calificación de la ultraintención.

Esta es la doctrina del código italiano y ésta debe ser también la nuestra, cuya fuente original ha sido aquélla. Por otra parte, como veremos en seguida, así también lo establece el informe del proyecto de 1891, de donde ha sido tomado el artículo.

La ultraintención en el homicidio no figuraba en el código de Tejedor, ni tampoco en el código de 1886. El hecho se consideraba entonces como un homicidio simple; si bien la falta de propósito constituía un atenuante, no llegaba a calificar el homicidio.

Fué el proyecto de 1891 quien introdujo el nuevo calificativo, manifestando en su exposición de motivos las razones de su reforma en los siguientes términos: "El homicidio causado con dolo indeterminado, o sea el homicidio simple del art. 196 del código de Tejedor, no se encuentra especialmente distinguido en el código vigente, pero podría en su caso, pensarse como homicidio con una circunstancia atenuante, la de no haber tenido intención de causar todo el mal producido. Es preferible mantener una disposición especial sobre este caso tan importante y con tanta frecuencia sometido a los Tribunales. Así lo consignan los códigos conque concuerda este artículo".

"Si respecto de los casos enumerados en el artículo 111, media una razón de la agravación de la pena fundada en la calidad o números de las víctimas o en los medios brutales de ejecución del hecho, debe mediar una relativa atenuación de la pena cuando en aquellos casos concurren las circuns-



tancias enumeradas en el art. 112 incisos 1° y 2°. A esto provee el artículo 113". Proyecto de 1891, pág. 133 y 134.

La ley de Reformas 4189 introdujo en la legislación el precepto legal que estudiamos, tomando al pie de la letra del proyecto de 1891 la redacción del artículo 17 inciso 4° d) "al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, causare la muerte de alguna persona". El proyecto de 1906, en el artículo 85 inciso 4° contiene la misma disposición con el solo cambio de la palabra produjere, por causare, que, como se ve, no altera el significado del artículo.

El legislador, al incorporar definitivamente el precepto en el código vigente, lo hizo con el agregado de que: "el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte". Este agregado explicativo vino a resolver una dificultad que se presenta casi siempre en la práctica.

No basta que el agente sostenga la falta de intención, sinó que es necesario que los medios empleados concuerden con esta manifestación, es decir que razonablemente no sean medios mortíferos.

Impallomeni sostiene que en la práctica de la legislación italiana, siempre que la muerte sea de fácil previsión, el juez interpreta que ha sido prevista y querida, desviando la calificación al homicidio simple con dolo indeterminado. Pero Alimena lo combate razonando que una cosa es que sea de fácil previsión y otra muy distinta es que haya sido prevista.

Entre nosotros el agregado impuesto por la comisión de la Cámara de Diputados, viene a resolver la cuestión de la intención, considerando los medios empleados como una demostración de la voluntad intelectual. De esta manera, quien esgrime un arma capaz de producir la muerte no puede alegar en su descargo la falta de intención.

Pero tampoco debemos aceptar este agregado con un criterio absoluto, pues aunque el arma empleada sea de carácter mortífero, siempre que se demuestre que el efecto ha sobrepasado al deseo, debe admitirse el homicidio preterintencional.

El caso más típico en esta clase de homicidio es el del boxeador que deja tendido a su enemigo. El sujeto ha obra-



do con toda intención, poniendo en práctica todos los conocimientos científicos y toda la fuerza de sus puños con el propósito de poner fuera de combate a su adversario. Nadie se atreverá a sostener sin embargo la existencia de la intención criminal, del dolo especial, desde que lo corriente y ordinario es que un golpe de puño no destruye la existencia; sólo puede producirse el hecho en casos excepcionales. Corresponde, en consecuencia, la estricta aplicación del artículo.

Tal es el alcance de la disposición: los medios empleados son los que deben orientar al magistrado para apreciar la intención del agente. De esta manera se aclaran las dudas, se simplifica la apreciación intelectual, evitando así falsas y erróneas interpretaciones.

\* \* \*

**El infanticidio.** — 2° Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años, a la madre que, para ocultar su deshonor, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre, cometieren el mismo delito en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso 1° de este artículo.

\* \* \*

Casi todas las legislaciones hacen del infanticidio un delito especial. Entrando a considerar este delito, ha habido una desorientación bien marcada en los primeros tiempos, desde la impunidad que lo consagró como un derecho, hasta la pena máxima que lo elevó a la categoría del homicidio simple y del paricidio impropio.

La tendencia bien orientada de hacer del homicidio del infante un delito de individualidad propia, es más reciente. En las legislaciones rudimentarias no se encuentran bien delineados los fundamentos del delito; vale decir que no sabemos a ciencia cierta, si fueron motivos de la índole del hecho, de protección al recién nacido o de consideración a la madre



cuyo alumbramiento publicaba su deshonra, los que se tuvieron en cuenta.

Lo más aceptable era que la ciencia penal estaba en su infancia y no se preocupaba de estudiar el fenómeno. Los legisladores de aquella época observaban el sacrificio de muchos niños por sus progenitores, notaban que era más generalizado el mal entre las madres y reprimieron el hecho sin preocuparse mayormente de las causas originarias, ni de la transcendencia del fenómeno social.

Si penetramos en los tiempos de la edad media, vemos que no podía ser el propósito de la disminución de la responsabilidad criminal la pérdida de la pública reputación de la madre, con solo considerar los hijos naturales de los reyes y magnates, que han hecho figura en la historia ocupando altas dignidades no sólo civiles, sino también eclesiásticas.

Fué en la Francia del siglo XVI, donde se reconoció la deshonra de la madre como la influencia básica de la gestación del delito, desde que el alumbramiento ilegítimo la hacía pública. Fundado en este principio de moral, en defensa de la honra de la mujer en su caída, evitando el escándalo social, fué que se dió una individualidad propia a este delito.

Con este concepto definido, que se basa en un principio de moral, entra el infanticidio bajo el imperio de la legislación moderna.

• • •

El doctor Tejedor, en su proyecto de código penal, lo define como la muerte de un recién nacido que no tenga tres días completos. Sindica como posibles autores del delito a la madre y abuelos maternos, reprimiéndolo con prisión de dos y tres años.

El proyecto de los doctores Villegas, Ugarriza y García, modificó el proyecto anterior suprimiendo a los abuelos maternos como posibles autores y dejando sólo la disculpa para la madre, reprimiéndola con la pena de penitenciaría mayor.

El código de 1886 adoptó el sistema del proyecto del



doctor Tejedor, modificando sólo la represión, la que fijaba de tres a seis años de penitenciaría.

La ley 4189, inspirándose en el proyecto de 1891, del cual tomó el artículo, introdujo una reforma fundamental al infanticidio al involucrar en la disculpa de la madre, a los padres, hermanos, marido e hijos, siempre que el móvil del hecho fuera ocultar la deshonra. La represión era de tres a diez años de penitenciaría.

El proyecto de 1906 aceptó el sistema de la ley de reformas, reduciendo únicamente la penalidad, que fijó en tres a seis años de prisión.

Este es el cuadro con las diferentes transformaciones que ha sufrido el infanticidio en nuestra legislación. Veamos los fundamentos del doctor Tejedor que, en mi entender, han orientado de una manera clara el concepto del delito, para estudiar después la institución tal como está legislada en el código vigente.

\* \* \*

La disposición fué inspirada en el artículo 300 del código francés, exigiendo tres condiciones para la existencia del delito: 1° Voluntad de matar. 2° Que la criatura nazca viva, porque si hubiera nacido muerta, el homicidio resulta imposible. 3° Que sea recién nacida, porque si hubiera perdido esta calidad, no habría infanticidio sinó homicidio.

\* \* \*

La primera condición o sea la intención de matar es esencial al delito, desde que el principio de la responsabilidad se funda precisamente en esta decisión. La falta de cuidado, los malos tratos, cuando no llevan en sí el designio de atacar contra la vida del infante, pueden constituir un hecho reprochable para una madre desnaturalizada, pero no implicarían precisamente el pensamiento criminal de donde emana la responsabilidad.

La voluntad criminal ofrece cierta dificultad en el infanticidio. En el homicidio simple la sola presencia del cadáver ante el victimario es un índice incuestionable de responsabilidad y éste debe explicar su situación.



En el infanticidio no, desde que la ocultación del embrazo, el parto clandestino, la presencia del cadáver, no constituyen más que vagos indicios de culpabilidad; porque todos estos hechos que cualquiera pudiera calificar como anormales, no son más que una lógica deducción como consecuencia del alumbramiento ilegítimo.

Hay que probar que el infante nació con vida y que la muerte se ha producido por actos directos o indirectos, que implican una decisión de la madre. Por cuanto si ha sido producto de una negligencia culpable, no habría infanticidio sinó homicidio por imprudencia.

• • •

La segunda condición de que la criatura nazca con vida es otro de los elementos que constituyen el delito, desde que si hubiera nacido muerta, se considera como si nunca hubiese existido, por lo que la ley no podía prodigar ninguna clase de garantía al sujeto del derecho cuando no existe.

El requisito de viabilidad en la criatura, que tuvo la virtud de dividir a los tratadistas, no representa para nuestra ley ninguna dificultad, desde que ésta resuelve el problema en forma que no deja lugar a dudas.

El código civil, al tratar sobre la existencia de las personas, considera que éstas existen desde la concepción en el seno materno y son capaces de adquirir derechos con la sola condición de que nazcan con vida. Luego; si antes del nacimiento son considerados personas, si en el seno materno constituyen ya el ente jurídico sujeto del derecho, con la sola condición de que nazcan con vida, el atentado contra un recién nacido, por corta que sea su existencia, constituye el delito de infanticidio.

No exige la ley un minimum de existencia; basta un solo signo de vitalidad en el recién nacido, para que la ley vea en el atentado un delito, porque nadie tiene derecho de abreviar la existencia de un ser humano, por pequeño que sea.

La teoría de que el niño debe nacer viable para dar existencia al delito es un resabio de las viejas legislaciones, que ya no tiene aplicación en nuestros tiempos. El niño que no nacía viable no existía a los ojos de la ley; por esto se per-



mitía el homicidio en las criaturas defectuosas y débiles. Pero este principio está en pugna con lo que sostiene nuestro código civil al legislar sobre la existencia de las personas, las cuales se consideran como entes de derecho desde la concepción en el seno materno, con la única condición de que nazcan con vida, como lo hemos sostenido anteriormente.

\* \* \*

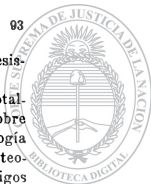
La tercera condición es que la víctima sea una criatura recién nacida. ¿Qué debemos entender por recién nacido? La ley francesa guarda silencio al respecto. El código de Nápoles, art. 347, considera infanticidio el homicidio en la persona de un recién nacido que no está bautizado, ni inscripto en el Registro Civil.

El código austriaco, art. 122, considera infanticidio la muerte dada en el preciso momento del nacimiento. Por otra parte nuestra legislación, siguiendo a la de Baviera, art. 159, y a la española, art. 336, resuelve el problema fijando el plazo de tres días, dentro de los cuales está comprendido el concepto del recién nacido.

Es condición fundamental, para la atenuación de la pena, que el móvil del hecho sea ocultar la deshonra de la madre, porque en esto precisamente se funda la ley para otorgar la disculpa.

Pacheco no está conforme y critica la disposición del código español, tomo 3 pág. 35.

Bentham, por el contrario, al sostener su teoría sobre la humanización de las penas, acepta la disculpa de la ley. Dice el comentario oficial del Proyecto del doctor Tejedor pág. 260: "La pena de muerte por el infanticidio cometido por la madre, es la violación más manifiesta de la humanidad, ¿por qué?, ¿qué proporción hay entre el mal del delito y el mal de la pena? La muerte de un hombre que ha dejado de existir antes de haber conocido la existencia, sólo puede causar sentimiento a la persona misma, que por pudor o compasión no quiso que se prolongase una vida empezada bajo tristes auspicios, y la pena es un suplicio bárbaro y afrentoso impuesto a una madre desgraciada y ciega por la desespera-



ción que casi a nadie ha hecho mal sinó a sí misma, resistiendo el más dulce instinto de la naturaleza”.

“La ciencia nueva, dice Boeresco, se ha separado totalmente de estas ideas. El progreso del derecho penal sobre la apreciación de la imputabilidad y los datos de la fisiología han conducido por lo que respecta al infanticidio a una teoría justa e ingeniosa, que está en vigor en los nuevos códigos de Europa. En cuanto al padre no hay distinción que hacer. Ya cometa la muerte de su hijo, o de cualquiera otra persona, desde que hay premeditación hay asesinato. Pero respecto a la madre, es preciso distinguir si es legítimo o ilegítimo, si es recién nacido y ha nacido viable o no. Si el hijo es legítimo ¿qué razón ha podido impeler a la madre a matarlo? ¿Tenía vergüenza del fruto de su matrimonio? ¿Se ha visto forzada a ocultar su hijo a la sociedad o a su familia? No, se ha contestado en general y se ha señalado contra este hecho la pena del homicidio. Pero cuando se trata de un hijo natural la situación cambia. La madre forzada a ocultar su embarazo y sustraer de todas las miradas su propio hijo, piensa ante todo en su honor... Pero la ley prescribe al mismo tiempo el respeto a la vida de un ser inocente. Colocada entre estos dos deberes opuestos ¿qué hacer? ¿Sacrificará la ley a la opinión pública o ésta a la ley?... En esta lucha tiene lugar la muerte de la criatura. Sin duda a los ojos de la moral esta mujer es muy culpable. Pero la ley social no debe tenerle en cuenta su posición, sus luchas interiores, los motivos que le hacen cometer el crimen, la debilidad misma de su sexo? Sí, responde la ciencia racional, en este caso, el homicidio no puede semejarse a cualquier otro homicidio voluntario. La pena que haya de imponerse tiene que ser menor”.

Dejando estudiadas las razones con que el doctor Tejedor fundaba el delito de infanticidio y que son las que han dominado la materia desde que el concepto fundamental es el mismo, pasemos a ocuparnos de nuestra ley actual.

\* \* \*

En el código vigente, al legislar sobre el infanticidio, se introducen dos reformas fundamentales, una en cuanto





a la penalidad y otra en cuanto al plazo en que debe cometerse el delito, modificando el de tres días no completo que fijaba la anterior.

Para mejor orientación leamos el informe de la Comisión, texto oficial pág. 267: "En lo relativo al infanticidio, introducimos dos modificaciones, por la primera reducimos la pena de reclusión o prisión por tres a seis años, señalada en el artículo 81, a reclusión de uno a tres años o prisión de seis meses a dos años; y por la segunda establecemos que la aplicación de esa pena será la que corresponda, no solo en el caso de la muerte del hijo por la madre durante el nacimiento o hasta tres días después, sino también "mientras se encuentre bajo la influencia del estado puerperal" como es justo y como lo dispone el artículo 108 del Anteproyecto Suizo de 1916".

"La misma pena se aplicará a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonor de su hija, hermana, esposa o madre, matase al hijo de ésta. El inciso 2º del artículo 81 del proyecto en revisión les aplica la pena de reclusión o prisión por tres a seis años, pero nosotros la reducimos, exigiendo en cambio, para que proceda la aplicación de la pena indicada en el apartado 2º del artículo 81, que los padres, hermanos, marido e hijos, se encuentren en las circunstancias indicadas en la letra a) del inciso primero del mismo artículo, es decir en un estado de emoción violenta que las circunstancias hacían excusable".

• • •

La primera observación que formulamos al artículo es el error que se ha deslizado al establecer como pena para el infanticidio, la de reclusión hasta tres años sin fijar un *mínimum*. Si bien la Comisión de códigos del Senado en el informe transcripto, manifiesta en su texto que la pena de reclusión la establece de uno a tres años, lo cierto es que este *mínimum* no figura en el texto de la ley.

Tal omisión no podía considerarse como un error, porque en el proyecto que le sirvió de base existía el agregado al artículo 6º, que establecía el término de un año como *mínimum* para la reclusión temporal. Pero la Cámara de



Diputados, al sancionar el código de 1921, no aceptó la disposición del art. 6º que establecía en forma general el *mínimum* de la reclusión; por esta razón la reclusión en el delito de infanticidio carece de *mínimum*. Resulta entonces que puede aplicarse para el delito de infanticidio, de acuerdo al texto de la ley, desde un día hasta tres años de reclusión y en cambio no puede aplicarse menos de seis meses de prisión, que es la pena más benigna; y esto resulta un *contrasentido*, un olvido imperdonable, que puede ser remediado por el juez salvando la lógica de la ley.

Percatándose de ello hoy la ley de Fe de erratas, lo ha salvado.

• • •

La reforma fundamental introducida por la Comisión del Senado reemplazando el plazo de tres días que fijaba el proyecto, por el término de la duración del estado puerperal, es digna de estudio. La creo innecesaria e ilógica. En mi entender ha resultado peor la enmienda que el soneto.

Estudiemos el concepto del delito de infanticidio tanto en el código como en el anteproyecto suizo de 1916, para llegar a la conclusión de que ambas legislaciones siguen un sistema distinto, que se orientan en diferentes ideologías, de donde resulta que el injerto puesto por la Comisión del Senado en el Código Argentino, lejos de ser un beneficio, es un inconveniente grave de salvar para el magistrado que tiene que aplicarlo en la práctica.

El proyecto suizo de 1916, de donde ha sido tomado el agregado de marras, dice en su artículo 108: "La mère qui aura intentionnellement tué son enfant pendant l'accouchement ou alors qu'elles se trouvait encore sous l'influence de l'état puerperal, sera punie jusqu'à trois ans ou de l'emprisonnement pour six mois au moins".

Para la legislación suiza, el delito de infanticidio lo comete tan solo la madre que mata a su hijo durante la influencia del estado puerperal; para nada tiene en cuenta el móvil del hecho, el honor de la madre, ni el interés de los parientes. Basta que el hecho se desarrolle bajo las anomalías de un estado puerperal para que se clasifique el delito



como infanticidio, sin tener en cuenta ni la honestidad de la madre, ni la calidad del hijo. La ley contempla sólo el estado fisiológico de la parturienta, de aquí que tanto puede ser autora del delito una mujer honesta, como una prostituta.

¡Cuán diferente es el concepto de este delito para nuestra legislación! Siguiendo la doctrina del viejo código español funda nuestra ley la calificación del infanticidio en el móvil de ocultar la deshonra, sin apreciar el estado fisiológico de la parturienta.

Como bien sostiene el doctor Juan P. Ramos, en el trabajo publicado en la Revista Penal, sobre el infanticidio, al criticar el agregado “mientras dure la influencia del estado puerperal” injertado en el artículo 81, este delito puede ser considerado por la ley penal bajo diversos puntos de vista:

- A) Como un homicidio calificado de grave.
- B) Como un delito especial, diferente del homicidio simple y reprimido con penas menos severas.
- C) Como un delito que sólo puede ser cometido por la madre.
- D) Como un delito que puede ser cometido además de por la madre, por todos los que tengan un interés legítimo sobre ésta.
- E) Como un delito que comete la madre por razones psicológicas.
- F) Como un delito que ella comete por razones fisiológicas.

Nuestra ley lo considera bajo el aspecto de la letra E) fundada en las razones psicológicas que ha tenido el agente para cometer el hecho; en cambio el Anteproyecto Suizo lo contempla bajo el aspecto de la letra F), fundado en las razones fisiológicas.

El sistema argentino contempla especialmente el móvil del hecho, la angustia de la madre ante la publicidad de su deshonra, que no ve otra solución a su situación que la eliminación criminal del hijo que acaba de dar a luz.

La honestidad de la mujer, que se pretende salvar, constituye el elemento fundamental del delito; por eso la mujer de vida licenciosa, que nada tiene que ocultar, no puede invocar la atenuación legal. Si el embarazo ha sido público, aunque la mujer sea honesta, no hay razón del ocultamiento



del parto y en este caso tampoco puede invocar la disculpa de la atenuación legal.

¿Contempla la ley la situación de la mujer casada en el delito de infanticidio? Creo que sí porque puede darse el caso de la ocultación del parto en el matrimonio.

Si bien sabemos que la ley supone concebidos durante el matrimonio los hijos que nacieren después de los ciento ochenta días del matrimonio válido o putativo de la madre, y los póstumos que nacieren dentro de los trescientos días del fallecimiento del esposo, puede darse el caso de que el hijo sea producto de un adulterio en ausencia del marido y entonces la presunción legal no resuelve el problema y existiría la razón del ocultamiento del parto para evitar el escándalo social y mantener la tranquilidad en el matrimonio.

Creo que este caso está comprendido en la situación legal que estudiamos, porque tan respetable debe ser para la ley la honra de una mujer soltera, como el buen nombre de una esposa que se arrepiente de su falta y pretende ocultar su adulterio.

La situación de la viuda honesta está equiparada a la de la mujer soltera.

El sacrificio del hijo legítimo no puede constituir el delito de infanticidio; resulta un homicidio calificado.

• •

El ante-proyecto suizo sigue el sistema de la letra (F) que se funda en las razones fisiológicas que puede invocar la parturienta mientras esté sometida bajo el estado puerperal.

Estas razones la forman el conjunto de trastornos y anomalías de carácter físico-moral que puede producir en una mujer su estado de embarazo.

Sabido es que en ciertos casos el estado mental de la parturienta se altera con facilidad y la madre es presa de una psicosis, anomalías pasajeras que engendran impulsiones homicidas, verdaderos estados anormales que en medicina se ha dado en llamar locura puerperal.

Si bien se trata de estados anormales pasajeros, aceptados por algunos autores de medicina legal y negada su exis-



tencia por otros, cuando el hecho se produce en ese estado bajo la impulsión homicida de la madre es cuando debe calificarse el homicidio como infanticidio.

Como podemos apreciar, se trata de dos sistemas distintos, que involucran dos doctrinas antagónicas. Se puede legislar el delito de infanticidio siguiendo o bien un sistema o bien otro, pero aceptar los dos juntos como ha hecho la Comisión del Senado al introducir la reforma del artículo, es ilógico y anticientífico. Pues mientras uno exige para la existencia del delito que el hecho se haya cometido en pleno estado normal y sólo con el móvil de ocultar la deshonra, el otro exige que el hecho se haya perpetrado en un estado anormal producido por la influencia del estado puerperal.

\* \* \*

¿En qué consiste el estado puerperal que invoca la ley para atenuar la responsabilidad en el infanticidio? El problema que plantea la pregunta no está definitivamente resuelto. Hay divergencias de opiniones entre los mismos tratadistas; unos aceptan las anomalías y los trastornos psíquicos en las parturientas que pueden engendrar verdaderas impulsiones homicidas, mientras que otros niegan terminantemente la existencia del fenómeno.

El doctor Juan P. Ramos, en el trabajo citado, nos trae varias opiniones científicas sobre la existencia de la locura puerperal, a fin de demostrarnos la desorientación evidente que reina sobre el estado mental de las parturientas.

Brouardel en su obra "L'infanticide", pág. 162, afirma: "En realidad jamás en un hospital o en una clínica privada, es decir cuando el parto no presenta nada de clandestino, un médico ha citado un caso de estos accesos de delirio homicida".

Lacassagne, en su obra "Précis de Médecine Légale", pág. 822, dice: "Muy a menudo la mujer pretende haber perdido toda posesión de sí misma y manifiesta haber muerto a su hijo en un acceso pasajero de delirio o locura. Sin embargo no hay nada más raro que estos accesos. Stolz no ha observado un solo caso de locura o delirio en el momento del parto. La acción de éste, dice Tardieu, puede turbar en



verdad los sentimientos y las afecciones de la mujer, pero no la coloca por eso bajo la influencia de una locura impulsiva; sostener lo contrario significaría confundir la excitación nerviosa con el delirio y la locura. En 300 casos de infanticidio, no ha visto jamás uno solo en que una mujer se haya visto presa de un furor homicida y transitorio y haya dado muerte a su hijo”.

Regis, en su obra “*Précis de Psychiatrie*”, pág. 640, expresa: “La psicosis puerperal puede aparecer en un momento cualquiera del período subsiguiente al parto, sea inmediatamente después de éste, lo que es raro, sea, lo que es más frecuente, en la primera y en la segunda semana. El máximo de frecuencia parece ser del sexto al décimo día”.

R. von Krafft Ebing en su obra “*Medicine Légale des Aliénés*”, pág. 508, afirma: “Los estados de inconsciencia patológica en las mujeres parturientas o recién paridas no son raros, como resulta de los hechos recogidos. Tienen un gran valor médico legal, a causa del peligro del infanticidio en estos estados de excepción y son algunas veces de difícil investigación a causa de su corta duración y de la circunstancia que hacen que se produzcan fuera de todo testimonio ocular (parto clandestino).”

Eliseo Cantón y José Ingenieros, en su obra sobre locura del embarazo, tomo 2º pág. 551, dicen: “La psicosis post partum o del puerperio propiamente dicho son frecuentes. Aparecen a los dos meses consecutivos del parto, principalmente en el primero. No olvidemos pues que las llamadas locuras puerperales no constituyen entidades nosológicas, representando síndromas diversos que sólo tienen de común la causa especial que provoca su aparición. Gilbert Ballet, en el magnífico tratado de patología mental que acaba de publicar emite análogo parecer e insiste sobre este punto. “La locura puerperal, dice, lejos de ser una entidad nosográfica está constituida, algunas veces, por delirios toxi-infecciosos; otras veces, por delirio de origen auto-tóxico (hepático o renal); en ciertos casos por crisis melancólicas o maniáticas cuya patogenia se nos escapa; y en otros, por psicosis constitucionales cuyo estallido es singularmente propiciado por el estado puerperal”.

Faustino J. Trongé, en su obra, “La Obstetricia en sus



JUAN F. GONZALEZ



Relaciones con la medicina legal", tomo 1º pág. 363: "Estas psicosis, ya sea que aparezcan durante la preñez, o durante el trabajo del parto o bien durante el puerperio, y hasta durante la lactación, no presentan ni una sintomatología, ni una evolución, ni una patogenia que permitan clasificarlas como una entidad mórbida. Por eso cuando leo que los autores de obstetricia o de medicina legal, al referirse al estado mental de la mujer embarazada o puerpera, ponen al frente del capítulo respectivo, "Locura puerperal", me pregunto: ¿qué clase de locura es ésta? Busco y por más que leo, no encuentro la entidad mórbida. Porque para aceptar la locura puerperal, deberíamos también aceptar la locura de la fiebre tifoidea, de la viruela, de la neumonía, de la escarlatina, de la infección puerperal, etc., en fin, estaríamos en el caso de tener que aceptar una locura para cada intoxicación que hiciera delirar a la enferma, clasificando la enfermedad no por los síntomas mentales que presenta la enferma, sino por el origen de la intoxicación que ha dado lugar a que se produzca el delirio, sin tener en cuenta para nada su tara más o menos cargada. Y esto los psiquiatras no lo admiten así".

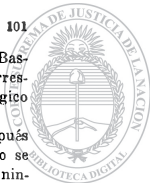
Vemos, entonces, después de leer las diversas opiniones de los tratadistas citados, que la locura puerperal no es un problema definitivamente resuelto por la ciencia, desde que algunos lo aceptan, negándolo otros. Lo único que podemos admitir como algo real, es la existencia del fenómeno en casos verdaderamente excepcionales; pero lo lógico, lo natural, lo real, es que no existe en el parto normal.

De aquí el peligro que se traduce en un error, el de fundar el delito de infanticidio en la existencia problemática de ese estado anormal; por esto afirmo que nuestra ley no ha ganado nada con la reforma introducida.

\* \* \*

De acuerdo al texto del artículo que, a pesar del contrasentido que encierra como lo hemos demostrado, está sancionado como precepto legal de represión, puede presentarse el delito durante o después del alumbramiento.

En el primer caso, cuando el infanticidio se comete du-



rante el parto, el problema resulta de sencilla solución. Basta probar el móvil de ocultar la deshonra para que corresponda aplicarse la pena especial, ya que el factor fisiológico está de hecho probado.

La dificultad surge si el infanticidio se comete después del alumbramiento, desde que la ley exige que el delito se cometa bajo la influencia del estado puerperal, sin fijar ningún plazo.

¿Cómo probar este estado? Pregunta que se torna irrespondible cuando el delito cometido a los pocos días del parto se descubre al año. ¿Qué hace el juez con la constatación del móvil para ocultar la deshonra, si le falta el factor fisiológico de la psicosis puerperal para calificar el delito de infanticidio? Como vemos, son éstos problemas que no están resueltos por los preceptos de nuestra ley y es entonces la jurisprudencia que, en el terreno ineludible del derecho positivo, tendrá que resolverlo.

\* \* \*

Ahora, cuando el delito se comete por los parientes de la mujer, la ley exige además del móvil de ocultar la deshonra que el hecho se cometa en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable. Es ésta otra modificación contraproducente que en la práctica se prestará a graves errores.

Un ejemplo nos demostrará lo que afirmo de una manera irrefutable: Una mujer soltera y honesta, tiene en el campo un hijo. El padre, a los dos o tres meses del alumbramiento, al visitarla, se entera de la nueva que por otra parte no era un hecho público, y en un estado de emoción violenta que las circunstancias hacen excusable ante la deshonra de su hija y con el móvil de ocultarla mata a la criatura. ¿Qué hace un juez en este caso? ¿Cómo califica el delito? ¿Puede matarse impunemente a un niño de dos meses con el solo propósito de ocultar la deshonra de la madre?

Habría aquí un infanticidio de acuerdo con las disposiciones de la ley; pero habría también un homicidio de acuerdo con la conciencia, con la lógica, y con los preceptos legislativos de todas las naciones del mundo civilizado.





Todas estas dificultades surgen del retiro del plazo fatal de tres días que fijaba nuestra legislación anterior. Modificación contraproducente que se ha introducido no por una cuestión doctrinaria, sino seducido el legislador por la novedad del Anteproyecto suizo. Es tan palpable el error, que el mismo legislador, en el delito de abandono de persona (artículo 107), deja subsistente el viejo criterio de los tres días y el móvil de ocultar la deshonra para la constitución del delito. Plazo éste que ha sido suprimido en el infanticidio.

Entiendo que el clásico y tradicional sistema seguido por nuestra ley al legislar el delito de infanticidio es superior al vigente. La lógica impera en sus preceptos y está basado en las razones psicológicas que impulsan al agente en el momento de proceder, las cuales deben engendrar los hechos en un plazo de tres días para que quepa la atenuación legal.

El agregado del factor fisiológico de la psicosis puerperal lo considero contraproducente y esta reforma que en nada beneficia a la comprensión y aplicación del código, está irremisiblemente condenada a desaparecer en la primera revisión del mismo.



## JURISPRUDENCIA

**Emoción violenta.** — No debe prosperar ni la legítima defensa, ni el exceso, cuando el agente aceptó el desafío; pero si hubo en el caso injurias graves que precedieron al desafío, debe calificarse el homicidio como perpetrado en estado de emoción violenta y condenarse a dos años de prisión, en forma condicional. Caso: Domingo Cherasco, homicidio de Juan Morales. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 15 al folio 214, y con fecha 3 de Febrero de 1923. Nota marginal: La Sala del segundo turno, con fecha 5 de Junio de 1924, confirmó esta sentencia.

**Emoción violenta.** — No siendo peligroso el ataque, no puede prosperar la legítima defensa, pero si el agente obró ante la agresión injustificada, impulsado por los insultos de la propia víctima, debe calificarse el homicidio como perpetrado en estado de emoción violenta, art. 81, inciso 1º, letra a) y condenarse a tres años de prisión. Caso: Lino Ludueña, homicidio de Juan Muñoz. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 15 al folio 316, y con fecha 18 de Mayo de 1923. Nota marginal: La Sala del segundo turno, con fecha 26 de Julio de 1923, confirmó esta sentencia.

**Emoción violenta.** — Debe rechazarse la legítima defensa cuando la agresión no es peligrosa, pero las frases provocativas y los golpes de puños dados por la víctima, han creado el estado de emoción violenta a que se refiere la ley en su artículo 81, inc. 1º, letra a). Debe condenarse al homicida a dos años y medio de prisión. Caso: Rafael Bermúdez Jiménez, homicidio de Raimundo Rosas. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 15 al folio 347, y con fecha 14 de Junio de 1923. Nota marginal: La Sala del segundo turno, con fecha 7 de Agosto de 1923, confirmó esta sentencia.

**Emoción violenta.** — Si la propia víctima ha provocado reiteradas veces al victimario, persiguiendo una hija menor del mismo, llegando hasta tener un incidente, donde le aplicó un golpe de puño y el día del hecho lo provocó nuevamente en su propia casa, teniendo que intervenir por llamado de su propia hija, debe calificarse el homicidio como cometido en estado de emoción violenta, art. 81 inc. 1º, y condenarse a dos años de prisión en forma condicional. Caso: José Marín Cabrera, homicidio de Vicente Roblio. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación 1ª Secretaría, Rosario. Libro 25 al folio 360, y con fecha 11



de Diciembre de 1923. Nota marginal: La tercera Sala resolvió tener por desistido al Fiscal de Cámara, del recurso interpuesto por el Agente Fiscal y declarar firme y ejecutoriada la sentencia apelada con fecha 4 de Julio de 1924.

**Emoción violenta.** — El número de heridas no es suficiente para demostrar el agravante de ensañamiento. Ante la agresión injustificada de la propia víctima, debe calificarse el homicidio como perpetrado en estado de emoción violenta, art. 81, inc. 1º letra a) y condenarse a seis años de reclusión. Caso: Francisco Bernaola Solano, homicidio de Juan Merlo. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 17 al folio 133 y con fecha 4 de Julio de 1925. Nota marginal: La Sala del segundo turno, con fecha 26 de Noviembre de 1925, confirmó esta sentencia.

**Emoción violenta.** — Si se rechaza una injusta agresión que, sin ser de las que autorizan la legítima defensa, es de carácter grave, debe considerarse el homicidio cometido en estado de emoción violenta, art. 81, inc. 1º, letra a) y condenarse al agente a tres años de prisión. Caso: Juan Risso, homicidio de Ernesto Zerba. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16 al folio 396 y con fecha 1º de Diciembre de 1924. Nota marginal: La Sala del segundo turno, con fecha 26 de Febrero de 1925 y por desistimiento del señor Fiscal de Cámara, confirmó esta sentencia.

**Emoción violenta.** — Si el agente, después de desarmar a su agresor, ofuscado, lo ultima con la misma pala, debe calificarse el homicidio cometido en estado de emoción violenta, art. 81, inc. 1º, letra a) y condenarse a cuatro años de reclusión. Caso: Germán Oroz, homicidio de Gregorio Ruiz. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 19 al folio 259, y con fecha 11 de Junio de 1927. Nota marginal: La Sala del primer turno, con fecha 18 de Octubre de 1927, confirmó esta sentencia.

**Emoción violenta.** — Si el agente, ante una agresión peligrosa, es obligado a defenderse con la propia arma secuestrada en la lucha a la víctima, debe calificarse el homicidio como cometido en estado de emoción violenta, art. 81, inc. 1º, letra a), y condenarse a cuatro años de reclusión. Caso: Timoteo Britos, homicidio de Jesús Ramírez. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 20, al folio 448, y con fecha 6 de Julio de 1928. Nota marginal: La Sala del primer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, con fecha 23 de Octubre de 1928, confirmó esta sentencia.



**Emoción violenta.** — Cuando un padre, ante la noticia de un delito perpetrado en la persona de su hijo, busca al autor y lo mata, debe ser condenado como homicida por emoción violenta, a sufrir la pena de dos años y ocho meses de prisión, pena que fué moderada por la Cámara a dos años. Caso: José Sánchez, homicidio de José Tello. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 21 al folio 50 y con fecha 6 de Septiembre de 1928. Nota marginal: El 29 de Noviembre de 1928, la Sala del segundo turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, modificó esta sentencia, condenando condicionalmente a Sánchez, a sufrir la pena de dos años de prisión.

**Emoción violenta.** — Debe encuadrarse el homicidio como emoción violenta, el perpetrado ante una situación de fuerza al pretenderse impedir por la vía de hecho la reanudación del trabajo, y debe ser condenado a cuatro años de reclusión. Caso: Romero Juan, homicidio de Luisa Lallana. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 240 y con fecha 2 de Julio de 1929. Nota marginal: Exma. Cámara, el 31 de Diciembre de 1929, confirmó esta sentencia.

**Emoción violenta.** — No debe calificarse de emoción violenta el homicidio, cuando la víctima provocó el incidente y, aunque sin armas, derribó a su victimario poniéndole en inferioridad de condiciones. Debe encuadrarse el hecho en la legítima defensa y corresponde su absolución. Caso José D. Santillán homicidio de Eliseo Gómez. Fallo del Juez doctor Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 181 y con fecha 16 de abril de 1929. Nota marginal: Exma. Cámara el 17 de junio de 1929 confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Emoción violenta.** — Cuando el ataque o provocación no pone en peligro la vida, debe rechazarse la legítima defensa, pero la actitud agresiva y persistente de la víctima, injuriándole con palabras y por las vías de hecho al arrojar una botella y un ladrillo, provocando en el procesado la reacción lógica y natural, es suficiente causa para calificar el homicidio como perpetrado en estado de emoción violenta, art. 81 inc. 1º letra a) y debe condenarse a cuatro años de reclusión. — Caso: Nasio Abraham, homicidio de José Alvarez. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 9 al folio 195, y con fecha 12 de Diciembre de 1924. — Nota marginal: Mayo 19 de 1925. Cámara confirmó sentencia y modificó pena a tres años de prisión.

**Emoción violenta.** — Si el agente repele la agresión excediéndose en

la legítima defensa, desde que no fué racional el medio empleado, debe considerarse el homicidio como culposo, y condenarse al procesado a un año y medio de prisión. Tesis que no fué aceptada por la Cámara, quien ante la injusta y seria agresión, calificó el homicidio como perpetrado en estado de emoción violenta. — Caso: La Paz Juan Luis, homicidio de Juan Balquinta. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 9 al folio 242, y con fecha 9 de Marzo de 1925. — Nota marginal: Septiembre 10 de 1925. Exma. Cámara revocó sentencia imponiendo dos años y seis meses (emoción violenta).





## JURISPRUDENCIA

**Infanticidio.** — Cuando la madre, menor de diez y ocho años, comete un infanticidio para salvar su honra y buen nombre, debe ser condenada al mínimum que indica la ley o sea a seis meses de prisión, art. 81 inciso 2º — Caso: Felipa Valdez, infanticidio. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 25 al folio 216, y con fecha 11 de Octubre de 1923. — Nota marginal: Esta sentencia quedó ejecutoriada en Octubre 25 de 1923.

**Infanticidio.** — Si la madre viuda, mata a su hijo en el momento del parto, implicando el nacimiento de la criatura por su estado de viudez una deshonra para la misma, corresponde calificar el homicidio y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 81 inciso 2º, condenarla a dos años de reclusión. — Caso: Carolina Vda. de Razónico, infanticidio. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 8 al folio 379, y con fecha 19 de Noviembre de 1923. — Nota marginal: Marzo 17 de 1924. Cámara modificó pena a tres años de reclusión.

**Infanticidio.** — La madre que mata a su hijo con el propósito de ocultar su deshonra, siempre que su embarazo no haya sido público y notorio, comete el delito de infanticidio. Corresponde calificar el hecho en lo dispuesto por el art. 81 inciso 2º, y condenarse a dos años de prisión en carácter condicional. — Caso: Amaya Angela Rufina, infanticidio. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 58, y con fecha 11 de Octubre de 1926. Nota marginal: El 16 de Octubre de 1926, quedó firme y ejecutoriada esta sentencia.

**Infanticidio.** — Si la madre confiesa en su indagatoria que ha sido víctima de un accidente y no hay prueba que la contradiga debe aceptarse esta confesión. El parto sorpresivo, aunque no es frecuente puede acaecer e imposibilitar a la madre, ya sea por ignorancia o por su propio estado, a la atención del hijo afirma el Dr. Faustino Trongé ("La obstetricia en sus relaciones con la medicina"). Debe rechazarse la acusación fiscal y considerarse el hecho de autos como un accidente, absolviendo en consecuencia a la procesada. — Caso: Dominga Romero, infanticidio. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 262, y con fecha 8 de Agosto de 1929. — Nota marginal: Firme y ejecutoriada esta sentencia por haber desistido el Fiscal de Cámara.



**Infanticidio.** — Debe rechazarse la acusación fiscal por infanticidio, cuando la madre niega haber cometido el delito y manifiesta que el parto se efectuó en el water-closed no pudiendo evitar el accidente, ante la falta de prueba que desvirtúa esta indagatoria. — Caso: Aranda Elvira de la Cruz, infanticidio. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 10 al folio 347, y con fecha 25 de Abril de 1927. — Nota marginal: firme y ejecutoriada por el consentimiento de las partes.

**Infanticidio.** — No obstante el informe médico que dice que no puede asegurar que la criatura nació con vida, hay que estar a la declaración de la madre que manifiesta que el hijo nació con vida. El que la madre haya dado a luz en el retrete y después arrepentida no pudo auxiliar a su hija, no la exime de responsabilidad y debe responder por el infanticidio; como así también la madre adoptiva de la menor parturienta es responsable del delito de lesiones a la misma por los castigos que le propinaba. Corresponde de acuerdo al art. 81 inciso 2º, y art. 99 del Código penal, condenarlas condicionalmente a un año y diez meses de prisión. — Caso: Burgo o Paul Josefina y Gualpa de Burgo Francisca, aborto y lesiones. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 399, y con fecha 23 de Mayo de 1930. — Nota marginal: Firme y ejecutoriada por haber sido consentida.

**Infanticidio.** — Si la madre ha tenido un hijo anteriormente, y su embarazo era conocido, no puede considerarse el hecho como infanticidio; debe entrar en la categoría del homicidio calificado y condenarse a prisión perpetua, art. 80 inc. 1º. La Cámara revocó esta sentencia fundándose en la indagatoria de la madre, quien dijo que tomó la criatura por el cuello para sacársela cuanto antes debido al dolor que sufría; y calificó el homicidio por imprudencia en razón de no haber tomado todas las precauciones que le imponía la maternidad, ya que se trataba de una mujer que no era primeriza. — Caso: Mendoza Juana, infanticidio. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 10 al folio 590, y con fecha 22 de Marzo de 1928. — Nota marginal: Exma. Cámara revocó esta sentencia condenándola a dos años de prisión que dejó en suspenso.

**Infanticidio.** — Si el niño muere por asfixia al envolverlo la madre en un batón con el objeto de ocultar el parto debe responder por el infanticidio, y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 81 inciso 2º: condenarse a dos años de prisión, en forma condicional. — Caso: Gauna Wenceslada, infanticidio. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 12 al folio 148, y con fecha 11 de

Noviembre de 1929. — Nota marginal: Firme y ejecutoriada por consentimiento de las partes.

**Infanticidio.** — Cuando está probado en autos que la criatura ha muerto por estrangulación y que la parturienta se encontraba sola, debe ser responsable, no obstante su negativa, del infanticidio cometido y corresponde condenarla a un año y tres meses de prisión, en forma condicional, art. 81 inciso 2º, y 26 del Código penal. — Caso: Colón Julia, infanticidio. — Fallo del Juez Dr. Antonio Poua, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 17 al folio 165, y con fecha 18 de Julio de 1925. — Nota marginal: Esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada, por consentimiento de las partes.







## LA EMOCION VIOLENTA EN EL HOMICIDIO CALIFICADO

### ARTÍCULO 82

Cuando en el caso del inciso 1º del artículo 80 concurriera alguna de las circunstancias del inciso 1º del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

\* \* \*

La disposición legal sobre la excusación del delito de parricidio, tiene como antecedente legislativo el proyecto de 1891, innovación que fué incorporada a nuestra legislación por la ley de reformas 4189.

El parricidio, en el proyecto del doctor Tejedor, no era excusable; en este sentido seguía al código francés, artículo 323, y napolitano, artículo 385. La razón fundamental de la disposición era la del respeto solemne y religioso que deben los hijos a los padres, respeto que imponía el deber de someterse en todo a sus progenitores.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, aceptaba la atenuación del parricidio cuando no había de parte del agente la intención de matar. Así lo expresa en forma general en su artículo 206.

El proyecto de 1891, origen de la disposición legal que comentamos, decía en su exposición de motivos, pág 133: "Si respecto de los casos enumerados en el art. 111 media una razón de agravación de la pena fundada en la calidad o número de las víctimas o en los medios brutales de la ejecución del hecho, debe mediar una relativa atenuación de la pena cuando en aquellos casos concurran las circunstancias enumeradas en el art. 112 inc. 1º y 2º".

Tal ha sido la razón en que se fundó la atenuación del parricidio, reforma que aceptó la ley 4189, como el proyecto de 1906, pasando a formar parte de nuestra legislación vigente, sin ampliar mayormente los fundamentos transcritos.

\* \* \*



La atenuación en el homicidio calificado, sólo se refiere al inciso 1° del artículo 80, es decir al parricidio, filicidio y uxoricidio, debiendo los agentes, en el momento de proceder, estar comprendidos en el inciso 1° del artículo 81. Lo que significa que acepta la emoción violenta y la preterintención en esta clase de homicidios.

La disposición del artículo 82 es doctrinariamente aceptable, desde que no hay ninguna razón para rechazar la atenuación de la pena en los casos en que el dolo se presenta como indirecto o eventual y en los que el agente obra impulsado por la propia víctima, en un estado de emoción violenta.

No es lógico, ni justo, reprimir el delito con la misma pena; al criminal que lo hace sin reparar en su progenitor o cónyuge y sólo por satisfacer el deseo de una venganza, que aquel que obra provocado e impulsado por la propia víctima, o llega también al homicidio sin haber tenido la intención de matar.

En principio y en doctrina aceptamos la exculpación del homicidio calificado, pero ya entrando a considerar la disposición legal, creemos que es susceptible de crítica.

Ella establece una diferencia irritante a favor del concubino y pone en inferioridad de condiciones al cónyuge por el solo hecho de haber contraído matrimonio.

El cónyuge ofendido que mata a su esposa en flagrante adulterio tiene como minimum diez años de prisión o reclusión. En cambio el amante que comete el mismo delito en estado de emoción violenta es penado de uno a tres años de prisión o de tres a seis de reclusión. Es decir que el esposo está en inferioridad de condiciones en virtud del contrato matrimonial y en cambio el concubino, que no tiene ninguna obligación de fidelidad, goza de la benevolencia legal.

Resalta el contrasentido y la injusticia de la disposición. No pretendo consagrar, ni defender el derecho de matar; pero sí pienso que la atenuación legal en estos casos excepcionales debió ser mejor graduada.



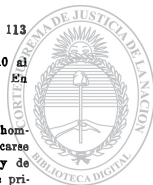
## JURISPRUDENCIA

**Emoción violenta.** — El homicidio cometido a raíz de la infidelidad de la mujer, debe considerarse como emotivo. El hecho de que la esposa tuvo una falta en su vida de soltera, conocida por el marido, no puede cambiar el carácter emocional del homicidio y debe ser condenado de acuerdo al art. 82 a doce años de prisión. — Caso: Miguel Cortez, homicidio de María Sandria. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 308, y con fecha 26 de Octubre de 1929. — Nota marginal: Exma. Cámara el 10 de Marzo de 1930, confirmó esta sentencia.

**Uxoricidio, emoción violenta.** — Cuando la esposa injuriada de palabra y de hecho, por la vida licenciosa del marido, que olvidando sus deberes conyugales mantiene una concubina, dando lugar a frecuentes incidentes en la vida del hogar, culmina uno de éstos arrojándole un tarro de vitriolo que tenía preparado para su rival, debe ser calificado el homicidio como cometido en estado de emoción violenta y de acuerdo al art. 80 y 82 condenarse a doce años de reclusión. — Caso: Olimpia Tamburini, homicidio de Francisco Tamburini. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 27 al folio 143, y con fecha 9 de Septiembre de 1925. — Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones (1ª Sala), con fecha 14 de Diciembre de 1926, confirmó esta sentencia.

**Uxoricidio, emoción violenta.** — Aunque no coincida el nombre de la víctima con el acta de defunción, existe suficiente prueba de que ésta falleció en la Asistencia Pública. La vida licenciosa de la esposa que burla a su marido en público, si bien no justifica el homicidio, autoriza a calificarlo como perpetrado en estado de emoción violenta, art. 81 inciso 1º y de acuerdo al art. 80 y 82, debe condenarse a doce años de prisión. — Caso: Francisco Alaino, homicidio de María Barbusi de Alaino. — Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 9 al folio 30, y con fecha 25 de Febrero de 1924. — Nota marginal: Mayo 17 de 1924, Cámara confirmó.

**Uxoricidio.** — El homicidio por justo dolor es injustificable, pero la intensidad de la emoción puede llegar en casos excepcionales a crear verdaderas perturbaciones psíquicas de carácter morboso que hacen irresponsable al sujeto, por lo que corresponde dictar sentencia absolutoria. — Caso: Delia Cardozo de Guzman, homicidio. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de



Sentencia de la 2ª Nominación. 2ª Secretaría, Rosario. Libro 10 al folio 70, y con fecha 28 de Marzo de 1925. — Nota marginal: En cuatro de Abril de 1925, quedó firme y ejecutoriada.

**Uxoricidio.** — Cuando el marido sorprende a su esposa con otro hombre en su casa, en paños menores, y le da la muerte, debe calificarse el homicidio como perpetrado en estado de emoción violenta y de acuerdo al art. 82 del Código penal, condenarse a doce años de prisión. — Caso: Juan M. Ponce, homicidio de Francisca Guardia. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 465 y con fecha 2 de Diciembre de 1930. — Nota marginal: III Sala, en 30 de Diciembre de 1930, la Exma. Cámara de Apelaciones confirmó modificando la pena, condenando a sufrir la pena de diez años de prisión por homicidio de su esposa en estado de emoción violenta.

**Uxoricidio, emoción violenta.** — Los malos tratos, las sevicias y la infidelidad del esposo en el matrimonio, autorizan la reacción sufrida por la víctima en presencia de la amante de su esposo. Debe calificarse el homicidio como perpetrado en estado de emoción violenta. El juez encuadró el hecho en la legítima defensa y dictó pronunciamiento absolutorio, sentencia que fué revocada. — Caso: Amalia Pilass de Gutiérrez, homicidio de Pedro Gutiérrez. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 22 al folio 152, y con fecha 21 de Abril de 1930. — Nota marginal: El 30 de Junio de 1930 la Sala del tercer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, revocó esta sentencia condenando a Amalia Pilass de Gutiérrez como autora responsable del delito de homicidio de su esposo Pedro Gutiérrez, en estado de emoción violenta excusable por las circunstancias, a sufrir la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas.

**Parricidio, emoción violenta.** — No puede prosperar la legítima defensa alegada cuando el agresor ha sido desarmado por el propio agredido; corresponde calificar el hecho como homicidio en estado de emoción violenta, y siendo el hijo el autor de la muerte de su progenitor debe calificarse el hecho de acuerdo a los artículos 80. 81 y 82, del código penal y condenarse a quince años de prisión. — Caso: Romero Helse, homicidio de Manuel Romero. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 12 al folio 723, y con fecha 7 de Agosto de 1931 — Nota marginal: Tercera Sala de la Exma. Cámara con fecha 27 de Noviembre de 1931, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Filicidio, emoción violenta.** — La circunstancia de haber sido interpelado y golpeado el padre por su hijo, autorizan la calificación del homicidio como perpetrado en estado de emoción violenta. Debe rechazarse el exceso en la defensa porque no basta estar perturbado para que surja la figura del exceso, tiene realmente que existir una situación objetiva de necesidad y precisamente de su existencia debe prevenir aquella perturbación, excitación o temor. Corresponde atenuar el homicidio calificado y condenar al procesado a doce años de prisión. — Caso: Contardi Gerónimo, homicidio de Gerónimo Contardi (hijo). Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia, de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 15 al folio 53 y con fecha 9 de Noviembre de 1933. — Nota marginal: Cámara Criminal, con fecha 8 de Mayo de 1934, confirmó en todas sus partes esta sentencia.





## LA INSTIGACION AL SUICIDIO

## ARTÍCULO 83

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiere tentado o consumado.

\* \* \*

El suicidio jamás ha sido considerado como delito en nuestra legislación, si bien el proyecto del doctor Tejedor lo consideró como tal reprimiéndolo con la pérdida de los derechos civiles y la nulidad de sus últimas disposiciones, pero lo cierto es que ni en la Provincia de Buenos Aires, donde rigió dicho proyecto provisoriamente, imperó la prescripción establecida en cuanto al suicidio se refiere.

Indiscutiblemente que es un acto que ofende a la moral, es una violación de los deberes para consigo mismo, pero por inmoral que sea no debe caer bajo la sanción de la legislación positiva porque el suicida no lesiona los intereses de sus semejantes.

El suicida es un verdugo de sí mismo que va contra su propia naturaleza pero no lesiona ni ataca el derecho de los demás; por eso es que si ante la conciencia y la moral resulta un verdadero delincuente, ante la sociedad y la ley que lo compadece, resulta un ser desgraciado que inspira la conmiseración y el silencio.

Por otra parte, consumada la destrucción de la propia vida, ¿qué pena se le puede aplicar? Desaparecido el ente jurídico, ¿qué misión científica obraría la pena ante un cadáver? Si el derecho de castigar que tiene la sociedad lo funda modernamente un criterio de defensa social, atendiendo a la peligrosidad del delincuente, ¿qué misión se le podría atribuir a la pena en el presente caso? Reprimirlo sería renegar de los principios en que se orienta la nueva ciencia penal. Profanar la memoria del suicida y sancionar las pérdidas de los derechos civiles, sería volver a los ridículos castigos del pasado, sin ningún fin práctico, ni social, ni legal.

No es sólo en nuestra legislación que no se considera



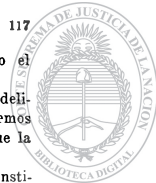
delito. Desde los primitivos tiempos, ya los filósofos lo consideraban como un hecho inmoral, pero sin embargo ni en Grecia, ni en Roma, se contaba como delito.

Eseriche, Diccionario de la Jurisprudencia, tomo 4, pág. 1055, nos enseña: "Entre los romanos no se imponía pena alguna al que se daba muerte por tedio de la vida, por impaciencia de algún dolor o acontecimiento desgraciado, por causas de deudas y por vanagloria; mas al delincuente que siendo merecedor de la pena capital o de la deportación se suicidaba por temor de las penas en que había incurrido, se les confiscaban los bienes, aunque sólo en el caso de haber sido procesado y aprehendido en el mismo delito".

Groizard, Derecho Penal, tomo 4, pág. 442, sostiene: "Son cosas muy distintas el horror al suicidio, su condenación moral y la anatematización religiosa de semejantes desastrosos hechos y su castigo como delito. Los más distinguidos filósofos y jurisconsultos griegos y romanos, tuvieron por ilícito el acto de atentar contra la propia vida, pero ni las leyes griegas, ni las romanas lo castigaban. Los que han creído que en Roma el suicidio fué considerado como un delito se han fundado en un fragmento del juriseconsulto Marciano que han interpretado mal, y cuyo sentido recto, según las buenas reglas de hermenéutica no es otro que establecer el principio que, cuando el que ha sido juzgado o condenado por un delito que lleve consigo la pena de confiscación de sus bienes se haya quitado la vida, no deje por eso de llevarse a cabo la confiscación impuesta en beneficio del Fisco y en perjuicio de sus herederos".

Tal era el criterio que imperaba entre los griegos y romanos, los cuales aún llegado el caso de hacer efectiva la confiscación como pena de los delitos comunes, siempre dejaban a los herederos perjudicados, el derecho de demostrar la inocencia del suicida en los delitos que se le imputaban, en beneficio de sus propios intereses.

El proyecto del doctor Tejedor, que ha sido el único documento legal de nuestros antecedentes penales que consideró el suicidio como delito, se fundaba en el art. 585 del código sardo, y en la ley 10, Tít. 8, Part. 7; pero dicho proyecto no obtuvo sanción legislativa y, como dijimos, la Provincia de Buenos Aires que lo adoptó provisoriamente, modi-



ficó las prescripciones sobre el suicidio no aceptando el criterio erróneo que sostenía.

Pero si bien es cierto que el suicidio no constituye delito, ni cae bajo la previsión de la ley positiva, no podemos afirmar lo mismo en cuanto a los instigadores, a los que la ley reprime.

El código de 1886 no reprimía ni el suicidio ni su instigación; nada decía al respecto. Fué la ley de Reformas 4189 que, inspirándose en el proyecto de 1891, reprimió la instigación al suicidio, siempre que éste se consumase, quedando así incorporado a nuestra legislación y penado como un delito especial.

El fundamento dado por la comisión del proyecto mencionado decía: "El artículo 114 prevee la cooperación y la instigación al suicidio como delito especial que tiene su perfecta colocación en este grupo de los delitos contra la vida. El proyecto Tejedor había erigido el suicidio en delito, imponiendo como pena la anulación de las disposiciones de última voluntad del suicida y al autor de la tentativa de suicidio la sujeción a una rigurosa vigilancia por uno a tres años. Estas disposiciones fueron suprimidas conservándose sólo la de cooperación al suicidio, en el proyecto adoptado interinamente, o sea en el código Tejedor. La ley actual no consigna prescripción alguna sobre este punto. Hubo razón en suprimir la infundada prescripción del proyecto Tejedor, con sus penas ridículas e ineficaces, pero no la hubo para guardar silencio sobre la instigación y la cooperación al suicidio, a las que puede procederse por malignidad, por mal entendida misericordia y por interés" (Proyecto 1891, página 134).

Lo único que modificó la ley de Reformas fué la penalidad de la instigación, que de uno a cuatro años de penitenciaría con que figuraba en el proyecto de 1891, la aumentó de tres a seis años.

El proyecto de 1906 aceptó el criterio imperante en cuanto a la instigación al suicidio, reprimiéndolo desde uno a cuatro años de prisión, siempre que éste se hubiese realizado.

Tales son los antecedentes de la disposición que estudiamos la cual al ingresar al código vigente agrega un elemento





nuevo que no figura en los anteriores. La represión de nuestra ley vigente alcanza al instigador no sólo cuando el suicidio se hubiese realizado, como lo exigían todos los proyectos estudiados anteriormente, sino también cuando el suicidio se hubiese sólo tentado.

Tal reforma fué introducida por la Segunda Comisión del Senado y aceptada después por la Cámara de Diputados, quedando así incorporada al texto de la ley.

\* \* \*

Eliminado el suicidio como delito, se ha discutido si la instigación al mismo debe reprimirse. Hay autores que sostienen la impunidad de la instigación, argumentando que no es posible castigar una participación secundaria como la instigación desde que habiendo desaparecido el suicidio del cuadro de los delitos, vendría a castigarse la complicidad de un delito inexistente.

Nuestro código ha orillado la dificultad y resuelve el problema haciendo de la instigación y de la ayuda un delito especial independiente del suicidio mismo.

El artículo 83 se refiere al que instigare al suicidio o le ayudare a cometer, es decir que nuestra ley pena la instigación y la ayuda.

Pero ¿cuál es la instigación delictuosa, la pasible de pena? En este sentido la interpretación legal ha sido objeto de discusión. Para algunos la sola instigación constituye la infracción penal; mientras que para otros, la instigación delictuosa es aquella que ha sido el motivo determinante del acto.

La fórmula del código italiano es más clara y no deja lugar a dudas. La redacción del artículo dice: “el que determinare a otro al suicidio”, habiéndose cambiado la redacción del Proyecto del Ministro Zanardelli, que decía: “el que indujere a otro al suicidio”. Es decir se ha cambiado el vocablo inducir, por determinar, lo que viene a modificar el concepto del artículo.

En la redacción anterior, el sujeto que indujere a otro al suicidio, aunque la víctima tuviera otros motivos anteriores y determinantes, cometía lo mismo el delito; por eso los



legisladores italianos, considerando esta tesis como peligrosa, cambiaron el vocablo inducir por determinar. De modo que para el legislador italiano comete el delito sólo el que determina, el que engendra la idea del suicidio y la hace llevar a cabo, y en consecuencia no cae bajo la disposición del artículo la simple instigación, ni el que aconseje o reavive una determinación tomada por la víctima.

Nosotros entendemos también que en nuestra legislación la instigación que se considera delictuosa es la que ha sido motivo determinante del acto, la idea que dominando la conciencia del sujeto instigado, lo impulse, lo arrastre hacia la consumación del acto prohibido por la ley. Aunque sean varias las razones tenidas por el agente para atentar contra su vida, basta que la instigación sea el motivo determinante, para que ésta se considere delictuosa.

De lo expuesto se deduce lógicamente que el simple consejo, la instigación aislada, que no obra como motivo determinante, no está comprendida en la sanción del artículo.

\* \* \*

Ya hemos visto cuando se comete el delito de instigación, o sea la ayuda moral, aquella que convence, que impulsa y que determina; pasemos ahora a tratar la ayuda física o material, a que también se refiere la ley.

En este sentido basta una simple colaboración, jamás una acción directa sobre la víctima, porque en este caso dejaría de ser colaborador para pasar a la categoría de autor; ya no se trataría de una instigación al suicidio sino de un homicidio con consentimiento de la víctima.

Ayudar es facilitar, proporcionar, allanar los obstáculos para la realización del hecho, como cuando proporciono el arma, adquiero y entrego el veneno, o impido que acudan a salvar al sujeto de su mala intención. La ayuda a que se refiere la ley es un hecho positivo tendiente a facilitar la consumación del suicidio.

¿El silencio guardado por una persona sabedora de un proyectado suicidio, podría considerarse como comprendido dentro de la prescripción de la ley? Pienso que no, ya que el silencio guardado no es auxilio, ni es tampoco colabora-



ción. La abstención, la inacción, la omisión que implica ese silencio no puede, en mi entender, constituir una ayuda determinada; no puede por consiguiente estar comprendido bajo la sanción legal que estudiamos.

En cuanto a la acción directa ejercida sobre el suicida, como por ejemplo si obedeciendo órdenes del mismo, clavó el puñal, disparó el revólver, o le doy a beber el veneno, pienso que el autor de estos hechos debe ser considerado como un homicida. No hay cooperación, ni ayuda, sinó un homicidio concertado con la propia víctima.

\* \* \*

**Homicidio piadoso.** — Es éste un tema de indiscutible actualidad, dentro del campo de la doctrina. A cada caso que se suscita en el mundo surgen los glosadores del derecho discutiendo el pro y el contra de la cuestión, sosteniendo tanto la incriminación como la discriminación del acto.

En el amplio concepto de la eutanasia, no solo se comprende el homicidio por compasión, sino aquel que tiene en mira también la eugenesia y selección. En este sentido ha sido practicada en algunos pueblos de la antigüedad, en los cuales se autorizaba la muerte de niños débiles o de enfermedades constituciones, como la de los ancianos valetudinarios.

Si esto se hacía en algunas tribus antiguas, en las sociedades rudimentarias del pasado, no por eso se han olvidado estas viejas prácticas en los tiempos modernos, llegando hasta injertarse como precepto legal en algunos códigos que, como el de la Rusia del Soviet, lo ha consagrado en el artículo 143: "El homicidio cometido por compasión, a solicitud del que es muerto, está exento de pena".

Entre los grandes maestros del derecho, los hay con una autoridad científica indiscutible que son partidarios de la eutanasia. Con la intención de ser breve voy a citar a Ferri y Grispigni en Italia, a H. Binet Sanglé en Francia, y Carlos Binding y Alfredo Hoche en Alemania.

Según las teorías de Enrico Ferri, tan conocidas en el mundo de la ciencia, expuestas con maestría en su obra "L'Omicidio-suicidio", los móviles que impulsan al agente, la finalidad del acto, traen como consecuencia la incriminación o dis-



criminación del hecho. Sostiene el sociólogo italiano que el hombre es dueño de su propia existencia y tiene derecho por lo tanto a la supresión de la misma, de modo que el consentimiento de la víctima, cuando el agente obra por fines altruistas implica la discriminación del acto.

Esta misma teoría ha sido adoptada por el nuevo código del Perú, el que establece en su art. 157: "El que por un móvil egoísta instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, será reprimido si el suicidio se ha consumado o intentado con penitenciaría o prisión no mayor de cinco años".

Tanto Binet Sanglé en Francia, en su libro titulado "L'art du mourir", como Felipe Grispigni en Italia, crean institutos donde se practica la eutanasia y dan el procedimiento para conseguirla. El primero expone que el hombre que quiera morir, debe ser examinado por tres peritos que tendrán que estudiar al sujeto bajo la triple faz constitucional, fisiológica y psicológica. Tan solo en el caso que se trate de una enfermedad dolorosa e incurable tendría derecho a morir.

Grispigni concreta el procedimiento para obtener el derecho a la eutanasia en una forma análoga, o sea por intermedio de una demanda ya sea directamente por el enfermo o por sus representantes legales en los casos de incapacidad, y previo el dictamen de tres peritos médicos sobre la enfermedad, su incurabilidad, y el sufrimiento del enfermo, la resolución motivada del tribunal.

Carlos Binding, en colaboración con Alfredo Hoche, en Alemania, publica un folleto en el año 1920, titulado "La autorización para exterminar las vidas sin valor vital". Sostiene en el texto de la obra no solo el sacrificio de los enfermos incurables que quieren morir, sino también como fines de eugenesia y selección el sacrificio de los enfermos mentales incurables y de los imbeciles. Dice que "no encuentra, ni desde el punto de vista religioso, jurídico o moral, argumentos que nieguen la autorización para destruir esos seres humanos, remedos de verdaderos hombres, que provocan el disgusto de todos los que los ven. En épocas de alta moralidad, es indudable que hubieran acabado con semejantes seres".

Para el gran penalista alemán, cuando la vida ha perdido su cualidad de bien jurídico, no hay ningún inconvenien-



te en suprimirla. En este sentido establece tres grupos de hombres para los cuales aconseja la eutanasia. En el primero clasifica a los que están perdidos por consecuencia de una enfermedad incurable o de una herida mortal. En el segundo anota a los dementes incurables e imbéciles, que si bien no están amenazados en un plazo más o menos breve son existencias a las que les falta la voluntad de vivir como la de morir, son vidas carentes en absoluto de valor vital, por lo que sostiene que esos muertos espirituales deben eliminarse. Se refiere tanto al que nace en ese estado como al que llega a él en el transcurso de la vida. Y, por último, en el tercer grupo considera a los seres sanos que por cualquier acontecimiento o accidente han perdido el sentido y cuando lo recobren, queden en un estado miserable y condenados a una muerte segura.

Tal es la tesis de la escuela positivista, que encarna la doctrina expuesta por Enrico Ferri, frente a la cual se levanta la doctrina contraria de la escuela clásica, que considera al homicidio piadoso como una modalidad vulgar del homicidio común.

Pessina, en su obra "Esposizione del diritto penale italiano", tomo 2, pág. 16, sostiene que el homicidio-suicidio no puede ser más que una modalidad del homicidio común, porque el que concurre al suicidio por instigación, por ayuda o por mandato, no difiere del que concurre a cualquier homicidio voluntario. Divide los derechos del hombre en dos grandes categorías, derechos innatos y derechos adquiridos, caracterizando los primeros por su intangibilidad e inalienabilidad, condiciones de que no gozan los segundos. El derecho a la vida pertenece a la categoría de los derechos innatos y de aquí que el hombre no pueda disponer de ella. Por eso, la aquiescencia de la víctima sobre la obra del tercero no puede modificar la responsabilidad del acto. Esta es la doctrina aceptada por los expositores clásicos.

Por su parte Ferri, lo mismo que Bentham, sostiene que el consentimiento opera la discriminación desde que, tanto el que instiga o ayuda como que da la muerte a la víctima con su consentimiento, no es jurídicamente responsable cuando obra guiado por móviles jurídicos o sociales, surgiendo la responsabilidad sólo en el caso de que obrare animado



por móviles antijurídicos o antisociales. Combate la tesis de los derechos innatos expuesta anteriormente, diciendo que todos los derechos son innatos y adquiridos a la vez, para terminar haciendo resaltar que la teoría de los derechos innatos no puede justificar ni la pena de muerte, ni la impunidad de la legítima defensa reconocida como un derecho por todas las legislaciones del mundo.

La escuela clásica sostiene que la víctima puede tener o no capacidad para dar el consentimiento; si lo primero: éste es nulo por cuanto la vida es un derecho por naturaleza inalienable, y si lo segundo, también resulta nulo por vicio de origen, lo que viene a demostrar en ambos casos la criminalidad de la acción.

En cuanto a los tres principios básicos en que se funda la eutanasia, el dolor, la incurabilidad y la inutilidad, son principios un tanto discutibles para fundar de una manera absoluta la exterminación de la existencia.

*El dolor.* — ¿Cómo cimentar en la imposibilidad de resistir el dolor la razón para aceptar el derecho a morir? ¿Acaso produce el mismo efecto en todos los seres? Se trata de una cuestión netamente subjetiva, puesto que se presentan casos de admirar por el estoicismo con que algunas personas soportan los más crueles dolores, y en cambio otras, hipersensibles, no soportan ninguna clase de sufrimiento. Por otra parte, no podemos afirmar que la ciencia médica moderna se encuentra desarmada para combatir el dolor, cualquiera que sea.

El mismo consentimiento del moribundo es hasta cierto punto inseguro, para aceptar la razón de la eutanasia. ¿Quién nos puede afirmar que el enfermo está en pleno goce de sus facultades y que deseaba conscientemente la muerte? Todos hemos podido apreciar el yo de un enfermo grave, que se encuentra muy lejos de su psiquis normal.

*La incurabilidad.* — Este es otro criterio erróneo, ya que muchas enfermedades que hasta ayer se consideraban incurables, hoy la ciencia ha encontrado el remedio eficaz para dominarlas, y ¿quién nos dice que las que hoy se consideran incurables lo serán mañana?

Por otra parte existen enfermedades incurables que evo-



lucionan a largos plazos y que el médico puede prolongar a veces indefinidamente. No es posible en estos casos aplicar la eutanasia, desde que todos estamos amenazados por la muerte en un plazo más o menos largo. La eutanasia, en todo caso, debe aplicarse a los enfermos incurables que sufren un mal agudo y breve.

*La inutilidad.* — Este concepto, tan dudoso como el anterior, tan elástico, que no podemos trazar los límites de ella, debemos desecharlo como fundamento de la eutanasia.

¿Cómo establecer un *mínimum* de utilidad? Suprimir la existencia de los inútiles sería peligroso; no sólo caerían los enfermos, los ancianos, los mutilados, sino también que estarían comprendidas en esa sentencia de muerte muchas personas sanas que, lejos de ser útiles en su eterno vagar, son una carga para la sociedad en que viven.

Enrique Morselli, en su obra “L’uccisione pietosa, (I’eutanasia) in rapporto alla Medicine, alla Morale ed all’Eugenica”, estudia ampliamente la cuestión y combate por lo dudoso e inseguro el concepto de incurabilidad e inutilidad en que se funda la eutanasia, y el escaso valor del consentimiento y la piedad.

El profesor Luis Jiménez de Asúa, en su sugestivo trabajo, nos presenta el complejo problema del homicidio piadoso, en todas sus fases y con esa erudición tan característica de su talento, nos expone razonando el pro y el contra de la cuestión, para declararse enemigo de la eutanasia. Formula como una solución del problema el perdón judicial, facultando al juez para aplicarlo en cada caso. “Libertad de amar y derecho a morir”.

\* \* \*

De lo expuesto resulta que existen tres sistemas para apreciar el problema de la eutanasia. Uno sostiene la impunidad del hecho; otro que se trata de una modalidad del homicidio común. Y el tercer sistema intermedio que considera el hecho como un delito especial y atenúa en consecuencia la responsabilidad del homicidio. Esto sentado, veamos el sistema que ha seguido nuestra legislación.

El código vigente no ha previsto el homicidio cometido



por el consentimiento y a pedido de la propia víctima, a pesar de la importancia de la doctrina expuesta.

En el primitivo proyecto del Dr. Tejedor, como en el subsiguiente de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, se adoptó el sistema intermedio que consideró el homicidio con el consentimiento de la víctima como un delito especial y se reprimía con una pena inferior al homicidio común; pero a partir de esta época, en los proyectos posteriores, nada se dice al respecto.

El Dr. Tejedor razonaba con el criterio de A. Chauveau para justificar la atenuación del homicidio y transcribiendo párrafos del tomo 3, pág. 433 del autor citado decía: "No basta para que haya homicidio o asesinato que en el pensamiento haya existido la voluntad de matar, porque esta voluntad no es esencialmente criminal. Es preciso además que nazca de la perversidad y deseo de dañar, que se proponga cometer un delito. ¿Existe esta voluntad criminal cuando una convención liga al agente y a la víctima? ¿Cuando aquel no hace más que obrar por orden de éste? ¿O cuando las dos voluntades se reúnen y concurren a la perpetración del homicidio? Evidente es que este hecho modifica completamente la criminalidad de la acción. Ella no procede de la violencia, de la avaricia, o de otra pasión odiosa; sino de una falsa piedad, de una consagración mal entendida. El agente deriva su interés, no ya de la satisfacción de sus deseos personales, sino de la víctima. Es evidente que su acción difiere del asesinato, como la culpa lata del dolo. El ha querido la muerte de la víctima porque ella misma lo quería, ha prestado su brazo a la ejecución del homicidio, porque ella misma imploraba su auxilio. Pero antes de ese impulso no había concebido el pensamiento, no lo había meditado en secreto. Ningún interés ni pasión lo animaba. La resolución era criminal sin duda, pero no criminal en el sentido de la ley penal. Tenía voluntad de matar, pero no tenía el pensamiento que pudiera dañar quitando la vida al que quería morir. Su acción es culpable. la conciencia lo reprueba, la sociedad debe castigarla; pero con otra calificación que la del homicidio o asesinato".

Este era el fundamento invocado para sostener que el homicidio piadoso debe considerarse como un delito especial.

Nuestra legislación vigente nada dice al respecto del ho-





homicidio con el consentimiento de la víctima, por cuya razón, ante el silencio de la ley que no lo considera un delito especial, le son aplicables en estricto jure las disposiciones que rigen el homicidio.

Sin embargo, aunque no soy partidario de la eutanasia, pienso que el homicidio piadoso no debería considerarse como homicidio simple. Si bien entendemos que no es admitido el derecho de matar en ningún caso, ni aún a pedido de la propia víctima, el juez no puede perder de vista las razones y los móviles que obran en el presente caso para la ejecución del mandato. El autor es casi siempre una persona ligada a la víctima por el amor o la sangre. Hay siempre un motivo ético, motivo sentimental, que refuerza el pedido; y el agente, entre el sufrimiento de la persona amada que pide la muerte como un feliz término de sus males, y el deber de respeto a la vida, es impulsado por el sentimiento y casi siempre se comete el hecho en un estado emocional disculpable.

Creo que el homicidio no se justifica en la doctrina de nuestra ley, pero su responsabilidad puede ser atenuada salvando así la imprevisión del código y su calificación cabría en la disposición del art. 81 inciso 1°.

Resumiendo, podemos afirmar que el suicidio no es un delito; la ley reprime solo la instigación y la ayuda. El homicidio piadoso no es justificable, pero su represión puede ser atenuada según las circunstancias que rodeen el caso.

• • •

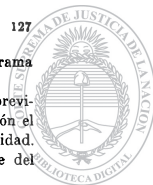
**El doble suicidio.** — Por último, nos resta tratar el caso cuando dos personas, de común acuerdo, resuelven eliminarse. Puede presentarse en la práctica bajo tres formas distintas: 1° Dos personas conciertan la muerte, una es la que procede a dar la muerte de la otra para luego dársela a sí mismo. 2°. Cada cual debe darse muerte individualmente. 3° La muerte debe darse recíprocamente.

En el primer caso, si el sobreviviente fué el encargado de ejecutar el plan, es responsable de homicidio. Ahora, si el sobreviviente no ejecutó el plan, hay que considerar dos situaciones; si instigó o ayudó al suicidio es responsable por este

delito; si no fué más que un simple protagonista de un drama trágico, no tiene responsabilidad ninguna.

En el segundo caso es necesario averiguar si el sobreviviente instigó o no al suicidio, para saber si es de aplicación el artículo 83. De lo contrario no tiene ninguna responsabilidad.

En el tercer caso la persona siempre es responsable del homicidio.





## HOMICIDIO POR IMPRUDENCIA

### ARTÍCULO 84

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

• • •

Ya hemos estudiado en sus diversas fases el homicidio voluntario o sea el acto del agente que se propone violar la ley. Ahora estudiaremos el homicidio por culpa o imprudencia, que es aquel en que el dolo, vale decir el designio criminal, la intención delictuosa, está ausente en el desarrollo de los hechos.

Sabemos que el acto voluntario es el que cae bajo la sanción de la ley positiva, así que el acto involuntario escapa a sus previsiones. Pero entre la voluntariedad del acto y la falta de ella, surge un estado intermedio que sin tener la intención dolosa del primero pudo haber entrado en la previsión del agente y haberse evitado en beneficio de la comunidad. A esto es lo que llamamos acto culpable y que la legislación ha tenido que reprimir, desde que los que viven en sociedad tienen la obligación de guardar cierta mesura en sus procedimientos de modo que no ofendan a los demás.

Tanto el código de Tejedor, como el proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, y el código de 1886, legislaban sobre la culpa e imprudencia de una manera similar, siguiendo las huellas del primero. Trataban la materia en la parte doctrinaria general y en forma taxativa establecían cuándo se trataba de culpa grave y cuándo de culpa leve, que eran los dos grados que habían establecido para clasificarla.

Fué el proyecto de 1891 el que modificó por completo este sistema de considerar la culpa. Empezó suprimiendo el título correspondiente de la parte doctrinaria general, para considerar el caso concreto en el libro segundo, al tratar de los delitos



en particular; modificación lógica desde que hay muchos delitos que por su propia naturaleza no admiten la culpa, como el hurto, el robo, la adulteración de documento, la extorsión, etc.

No había en realidad, necesidad de generalizar una disposición de carácter singular y determinado, ya que ella implica derogar el principio general de la responsabilidad creando la excepción en los delitos determinados que la admiten. Es más razonable, más metódico, prever el caso concreto particular y a esto tiende la reforma.

El proyecto de 1891, pág. 134 y 135, en su exposición de motivos decía: "El artículo 115 prevee especialmente el caso de homicidio causado por culpa o imprudencia. Nuestro proyecto no consigna en la parte general disposición sobre la culpa, encontrándose en el segundo libro determinada la represión que corresponde en los casos en que la merezcan los hechos producidos por aquella causa. Preferimos este sistema al adoptado por el código por motivos que se explican fácilmente. El número de los hechos reprimibles aunque no concurra la voluntad criminal, es reducido relativamente a los hechos que no es posible producir por imprudencia, y no hay por qué generalizar una disposición que corresponde a casos excepcionales en que precisamente sufren una derogación los principios comúnmente admitidos de la responsabilidad. Tampoco hay motivo fundado para establecer una relación proporcional entre la penalidad del hecho cometido con intención criminal y la del cometido por imprudencia; no hay entre los hechos derivados de uno u otra causa sino una relación puramente material y el hecho material por sí solo no justifica la medida de la pena".

La ley 4189, no introdujo ninguna reforma al código de 1886 en cuanto a la culpa e imprudencia.

El proyecto de 1906, siguiendo en esta materia a los códigos italiano y holandés, consideró impropio dictar sobre la culpa disposiciones de carácter general que no podían ser aplicadas sino en ciertos y determinados delitos; y aceptó en consecuencia el sistema propiciado por el proyecto de 1891 al suprimir el título de la culpa e imprudencia en la parte general del código, estableciendo esta circunstancia en los delitos particulares que la admiten.

También suprimió la definición de la culpa y su división en grados, dejando librado al criterio judicial la apreciación



de la misma, porque su apreciación exacta depende de mil circunstancias que es imposible prever en la ley y, en consecuencia, nadie mejor que el juez, que tiene todos los antecedentes del hecho, es el autorizado para apreciar el grado de culpabilidad y responsabilidad del autor.

Tal era la reforma en que los redactores del código encontraron estudiada la materia sobre la culpa e imprudencia, y entre los dos sistemas se resolvieron por el último aceptando el de la reforma del proyecto de 1891, seguido como hemos visto por el proyecto de 1906. De esta manera quedó suprimido en nuestra legislación el título de la culpa e imprudencia de la parte doctrinaria general, para fijar en el caso concreto la responsabilidad del acto culpable cometido por imprudencia.

El artículo, tal como se encuentra redactado, considera el acto culpable bajo cuatro aspectos distintos: 1º imprudencia, 2º negligencia, 3º impericia, y 4º inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo.

Para el hombre que vive en sociedad, sabido es que el respeto a sí mismo debe extenderlo al de sus semejantes. Respetar el derecho ajeno no solo es una obligación legal, sino también un principio de sociabilidad en que se funda la razón de su existencia.

La ley reprime la imprudencia desde que la falta de tino y moderación puede causar perjuicio a un tercero, y en este sentido el autor debe responder de las consecuencias de sus actos.

En el mismo sentido está prevista la negligencia que se caracteriza por el descuido culpable de aquel que omite las precauciones necesarias que debe tomar en el ejercicio de su cometido.

La impericia en el arte o profesión, es otro de los requisitos de la culpa, desde que el profesional que tiene en sus manos la vida de sus semejantes lleva en sí una seria responsabilidad, que lo obliga a la serenidad, a la cordura, y a tomar todas las precauciones que las circunstancias aconsejen. Si la muerte de una persona se debe a la falta de desinfección de los instrumentos empleados por el médico, es un descuido imponderable que hace responsable al facultativo de las consecuencias de los hechos.

Por último, el cuarto elemento de la inobservancia de los



reglamentos consiste en la reglamentación de ciertas profesiones a los efectos de la mejor ordenación del tránsito y con el fin de evitar los accidentes. La sola violación de estas ordenanzas municipales hace prever la culpa del agente en los accidentes acaecidos.

Para apreciar la culpa debemos tener presente el criterio de la previsibilidad, pues mientras más clara, más verosímil, más fácil era prever las consecuencias de los hechos, resalta más la injusticia del acto culpable y la responsabilidad debe ser mayor. Y, al contrario, si la relación entre el acto y su consecuencia es lejana, la responsabilidad debe ser menor.

Desde los tiempos de la antigua Roma se dividió la culpa en tres grados: lata, leve y levisima. La primera consistía en la omisión de una prudencia que está al alcance general de todos los hombres; la culpa leve sería omisión de una prudencia solo al alcance de hombres avezados y discretos; y, en cambio, la levisima consistiría en la imprevisión de un hecho que solo está al alcance de algunos hombres dotados de un extraordinario celo y atención.

Este tercer grado de la culpa, según algunos autores, escapa al área del derecho penal represivo, desde que casi se confunde con el caso fortuito.

Carrara sostiene que la culpa levisima no es punible; dice que no existe el caso fortuito puro y que no se puede establecer una diferencia apreciable entre la culpa levisima y la fuerza mayor. Entonces, termina el citado autor, lo lógico, lo humano, lo racional, es que la culpa mínima se asimile al caso fortuito.

En nuestra antigua legislación se clasificaba la culpa en grave y leve, de modo que el tercer grado no se tenía en cuenta por el legislador, lo que equivale a decir que no hay inconveniente para aceptar la doctrina sostenida por Carrara acerca de la irresponsabilidad de la culpa mínima. En la legislación vigente no se establecen los grados a los efectos de considerar la culpa, queda ella librada a la apreciación del juez.

\* \* \*

**La culpa mediata.** — Cuando la omisión, negligencia o impericia del agente, trae como una consecuencia inmediata la lesión de derecho, la responsabilidad es fácil apreciarla; pe-



ro cuando se interpone otra causa entre el hecho inicial y el efecto, tenemos lo que resulta la culpa mediata y puede surgir entonces dificultad para apreciar el grado de responsabilidad del agente.

Algunos tratadistas sostienen que el autor de la primera imprudencia es responsable de todos sus efectos, e invocan en su favor la vieja máxima: "Causa causae, est causa causantis"; la causa de la causa es causa de lo causado. Doctrina ésta que en la actualidad va siendo abandonada, pues si seguimos al pie de la letra la máxima en que se funda tendríamos que llegar hasta responsabilizar el mismo caso fortuito.

Otra de las doctrinas para apreciar la culpa mediata, es la que sostiene solo la responsabilidad del agente cuando el hecho inicial culpable es causa del daño producido. Cuando resulta la causa indirecta simplemente una ocasión del mismo, no está el primitivo autor ligado a sus consecuencias.

Pero, en mi entender, la verdadera doctrina para apreciar la culpa mediata está en la previsión del agente autor de la imprudencia inicial. Si éste pudo darse cuenta y prever las consecuencias de su acción, resulta siempre responsable.

Es decir — para citar el ejemplo más vulgar de los tratadistas — que si un dueño de casa deja sal de arsénico en la cocina, y la cocinera lo vierte en la comida confundiéndola con la sal común, produciendo un envenenamiento, ambos son igualmente responsables: el dueño de casa porque pudo prever las consecuencias de su imprudencia, y la cocinera por la negligencia culpable al usar indebidamente el arsénico.

• • •

**La compensación de la culpa.** — Se dice que existe compensación de la culpa cuando al acto inicial imprudente del victimario se opone también otro imprudente por parte de la víctima.

En la culpa mediata existían dos imprudencias; si se quiere concordantes, que ocasionaban el daño a un tercero. En el presente caso, a la imprudencia inicial le sigue otra imprudencia cometida por la propia víctima. El caso que cita como ejemplo de compensación de culpa el Dr. José Irureta Goyena, del tirador al blanco que lo hace sobre un blanco movable que



lleva sobre la cabeza una mujer, a la cual un día falla el tiro y la mata, ha tomado en nuestros tribunales la forma de la realidad. En un proceso en que me tocó intervenir en calidad de defensor y que cito en la jurisprudencia respectiva, se absolvió al artista, sentando la sentencia la teoría de la compensación de la culpa.

Si bien el maestro Carrara, como Stoppato, sostienen que cuando la víctima misma a incurrido en una culpa la responsabilidad. Como en la culpa mediata, debemos establecer que las que siguen la tesis contraria.

La doctrina que hoy tiende a prevalecer es la de la responsabilidad. Como en la culpa mediata, debimos establecer que cuando el agente ha podido prever las consecuencias de su acción debe, no obstante la imprudencia de la víctima, responder por los efectos de la misma.

• • •

La ley, además de los seis meses a dos años de prisión que fija para el homicidio culposo, establece como pena accesoria la de cinco a diez años de inhabilitación. Ya dijimos que entre estos delincuentes pueden figurar también profesionales que constituyen verdaderos peligros para los miembros de la comunidad. Contra dichos profesionales va la inhabilitación sancionada.

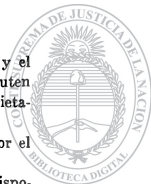
• • •

**La responsabilidad del ebrio.** — Pasemos a estudiar ahora la responsabilidad del sujeto que delinque en estado de ebriedad, cuestión ésta que ha dividido a los tratadistas del derecho y que, por antigua que sea, nunca ha perdido su interés y su actualidad.

La debatida cuestión de la responsabilidad del ebrio, tan antigua como el derecho mismo, ha tenido la virtud de dividir a los juriscultos de todos los países. Mientras unos sostienen que la acción debe clasificarse de dolosa, otros a su vez manifiestan que los actos cometidos en ese estado no pueden salir del dominio de la culpa.

Los romanos consideraban la embriaguez, lo mismo que





ciertas pasiones, como un grado intermedio entre el dolo y el casus. Así la ley 11. Dig. de Penis decía: "Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu. Impetu cum per ebrietatem ad manus aus ferrum venit".

El derecho canónico establecía que el acto cometido por el ebrio no era punible, pero lo era el acto de embriagarse.

En el derecho español, la ley 5 título 8, partida 7, disponía: "Que el que matare a otro estando ebrio sea condenado a destierro por cinco años, porque fueron en culpa, non poniendo ante que acaeciese aquella que pudieran poner".

Ya en el siglo XVI se estableció la doctrina de que la ebriedad completa libera de la pena del dolo pero sujeta al ebrio a sufrir la de la culpa, siempre que la embriaguez fuese voluntaria, distinguiéndose como consecuencia las diferentes clases de ebriedades como lo enseña el jurisconsulto Claro y Farinacio.

La embriaguez que se consideraba dolosa era la intencional, aquella en que el sujeto ingería alcohol con el objeto de cobrar ánimo y llevar a cabo el plan delictuoso trazado de antemano.

Esta doctrina fué aceptada por diferentes países a excepción de Francia, Inglaterra y Escocia, para los cuales la ebriedad constituía un agravante.

Esta misma doctrina ha sido sostenida por la mayoría de los criminalistas modernos y es la que, en mi entender, acepta nuestro código. Luego, si ha tenido la virtud de perpetuarse a través de las diferentes épocas aceptada por diversas legislaciones, tenemos que llegar a la conclusión y convenir que tiene un fundamento verdadero y justo.

Vamos a considerarla en forma extensa, para llegar a la conclusión de que nuestro código acepta la culpa y rechaza el dolo, para los delitos cometidos en estado de ebriedad.

Ante todo, cabe una distinción fundamental entre alcoholismo y ebriedad. Aquél es el resultado de una intoxicación lenta que degenera el organismo y termina con el embrutecimiento, el delirium tremens y la locura alcohólica; mientras que ésta no es más que una locura transitoria producida por intoxicación aguda del alcohol y en la cual, pasado el momento de la crisis, recobra el sujeto su estado normal. La primera es una verdadera locura que tiene su origen en el abuso del alcohol; se trataría en consecuencia de un estado mental anormal



en que el sujeto es irresponsable, previsto por el artículo 34 inciso 1º del código penal. La segunda es la que va a ser objeto de nuestro estudio, a los efectos de reconocer la responsabilidad del ebrio.

Aceptamos, para mayor claridad, la división de la ebriedad en tres estados: alegre, furibunda y letárgica. En el primer período, que se caracteriza por una excitación fisio-psicológica, la conciencia es perfecta y el agente es plenamente responsable.

El segundo período lo dividiremos en dos grados: en el primer grado la expresión alegre y animada del primer período desaparece, la conciencia es turbada, las ideas dominantes se exageran y las pasiones se alteran con facilidad. El agente es responsable de sus actos porque la ebriedad en este grado no es plena, pero su responsabilidad debe ser atenuada desde que se encuentra lejos de su estado normal. En el segundo grado, la conciencia se trastorna, la memoria y la voluntad desaparecen y el sujeto es dominado por las pasiones procediendo con una acción automática; la ebriedad es plena, el sujeto procede sin dolo.

En el tercer período a la excitación nerviosa sucede el abatimiento y el sujeto cae en un profundo sueño con estertor respiratorio. Es el estado comatoso, durante el cual el ebrio no es más que un animal inofensivo, incapaz de hacer ningún movimiento.

Tanto el primero como el último de los períodos no nos interesa, el uno porque el agente conserva su integridad psíquica y el otro porque el estado de postración lo imposibilita de todo movimiento, existiendo en consecuencia una imposibilidad física para delinquir. Del segundo período vamos a tratar el segundo grado, que es el que se refiere a la ebriedad completa, objeto de nuestro estudio.

Pienso que cuando el agente delinque en completo estado de ebriedad, en que la personalidad humana y la voluntad desaparecen, trastornándose la conciencia, sus actos irreflexivos no pueden nunca ser considerados como dolosos, y si es voluntaria la embriaguez debe ser responsable tan sólo por culpa e imprudencia.

Entre nuestros autores se puede afirmar que hay unanimidad para sostener la tesis expuesta.



El Dr. Julio Herrera, autor de "La Reforma Penal", trata extensamente la cuestión de la responsabilidad del ebrio. "¿Los delitos cometidos en estado de ebriedad completa se pueden reputar dolosos? La respuesta negativa se impone si es que se ha de dar algún valor a los principios sobre que descansa la responsabilidad. Creemos, con Mittermaier y Alimena, que ese modo de argumentar importa confundir dos cuestiones enteramente diferentes cuales son: si se debe castigar la embriaguez en sí misma, o si el delito en este estado está sujeto a pena. Como vamos a ver en seguida el delito cometido por el ebrio es el delito ex-culpa, es un delito como otro cualquiera y por lo tanto no es un delito excusado. La ebriedad voluntaria completa no es un dirimente como la locura por ejemplo, sino una circunstancia que cambia el acto en otra figura criminosa. Supongamos que un imprudente dispara un arma de fuego en la vía pública sin propósito de herir a nadie, pero mata sin embargo a una persona. La falta de disparar el arma no es dirimente de un delito doloso, sino que constituye un delito por sí, un homicidio culposo".

Después refuta victoriosamente a Garófalo, el que sostiene: "que la embriaguez, a diferencia del alcoholismo, verdadera enfermedad, no debe ser tomada en cuenta, porque ella no es más que la causa ocasional que revela el instinto criminal; por mucho que beba un hombre pacífico, no matará a nadie. Sano o borracho, el agente es el mismo. como lo es el que mata en raptó de cólera". Y lo refuta con la exposición del maestro de medicina legal Dr. M. Lentz que dice: "El hombre que se embriaga se convierte en un otro ser, su carácter cambia del todo, no es el mismo que antes; su yo se convierte en otro alegre o triste, feliz o expansivo, sombrío o melancólico, audaz y temerario, perezoso y pusilánime; su yo normal aparece o bien opuesto a lo que era anteriormente o bien como una exageración mórbida de lo que él es de ordinario". Obra citada página 378.

La lógica de Herrera convence cuando afirma categóricamente: "Que es ir contra la naturaleza misma de las cosas, sostener que el delito del ebrio es un delito doloso, porque para que lo fuera, sería necesario que él, en ese estado se hubiera propuesto violar la ley penal, es decir que fuera un ser consciente, lo que no sucede. Si no ha habido intención criminosa



no puede haber dolo, porque el dolo lo constituye precisamente esa intención. Sostener lo contrario, es sostener que una cosa exista y no exista, sea o no sea al mismo tiempo, lo que es un absurdo”.

Rodolfo Rivarola también se declara partidario de la inimputabilidad del hecho como delito doloso cuando éste ha sido perpetrado en estado de ebriedad: “Admitida la existencia de una embriaguez completa, durante la cual no se tiene conciencia del acto que se ejecuta, ni de su criminalidad y que la imputabilidad nace del hecho de tener conciencia de lo que se ejecuta, lógicamente hay que admitir que la única responsabilidad que existe para actos resueltos y ejecutados durante una embriaguez culpable, es de la culpa e imprudencia, que no obstante la letra del inciso 1º, artículo 83, cabe también dentro de la definición del inciso 2º, artículo 16. Adviértase que he dicho resueltas y ejecutadas, primero porque así lo consigna expresamente el texto del inciso 1º del artículo 81; segundo, porque la incapacidad para resolver en que se encuentra el agente es el fundamento primordial de la resolución indicada. Tampoco obsta a esta resolución la frase “no imputable al agente” que se encuentra en los términos del final del inciso. Ella sola importa el principio de que no queda exento de responsabilidad el que ejecutó el hecho por haberse embriagado por falta de prudencia. “Exposición y Crítica del código penal”. Tomo 1º, pág. 10. Rivarola, “Derecho Penal”, pág. 399 y 400.

Sostienen idéntica tesis, entre nuestros autores, Obarrio, Curso de Derecho Penal, pág. 317; Jofré, Código Penal de 1922, pág. 165; González Roura, tomo 1º, Nº 96, tomo 2º Nº 110; C. Malagarrija, tomo 1º, pág. 215.

Veamos sobre la materia la opinión de los autores extranjeros. Entre éstos el profesor de la Universidad de París, Dr. M. P. Rossi, Derecho Penal, pág. 245 y 247, dice: “La embriaguez voluntaria, aún aquella que es el resultado de un momento de olvido, es un acto reprobable de suyo y que no deja de ser peligroso para el orden público. Es posible que en ciertos países sea menester contar entre los delitos a la embriaguez voluntaria, especialmente cuando es habitual y va acompañada de publicidad y escándalo. Pero ahora no podemos considerarla bajo este punto de vista. La cuestión es saber si los delitos cometidos en estado de ebriedad son imputables, y



hasta qué grado puede elevarse la imputabilidad del agente. Ahora bien, la embriaguez cuando es completa priva enteramente del conocimiento del bien y del mal, del uso de la razón, es una especie de demencia transitoria. El hombre que se embriaga puede ser culpable de una gran imprudencia, pero es imposible decirle con justicia: ese hecho lo comprendiste tú en el momento de cometerlo. Si pudiera uno ponerse a arbitrio en estado de verdadera demencia, ¿podría condenarse a aquel que hubiese usado tan funesto privilegio como autor a sabiendas y voluntario, de los actos cometidos durante su locura? Cuando fuese restituído a la razón, podría imponérsele una pena por haberse puesto en estado peligroso para los demás, como se castiga a aquel que fuma en un almacén de pólvora. Pero imputarle un hecho particular sería querer lo que es moralmente imposible; imputabilidad y falta de razón; hay contradicción en las palabras. Por último, la embriaguez completa puede hacer al hombre responsable, no del delito intencional, sino del delito cometido por imprudencia; es cuando la embriaguez ha sido voluntaria o efecto de un olvido reprehensible de suyo”.

El ilustre maestro Carrara, Programa, parte general, pág. 332, sostiene la misma doctrina: “Imputar a quien no tiene conciencia de sus actos importaría someter la ley penal a la sola materia. No se podrá objetar con que el agente se haya puesto voluntariamente en estado de transitoria enajenación mental embriagándose. Si alguno por sus desórdenes o vida crapulosa se hubiera vuelto loco ¿podría someterse a la coerción de la ley penal el hecho de este infeliz por el especioso motivo que él fué causa de su desgraciada condición?”

Mittermaier sostiene que la situación del que se pone voluntariamente en estado de ebriedad, es la misma del que duerme con luz encendida en una choza llena de heno, o del que dispara un arma de fuego sin intención de herir a nadie, pero en lugar donde hay mucha gente; tan fácil le era a estos prever el incendio o la muerte de alguno, como le era fácil prever al que se embriaga las consecuencias peligrosas de su estado. Y así como los primeros responderán por el incendio u homicidio culposos, el segundo responderá por el delito de homicidio cometido en ese estado.

El Dr. Pedro Mata, en su obra “Medicina Legal y Toxi-



ecología'', estudia ampliamente la responsabilidad del ebrio y considera la embriaguez completa un estado de transitoria demencia, en el cual no se puede imputar voluntad al agente. Dice: "El argumentar que el ebrio es responsable de sus actos porque se ha puesto voluntariamente en ese estado, es como querer imputar responsabilidad al sujeto calavera que por sus vicios ha llegado al estado de demencia; el abuso del placer genésico puede producir a menudo un estado de demencia. Y así como no podemos en estos casos de demencia responsabilizar al agente diciéndole que por su culpa, por el abuso de sus vicios ha llegado al estado de demencia; no podemos responsabilizar al ebrio puesto que la situación es idéntica''.

Entre los criminalistas modernos, como dice Herrera, la mayoría sostienen la misma doctrina. Podemos citar entre ellos a: TISSOT, ROSSI, MITTERMAIER, MERKEL, BERENER, HEINZE, ORTOLAN, GARZÓN, CHAUVEAU et HELIE, FEUERBACH, GARRAUD, VIDAL, TARDE, DE LA GRASSERIE, CARRARA, PESSINA, CARMIGNANI, ALIMENA, IMPALLOMENI, TUOZZI, FERRI, MECACCI, CRIVELLARI, HAUS, PRINS, etc.

Esta fué la doctrina que consagró el Congreso de San Petersburgo en 1890, y la misma adoptada por los recientes proyectos de códigos francés, ruso y japonés.

Hemos afirmado que dos doctrinas completamente diversas se disputaban en el terreno científico la posesión de la verdad. La una considera al ebrio como un delincuente doloso, mientras que la otra lo sindicata tan sólo como culpable de su estado peligroso.

Nuestro código sigue esta última, es decir que el que delinque en completo estado de ebriedad, si ésta es voluntaria, es responsable tan solo por culpa e imprudencia.

Ya hemos visto, en nuestros antecedentes legislativos, que en la parte general y doctrinaria del código se considera la culpa, tanto en el proyecto del Dr. Tejedor y en el de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, como en el código de 1886, los cuales dividían la culpa en dos grados reprimiéndola con diferentes penas.

El proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García establecía que el hecho cometido por el beodo consuetudinario, era considerado como culpa grave, artículo 37 inciso 7, y el come-



tido bajo un estado de ebriedad accidental, lo calificaba de culpa leve, artículo 38 inc. 5.

Si bien el proyecto de 1891 modificó el sistema de considerar la culpa, modificación que aceptó el proyecto de 1906 y el código vigente, dicha reforma fué más bien en razón del mejor orden de la materia, y no en el carácter doctrinario; solo suprimió el título de la parte general para considerar el caso concreto dejando al juez la apreciación de la gravedad de la culpa e imprudencia.

La Comisión del Senado, al tratar sobre la imputabilidad, en la edición oficial nos remite a la exposición de motivos de la Comisión de la Honorable Cámara de Diputados; luego, veamos lo que dice ésta en su informe, pág. 145: "Con todos los criterios, códigos y autores, sostienen que no procede la aplicación de castigo al sujeto que ha carecido de discernimiento o que no ha tenido conciencia del acto realizado". Cita luego a Herrera y agrega: "En "La Reforma Penal" expresa su disenso con el artículo tal como se encuentra en el proyecto, dedicando largas páginas al estudio del interesante asunto. El término enajenación mental comprende sin duda todos los casos que se conocen vulgarmente con el nombre de locura, no siendo necesario como lo hace el código actual, verificar enumeraciones que nunca son completas, porque las enfermedades mentales son numerosísimas. Pero no es sólo la enajenación mental la que debe tenerse en cuenta; es sobre todo el estado del sujeto en el momento del acto. Si hubo discernimiento y conciencia de lo que hacía corresponde el castigo; si no concurrieren estos factores pueden ser convenientes las medidas de precaución, de orden curativo".

"El proyecto de 1906 en los términos enajenación, no ha comprendido el caso del hipnotismo, los de sonambulismo, y otros en los cuales el sujeto no puede ser susceptible de pena. Por eso consideramos oportunas las consideraciones del Dr. Herrera y proponemos la modificación del artículo".

Al hablar de las perturbaciones agrega: "Las perturbaciones pueden ser permanentes como sucede en los casos más característicos de enfermedades mentales o transitorias. Estos últimos pueden obedecer a causas físicas como ocurre con el alcohol, y otros tóxicos, o a coacciones psíquicas. La enumera-

ción no es posible y debe ser el juez en cada caso, el que estudie la perturbación y averigüe si el sujeto pudo o no comprender la naturaleza del acto y su sentido, como asimismo dirigir sus acciones''.

En estos antecedentes nos fundamos para sostener que la ebriedad completa y voluntaria libera al agente de la pena del dolo, pero le obliga a sufrir la de la culpa.







## LA DEFENSA DEL DOMICILIO

He pensado considerar especialmente el caso de Enrique Takahasi, porque con motivo de la defensa preordenada, ha surgido de nuevo en el mundo jurídico la vieja polémica del derecho de defensa de los bienes y sus alcances.

El japonés de referencia, de profesión avicultor, con el propósito de evitar el hurto de aves de que venía siendo víctima por ladrones nocturnos, arma un aparato defensivo, consistente en una escopeta que, con un mecanismo especial, la hacía funcionar inconscientemente el ladrón al pretender franquear la puerta del gallinero. Dicho aparato funcionó varias veces, pero la noche del 21 de Enero de 1932, ocasionó la muerte del ladrón nocturno, Francisco Puigbi.

El juez de instrucción calificó el hecho como homicidio simple; calificación que fué confirmada por la extinguida Cámara de Apelaciones. El fallo del juez de sentencia impuso al procesado la pena de ocho años de prisión, por el delito de homicidio simple; el cual fué revocado por la Cámara del Crimen, por mayoría de votos.

El camarista Dr. Sebastián Soler, en un erudito estudio, llegó a la conclusión que el caso debe encuadrarse como exceso en la defensa.

• • •

En realidad se trata de un caso interesante. No podemos negar, en principio, el derecho que tiene el propietario para la defensa de su patrimonio, derecho reconocido por la expresa disposición de nuestra ley, art. 34 incisos 6º y 7º.

Los que, basados en la legislación española, sostienen que es necesario el riesgo para autorizar la defensa de los bienes, parten de un viejo y falso principio y entienden que ésta debe terminar necesariamente con la muerte del agresor. Pero esto, es un error; porque así como todo ataque a los bienes no justifica un homicidio, no podemos deducir de aquí, porque no se desprende, que el propietario pueda ejercer el derecho de la legítima defensa sólo en el caso del homicidio justificado.



Entiendo que en el estado actual de la doctrina, en principio, debemos aceptar que todos los bienes son susceptibles y están amparados por el derecho de la legítima defensa. ¿Cómo podemos desconocer al propietario el derecho indiscutible de velar y cuidar su patrimonio?

Si ante la actitud pacífica del ladrón, si ante la falta de riesgo del propietario, le desconocemos este derecho, creamos indirectamente un privilegio al que vive al margen de la ley, ya que mientras que no se atente contra la vida del propietario, se podría entonces robar tranquilamente porque el dueño no tiene derecho a defenderse. Aceptar esta tesis es justificar indirectamente el delito del ladrón, es en una palabra proclamar el triunfo de la injusticia sobre el derecho, lo que resulta inadmisibile. Luego, el verdadero problema a resolver no está en establecer cuáles son los bienes que puedan ser tutelados, sino en la proporción, en la necesidad, y en la mesura, que debe tenerse en cuenta para ejercer ese derecho.

• • •

**El ladrón nocturno.** — El presente caso es el del ladrón nocturno, el cual nuestra ley lo considera especialmente. Desde el tiempo de las primeras legislaciones ya se distinguía y se justificaba la muerte del ladrón nocturno. En la legislación de Moisés, en el libro del Exodo, capítulo 22, encontramos las siguientes disposiciones:

“2. Si un ladrón fuese hallado forzando de noche, o socavando una casa, y siendo herido muriese, el matador no será reo de homicidio. 3. Pero si lo hiciere después de salido el sol, cometió un homicidio y así debe él también morir, etc.”.

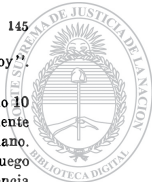
No es necesario remontarnos a los orígenes del universo, en cuyas legislaciones nos será más fácil encontrar justificado el hecho, ya que en aquel entonces se legislaba con un rigor excesivo. Pasemos en consecuencia las disposiciones del derecho romano, donde, en la ley de las Doce Tablas, encontramos derechos amplísimos respecto al ladrón, y dejando de lado las de la edad media entremos a la época moderna a fin de ocuparnos del origen de nuestra disposición legal.

Ya en el proyecto de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, al considerar los hechos que debían justificarse, traía la



siguiente disposición respecto del ladrón nocturno: art. 93. Están exentos de responsabilidad criminal. — 10. El que hiere o mata rechazando durante la noche el escalamiento o violencia de la propiedad, o al que encontrare dentro del hogar si se resistiere.

El código de 1886, inspirado en el proyecto del Dr. Tejedor, el cual reconoce, a su vez, como modelo la legislación de Baviera, tiene una disposición similar autorizando la defensa del domicilio en el art. 81, inc. 11. Pero el que consagró la forma actual de nuestro código, fué el proyecto de 1891, el cual nos dice al fundar la reforma: “La defensa propia queda consagrada en los mismos términos y condiciones que la establece el código. A continuación de los requisitos que debe reunir, para ser legítima, añadiremos que se entenderá que éstos concurren respecto de aquél que durante la noche rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entrada de una casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Esta cláusula consagra una presunción de derecho que, como tal, cederá a la prueba contraria. Su fundamento no puede ser más obvio. El escalamiento, llevado a cabo durante la noche, es una agresión ilegítima gravísima, que ningún motivo puede justificar; y que por lo común se produce sin provocación suficiente y aún sin provocación de cualquier calidad. En semejante situación, es racional la necesidad del agredido de emplear todos los medios seguros a su alcance para repeler el ataque y prevenir sus consecuencias. El momento de la agresión, la ignorancia misma en punto a la importancia de ésta y a todo lo que entra en los designios del agresor y la inminencia del peligro, demuestran la necesidad de que el agredido se sirva de los medios más rápidos y adecuados para detener y rechazar el ataque. En ese momento y en esas circunstancias no es posible exigirle, y sería imprudente de su parte que lo hiciera, el examen de si, por el empleo de otro medio, menos susceptible de dañar, podría obtener el resultado apetecido. Si se distrajera en ésto, quizá cuando se resolviese a obrar fuese demasiado tarde. Por otra parte la cláusula en cuestión no es en suma, sino el precepto contenido en el N° 11, artículo 81 del código, expuesto de una manera más clara y precisa, que hará imposible



las conjeturas y las interpretaciones varias a que se presta hoy". Proyecto citado, edición oficial, pág. 74.

Tal disposición ha sido tomada directamente del artículo 10 del código chileno, que es igual al nuestro; e indirectamente del artículo 329 del código francés, y 376 del código italiano. En el código español no encontramos dicha disposición; luego considero un error pretender orientar nuestra jurisprudencia con los fallos del Supremo Tribunal de Madrid.

La Suprema Corte Italiana, al aplicar el art. 376, en el caso del Dr. Iginio Montalboddi, que produjo la muerte del ladrón con un aparato armado en el interior de una de las habitaciones de su casa, estableció: "Que el propietario puede hacer en su casa aquello que ayuda a defenderla de los ladrones, no excluido un aparato mecánico dispuesto a ese fin y el hecho es lícito y no prohibido; no puede volverse ilícito y convertirse en delito, si otros sin tener derecho, penetran allí mediante escalada, rotura u otros medios y encuentran la muerte o una lesión en el acto de violar algunas de las puertas. Y no hay diferencia, ya sea que se ofenda o hiera por rechazarlo mediante un aparato preparado con tal propósito... Y puesto que el aparato vale y representa el brazo del autor no podría negarse la exención del art. 376, N° 2 del código penal".

En Francia también se absuelve al propietario Favrille por haber obrado en legítima defensa, y la Corte de Dijon declara que el ladrón lesionado, no tiene derecho a ser indemnizado.

Estos casos han tenido la virtud de provocar en el campo doctrinario, largas e interesantes polémicas. Autores hay que, con un concepto absoluto de la propiedad, sostienen la jurisprudencia italiana y llegan a admitir que en el caso de la defensa preordenada no existe delito, porque el propietario tiene derecho dentro de sus dominios a armar cualquier clase de aparatos para prevenir el ataque. Manzini es el más autorizado expositor de esta doctrina. (Tratado, tomo II, pág. 193) seguida por Turnier al comentar el fallo de la Corte de Dijon, (Daloz 1901, pág. 473-75) y aceptada por Impallomeni. (L'omicidio, número 212).

La mayoría de los autores critican el carácter absoluto de la doctrina expuesta, pero admiten la defensa de los bienes y legitiman el hecho sólo en el caso y en los límites en que el propieta-



rio en persona hubiera podido defenderse, llegando hasta el sacrificio de su agresor.

Alimena y Massari, que critican el Fallo de la Corte de Justicia Italiana, por no admitir el concepto absoluto de la propiedad, aceptan sin embargo la solución a que arriba la sentencia, porque entienden que en ese caso el propietario en persona hubiera podido disparar su arma cuando el ladrón, violando la puerta, pretendía penetrar en el dormitorio, y estaría en consecuencia amparado por el derecho de legítima defensa. Alimena, Derecho Penal, tomo II, pág. 135. E Massari, *Consegni offensivi a scopo di difesa*, S. P., 1916 pág. 5.

Pero esta discusión que gira alrededor de la presunción legal, en cuanto establece la existencia del riesgo en el caso del ladrón nocturno, en nuestra legislación no tiene razón de ser. De acuerdo a lo establecido por el informe transcripto anteriormente, esta presunción legal no tiene carácter absoluto y es susceptible de prueba en contra; por lo tanto, en nuestro derecho podemos ahorrarnos la polémica. Corresponde en consecuencia hacer funcionar la norma jurídica, de acuerdo a las condiciones exigidas para la legítima defensa, pudiendo llegar hasta el exceso de ella, en el caso de que la presunción del riesgo corrido no sea aceptable.

Si esto es así, considero justa la interpretación dada por el camarista Dr. Soler, el que sin desconocer el derecho a la defensa de los bienes, admite que en el presente caso ha habido un exceso de parte del propietario en el derecho ejercitado.

• • •

**La tesis contraria.** — La extinguida Cámara de Apelaciones, plantea la cuestión en diferente forma. Sostiene que el homicidio puede perpetrarse por medios directos o indirectos, y resultando dolosa y voluntaria la acción del agente afirma que en el presente caso se ha obrado con dolo eventual, para llegar a sostener la tesis del homicidio simple.

Tales conclusiones las funda principalmente en la obra del Dr. José Irureta Goyena, “El delito de homicidio”, pero entiendo que este autor ha sido también mal interpretado, como veremos luego.

Dice el maestro uruguayo al hablar de los medios para con-



sumar el homicidio, en la pág. 27: "Directos son aquellos en que el agente criminal opera sobre el instrumento que ocasiona la muerte hasta el momento mismo en que se infiere la lesión mortal; por ejemplo un sujeto mata a otro mediante el disparo de un revólver, mediante un golpe de estileto, propinándole o haciéndole ingerir un veneno, etc. Indirectos son aquellos en que el agente criminal organiza la causa la cual después produce la muerte, sea espontáneamente o sea por una colaboración ulterior inconsciente de la misma víctima; un sujeto se vale, por ejemplo, de un perro bravo para matar a su enemigo, el caso de la famosa novela de Conan Doyle, "El Sabueso de los Bakersville".

Como se ve, con pocas palabras de diferencia, la Cámara transcribe en su resolución, la tesis de la obra citada.

La doctrina es exacta, pero mal aplicada. Y el error consiste en que en el presente caso se ha dado por descontado que la intención del propietario, al armar el aparato, fué la de matar; por tanto el aparato empleado no fué más que el medio de realizar esa intención. No se ha tenido en cuenta para nada la finalidad del agente y el móvil del hecho, que fué exclusivamente el de defender la propiedad. Esta es la razón de la conclusión absurda a que se ha arribado.

El sostener que con el solo hecho de usar un arma de fuego está demostrada la intención de matar, es un error lamentable. El mismo autor citado, Irureta Goyena, pág. 37, nos dice: "Falla por lo pronto la que parece de resultados más certeros, basada en la gravedad de los medios empleados. Un sujeto se sirve de un arma de fuego para atentar contra la vida de su semejante. ¿Podría un juez, racionalmente, basarse en la potencia mortífera del arma de fuego para inferir de una manera inquebrantable la intención de matar? Yo creo que no. Si echamos mano de las estadísticas, éstas revelan que en la mayoría de los casos en que un sujeto dispara un arma de fuego sobre otro, en vez de matarlo, le infiere una lesión o simplemente yerra el blanco. Ahora bien: siendo ese el fenómeno que pone de relieve la estadística, porque el revólver es uno de los medios más temibles de atentar contra la vida humana ¿se puede inferir que quien hace fuego contra un semejante ha querido, inexorablemente, matarlo?"

Pero donde más se divorcia la opinión de la extinguida



Cámara, con la del autor citado por ella, es en la forma de apreciar el dolo, como paso a demostrarlo.

Dice Irureta Goyena, pág. 32: "El tercer elemento característico del delito de homicidio es el dolo especial, o sea el *animus necandi*. No basta el dolo general o sea la intención criminal: la muerte que se verificara mediando simple intención criminal, no sería delito común de homicidio. Ese hecho es naturalmente punible del punto de vista moral y legal y tiene una sanción en nuestro código, pero tal sanción no es la que corresponde al delito de homicidio ordinario, sino al del homicidio llamado *ultraintencional*".

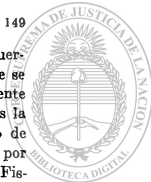
"El dolo especial es de tres clases: determinado, indeterminado y eventual. El dolo es determinado cuando existe una correspondencia absoluta entre el efecto y la volición. Un sujeto, Juan por ejemplo, se propone matar a Diego y lo mata; ese es dolo determinado. El dolo es indeterminado, cuando esa armonía a que yo me he referido existe entre la volición y el fenómeno muerte, pero no con relación al sujeto que la ha sufrido: Juan se propone matar a Pedro y por un error o por una inadvertencia mata a Diego. El dolo es eventual, cuando no existe correspondencia entre el efecto y la volición, porque el efecto ha sobrepasado el deseo. Por ejemplo, un sujeto se propone inferirle una lesión leve a otro, pero se le va la mano, y en vez de originarle una enfermedad de ocho o diez días, le ocasiona la muerte".

Tal es la doctrina del maestro uruguayo, para quien la muerte cometida por dolo eventual, no puede jamás configurar el delito de homicidio simple, desde que esta clase de dolo califica sólo al homicidio preterintencional.

\* \* \*

El juez de sentencia, que admite también la existencia del dolo eventual, cita a Jiménez de Asúa, para sostener la tesis del homicidio simple, en la nota que trae éste en la obra de Francisco Carrara, Programa, pág. 373, pero, en realidad, es incomprensible la cita.

Dice la nota: "En España hemos tenido también un caso curioso. El propietario de una pequeña huerta notaba que le sustraían conejos con lamentable frecuencia. Para evitarlo no



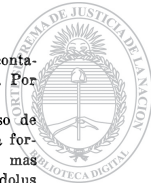
se le ocurrió mejor cosa que poner en combinación con la puerta de la conejera, una especie de aparato, con un arma que se disparaba al abrir. El dispositivo funcionó tan certeramente que el ladrón quedó muerto. Nosotros, que no sancionamos la absolución del Tribunal Francés, calificaríamos el acto o de un exceso en la defensa o, en todo caso, de un homicidio por dolo eventual; pero jamás aprobaríamos el parecer de un Fiscal que apreciaba los hechos como constitutivos de un asesinato calificado con alevosía, con premeditación. Es lamentable la ausencia de conocimientos científicos y técnicos en nuestros magistrados y Fiscales”.

No puede apoyarse en esta nota, para deducir la tesis del homicidio simple; porque del hecho de que el maestro español afirme que en el peor de los casos se trataría de un homicidio con dolo eventual, no se deduce la conclusión dada por el juez.

Jiménez de Asúa, en “Libertad de Amar y Derecho a Morir”, cuarta edición, nos define en un estudio sugestivo lo que entiende por dolo eventual; y así nos dice al tratar del delito de contagio venéreo, pág. 35: “Que aunque sea raro hallar en la vida contagio por dolo directo, es frecuente que la transmisión se refiere por otra variedad dolosa, conocida con el nombre de dolo eventual. En torno a este grado de culpabilidad, existen oscuridades y el parecer de los penalistas dista mucho de ser unánime. Yo me adscribo a la fórmula de Frank: Hay dolo eventual en caso de representación del resultado como posible, si la convicción de la producción necesaria del resultado no hubiera impedido al actor la comisión del acto”.

“La mujer pública que se sabe enferma tiene, a menudo, precisión de acudir al comercio sexual para subvenir a sus necesidades. La intención directa es de procurarse un ingreso económico yaciendo con un amante ocasional, y no hay en sus deseos otra finalidad. La idea de contagiar no se le presenta como un querer de primera fila; no la lleva al coito la intención dolosa de vengarse transmitiendo su enfermedad. Es más, la prostituta no desea contaminar el mal, ni siquiera está cierta de que la infección ha de producirse. Por eso no hay dolo directo si el contagio se verifica. Pero en noventa casos de cien, la meretriz no desistiría de la unión económicamente productiva si estuviese segura de que, al yacer con el hombre que la paga, iba a contaminarle avariosis o blenorragia. Más to-





davía: al pasar por su pensamiento la posibilidad del contagio, la mujer pública ratifica las consecuencias de su acción. Por eso hay dolo eventual”.

Este autor considera el dolo eventual como un paso de transición a la culpa consciente y nos dice: “La primera forma de culpa, (la consciente) confía en el dolo eventual, mas quiero apresurarme a establecer la linde divisoria. En el *dolus eventualis* hay intención punible, porque según he dicho la seguridad de que el efecto se produzca no alejaría al sujeto de la consumación del acto. En este grado de culpa que ahora exployo, si el autor supiera fijamente que habría de subvenir el acaecimiento perjudicial, no ejecutaría los actos que lo originan”.

\* \* \*

El mismo autor al explicarnos la doctrina técnica del delito, en su segunda conferencia pronunciada el 18 de Octubre de 1929, bajo el patrocinio de la Universidad del Litoral, en la ciudad de Santa Fe, aborda el problema del dolo, con esa frondosa erudición tan propia de su talento.

Nos enseña que la sola teoría de la voluntad debe rechazarse, porque a medida que la técnica evoluciona hay autores que sustituyen el concepto de la voluntad por el de la representación, con el objeto de poder demostrar el origen del dolo eventual. Para el maestro español, el dolo debe fundarse sobre la voluntad y la representación.

Luego al definirnos el dolo eventual nos dice: cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea pero cuya producción ratifica en última instancia. Es cierto que el dolo eventual pertenece al territorio del delito intencional, pero no es menos cierto que su situación dentro del área de la responsabilidad, se encuentra en la frontera entre el dolo y la culpa.

Después nos enseña: “En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado y en el dolo eventual representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión se representa el agente como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como el *dolus eventualis* y, por el contrario, si



estuviese seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. En la culpa llamada con previsión el sujeto espera de su habilidad o su fortuna que el resultado no sobrevendrá. Por eso me parece impropia la frase culpa con previsión, porque como dijo Carrara, haber previsto que no sucederá, es como no haber previsto. Esta clase de culpa debe llamarse culpa con representación''.

Ilustra su teoría con el siguiente ejemplo para fijarnos definitivamente el concepto y la diferencia entre el dolo eventual y la culpa.

El hombre que maneja a gran velocidad un automóvil y penetra en una población cuyas calles están muy concurridas, se representa la posibilidad de atropellar a un transeunte, pero confía en que su pericia le libraré de ocasionar el accidente. Este sujeto comete el homicidio, si el paseante se interpone y muere, por "culpa con representación" (mal llamada con previsión), porque ha causado el atropello, sin ratificarlo, al contrario, con la esperanza, por su parte, de que su pericia o su fortuna logran impedirlo. En cambio, hay dolo eventual, cuando ese mismo automovilista, en concurso de carreras de velocidad, se representa la posibilidad de un atropello que no confía pueda ser evitado por su pericia en razón de que la marcha que lleva es demasiado grande para ello, y aunque él no quiere, como deseo de primera clase, matar a un transeunte, hay indiferentismo de su parte con respecto a la muerte del sujeto, que ha quedado ratificada en su ánimo por el afán de ganar la carrera; por eso a pesar de la representación del peligro inminente, sigue pisando el acelerador y el coche continúa marchando a gran velocidad hasta que sobreviene el accidente.

Tal es la doctrina del eminente maestro español, para quien algunos autores italianos como Alimena por ejemplo, han confundido el dolo indeterminado con el dolo eventual y no creen que éste existe sin un previo arranque ilícito y doloso.

No es posible en consecuencia, de acuerdo a la doctrina expuesta, sostener que el maestro español afirma la tesis del homicidio simple, en el caso del dolo eventual. Solo la confusión lamentable del dolo indeterminado y eventual, que señala Jiménez de Asúa en algunos escritores italianos, pueden autorizar la afirmación del juez en su sentencia.



Si estudiamos la obra maestra del Derecho Penal, donde el profesor español trata con más detención el tema, llegamos a la misma conclusión.

\* \* \*

En nuestro caso el propietario no tuvo la intención de matar, su finalidad al armar el aparato fué la de defender su propiedad. Pero como la posibilidad del riesgo dada el arma empleada no detuvo su acción, por eso existe también en el presente caso dolo eventual. Es decir que habría un homicidio con exceso en el fin, ya que su intención no fué la muerte del ladrón, sino la defensa de sus bienes.

No se me oculta, como dice el maestro español, que en torno a este grado de culpabilidad, existen oscuridades y el parecer de los penalistas dista mucho de ser unánime. Pero en este sentido aceptamos sin vacilación el parecer de Irureta Goyena, y creo que el dolo eventual, que es un dolo imperfecto, que tiene muchos puntos de contacto con la culpa consciente, no debe originar el homicidio simple. En nuestro código el delito cometido por dolo eventual lo considera el legislador como homicidio con exceso en el fin, o sea el homicidio preterintencional que sanciona el art. 81, inciso b.

Me hago cargo de la objeción a esta tesis, de que la ley dice: cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte. Es claro que si el agente comete el homicidio por un medio directo con un arma de fuego, no podía alegar la falta de intención, pero éste no es nuestro caso.

El agente ha armado una trampa para defender su propiedad, su idea primitiva y su finalidad fué la defensa de sus bienes; luego, no puede el resultado de los hechos posteriores, cambiar el propósito, el móvil, y la finalidad de la defensa preordenada.

Tales son las conclusiones que nos sugiere el interesante y erudito fallo dictado por la Cámara del Crimen.

Ambas soluciones nos parecen aceptables. A ellas arribaremos de acuerdo a la forma como se plantee el problema. Pero nosotros, que hubiéramos sostenido la tesis del homicidio preterintencional, desde que a ella nos conduce el dolo eventual, rechazamos de plano por considerarlo un grave error, el criterio del homicidio simple que sostiene el juez en su sentencia.



## JURISPRUDENCIA

**Homicidio por imprudencia.** — El solo hecho de no haber rendido examen para manejar automóvil, careciendo en consecuencia de la libreta de chauffeur que lo habilita para manejar en la ciudad, lo hace responsable del homicidio cometido, el que debe calificarse de acuerdo al art. 84 y condenarse a un año de prisión e inhabilitación por seis años, y tres mil pesos de indemnización a la familia de la víctima. — Caso: Francisco Aurelio, homicidio por imprudencia de Teresa Tita Ferrante. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 9 al folio 130, y con fecha Septiembre 9 de 1924. — Nota marginal: Mayo 4 de 1925, Cámara confirmó en todas sus partes la sentencia.

**Homicidio por imprudencia.** — Cuando el agente de policía, en su persecución, hace fuego para intimidar y obtener la detención del infractor y el disparo mata a una mujer ajena al incidente, que estaba en la puerta de su casa, debe responder por homicidio por culpa e imprudencia, art. 84, y condenarse a un año y seis meses de prisión, en forma condicional. — Caso: Angel Córdoba, homicidio por imprudencia de Rosa Zárate. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 26 al folio 303, y con fecha 10 de Octubre de 1924. — Nota marginal: Esta sentencia fué confirmada por la Exma. Cámara de Apelaciones (2ª Sala), el 29 de \* Noviembre de 1924.

**Homicidio por imprudencia.** — La rotura de un perno de la dirección no puede esgrimirse como argumento para calificar el accidente de casual, desde que es un hecho concurrente origen del viraje brusco para evitar el accidente y no su causa. Corresponde encausar el hecho como homicidio por imprudencia, art. 84, y condenar a su autor a un año y seis meses de prisión, y cinco de inhabilitación, en carácter condicional, art. 26. — Caso: Domingo Zunino, muerte y lesiones en accidente. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario, Libro 9 al folio 449, y con fecha 30 de Noviembre de 1925. — Nota marginal: Mayo 18 de 1926, Cámara confirmó sentencia.

**Homicidio por imprudencia.** — Si el menor declara que el compañero de cacería le pidió el arma y le levantó el gatillo con el propósito de usarla, fué un olvido imperdonable de su parte no fijarse, al recibir el arma, que estaba montada, descuido que lo vincula al homicidio cometido, debiendo éste calificarse por imprudencia, art. 84 del



Código penal y condenarse a seis meses de prisión. — Caso: Adolfo Pavón, homicidio por imprudencia de Alejandro Palacetti. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 29 al folio 97, y con fecha 14 de Septiembre de 1927. — Nota marginal: El 19 de Octubre de 1927 la Exma. Cámara de Apelaciones (2ª Sala) declaró firme y ejecutoriada esta sentencia.

**Homicidio por imprudencia.** — Cuando el chauffeur conocía que la dirección estaba floja y sin embargo manejaba el auto con exceso de velocidad, debe responder por el homicidio cometido, el que debe calificarse por imprudencia, art. 84 y condenarse a año y medio de prisión. — Caso: Martínez Francisco, homicidio y lesiones por imprudencia. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 29 al folio 473, y con fecha 4 de Agosto de 1928. — Nota marginal: La Sala del tercer turno con fecha 14 de Noviembre de 1928, confirmó esta sentencia.

**Responsabilidad del ebrio.** — La ebriedad voluntaria, aunque completa, libera de la pena del dolo pero obliga a sufrir la de la culpa. Corresponde calificar el homicidio por imprudencia, art. 84, y condenar al agente, como autor de homicidio y lesiones graves en completo estado de ebriedad, a dos años de prisión. — Caso: Abelardo Villanueva, homicidio y lesiones graves de Cipriano C. Aguilar y Américo Gatti. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 29 al folio 429, y con fecha 28 de Junio de 1928. — Nota marginal: La Sala del primer turno con fecha 22 de Septiembre de 1928 confirmó esta sentencia.

**Compensación de culpa.** — No es responsable de homicidio por imprudencia el artista que, en un ejercicio de tiro al blanco, errando la puntería, mata a su esposa. Está demostrada la capacidad del mismo para el ejercicio y que ha tomado todas las precauciones a fin de realizarlo, atribuyendo el suceso a un defecto del proyectil. Corresponde absolverlo de culpa y cargo. — Caso: Yellow Howk, homicidio de su esposa. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 10 al folio 525 y con fecha 17 de Octubre de 1924. — Nota marginal: Firme y ejecutoriada en 22 de Octubre de 1924.

**Homicidio por imprudencia.** — La obligación de conservar la mano rige tanto para la ciudad como para la campaña, es una medida de orden general en beneficio de la seguridad del tráfico; el solo hecho de la maniobra a contra mano, dando lugar al accidente, demuestra la imprudencia manifiesta que lo hace responsable. Los estragos y



rastros dejados son mudos testigos de la violencia del choque y demuestran el exceso de velocidad. Corresponde calificar el hecho como homicidio por imprudencia y lesiones, art. 84 y 94, y condenar al procesado a dos años de prisión y diez de inhabilitación. — Caso: Menegón Guido, homicidio y lesiones por imprudencia a Ignacio Moris y otro. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 477, y con fecha 12 de Diciembre de 1930. — Nota marginal: Exma. Cámara en 5 de Marzo de 1931, confirmó esta sentencia en todas sus partes, modificándola en lo que a la pena corporal se refiere, la que se deja en suspenso.

**Homicidio por imprudencia.** — Cuando el agente no hizo el disparo intencionalmente contra determinada persona, sino que fué producto de la imprevisión, no puede haber aberratio ictus. Debe considerarse el homicidio del tercero, así causado, como un homicidio culposo y condenarse a dos años de prisión y 10.000 \$ de indemnización. Corresponde rechazar la acusación fiscal que consideró el hecho como homicidio simple. — Caso: Alos Juan, homicidio de Miguel Revellino. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 10 al folio 448, y con fecha 29 de Julio de 1927. — Nota marginal: Exma. Cámara Apelaciones, el 22 de Noviembre de 1928, confirmó la presente condena.

**Homicidio por imprudencia.** — El menor que, haciendo funcionar el percutor de una pistola, creyéndola descargada, hiere a su hermana en la cabeza produciéndole la muerte, debe ser responsable de homicidio por imprudencia y corresponde condenarlo a 10 meses de prisión, art. 84. — Caso: D'Alessandro Francisco, homicidio por imprudencia de Angela D'Alessandro. — Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 31 al folio 180, y con fecha 22 de Abril de 1931. — Nota marginal: Con fecha 30 de Abril de 1931 fué declarada firme y ejecutoriada.

**Homicidio por imprudencia.** — El menor que contesta a una broma de un compañero de trabajo arrojándole un cuchillo con tan mala suerte que fué a clavarse en el pecho, interesando corazón, pulmón y pleura, debe responder por el homicidio cometido. Corresponde calificar el hecho como homicidio por imprudencia y condenar a su autor a un año y tres meses de prisión, en forma condicional, arts. 84 y 26 del Código penal. — Caso: Fajardo Manuel, homicidio de Eyrto Miguel. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 27 al folio 474, y con fecha 27 de Julio de 1926. — Nota marginal: Esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada el 2 de Agosto de 1926.



**Homicidio por imprudencia.** — No es responsable del ejercicio ilegal de la medicina la partera que atiende un caso aislado, pero habiendo muerto la parturienta por una hemorragia post-partum, debido a la inexperiencia de la partera que no hizo nada de lo aconsejado para evitarla; debe responder por el delito de homicidio por imprudencia art. 84 y corresponde condenarla a un año y dos meses de prisión. — Caso: Espinosa Francisca, ejercicio ilegal de la medicina. — Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16, al folio 284 y con fecha 12 de Septiembre de 1924. — Nota marginal: La Sala del 2º turno, con fecha 31 de Octubre de 1924, confirmó esta sentencia.

**La defensa de los bienes.** — Nuestra legislación admite la defensa de los bienes. Si el propietario ante la frecuencia de los hurtos, arma un aparato con un dispositivo que lo hace funcionar inconscientemente el propio ladrón al pretender abrir la puerta del gallinero; y funcionando éste ocasiona la muerte del ladrón, debe el homicidio calificarse por exceso en la defensa. El juez condenó a ocho años de prisión por homicidio simple, sentencia que fué revocada por la Cámara del Crimen. — Caso: Enrique Takahasi, homicidio de Francisco Puigbi. — Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 14, al folio 2 y con fecha 1 de Septiembre de 1932. — Nota marginal: En 13 de Mayo de 1933 la Cámara Criminal, revocó esta sentencia y condenó al procesado como homicidio en exceso de defensa (arts. 35, 84 p. 26 del Código Penal) a un año y medio en forma condicional.



## EL ABORTO

Mucho se ha declamado, como dice Jiménez de Asúa, en lo que se refiere al delito de aborto y, desde la impunidad más absoluta que reinaba en las primitivas legislaciones, este hecho ha pasado por todas las graduaciones, al extremo de considerarlo como un delito grave, echándose mano a la represión máxima a fin de combatir tan funesta práctica, sin poder evitar que se haya extendido por todas las sociedades del orbe.

En la actualidad es una costumbre tan arraigada, que constituye una verdadera plaga, y en algunas naciones ha llegado hasta detener el crecimiento de la población.

En los primitivos tiempos no se usaba tanto esta forma de atentar contra la vida, desde que considerándose el infanticidio como un derecho, era más sencillo suprimir la vida de la criatura recién nacida, sin riesgo alguno para la madre. Pero hoy las prácticas abortivas superan indiscutiblemente a los infanticidios.

En el anteproyecto del código penal suizo no triunfó la tesis de la impunidad del aborto. La propuesta formulada por Lang, de autorizar el aborto que tenga lugar dentro de los tres primeros meses del embarazo, siempre que sea efectuado por la propia embarazada o por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer no fué aceptada. Los redactores del código de 1916 autorizaron el aborto en forma restringida, extendiéndolo solo a los casos de necesidad y al de la violación de la mujer idiota o demente, por razones de eugenesia.

Pero el proyecto de 1918 suprimió el agregado de la autorización del aborto por razones de eugenesia. No obstante, nuestra legislación adoptó el sistema del anteproyecto suizo de 1916.

El proyecto checoslovaco, que también toma el mismo modelo, va más adelante. No sólo autoriza el aborto con fines de eugenesia, sino también que lo autoriza por razones económicas, cuando la madre ha procreado ya tres hijos o ha parido por lo menos cinco veces.

Pero ninguno más atrevido que el código ruso que al legislar materia tan delicada establece que el aborto no constituye





delito siempre que se practique con autorización y dentro de los tres meses primeros del embarazo.

En realidad la tendencia moderna de considerar el aborto, sin hacerse eco de las airadas protestas de los eternos declamadores, implica la decadencia de su represión, pudiendo asegurarse que si hoy las sociedades contemporáneas principian por interrogar si el aborto debe punirse, mañana será fácil vaticinar que en las sociedades del porvenir este hecho se ha de excluir de la categoría de los delitos.

En nuestro concepto, el aborto constituye un delito; así también lo considera nuestra legislación vigente. Por eso, dejando de lado las teorías sobre la impunidad del aborto, entremos a considerarlo tal como lo legislan las disposiciones de nuestra ley.

\* \* \*

#### ARTÍCULO 85

El que causare un aborto será reprimido;

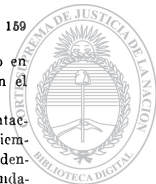
1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

2º 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.

\* \* \*

**El aborto y su diferencia con el infanticidio.** — El aborto lo constituye la interrupción del proceso vital. La vida es el primer don de la existencia humana. Ampararla y garantirla es la misión de la ley; el atentado contra ella, la supresión del ente jurídico, constituye el atentado contra todos los derechos. De ahí que la ley proteja tanto la vida extrauterina, como la intrauterina; por eso, repito, el homicidio y el aborto son las dos formas clásicas de los atentados contra la vida.

Aceptamos la opinión de Carrara que al calificar el abor-



to como feticidio lo define como la muerte dolosa del feto en el útero o su violenta expulsión del claustro materno con el mismo resultado.

El aborto y el infanticidio tienen muchos puntos de contacto. El móvil de ocultar la deshonra puede existir y casi siempre existe en ambos delitos, sin desconocer por esto la tendencia en los matrimonios de la aversión a la procreación, fundada en razones de orden económico y en el sacrificio que implica siempre para una madre los cuidados de la maternidad. Pero si tienen muchos puntos de contacto no podemos llegar a confundirlos. Entendemos que el aborto debe considerarse en su criminalidad en un grado inferior al infanticidio, ya que no es lo mismo destruir una existencia real, que impedir la realización de un embarazo.

Esta distinción de categoría es incuestionable, la aceptan gran parte de las legislaciones. La ley romana castigaba con el destierro a la mujer, por el aborto violento (L. 8 D. ad. leg. Corn. de sicariis), pero cuando el aborto era cometido por interés, por avaricia, como cuando recibía dinero la mujer de los herederos del marido, entonces lo penaba con la muerte. (L. 39, D. de poenis). El cómplice era condenado a destierro, y solo en el caso de muerte de la embarazada, se le aplicaba la última pena.

El derecho canónico distinguió si el feto estaba formado, si tenía vida o si constituía una materia inerte e inanimada. En el primer caso se lo consideraba como un homicidio; y en el segundo, se lo consideraba un delito de pena pecuniaria.

El mismo Pacheco acepta esta distinción de categoría y al comentar el código español dice: "No encontramos aquí y ya lo hemos enunciado antes de ahora las propias razones de censura, que nos movieron a criticar las penas del infanticidio. Entre el feto que aún no nació, y el niño que ha respirado y abierto los ojos, encontrará siempre el buen sentido un abismo de diferencia. La medicina y la teología que se han ocupado mucho de averiguar el punto en que los fetos comienzan a vivir, dirán lo que se quiera sobre el particular: la mera razón, la conciencia del género humano, que es solo lo que debe inspirar en primer término las leyes, dirán constantemente que no es lo mismo un ser que existe por sí, a la luz del día, a la faz de la sociedad, de un modo real, positivo, incuestionable, que



otro ser que existe como accesorio, de una manera oculta, sin que haya tomado por decirlo así, posesión, ni entrado en el goce de su existencia. Por eso encontramos muy suaves las penas contra el infanticidio, que es la destrucción de una persona; por eso no tenemos nada que decir contra el aborto, que es la destrucción de un germen y de una esperanza''. Obra citada, pág. 41, tomo 3.

Tal es el concepto que nos merece el aborto y su diferencia con el infanticidio.

El artículo que estudiamos encierra dos conceptos diferentes. Principia por referirse a una tercera persona que provoca el aborto, y considera dos situaciones: una en que obra con el consentimiento de la mujer y la otra cuando se ha procedido sin el consentimiento de ésta. Para ambos casos, como es lógico, la pena es diferente, desde que los hechos son distintos.

Desde el proyecto del Dr. Tejedor, figura en la ley la distinción del consentimiento de la mujer, que hace el papel de un atenuante. Lo mismo sucedía en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, como en el código de 1886, en los cuales siempre se ha legislado de una manera análoga sobre este punto. Pero nuestro artículo ha sido tomado del proyecto de 1891, que sirvió de modelo a la ley 4189 para la reforma, quedando incorporado a nuestra legislación. La disposición penal vigente es idéntica a la del artículo 116 del proyecto de 1891.

El legislador no ha tenido en cuenta para graduar la represión del aborto, los medios empleados para tales fines, la violencia empleada o la falta de ella; es el consentimiento o la falta de éste, lo que modifica la penalidad.

Ya dijimos que nuestro artículo fué tomado del 116 del proyecto de 1891. Veamos lo que dice la comisión en su informe: "Para graduar las penas en los casos de aborto el proyecto no toma en consideración la naturaleza del medio empleado, esto es, si se ha causado el aborto con violencia o sin ella. La naturaleza del medio empleado podrá o no, según las circunstancias, servir de elemento de juicio para la determinación de las penas en los casos particulares dentro de los límites fijados por la ley, suficientemente amplios para responder a aquella consideración. Lo que modifica con mayor transcendencia la gravedad del delito de aborto, es el hecho de causarlo con consentimiento o sin consentimiento de la mujer''. Proyecto citado, pág. 135 y 136.



## CAUSAS DE LA EXENCION EN EL ABORTO

## ARTÍCULO 86

Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperasen a causarlo. El aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer en cinta, no es punible:

1º Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2º Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

• • •

La intervención del profesional la ley la considera bajo dos aspectos. Cuando se refiere al feticidio cometido por un médico, cirujano, partera o farmacéutico, lo considera un delito; en cuanto se refiere al aborto necesario, al parto médico practicado por un profesional diplomado, no lo constituye.

El proyecto del Dr. Tejedor, imponía al profesional que abusaba de su ciencia para causar el aborto además de la condena impuesta por el delito, la pena adicional de inhabilitación perpétua para volver a ejercer la profesión respectiva.

Argumenta en la nota, fundando la disposición, que estos profesionales son tan culpables como la mujer misma, desde que el abuso de su arte al servicio de médicos criminales facilitan la perpetración del delito ya que si la mujer no encontrase tanta facilidad para ponerse bajo manos expertas, la ignorancia de los métodos, el temor de exponer su propia vida, el uso de medicamentos que no conoce, servirían como una traba, como un freno, a la perpetración del delito.



Pacheco, tomo 3, pág. 43, al comentar el artículo 340 del código español nos dice: “La ley estima el ser médico una circunstancia agravante en este hecho de procurar el aborto. Tiene razón. La profesión de una facultad científica impone obligaciones de moralidad, que no tienen en tal punto los simples particulares. La medicina es para curar los enfermos, y no para hacer abortar a las mujeres embarazadas”.

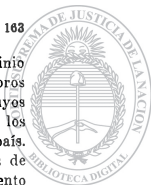
La segunda parte del artículo fué introducida por la Comisión de la Cámara de Senadores, representando dicho agregado una reforma fundamental que involucra dos cuestiones importantes. La primera implica la justificación del aborto necesario para resguardar la salud o la vida de la madre. La segunda se refiere al aborto verificado con fines de selección y eugenesia.

Dice la Comisión, al fundar la reforma: “Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del Anteproyecto Suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre, no constituye delito”.

“La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal. Al referirse a esta parte dice un distinguido profesor de derecho penal, citado varias veces en este informe, que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto de código penal suizo que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducida por la segunda comisión de peritos”.

“Es la primera vez, agrega, que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico, para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo apunta, ya que en el caso de incesto se podría añadir consideraciones de orden étnico y que cuando el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia podría argüirse, más justamente aún que en caso de incesto el interés de la raza. ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina? (Jiménez de Asúa. La Política criminal)”.

“El tema es seductor y su desarrollo en este informe



podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta comisión una importancia transcendental y cuyos problemas deben interesar profunda e interesadamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal celebrado en Colonia el año 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales”.

“Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día, ni por la ciencia, ni por el derecho penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugénicos, sintiéndose por esta medida según dijera Van Hamel, una repugnancia afectiva, es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza. El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueron víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales”. Informe de la Comisión del Senado, edición oficial, pág. 268.

Tal es el concepto de la reforma. Dos cuestiones fundamentales encierra el agregado, la primera sobre la autorización legal para efectuar el aborto en caso de necesidad.

Se refiere aquí la ley al aborto terapéutico, es decir cuando una mujer grávida se halla aquejada por cualquier enfermedad que resulte incompatible con el embarazo, el médico está autorizado a practicar el aborto en favor de la salud y de la vida de la madre, sin ninguna responsabilidad ulterior.

En realidad, hay aquí un conflicto de derecho entre la vida de la madre y del hijo. ¿Qué debe hacerse en este caso? ¿Practicar la embriotomía a los efectos de salvar la vida de la madre despedazando al feto en el claustro materno, o abrir el vientre de la madre practicando una operación cesárea para salvar la vida del niño?



Mucho se ha discutido acerca de esta cuestión entre teólogos y juristas, pero tratándose de un conflicto de bienes entre el hijo y la madre, no trepidamos en afirmar que debe sacrificarse el feto.

Indiscutiblemente, la vida de la madre es el bien jurídico de más importancia. ¿Cómo comparar la existencia del feto con la vida social de la madre? Si afirmábamos al principio que había una gran diferencia entre el aborto y el infanticidio, desde que no era lo mismo la interrupción del proceso vital que la eliminación de una vida, con mayor razón podemos afirmar que existe también enorme diferencia entre un ser que no ha terminado de nacer, como es la existencia del feto, y el otro que no solo es un miembro de la colectividad social, sino que constituye la base fundamental de la familia, principio básico y origen de la sociedad.

Hoy la discusión se ha acallado un tanto y solo se reduce a una cuestión doctrinaria, ya que en la legislación positiva el aborto terapéutico se justifica como un caso de necesidad. Además, la ciencia médica nos permite con sus adelantos practicar la operación cesárea, sin el riesgo fatal para la existencia de la madre, pero antes de llegar a una cesárea o a una embriotomía, cuenta el facultativo con muchos recursos, pudiendo hasta anticipar el parto con resultados satisfactorios para ambas existencias.

Pero, sea de ello lo que fuere, llegado el caso de necesidad en que el sacrificio de una vida se impone, debe siempre sacrificarse la vida del feto. Esta es una cuestión puramente profesional, son deberes inherentes a la profesión que se ejercita, y cuando el facultativo procede por su fuero interno en cumplimiento de su deber y con el fin de salvar una vida, no puede delinquir.

Hay más: me parece hasta innecesario el consentimiento de la mujer, no obstante la disposición que estudiamos, porque el médico que obrare provocando un aborto terapéutico sin consentimiento de la mujer no estaría sujeto a ninguna responsabilidad penal, pues nuestra ley preve el caso de necesidad y el parto anticipado o un aborto terapéutico además de la disposición que estudiamos está expresamente contemplado por la disposición del artículo 34 incisos 3 y 4 del código vigente.



En cuanto al segundo agregado, importa una innovación más atrevida, y la califico así porque ni en el proyecto que le sirvió de origen se sancionó como precepto legal.

La interrupción del embarazo con fines eugénicos introducida por nuestro legislador del Anteproyecto del código penal suizo de 1916, la considero un tanto aventurada. La razón del precepto legal, su finalidad, es la de evitar el nacimiento de seres degenerados que serán más bien una pesada carga para la sociedad. ¿Pero podemos afirmar que de la gestación de una mujer idiota o demente, saldrá precisamente un ser tarado? Luego, si no es posible afirmar a ciencia cierta estos hechos, el precepto legal falla por su base.

Desde que la legitimación del aborto se funda en que el niño engendrado debe ser un degenerado, tenemos que si no lo es, tendría derecho a la vida, pero como el estado de la ciencia actual no nos permite hacer semejante afirmación, resulta que el precepto legal se funda en una probabilidad más o menos seria, lo que es un absurdo.

Los propios legisladores suizos, en el proyecto de 1918, suprimieron el precepto legal, de modo que no figura como norma jurídica en aquella legislación.

\* \* \*

¿Cuándo la violación se efectúa en una mujer normal, puede autorizarse el aborto? Creemos que no. De acuerdo a la disposición de la ley, el precepto legal no se refiere a este caso, desde que la incapacidad de resistencia no es la física sino la moral, porque la violación debe efectuarse en una mujer idiota o demente.

Alvarez García Prieto, que ha estudiado de una manera completa este delito en España, llega a la conclusión que debe admitirse el aborto legal. En este sentido es interesante el proyecto que establece sobre la materia, artículo 430. El aborto será judicialmente autorizado si el embarazo proviene de una violación probada.

Sostiene en su obra que la autorización para realizar el aborto debe ser solicitada previamente.

El ser engendrado en estas condiciones en las más espantosas de las cúpulas, será un recuerdo constante, un martirio





prolongado para la infeliz mujer que sufrirá la visión diaria y pavorosa del crimen de que fué víctima.

Afirmar la injusticia de este aborto es pensar con demasiada frialdad. Bien es que no podemos negar que el feto tiene derecho a la vida, pero tampoco que el crimen nunca puede engendrar obligaciones anunciadoras de derechos en la persona de la víctima.

García Prieto dice: "La merma de los derechos que sufre la sociedad se compensa con la liberación otorgada a la madre. Unicamente sigue firmísimo el derecho del feto a ser hombre, pero el mismo derecho ostenta el niño que al nacer presenta el dilema de su vida o de la madre, y sin embargo, se le mata. Los dos son víctimas inocentes: el uno de su generación, el otro de su nacimiento". ("El aborto", pág 166).

Pienso que el código nuestro debe admitir el perdón judicial para estos casos excepcionales, desde que la situación de la madre es digna de considerarse y acreedora a todo respeto.

• • •

En la disposición legal que estudiamos se desliza un error imperdonable: "Que si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

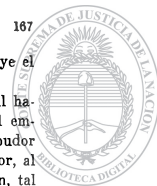
Al estudiar estos delitos de violación y atentado al pudor, veremos sus diferencias para llegar a la conclusión de que el abuso deshonesto o atentado al pudor, que se diferencia precisamente de la violación por la falta de cópula, no puede originar el embarazo.

El error cometido es explicable: la disposición fué copiada del Anteproyecto suizo de 1916, que, como hemos visto en otra oportunidad, sigue una doctrina diferente al nuestro.

Para nuestra ley la violación consiste en el acceso carnal contra la voluntad de la víctima o cuando ésta tenga menos de doce años, o cuando la víctima sea idiota o demente por cuya condición no pueda resistirse. En cambio, para el proyecto suizo, la violación consiste en el acceso carnal tenido contra la voluntad de la víctima como lo prescribe el artículo 166, y el

contacto carnal con una mujer idiota o demente constituye el delito de atentado al pudor.

Por esto que el proyecto Suizo en su artículo 112, al hablar sobre el aborto, dice con toda propiedad cuando el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente. Pero nuestro legislador, al copiar el artículo no se percató que el delito de violación, tal como lo tenemos legislado, equivale a la violación y atentado al pudor del Anteproyecto suizo. Resulta entonces un error evidente el agregado del artículo en el inciso segundo.





## EL ABORTO PRETERINTENCIONAL

### Artículo 87

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el 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.

\* \* \*

El presente artículo se refiere al aborto cuando no se ha tenido el propósito de ocasionarlo, pero debe siempre ejercerse violencia sobre la víctima y además que el embarazo sea notorio o le constare. Estas dos circunstancias hacen desaparecer la culpa e imprudencia.

En realidad, la ley no se refiere a un aborto culposo, desde que exige el dolo en el presente caso, porque la violencia y el conocimiento del estado de la víctima caracterizan la intención dolosa.

Si el propósito del agente no fué hacer abortar, circunstancia tenida en cuenta por el legislador para el castigo, no cambia por esto el carácter doloso de la acción, cuya penalidad se disminuye porque ha habido exceso en el fin, es decir mayor daño que el que se propuso el autor.

El aborto culposo no está previsto en el código y creo que, de darse el caso de un aborto por culpa o imprudencia, donde no se ha ejercido ninguna clase de violencia sobre la víctima, debe ser considerado como un accidente que reviste más los caracteres de una desgracia que de un delito.

El proyecto del Dr. Tejedor lo condenaba con un año de prisión; el de Villegas, Ugarriza y García lo condenaba con la misma pena del aborto voluntario, art. 212; el código de 1886 con arresto de seis meses a un año, art. 103; el proyecto de 1891 con seis meses a dos años de penitenciaría, art. 118; la ley de reformas 4189 con uno a tres años de prisión, art. 17 inc. 10; y el proyecto de 1906 con seis meses a dos años de prisión. Pero en todos los antecedentes citados eran condiciones para la existencia del delito, ejercer violencia sobre la



mujer embarazada y que el embarazo fuera notorio o constare al autor, circunstancia ésta que caracteriza la infracción como dolosa, desechando en consecuencia la idea de la culpa e imprudencia.

Se trataría en el presente caso del aborto con exceso en el fin, por medio del cual el agente no se propuso cometer todo el daño producido, y en virtud de esta circunstancia la represión es más benigna.

• • •

Me parece oportuna y justa la observación que formula el profesor Morisot al sostener: “que si el agente conociendo el embarazo de la mujer o siendo éste notorio, provoca el aborto sin haber tenido la intención de producirlo ni la de ejercer sobre aquélla ninguna violencia, la que es sólo el resultado de un descuido o de una inadvertencia imputable, nadie podrá sostener válidamente que el delito no sea culposo: no quiso el aborto (si lo hubiera querido habría dolo directo), no quiso tampoco la violencia que lo provocó (de haberla querido, existiría dolo preterintencional), pero esa violencia fué el resultado de su descuido, de su inadvertencia, de su falta de atención, de su imprevisión, cuando la notoriedad del embarazo o el conocimiento que de éste tenía lo obligaba a prever las consecuencias de su acción y no lo evitó por irreflexión o ligereza”.

Doctrinariamente el aborto puede constituir un delito doloso como culposo, pero la observación formulada al artículo se refiere a la mala redacción del mismo pues parece que el legislador hubiese omitido considerar la violencia involuntaria.

La divergencia está entonces en el término de “la violencia”, que dada la forma como está redactado el artículo, yo la tomo como violencia voluntaria y es por eso que sostengo la ausencia del aborto culposo.

Pero en el fondo coincidimos ampliamente. Creo que es necesaria la reforma de la ley; digo más, es imprescindible que se considere el aborto teniendo en cuenta estas dos situaciones. Primero, porque se trata de dos cuestiones jurídicas diversas y en consecuencia engendran sanciones penales diferentes. Segundo, porque se aclara el sentido del precepto legal, alejando las dudas y discusiones que pueden presentarse en la práctica.



## LA TENTATIVA EN EL ABORTO

### ARTÍCULO 88

Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.

\* \* \*

Dos conceptos encierra el presente artículo: el primero se refiere al delito cometido por la propia mujer y el segundo declara la inimputabilidad de la tentativa.

La ley no considera el móvil y se reduce simplemente a reprimir el aborto cometido por la propia mujer; basta este solo hecho para que surja la responsabilidad. Pero claro está que en el amplio margen de la ley, de uno a cuatro años, puede el juez considerar todas las circunstancias del hecho a los efectos de graduar la penalidad.

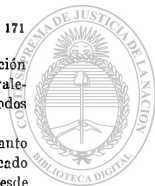
Sabido es, como dijimos al principio, que las características del aborto, coinciden en muchos casos con los móviles del infanticidio y el legislador debió prever esta circunstancia calificante, ordenando una disposición especial para el caso.

Resulta que en nuestra ley también es aplicable la crítica de Pacheco, desde que la mujer que comete un infanticidio para ocultar su deshonra puede ser reprimida hasta tres años de reclusión o con prisión de seis meses a dos años; y si la misma mujer comete el aborto fundada en el mismo móvil, debe ser reprimida con prisión de uno a cuatro años.

Ya establecimos las diferencias entre el aborto y el infanticidio, con lo que queda demostrada la falla de la ley. O el infanticidio está reprimido con una pena demasiado benigna o el aborto cometido por la propia mujer está excesivamente reprimido.

\* \* \*

En cuanto a la tentativa la ley declara la impunidad de la mujer.



El aborto es un delito, por tanto el principio de ejecución del mismo importa la tentativa y no hay ninguna razón valedera para no aplicar las leyes que rigen la tentativa para todos los delitos en la parte general del código.

Ahora el legislador ha creado una excepción en cuanto declara la impunidad de la tentativa en el aborto provocado por la propia mujer; excepción que tiene su razón de ser desde que el abandono en la propia víctima, más que tentativa en la mayoría de los casos implica el desistimiento voluntario de la acción.

Por otra parte, no podemos menos de recordar la nota del Dr. Tejedor tomada de Chauveau Adolphe, tomo 4, pág. 59, al tratar sobre esta materia: "Causáse su aborto por esta disposición no se castiga pues, la tentativa de aborto, y es más fácil dar con los motivos de ella. El aborto aún cuando se verifica, está lleno de misterios, es difícil siempre señalar sus causas, y aún comprobarlas. ¿Cómo se haría pues esta apreciación, cuando la tentativa no es seguida del resultado? ¿Cómo discernir a falta del hecho material, cuáles medicamentos han sido capaces de producir el aborto, y qué remedios se han suministrado con intención de procurarlo? ¿No tendrán el cómplice y la mujer la misma razón para decir que si el aborto ha dejado de verificarse, ha sido por el efecto de su voluntad, puesto que de ellos dependía aumentar las fuerzas y la cantidad de las drogas? ¿Cómo la ley por otra parte acometería semejantes indagaciones? ¿No sería exponer a las mujeres a las más vergonzosas pesquisas y hacer depender el honor de las familias de los indicios más inciertos?"

El proyecto de 1891 fué el primero que sancionó expresamente la impunidad de la tentativa respecto a la mujer, disposición que se incorporó a nuestra legislación por intermedio de la ley de Reformas 4189, la cual fué aceptada por el proyecto de 1906, para figurar definitivamente en nuestro código según reza en el artículo que estudiamos.

El proyecto originario traía como fundamento de la reforma un párrafo del Dr. Rodolfo Rivarola, de su obra "Exposición y crítica del Código Penal". Dicho párrafo fué también transcrito en el proyecto de 1906 y en el anterior de 1891. Raffo de la Reta, Cód. Penal Argentino, tomo 1º, pág. 187: "Racionalmente es indiscutible la existencia de la tentativa de

aborto ejecutada por un extraño; pero respecto de la punibilidad de la tentativa de aborto ejecutada por la embarazada la doctrina común de los criminalistas decide la inconveniencia de todo castigo. Desde luego, habría respecto de la tentativa de aborto las mismas razones que respecto de los delitos contra la honestidad, para no acordar al Ministerio Público la acción para perseguirlos, por cuanto el juicio que se iniciara por tentativa de aborto llevaría el escándalo y la turbación de una familia, sin utilidad apreciable para la sociedad, que no se sentiría muy alarmada por la ineficaz tentativa''.

La excepción de impunidad se refiere sólo a la mujer; es por consiguiente de carácter personal y determinado, fundándose en las razones expuestas, por cuanto sería mucho mayor el escándalo y la alarma que levantaría la investigación de la tentativa que el mal que se pretende reprimir.

Por lo que se refiere al delito en sí, pienso que cabe la tentativa y por lo tanto las normas que rigen a ésta en la parte general del código también le son aplicables a este delito, con la excepción apuntada.





## JURISPRUDENCIA

**Aborto provocado.** — Si la muerte de la madre se produce por efecto de las maniobras abortivas, aunque no haya expulsión del feto del claustro materno, debe considerarse el delito como aborto provocado, art. 85 inc. 2º del Código penal, y condenarse a tres años y medio de prisión. — Caso: Espíndola Cecilia, aborto provocado a Aida C. de Martínez. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 18 al folio 228, y con fecha 16 de Julio de 1926. — Nota marginal: La Sala del primer turno con fecha 9 de Septiembre de 1926, confirmó esta sentencia.

**Aborto provocado.** — La partera que provoca el aborto, como la mujer que lo consiente, deben ser condenadas de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 85 inc. 2º y 88 del Código penal, a dos años de prisión. La encubridora, que enterró el feto y la sonda, debe ser condenada de acuerdo al art. 277 inc 2º, a seis meses de prisión, penas que quedan en suspenso, art. 26. — Caso: Petrona Moreta, Juana Bordiz de Besosky y María González de Alvarez, aborto provocado. — Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 9 al folio 338 y con fecha 18 de Junio de 1925. — Nota marginal: Firme y ejecutoriada en 23 de Junio de 1925.

**Aborto provocado.** — Debe rechazarse la acusación fiscal que solicita la pena de cuatro años de prisión por el delito de aborto provocado seguido de la muerte de la mujer, cuando no está plenamente demostrado que la procesada sea la autora de las maniobras dolosas que provocaron el aborto. El hecho del fallecimiento de la víctima, no demuestra que sea la dueña de la casa la autora del delito. Corresponde un pronunciamiento absolutorio. — Caso: Messi Juana B. de, aborto provocado a Aurora Argüello. — Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 18 al folio 235, y con fecha 22 de Julio de 1926. — Nota marginal: La Sala del tercer turno con fecha 2 de Noviembre de 1926 y por desistimiento del Señor Fiscal de Cámara, declaró firme y ejecutoriada esta sentencia.

**Aborto provocado.** — Debe rechazarse la acusación fiscal, por lesiones graves, cuando los golpes propinados por los cónyuges a la amante del esposo, tuvo como consecuencia un aborto normal. Corresponde calificar el delito como aborto provocado y condenar a los procesados a dos años, y un año y seis meses de prisión, art. 87. — Caso: Medina Juan Ruperto, lesiones a María S. de Medina. — Fallo del





Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 12 al folio 679, y con fecha 22 de Julio de 1931. — Nota marginal: Octubre 17 de 1931. Exma. Cámara (2ª Sala) confirmó sentencia.

**Aborto provocado.** — Si el agente, con el consentimiento de la mujer, introdujo una sonda para provocar el aborto, hecho que produjo posteriormente la muerte de la víctima por infección sobrevenida, debe responder por la muerte acaecida. La falta de intención de provocar la muerte de la embarazada no la exime de la responsabilidad sancionada por el art. 85 Inc. 2º del C. Penal; corresponde condenarla a un año y medio de prisión. — Caso: Santana Mercedes Vicencia, aborto y muerte de Nicomedes Piedrabuena de Fernández. — Fallo del Juez Dr. Fco. Rinesi que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 14 al folio 318 y con fecha 10 de Julio de 1933. — Nota marginal. En 27 de Octubre de 1933, la Cámara Criminal confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

**Aborto provocado.** — Reconocidas las maniobras abortivas hechas por la procesada, las afecciones orgánicas o disposiciones funcionales morbosas que han servido de concausas preexistentes, no excusan la muerte y debe en consecuencia responder por el aborto seguido de la muerte de la embarazada, a la pena de cinco años de prisión. Art. 85 inc. 2º del Código penal. — Caso: Dieppe o Diat de Vitor Victoria, homicidio de María Russo de Petrollo — Fallo del Juez Dr. Francisco Rinesi, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 14 al folio 289 y con fecha 16 de Junio de 1933. — Nota marginal: En veinticinco de Octubre de 1933, se confirmó esta sentencia en todas sus partes.

## “EL DELITO DE LAS LESIONES”

*El delito de lesiones.* — Las lesiones subjetiva y objetivamente consideradas — Jurisprudencia — Lesiones graves, diversas circunstancias calificadas — Lesiones gravísimas — Jurisprudencia — Circunstancias agravantes y atenuantes — Jurisprudencia — Lesiones por imprudencia — Jurisprudencia.

## ARTÍCULO 89

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.

í ...

\* \* \*

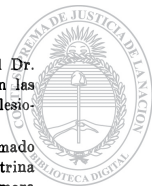
Hemos estudiado el homicidio en todas sus manifestaciones, en las diversas maneras que se pueden presentar a la consideración del juez. Lógico es entonces que después del delito máximo que implica el homicidio estudiemos el atentado en su menor intensidad, el que sin llegar al pronóstico fatal de la aniquilación total de la personalidad humana, la menoscaba haciéndola padecer física y materialmente. Tal es el concepto que involucra el presente capítulo de las lesiones.

\* \* \*

En el derecho romano, tanto en la ley de las doce tablas como en el derecho del pretor, y en la ley Cornelia de injuria, las lesiones no tenían una clasificación independiente y se consideraban como injurias reales. Se dividían en tres categorías: la de los golpes, la de las heridas y la de las mutilaciones, división que aún se mantuvo en la edad media.

Las lesiones inferidas al esclavo no constituían injurias, se reputaban como un delito contra la propiedad; de aquí la clasificación de “*Damnum injuriatum*”.





El código español, que fué el modelo tomado por el Dr. Tejedor para su proyecto de código, consideraba también las lesiones bajo tres aspectos distintos: las mutilaciones, las lesiones graves y las leves.

Ahora, en materia de lesiones nuestro código ha tomado como base el proyecto de 1891, que se inspiró en la doctrina del código italiano. Así lo establece la Comisión de la Cámara de Diputados cuando dice en su informe: "Ha mantenido igualmente, en esta materia, las disposiciones del proyecto de 1906, adaptándolas a la norma de la parte general. Los antecedentes de este capítulo se encuentran en el proyecto de 1891, tomado principalmente del código italiano. Este delito, de acuerdo con los principios de nuestra ley, se encuentra bien estudiado en la obra de Francisco Pujia y Roberto Serratrice, titulada "El Delito de Lesiones". No vale la pena hacer transcripciones, bastando la cita".

De acuerdo a la tesis del código italiano, se entiende por lesión el hecho de ocasionar un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación mental. Nuestro código, en su artículo 89, se refiere al daño en el cuerpo o en la salud, quedando involucrado en este último concepto cualquiera perturbación mental.

Pujia y Serratrice, citados por la Comisión, lo definen en la siguiente forma: "Lesiones personales son el resultado de todos los hechos o procesos violentos materiales, morales o de cualquier naturaleza, capaces de producir, directa o indirectamente, alguna alteración en la perfecta, regular y fisiológica integridad, funcionamiento, estructura y vitalidad de los tejidos y órganos, sin llegar a producir la muerte, y siempre que el agente no tuviera intención de matar".

Esta definición, que nos explica el concepto claro y amplio del delito, nos da la pauta para apreciar sus diversos caracteres. Por de pronto, tenemos que los hechos que involucren cualquier proceso violento, ya sean físicos, materiales o morales, pueden ser origen o causa de la lesión. Así tenemos entre los físicos: la temperatura demasiada elevada puede originar una lesión; entre los mecánicos, el golpe, el choque, la herida con cualquier arma; y, por último, entre los hechos



morales, el choque emocional puede llegar a la perturbación de la salud y ser materia también de este delito.

Encontramos en los elementos de esta amplia definición todas las características, bajo la triple faz que puede presentarse: como un atentado contra la integridad anatómica, contra la integridad fisiológica y contra la integridad psíquica del hombre. En el primer caso tenemos los golpes, las contusiones y las heridas; el segundo se presenta cuando la lesión afecta el funcionamiento de algún órgano, y el tercero si la lesión interesa el sistema nervioso produciendo una afección al estado mental.

\* \* \*

Considerando el delito objetivamente del punto de vista de la intensidad de la lesión, el legislador la clasifica en tres grupos: leve, grave y gravísima. En este sentido no ha seguido el modelo italiano que la considera bajo cuatro grados diferentes: leve, levísima, grave y gravísima.

Del punto de vista subjetivo en cuanto a la responsabilidad criminal, el legislador considera las lesiones como voluntarias y culpables. Omite la clasificación de ultraintencionales, modalidad que admiten algunas legislaciones y que hemos estudiado en el delito de homicidio, pero que no se ha especificado en el presente delito.

Existiendo una relación entre la agresión y la lesión, los medios empleados son indiferentes. En este sentido lo que dijimos al tratar del homicidio en cuanto a la forma de cometerlo, sea por acciones u omisiones, de manera directa o indirecta, es también aplicable al presente.

\* \* \*

**Las lesiones objetivamente consideradas.** — El criterio de calificar la lesión tomando como base única el tiempo de la duración de la enfermedad y la incapacidad para el trabajo, fué criticado por el conocido sociólogo César Lombroso en el Congreso de Turín celebrado en 1898, quien argumentaba que era un criterio erróneo desde que, la oportunidad de una operación quirúrgica oportuna podía conjurar el peligro en pocos



días modificando la calificación del delito contra los intereses sociales; y, en cambio, en el caso de lesiones leves cuya curación puede pasar del término de treinta días sin haber en ningún momento peligro para la víctima, puede ocasionar una condena excesiva. La advertencia es justa, pero hay que considerar también que para clasificar las lesiones no se puede tomar el tiempo y la incapacidad como un criterio absoluto. En nuestra ley concurren además otros factores, como el peligro de vida, la importancia del órgano lesionado, las consecuencias de la lesión para la función del órgano, factores que unidos a los anteriores debemos tener en cuenta para calificar el delito.

**Las lesiones subjetivamente consideradas teniendo en cuenta el criterio de la responsabilidad.** — El hecho tiene que ser doloso. Sin intención de matar y con voluntad criminal, dice el proyecto del doctor Tejedor. En cuanto a la voluntad del acto ha surgido cierta dificultad en nuestra legislación.

Sabido es que el código español, modelo y fuente originaria de nuestra antigua legislación en esta materia, exigía según el comentario de Pacheco, para ciertas lesiones dos propósitos. Dos intenciones caracterizaban la mutilación, es decir que el agente además del ánimo de lesionar debía tener el propósito de mutilar para responsabilizarlo de la calificante. Así dice el autor nombrado: "En estos hechos son punibles dos intenciones, dos propósitos. Uno es el de herir, otro es el de mutilar, y con cualquiera de ellos puede resultar la mutilación efectiva. San Pedro, cuando la prisión de Cristo, dió un golpe a Malco, con el cual le cortó una oreja. Su intención era seguramente herirle, pero no mutilarle, la mutilación fué un hecho accidental por lo cual racionalmente no se le hubiera penado. Por el contrario, en la célebre mutilación del amante de Eloisa, la misma mutilación y no una herida era el propósito". Obra citada, tomo 3, pág. 46 y 47.

El doctor Rodolfo Rivarola, con un criterio claro, salva en mi entender la dificultad. Critica al doctor Tejedor el cual con la transcripción de Pacheco aumenta la confusión:

Al hablar de las lesiones cita una ley de partida: "La ferida es carrera de muerte e non sabe el que la face a cuanto



puede llegar" L. 26, Tít. 13, pág. 2ª. Parecería que con ésta cita quisiese responsabilizar al agente de las consecuencias de sus actos voluntarios sin tener en cuenta el propósito especial que indica Pacheco, pero a renglón seguido transcribe el comentario citado, sembrando la duda.

Para el doctor Rodolfo Rivarola, tomo 2 pág. 97, la cuestión de la voluntad criminal, debe resolverse con el criterio de la ley francesa y de la belga: "Es en este sentido de la ley Francesa y de la Belga, que debe tomarse los términos cometidas voluntariamente, que emplea el artículo 119 de nuestro código. No tiene otro objeto que distinguir las heridas voluntarias de las meramente culpables, y no el de autorizar una distinción sobre lo que haya de voluntario y lo que haya de meramente culpable o accidental. No es pues en el sentido de la opinión de Pacheco sobre los términos propósitos del código español, que debemos resolver los casos ocurrentes, aunque tal cosa pudiera creerse al ver transcrito a Pacheco al pie del artículo. Tomadas en tal sentido y dadas las prescripciones generales del código sobre la voluntad criminal, la culpa y la tentativa, los términos cometidos voluntariamente carecen de importancia y el único criterio a que se ajusta la penalidad del código para las lesiones corporales causadas con voluntad determinada o indeterminada de dañar, es el de la cantidad del daño que realmente fué producido, con la sola facultad de moderar la pena por la atenuante de no haber causado tanto mal".

Esta es la verdadera doctrina que sigue nuestra ley actual. El autor de la lesión es responsable del daño producido, esté cometido con dolo determinado o indeterminado. Aplicar otro criterio sería traer la confusión y complicar el problema.

¿Si el delito lo caracteriza la intención de dañar, cuando ha habido sólo intención de ofender, qué calificación corresponde? Este problema se plantea comunmente con relación al puntapié y la bofetada, recibiendo las más diversas y variadas soluciones.

Para algunos autores siempre se desvanece el dolor físico ante el dolor moral que ocasiona la afrenta, y el hecho constituye una injuria. Otros, en cambio, sostienen que el hecho siempre constituye lesión.

El maestro Carrara deja librada la solución del problema



a la intención del agente: si se cometió con la intención de ofender, existe injuria; si hubo en cambio la intención de hacer sufrir, existe lesión.

Pero el criterio que nos parece más acertado es el de Manzini, desde que contempla no sólo la intención del agente sino el resultado material del hecho. Para este maestro del derecho la acción de pegar una bofetada puede constituir una injuria o una lesión e injuria a la vez. Si hubo intención de ofender y el hecho no ha producido ningún daño en el cuerpo o en la salud debe calificarse de injuria; pero si la intensidad del golpe ha ocasionado algún daño no obstante la intención de ofender, el hecho constituye una lesión y una injuria a la vez.

\* \* \*

Existen otras personas que tienen el derecho, por la autoridad que invisten, de corregir moderadamente a otras, derecho que deriva del ejercicio de la patria potestad. Ahora bien, en el ejercicio de este derecho puede presentarse la configuración del delito de lesiones, y entonces se plantea el problema de si el "ánimus corrigendi" puede exculpar el hecho.

Hay códigos, como el húngaro, que expresamente establecen que no penan las lesiones ligeras originadas por este concepto. Nuestra ley nada dice al respecto, pero la jurisprudencia debe orientarse con el criterio del código húngaro siempre que no se haya excedido en el derecho de corrección; y no hay tal exceso cuando las lesiones inferidas son de carácter leve, heridas ligeras que carecen de importancia.

Conozco un caso de nuestros tribunales, de un padre que, por corregir a un hijo, con un palo de escoba le dió un golpe con tan mala suerte que le ocasionó la muerte. El juez no aceptó el criterio de la acusación que encuadraba el delito como homicidio preterintencional y se fundaba precisamente en el "ánimus corrigendi", responsabilizando al padre por homicidio por imprudencia.

En nuestro país el derecho de corrección lo tienen las personas que ejercen la patria potestad, o las que a falta de ellas, hacen sus veces, como los tutores.



Nuestro artículo dice: "al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código". El código italiano involucra en su definición el daño al estado mental, pero nuestro legislador lo considera comprendido en el daño a la salud. En realidad, es una redundancia del código italiano desde que cualquier perturbación a la integridad psíquica de la persona, o sea un ataque al estado mental, está involucrado en el concepto de una agresión a la salud.

De acuerdo al término de la ley: "al que causare a otro", resulta que cuando la víctima es la misma persona que se la infiere, no constituye delito. En este sentido los tatuajes, tan usados entre personas del bajo fondo social, ciertos estupefacientes como el éter, la cocaína, la morfina, que pueden ocasionar verdaderos atentados contra la salud, no pueden constituir el delito de lesiones, cuando los victimarios resultan las propias víctimas.

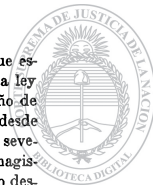
Se argumenta entonces si el consentimiento puede discriminar el acto. Creemos que no. Los autores que sostienen que el hombre tiene derecho sobre su vida y sobre su organismo están por la afirmativa, pero la mayoría aceptan la responsabilidad en el presente caso. Ya tuvimos oportunidad de estudiar este tema al tratar del homicidio con el consentimiento de la víctima, y la solución para este caso es la misma.

La ley se refiere, al citar a otro, a la persona real de existencia visible, de modo que la persona ideal, creación ficticia de la propia legislación, no puede ser pasible de este delito.

Zanardelli, en su relación ministerial al presentar su proyecto de código, establecía que por daño en el cuerpo se debía entender hasta una simple contusión, o una mera equimosis; y como daño en la salud, hasta el simple dolor físico. Para nuestra ley, no existiendo la calificación de lesión levisima, creo que el dolor físico puramente no debe constituir el delito de lesión.

La lesión debe forzosamente dejar una marca, por leve que sea, ya una simple contusión o una mera equimosis, y desde aquí parte el daño que constituye el delito. El golpe que no produce en el organismo este daño no puede considerarse como delito de lesiones.





Nuestro artículo fué tomado del proyecto de 1891, que establecía de un mes a un año de penitenciaría, art. 120. La ley de Reformas 4189 estableció la pena de seis meses a un año de arresto. Tal reforma fué considerada contraproducente, desde que fijaba un *mínimum* muy alto que constituía una severidad criticable. Casos hemos visto en que los propios magistrados que han aplicado la disposición legal, se han dirigido después al Poder Ejecutivo solicitando el indulto del propio condenado, para atemperar la severidad de la ley, que no guardaba concordancia con la insignificancia de la lesión.

Nuestro código volvió sobre el proyecto de 1891 y reprimió el hecho con un mes a un año de prisión, dejando así amplio campo de acción al juez para poder aplicar con mayor equidad el criterio de la individualización de la pena.

No se daría hoy el caso, tantas veces repetido, en las lesiones de carácter insignificante, que, ante la antigua severidad de la pena, muchos jueces absolvían por no tener el cargo de conciencia de aplicar una pena excesiva a todas luces.



## JURISPRUDENCIA

**Lesiones leves.** — Cuando no se ha acreditado en autos el vínculo matrimonial no corresponde calificar las lesiones; deben considerarse éstas como leves, art. 89, y condenarse a seis meses de prisión. Caso: Juan Victoria, lesiones a Pasena G. de Victoria. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la primera Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16 al folio 400 y con fecha 12 de Diciembre de 1924. Nota marginal: Declarada firme y ejecutoriada.

**Lesiones leves.** — Cuando el médico informa que la lesión es grave porque el uso del miembro estará imposibilitado por más de treinta días, debe considerarse como leve porque el criterio calificador de la lesión es la inutilidad permanente y no la temporaria y pasajera. Como el informe nada dice de la inutilidad para el trabajo, debe encuadrarse el delito en el art. 89 y condenarse a un año de prisión. Caso: Luis Rosas lesiones a Pastor Araujo. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 27 al folio 161, y con fecha 19 de Septiembre de 1925. Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones (1ª Sala) con fecha 27 de Marzo de 1926 confirmó en todas sus partes esta sentencia.

**Lesiones leves.** — Si la lesión que interesó el temporal derecho con desgarramiento del pabellón de la oreja, curó en quince días según el informe médico, debe considerarse como leve, art. 89 del código penal, y condenarse a su autor a seis meses de prisión. Caso: Jorge Ricabarre lesiones leves a Manuel Nieto. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 28 al folio 238, y con fecha 19 de Febrero de 1927. Nota marginal: Esta sentencia fué confirmada por la Exma. Cámara de Apelaciones, (2ª Sala) con fecha 14 de Marzo de 1928.

**Lesiones leves.** — El golpe de puño dado por un menor, no puede justificar la lesión inferida, y debe el agente de acuerdo al carácter de la misma sufrir tres meses de prisión, art. 89. Caso: Baltasar Careaga, lesiones a Medula Angela. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 29 al folio 421, y con fecha 19 de Junio de 1928. Nota marginal: La Sala del tercer turno con fecha 29 de Septiembre de 1928, confirmó esta sentencia.

**Lesiones leves.** — Cuando el agente no demuestre que la lesión fué casual debe considerarse dolosa y de acuerdo al carácter de la lesión,



art. 89, condenarlo a ocho meses de prisión, debiendo sufrir además el tiempo que le faltaba cumplir de la condena anterior lo que hace un total de nueve meses y once días. Caso: Francisco Silva, lesiones a Esteban Martínez. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 21 al folio 294, y con fecha 4 de abril de 1929. Nota marginal: El 23 de Mayo de 1929, la Sala del tercer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones confirmó esta sentencia.

**Lesiones leves.** — Cuando las lesiones son de carácter leve y no se encuentra debidamente justificado el vínculo matrimonial, debe calificarse el hecho como lesión simple, art. 89, y condenarse a dos meses de prisión en forma condicional. Caso, Odello Antonio lesiones a Teresa Buffano de Odello. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 20 al folio 536, y con fecha 18 de Junio de 1928. Nota marginal: Con fecha 20 de Agosto del mismo año, esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

**Lesiones leves.** — La agresión de palabras y sin armas, no autoriza su rechazo con arma blanca y el agente no puede ampararse en la legítima defensa. Debe responder por las lesiones inferidas y corresponde condenarlo condicionalmente a cuatro meses de prisión, arts. 89 y 26. Caso: Bravo Juan lesiones a Justo Lorenzo Rodagna. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 27 al folio 476, y con fecha 25 de julio de 1926. Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones (1ª Sala) con fecha 3 de Septiembre de 1926 confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Lesiones leves.** — El cambio de jurisdicción no altera normalmente los medios de prueba y el matrimonio debe acreditarse con la partida, aun en la jurisdicción criminal, máxime cuando como en el presente caso no se ha producido ningún impedimento, ni se ha insinuado ninguna razón que haga admisible una prueba supletoria. Corresponde calificar el delito como lesiones simples porque no está acreditado el vínculo y condenar al procesado a seis meses de prisión. Caso: Medina José, lesiones a Elvira L. de Medina. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 34, al folio 267, y con fecha 10 de Junio de 1933. Nota marginal: En fecha 12 de Agosto de 1933, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, confirmó en todas sus partes esta sentencia.

**Lesiones leves.** — Debe rechazarse la calificación de la lesión, cuando el agravante lo constituye el vínculo de sangre y la partida que lo acredita no se encuentra agregada en autos, corresponde condenarlo como autor de lesiones leves a seis meses de prisión en forma condi-



cional arts. 89 y 26. Caso: García Venerando lesiones a Sofia Villareal de García. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia, de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 25 al folio 69, y con fecha 9 de Septiembre de 1933. Nota marginal: El 16 de Septiembre de 1933 se declaró firme y ejecutoriada esta sentencia en razón de haber sido consentida por las partes.

**Lesiones leves.** — Aunque el procesado declare que obró por promesa remuneratoria, el hecho de que la justicia haya declarado que no existe instigador, hace cosa juzgada respecto del agravante de instigación. No habiéndose establecido que hubo intención de matar, y no desprendiéndose que obró con premeditación corresponde rechazar la alegación y encuadrar el delito como lesiones leves. El Juez condenó como lesiones leves calificadas a dos años de prisión, criterio que no fué compartido por el superior. Caso: José Russo, tentativa de homicidio a Luis Vivet. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 24, al folio 321, y con fecha 21 de Abril de 1933. Nota marginal: El 23 de Noviembre de 1933 la Cámara de Apelaciones en lo Criminal modificó esta sentencia, encuadrando el hecho en el art. 89 del C. Penal y condenando a José Russo a sufrir la pena de un año de prisión que se declaró compurgada con la prisión preventiva sufrida.



## LESIONES GRAVES

### 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 hubiera 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.

\* \* \*

En el presente artículo considera la ley las lesiones graves, aquellas que por los órganos vitales que afectan son de cierta consideración, o que han puesto en peligro la vida de la víctima, aumentando por este riesgo la responsabilidad del agente.

Ya dijimos el criterio que tenía nuestro código para apreciar el carácter de las lesiones, sistema tomado del código de Baviera y que tiene en cuenta el tiempo de la enfermedad, la incapacidad para el trabajo, el riesgo corrido, y el daño producido.

Como se ve, éste es un problema evidentemente médico, donde el perito debe jugar un rol principal e importante para la calificación de las lesiones.

Habla la ley de una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una dificultad permanente de la palabra o si hubiera 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.

Estudiemos separadamente estos enunciados para llegar a una comprensión total y lógica del artículo.

\* \* \*

**Debilitación permanente.** — Este requisito no figura en la legislación italiana, la cual habla de debilitación de un órgano,



de un sentido o de un miembro. En este sentido nuestra ley se ha apartado de su modelo sin ninguna ventaja práctica. Ni siquiera ha ganado en la claridad del concepto.

Si difícil le resulta al médico establecer precisamente las diferencias entre debilitación de la salud, debilitación de un órgano o sentido, y enfermedad ¿cuán difícil no lo será para el jurista?

Todo precepto legal debe ser claro y terminante, no tiene la finalidad de sembrar la duda y provocar cuestiones inútiles; por eso pienso que esta disposición está condenada a desaparecer. En realidad la debilidad permanente de la salud, está involucrada en los otros preceptos legales de debilitación de un sentido, de un miembro y de un órgano, ya que diferencia cualitativa no existe; sólo es posible señalar una distinción cuantitativa.

Pienso que se puede suprimir este precepto sin detrimento alguno para la ley. Seguiríamos así la legislación italiana, ganaríamos en la claridad del concepto y evitaríamos prescripciones inútiles, inaplicables en la práctica. No conocemos ningún fallo, ningún caso concreto en que se haya aplicado dicha clasificación, desde que dicho estado cabe en la calificación de debilitación de órgano o de enfermedad.

Podríamos definir la debilitación permanente de la salud de que habla la ley en la siguiente forma: Es un estado anormal que, aunque más generalizado que la debilitación de una función determinada, resulta menos grave que la enfermedad.

• • •

**Debilitación de un sentido, órgano o miembro.** — Esta es otra de las causales de la calificación de las lesiones. Puede existir debilitación simplemente, o pérdida. Si ocurre lo primero, la lesión es grave, art. 90; si lo segundo, la lesión es gravísima, art. 91.

Antes de seguir adelante debemos establecer, qué es sentido, qué es órgano y qué es miembro.

Sentidos son los aparatos nerviosos que al través de sus sensaciones nos sirven para comunicarnos con el mundo exterior. Ellos son: vista, olfato, oído, gusto y tacto. Órgano, en el sentido anatómico es sinónimo de viscera, pero aquí debemos



tomarlo en un sentido médico-legal que ya es diferente. En el concepto jurídico la palabra órgano está empleada en un sentido funcional, y lo constituye la reunión de tejidos y vísceras que actúan en el organismo en el ejercicio de una función. Así, tenemos que si bien para la anatomía la pérdida de un riñón, constituye la pérdida de una víscera y por lo tanto la de un órgano, para la medicina legal, para el concepto jurídico, la pérdida de un riñón no es más que la debilitación de la función renal, que se ejerce por medio de los dos riñones. Lo mismo diríamos de la pérdida de un ojo, de un oído, y, en general, de todos los órganos dobles que conjuntamente sirven para una misma función, porque el órgano, en el sentido jurídico y legal, está tomado como la función que desempeña la víscera en el organismo.

Los miembros están constituidos por las extremidades inferiores y superiores.

El código italiano considera el pie y la mano como parte independiente de los miembros. Dado el alcance y el concepto jurídico del término órgano, bien podríamos clasificar de tal a la mano, en virtud de la función que ésta desempeña.

La falta de dos o tres dedos podríamos considerarla como debilitación del órgano funcional de la mano, pero aunque no se admitiese esta clasificación, siempre estaríamos en presencia de uno de los elementos que componen la mano y, por ende, ante la debilitación de un miembro, lo cual califica igualmente la lesión de grave. Es decir que, considerando la mano como un órgano o como parte integrante y principal de un miembro, la conclusión y la calificación es la misma.

Para la calificación de las lesiones hay que tener presente si se trata sólo de debilitación o pérdida, como así también hay que tener presente la pérdida del uso de un miembro, como en la parálisis; porque en el caso de debilitación la clasificación es de grave y en el de la pérdida, la clasificación es de gravísima.

\* \* \*

**Dificultad permanente de la palabra.** — Puede producirse este caso en la práctica y llegar hasta la pérdida del don de la palabra, mediante lesiones en la boca, lengua, laringe, y



lesiones en los nervios de los músculos correspondientes a la articulación verbal, o por lesiones de cerebro.

La palabra es el don precioso que le sirve al hombre para poder comunicarse, emitir sus ideas y alternar con sus semejantes; es decir que esta función importante del organismo tiene dos facetas: la una puramente mecánica, puramente motora, la otra psíquica, intelectual. Ambas se complementan y constituyen el don de la palabra.

La ley ampara y protege esta preciosa función del organismo, ya sea en su parte puramente mecánica, ya en su elemento intelectual de la coordinación y expresión de las ideas.

Un loro habla, pero sería ridículo afirmar que posee el don de la palabra. Le falta el elemento intelectual, tan fundamental como el mecánico, que sirve para la coordinación de las ideas a fin de completar la función que tiene la palabra.

Esta distinción tiene su importancia y puede ella influir en la calificación del delito, ya que los casos más frecuentes de trastorno y pérdida de la palabra los encontramos en las lesiones cerebrales.

Puede suceder, como en la afasia sensorial de Wernicke, que aparezca afectada sólo la función del lenguaje en su parte psicológica: el sujeto habla mecánicamente, pero no puede traducir su pensamiento; es decir no entiende la palabra oída ni puede coordinar ideas, habla mecánicamente, sin poderse comunicar con sus semejantes. Este caso, que es científicamente incurable, importa la pérdida del don de la palabra y, por lo tanto, la calificación sería de lesión gravísima.

Puede también darse el caso de una perturbación de la palabra y llegar hasta el mutismo, por una causa psíquica emocional, pero tales casos son pasajeros, transitorios en sujetos histéricos y por lo tanto desaparecen. No son dignos de considerarse jurídicamente por cuanto la ley exige como requisito la permanencia para calificar la lesión como grave.

• • •

**Peligro de vida.** — Autores calificados, como nuestro sabio Ameghino, han sostenido que debe desaparecer el peligro de vida como criterio calificador de las lesiones. Argumenta el nombrado en favor de su tesis, que la gravedad debe estable-





cerse por la intensidad del daño efectivo y real y que en el presente caso se trata de una opinión del perito, siendo en consecuencia un asunto conjetural e interpretativo que fácilmente puede conducirnos a un error.

Pero, a pesar de la cita, entendemos que no debe suprimirse esta circunstancia calificativa, desde que muchas heridas de carácter mortal y de gravedad indiscutible por la importancia de los órganos lesionados, pueden resultar curadas antes del mes de ocasionadas, mediante la intervención médica o una operación quirúrgica oportuna. En este sentido los adelantos de la ciencia, o del arte de la cirugía, no pueden favorecer al delincuente, desde que el cambio fundamental del proceso en la lesión es debido a factores que nada tienen que ver con la lesión misma, factores intervinientes únicamente en favor de la víctima.

De rechazar este criterio muchas veces tendríamos que aceptar como leves, lesiones clínicamente graves y hasta algunas mortales, en las que el peligro ha sido conjurado por la intervención del cirujano.

¿Qué debemos entender por peligro de vida? ¿Es acaso una simple opinión facultativa? Pensamos que no.

Veamos, entonces, la fuente bibliográfica citada por el legislador. Pujia y Serratrice, en su libro "El Delito de Lesiones", dicen: "Que puede afirmarse el peligro de vida, cuando los síntomas morbosos que presente el herido sean tales y tan graves que hagan indudable el desenlace fatal. Estos síntomas deben ser suministrados por las más importantes funciones de la vida, respiración, circulación, cerebro, etc. Pero es preciso advertir que no todo caso debe acabar con la terminación de la vida. El enfermo puede curar, bien por curación oportuna, o por resistencia propia".

Esta es la tesis de la doctrina italiana, la cual exige para aceptar el peligro de vida que éste sea un hecho real, inmediato y existente, y en este mismo sentido debemos orientar nuestra jurisprudencia si queremos interpretar mejor la intención del legislador.

El peligro de vida, para nuestra ley, no lo puede constituir una simple opinión facultativa. Debe ser un estado real, palpable, existente. No puede, en consecuencia, constituirlo



una simple opinión o una hipótesis; debe ser un diagnóstico fundado, razonado, en virtud del cual el perito demuestre el estado real del enfermo, desde que el juez es el encargado de establecer si hubo peligro de vida para calificar la lesión y esta declaración judicial debe tener por fundamento el informe científico del perito.

Toda circunstancia calificante que modifica la situación del procesado, debe estar probada en las constancias del sumario. Luego esta circunstancia del peligro de vida, no debe ser una convicción íntima del facultativo perito, sinó que debe demostrar en el texto de su informe la realidad existente del peligro, por ser ésta la única forma que puede darle al juez una base científica para que pueda declararlo.

Esta es la verdadera doctrina: el peligro de la vida es un estado real, un hecho concreto que debe ser constatado por el perito. Luego, cualquier regla para establecer cuáles son las lesiones que pueden poner en peligro la vida, tienen un valor muy relativo, desde que todos los organismos no son iguales y el informe debe reducirse a la observación directa del perito en un caso concreto.

• • •

**Inutilización para el trabajo.** — Esta es otra de las circunstancias que tiene en cuenta la ley para la calificación de las lesiones.

La inutilización puede ser temporaria o definitiva. Si es temporaria, con tal que dure más de treinta días, la lesión es de carácter grave, art. 90; y si es definitiva, la calificación es de gravísima, art. 91.

Se ha discutido qué clase de trabajo comprende la prescripción legal, pero esta cuestión carece de importancia, desde que la disposición legal de nuestro código comprende toda clase de trabajo, aún hasta el trabajo mental.

Para nada tiene en cuenta la ley el oficio habitual del herido, ni la profesión del mismo; la inutilidad legal se refiere al daño que impide cualquier clase de trabajo.

• • •



**Deformación del rostro.** — Es otra de las circunstancias calificantes de las lesiones digna de una atención especial, ya que en la práctica presenta alguna dificultad en su interpretación, dando origen a jurisprudencia contradictoria.

Sabemos que en nuestra antigua legislación no existía ni se tenía en cuenta la deformación del rostro, dado que la fuente tomada por el Dr. Tejedor fué el código penal español. La única deformación que se tenía en cuenta para la agravación de las lesiones era según el artículo 6° del proyecto citado, cuando la persona quedaba notablemente deformada en cualquier parte del cuerpo, concepto que tradujo el código de 1886 en su artículo 119 inciso 3°.

Es decir, que en nuestros antecedentes no se tenía ni noción de la deformación de rostro, concepto éste introducido por el proyecto de 1891, que lo tomó de la legislación italiana y que más tarde se introdujo al código por intermedio de la ley de Reformas 4189.

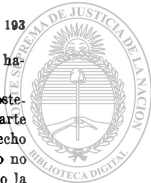
La dificultad de interpretación surge porque ninguno de los informes de las comisiones legislativas nos ilustran al respecto y nada dicen de la innovación legal, reduciéndose sólo a citar el origen italiano de la disposición. Hasta la comisión del código vigente nada dice; nos señala solamente el libro de Pujia y Serratrice sobre el delito de lesiones, como una fuente bibliográfica.

En este sentido, la legislación italiana es la que debe orientarnos en la interpretación del precepto legal.

Nuestra ley no preve más que la deformación de rostro. Cualquiera otra clase de deformación en el cuerpo no está comprendida en la prescripción legal. El precepto antiguo ha quedado derogado y la deformación del cuerpo debe apreciarse por medio de la incapacidad para el trabajo a fin de fijar el alcance de la gravedad de la lesión.

Tres condiciones dan origen al agravante que estudiamos, a saber: lesión del rostro, carácter permanente, deformación.

¿Pero qué debemos entender por rostro? Tanto los tratadistas italianos como los nuestros están conformes en considerar que el rostro comprende desde la parte superior de la frente hasta el borde del maxilar inferior y desde una oreja hasta la otra, inclusives. Es decir que el significado "rostro" de nues-



tra ley, es el mismo que corresponde a "visu", de que nos habla el código italiano.

Pero algunos no están conformes con esta limitación, sosteniendo que debe ampliarse, que debe entenderse por tal la parte visible, incluyendo de esta manera las lesiones de cuello y pecho en la mujer. Nosotros entendemos que las heridas de pecho no pueden ser calificadas como lesión de rostro, desde que solo la gravedad resultaría en la mujer creando un privilegio a favor de la misma.

Estamos en contra de esta cuestión, consecuentes con la tesis sostenida anteriormente, desde que el criterio de gravedad de las lesiones debe resolverse siempre por la intensidad de la lesión misma, no debiendo intervenir factores morales, personales, económicos o sociales.

Con razón afirma Garraud que la responsabilidad se determina por el valor intrínseco de la lesión, "ya que otra base de evaluación haría depender la calificación del delito, no de la intensidad del daño, sino de la posición social de la víctima".

En el mismo sentido se pronuncian Pujia y Serratrice, para quienes no tiene importancia que la víctima sea del sexo masculino o femenino, joven o viejo. Es decir que en cuestión de gravedad de la lesión, debe primar únicamente un criterio objetivo, sin tener en cuenta la persona de la víctima.

El rostro lo constituye para nosotros la limitación que hemos dado anteriormente y que es la que concuerda con la legislación italiana.

*Carácter permanente.* — Esta es la segunda condición que exige la ley para fundar el agravante. Es decir que la lesión ha llegado ya en su evolución a su estado definitivo, no pudiendo en consecuencia sufrir alteración o cambios.

A este respecto se ha sostenido varias veces, a los efectos de atenuar la responsabilidad, que cuando se disimula el defecto, ya sea por la "toilette", o por recurso de cirugía o prótesis, debe desaparecer la gravedad de la lesión.

Este es un criterio más defensivo que legal, desde que dicho recurso no puede nunca reparar el daño cometido; a lo más podemos aceptarlo como una simulación, como un remedio si se quiere, pero la persona siempre queda defectuosa. Por otra

parte no existe la obligación de la víctima de someterse a tales tratamientos y menos se puede sostener la imposición de dejarse la barba por ejemplo, como recurso para disimular el defecto físico de una herida de rostro.

Este es también el criterio de la legislación italiana y debe ser, en consecuencia, el nuestro.

*Deformación de rostro.* — En cuanto a esta circunstancia calificativa surge alguna dificultad, desde que nada se ha dicho en los diversos informes de las comisiones parlamentarias. Todo se ha reducido en ellos a indicar el origen italiano de la disposición, pero ninguno ha establecido el alcance del concepto de la deformación de rostro.

El código italiano estudia las lesiones de rostro bajo tres aspectos: la simple lesión de rostro con la calificación de leve; la deformación atenuada llamada "sfregio", con la calificación de grave, y la deformación notable con la calificación de gravísima.

Nuestra ley, por su parte, habla solamente de deformación comprendiendo la calificación como lesión grave. ¿Entran los dos grados de la deformación de rostro del código italiano en la disposición del nuestro? He aquí la dificultad, desde que, como dije, en los respectivos informes parlamentarios nada se dice al respecto.

Algunos autores, como Rodolfo Moreno y Tomás Jofré, sostienen que el "sfregio" no debe considerarse como lesión grave, desde que nuestra ley no habla sino de deformación de rostro. Nosotros entendemos que el "sfregio" es una deformación de rostro y está comprendida también dentro de la disposición del artículo.

Es un error sostener que el "sfregio" es una lesión simple, de carácter leve, para nuestra ley.

De acuerdo como está legislado en el código italiano se trata de una verdadera deformación de primer grado y está considerado como lesión de carácter grave. La lesión simple no altera la armonía del rostro; pero cuando la cicatriz afea y altera las líneas llamando la atención, estamos en presencia del "sfregio" o deformación de primer grado, que constituye una lesión de carácter grave.

Esta diferencia que señalo entre lesión simple y "sfregio",





está aceptada por todos los autores que comentan la ley italiana y entre los más autorizados podemos citar a Pujia y Serratrice.

El término antiguo de deformación notable ha desaparecido del precepto legal. Luego, podemos admitir sin dificultad que cualquier lesión deformante entra en la disposición del artículo, ya que nuestra ley no establece grados para la deformación.

Por otra parte, si el modelo de nuestra ley, si su fuente más autorizada es el código italiano, ¿cómo podemos admitir como leve la lesión que para aquella se considera de carácter grave? La verdadera doctrina, la más lógica y que concuerda con nuestros antecedentes, es la de considerar comprendido dentro del precepto legal que estudiamos, los dos grados de deformación de que nos habla la ley italiana. En una palabra, el "sfregio" o deformación de primer grado, y la deformación propiamente dicha, que están calificadas como lesión grave y gravísima para el legislador italiano, constituyen lo que nuestra ley entiende por deformación de rostro bajo la calificación única de lesión grave.

La pena que señala la ley para las lesiones graves, es la de prisión o reclusión de uno a seis años. En este sentido se ha disminuido el minimum de dos años de penitenciaría del proyecto de 1891, dejando así un amplio campo para la individualización de la pena.



## LESIONES GRAVISIMAS

### 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 o de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.

\* \* \*

Trata este artículo de las lesiones consideradas como de carácter gravísimo. Se refiere a los casos en que la lesión produjere una enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable, inutilidad permanente para el trabajo, pérdida de un sentido, órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad para engendrar o concebir. Equipara la atrofia o la pérdida del uso, a la mutilación.

Ya hemos estudiado en el artículo anterior lo que entiende nuestra ley por órgano, miembro, sentido, etc. Su debilitación permanente implica el calificativo de grave; la pérdida, la atrofia o la mutilación de los mismos califica la lesión como gravísima.

Vuelvo a repetir que estamos ante un problema esencialmente médico, siendo el perito el llamado a ilustrar a la justicia. El informe del facultativo, en estas cuestiones, debe ser completo y razonado, desde que de acuerdo a la calificación dada, la pena tiene grandes oscilaciones y puede graduarse desde un mes hasta diez años de prisión o reclusión.

La sola graduación de la pena nos demuestra la misión delicada del perito en estas cuestiones.

En la práctica conocemos muchos informes en que el facultativo no le da la importancia que en realidad tiene la pericia, reduciéndose muchos de ellos a simples afirmaciones, en vez de tratar ampliamente el caso que se presenta para su estudio fundamentando sus conclusiones a fin de orientar científicamente

al tribunal. Olvidan que su misión es de auxiliar a la justicia, y muchos de ellos se reducen a simples afirmaciones, como si fuese el perito el llamado a calificar el delito.

El juez necesita del auxilio del médico, y éste debe darle en consecuencia, los fundamentos, las razones en que orienta su criterio, a fin de que pueda fundar una calificación.

\* \* \*

La pena para esta clase de lesiones es la de prisión o reclusión de tres a diez años. En este sentido no se ha alterado la señalada en el proyecto de 1891, que era de penitenciaría hasta diez años, pena que tampoco modificó en su duración la ley de reformas 4189.







## JURISPRUDENCIA

**Lesiones graves.** — La excusa de la instigación al delito, no puede modificar la calificación del hecho, ni la responsabilidad del agente. Debe reputarse grave la lesión inferida en estas condiciones y condenarse a tres años de prisión. Caso: Juan de la Cruz Peralta, lesiones graves a Arturo de la Sota. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 306, y con fecha 23 de Octubre de 1929. Nota marginal: quedó esta sentencia firme y ejecutoriada cumpliendo la pena impuesta el día 24 de Junio de 1931.

**Lesiones graves.** — Cuando la lesión pone en peligro la vida del lesionado debe considerarse como grave y de acuerdo al artículo 90 del código penal, condenarse a dos años y tres meses de prisión. Caso: Domingo de Facio, lesiones graves a Nicolás Russi. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 385, y con fecha 23 de Abril de 1930. Nota marginal: Exma. Cámara en 7 de Junio de 1930, confirmó esta sentencia.

**Lesiones graves.** — Cuando las lesiones inferidas son producto de un hecho pasional, debe desecharse el estado de emoción violenta y de acuerdo al artículo 90, condenar al procesado a cuatro años de prisión. Caso: Silvano Acuña, lesiones a Bartolo y Yolanda María Garro. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 22 al folio 145, y con fecha 31 de Marzo de 1930. Nota marginal: el 19 de Julio de 1930 la Sala del tercer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Lesiones graves.** — Cuando la lesión interesa los tendones de la mano y la incapacidad para el trabajo sobrepasa al término de un mes que considera el art. 90, debe encuadrarse como grave y condenarse a tres años de prisión. Caso: Florentino Pérez, lesiones a Luciano Murro. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 425, y con fecha 1º de Agosto de 1930. Nota marginal: Exma. Cámara en 23 de Agosto de 1930 confirmó esta sentencia.

**Lesión de rostro.** — El "sfregio" de la legislación italiana debe estar incluido en la deformación de rostro; corresponde calificar el hecho como lesión grave y condenar a quince años de prisión. Caso: Antonio Orce, lesiones y corrupción de Cristina J. de Orce. Fallo del



Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 236, y con fecha 25 de Junio de 1929. Nota marginal: Exma. Cámara el 10 de Octubre de 1929, confirmó esta sentencia.

**Lesión de rostro.** — Cuando la lesión deja una cicatriz visible en el rostro, que altera la armonía del mismo, debe calificarse como lesión grave y de acuerdo al art. 90, condenarse a cuatro años de prisión. Caso: Domingo Dromi, lesiones a Antonia Majorano. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 21, y con fecha 14 de Abril de 1928. Nota marginal: La Exma. Cámara, confirmó esta sentencia con fecha 4 de Septiembre de 1928.

**Debitamiento de un miembro.** — Cuando la lesión interesa los tendones de los dedos de la mano, debe considerarse como debilitamiento de un miembro y clasificarse como grave y de acuerdo al art. 90, condenarse a cuatro años de reclusión. Caso: Cristóbal Miguel, lesiones a Justo Rojas. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11 al folio 38, y con fecha 23 de Marzo de 1928. Nota marginal: Confirmó Agosto 8 de 1928.

**Lesiones graves.** — Cuando la lesión interesa la pleura, el diafragma, y el hígado, motivando una intervención quirúrgica e incapacitando a la víctima por más de un mes, debe calificarse de grave, art. 90, y condenarse al agente a tres años y medio de prisión. Caso: Francisco Sebastián Silva, lesiones a Sixto Ramírez. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 19, al folio 134, y con fecha 14 de Marzo de 1927. Nota marginal: La Sala del segundo turno con fecha 18 de Mayo de 1927, confirmó esta sentencia.

**Lesiones graves.** — La negativa de una prostituta a seguir viviendo en concubinato, no es un justificativo del hecho y debe calificarse como lesión grave la herida causada en atención al informe del perito, art. 90 del Código Penal, y condenarse a tres años de prisión. Caso: José Pedarnera, lesiones a Emilia Ledesma. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 21, al folio 374, y con fecha 16 de Octubre de 1929. Nota marginal: El 12 de Diciembre de 1929, la Sala del tercer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Lesiones graves.** — Cuando no es posible establecer de quién partió la agresión deben responder ambos contrincantes por las lesiones ocasionadas, siendo una de carácter grave y otra leve, arts. 90 y 89. Corresponde condenarles a la pena de tres años y medio, y seis meses de



prisión, respectivamente. Caso: González Cornelio y Lucio García, lesiones mutuas. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16 al folio 468, con fecha 26 de febrero de 1925. Nota marginal: La Sala del primer turno con fecha 10 de Junio de 1925, modificó esta sentencia condenando a García a dos años de prisión, pena que vence el día 31 de Octubre de 1926, y a González a la pena de cuatro meses de prisión condicionalmente.

**Lesión gravísima.** — La lesión que interesa la movilidad de la mano, dificultando el movimiento de un brazo, debe calificarse como pérdida del uso de un miembro, art. 91, y condenarse a cuatro años y medio de prisión. Caso: Tranquilo Roldán, lesiones de Rufino Leiva. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 15, al folio 13, y con fecha 2 de Agosto de 1922. Nota marginal: La Sala del tercer turno de la Exma. Cámara con fecha 9 de Diciembre de 1922 confirmó esta sentencia.

**Aberratus ictus.** — El error en el acto no excusa la responsabilidad del agente. Si la lesión interesó el rostro debe considerarse como grave, art. 90, y condenarse a dos años y medio de prisión e indemnización de \$ 1.000, a la víctima. Caso: Gregorio Silva, lesiones a Modesta A. de Scarafone. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 15, al folio 324, y con fecha 28 de Mayo de 1923. Nota marginal: La Sala del primer turno con fecha 26 de Julio de 1923 modificó esta sentencia condenando a Silva a un año y ocho meses de prisión que vence el 25 de Noviembre de 1924.

**Debilitación de un miembro.** — Cuando el informe médico establece que la herida seccionó el dedo pulgar, dejando un debilitamiento en la capacidad del miembro afectado, debe considerarse la lesión como grave, art. 90, y condenarse a su autor a dos años y seis meses de prisión. Caso: José Mendoza, lesiones a Manuel Botta. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 28, al folio 152, y con fecha 9 de Noviembre de 1926. Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones (2ª Sala) modificó esta sentencia imponiendo a Mendoza tres años y seis meses de prisión.

**Lesiones graves.** — Cuando la lesión ha puesto en peligro la vida, debe ser considerada como grave. La agresión de la víctima y la ebriedad parcial del acusado deben considerarse como atenuantes y de acuerdo al artículo 90, corresponde condenar a su autor a un año y medio de prisión, en forma condicional. Caso: José Bracamonte, lesiones a Paulina Monteros. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se



registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 27, al folio 378, y con fecha 30 de Abril de 1926, Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones, con fecha 12 de Junio de 1926, confirmó esta sentencia.

**Lesión gravísima.** — Cuando la lesión interesa un ojo y los médicos informan que ella ha tenido como consecuencia la pérdida del órgano de la vista, debe calificarse de acuerdo al art. 91 y condenarse a cuatro años de prisión. Caso: José Martos, lesiones a Antonio Reynoso. Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 9, al folio 403, y con fecha 26 de Marzo de 1924. La Cámara de Apelaciones (3ª Sala) Libro 11, de Sentencias Criminales, al folio 639 y con fecha 30 de Junio de 1924, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

Nota. — La pérdida de un ojo no importa la pérdida del órgano de la vista, sinó la debilitación del sentido de la vista; la calificación es la del art. 90.

**Lesión gravísima.** — Si la lesión interesa un ojo, ocasionando su pérdida, con el agregado de que la víctima tenía uno solo por cuanto había perdido el izquierdo a raíz de una operación anterior, con lo que se produce la pérdida total del sentido de la vista, debe calificarse la lesión como gravísima, art. 91, y condenarse a cuatro años de prisión. Caso: Domingo Lucero, lesiones a M. Ibarra. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 9, al folio 473, y con fecha 4 de Octubre de 1924. Nota: Cámara de Apelaciones (3ª Sala) tomo 10 de Sentencias Criminales, folio 90, confirmó esta sentencia en todas sus partes, con fecha 6 de Diciembre de 1924.

**Lesiones graves.** — Cuando el disparo produce una lesión que ha puesto en peligro la vida del lesionado, no debe calificarse el hecho como disparo de armas, sinó como lesión grave, art. 90, y condenarse a tres años de prisión. Caso: Miguel López, lesiones con arma de fuego a María Ana López. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 29 al folio 461, y con fecha 28 de Julio de 1928. Nota marginal: Con fecha 12 de Diciembre de 1928, la Sala del tercer turno confirmó esta sentencia.

**Lesión gravísima.** — Cuando la lesión ha interesado el hemisferio craneano, produciendo una lesión en la masa encefálica que puso en peligro la vida del herido y determinó una hemiplegia derecha probablemente incurable, debe calificarse el delito como lesión gravísima, art. 91, y condenarse a seis años de prisión. Caso: Juan Mitjanes, lesiones a Alfredo Pérez. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que



se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 22 al folio 123, y con fecha 18 de Marzo de 1930. Nota marginal: El 30 de Julio de 1930, la Sala de Tercer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, confirmó en todas sus partes esta sentencia.

**Lesión grave.** — Si la lesión ocasiona la pérdida de un ojo, debe considerarse como debilitación del sentido de la vista y calificarse de grave, artículo 90. Corresponde imponer al agente la pena de tres años y seis meses de prisión. Caso: Abril José y J. Bringas, lesiones graves a José Ludueña. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 12, al folio 93, y con fecha 23 de Agosto de 1929. Nota marginal: Cámara confirmó. Noviembre 9 de 1929.

**Lesiones graves.** — Si el padre indignado por la conducta del concubino de su hija, que pretende abandonarla, sostiene un altercado resultando el concubino con un brazo fracturado, por un golpe de palo, debe ser responsable de lesiones graves. Siendo más favorable al procesado la aplicación del nuevo código, debe encuadrarse el delito en el art. 90 y condenarse a tres años de prisión. Caso: Bustos Ricardo lesiones a Simón Castro. Fallo del Juez Dr. Manuel Meyer, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 8, al folio 44, y con fecha 12 de Mayo de 1922. Nota marginal: Confirmada Junio 28 de 1922.



## CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

## ARTÍCULO 92.

Si concurriere algunas 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.

\* \* \*

Dijimos, al tratar el homicidio, que había modalidades del mismo que servían para agravarlo y entre ellas citábamos la forma de perpetrar el hecho y los vínculos de sangre que unen al victimario y a la víctima. En esta materia de las lesiones el código sigue las mismas prescripciones del homicidio y la razón es clara: el proyecto de 1891, de donde ha sido tomado el artículo que estudiamos, dice en su informe:

“El artículo 123 contiene una disposición perfectamente lógica. Con excepción de la entidad del daño causado a la persona, que en el homicidio es invariablemente el mismo, en tanto que en las lesiones es siempre variable, los demás criterios de gravedad en uno y en otro delito son idénticos y siempre que hay una razón o motivo cualquiera para aumentar o disminuir la pena del homicidio, la misma razón o motivo habrá para aumentar o disminuir en el delito de lesiones. Si la provocación por injurias ilícitas y graves, fué por disposición del artículo 97 del código penal, motivo suficiente para rebajar la pena del homicidio hasta tres años de prisión, ¿por qué no ha valido igual circunstancia para disminuir la pena por el delito de lesiones cuando se las causare en un impulso suscitado por esa provocación? Según el código penal, no podría imponerse por una lesión causada a consecuencia de provocación por ofensas o injurias ilícitas y graves de parte de la víctima, una pena menor de tres años de penitenciaría, en tanto que se impondría solo tres años de prisión por el homicidio causado en las mismas condiciones. Los vínculos de parentesco, que dan motivo a una agravación especial del homicidio ¿por qué no lo darán para

una agravación especial del delito de lesiones? Entre herir o matar al propio padre sólo hay diferencia de intensidad del daño, pero la violación del deber moral es la misma''. Proyecto citado, pág. 138.

Me parecen muy lógicas y aceptables las razones dadas por la comisión para apreciar la gravedad en el delito de lesiones, y ya que sigue el código las prescripciones del homicidio con toda razón y justicia, debemos tener por reproducido aquí todo lo que dijimos al tratar de las diferentes modalidades que agravan el homicidio.





## 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.

\* \* \*

Al tratar el delito de lesiones y clasificarlo bajo el aspecto de la responsabilidad del sujeto, afirmamos que nuestra ley las consideraba sólo como voluntarias y culpables, omitiendo la calificación de ultraintencionales, que admiten otras legislaciones. Por eso, en el presente artículo, la ley cita y hace referencia solo a la lesión que se perpetrase en estado de emoción violenta, que es la circunstancia a que se refiere el artículo 81 inciso 1º letra a). Como se ve, no hace mención al apartado b) del mismo artículo, que se refiere al homicidio preterintencional.

Se trata de una falla de la ley, ya que cuando la lesión inferida sea superior al propósito del daño que quiso causar el agente, no existe ninguna razón seria para no disminuir la responsabilidad.

Cuando nos referimos al homicidio tuvimos la oportunidad de tratar el tema de la emoción violenta, a fin de establecer la forma como la considera nuestro código. Estudiamos el origen de la disposición, la doctrina seguida por los legisladores suizos, de donde fué tomada, y explicamos el alcance de la disposición.

Todas las consideraciones hechas al tratar de la emoción violenta en el homicidio, son aplicables al presente artículo, desde que el estado psicológico es el mismo, y lo único que puede variar tan solo es la magnitud del daño.

El legislador ha olvidado prever el caso de lesiones leves, graves o gravísimas, cometidas en estado de emoción violenta excusable, por alguna de las personas mencionadas en el inciso 1º, del artículo 80. Vale decir que en el capítulo de las lesiones no existe la previsión del caso que, para el homicidio, contempla el artículo 82.



## JURISPRUDENCIA



**Lesiones graves y corrupción.** — El esposo que lesiona a su cónyuge en el rostro dejándole una cicatriz visible, debe ser responsable de lesiones graves, y al obligarla a ejercer la prostitución debe responder también por el delito de corrupción. Corresponde condenarlo a quince años de prisión, arts. 90, 92 p 125 del código penal. Caso: Arce Antonio, lesiones y corrupción de Cristina I. de Arce. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 236, y con fecha 25 de Junio de 1929. Nota marginal: Exma. Cámara el 10 de Octubre de 1929 confirmó esta sentencia.

**Lesiones graves.** — El esposo que, fundado en los celos, infiere a su cónyuge lesiones en el rostro que han puesto en peligro su vida, debe ser condenado como autor de lesiones graves, artículos 90 y 92, a cuatro años de prisión. Caso: Gerardo Severino Oscar, heridas a Celia Gómez. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 10, al folio 566 y con fecha 2 de Febrero de 1928. Nota marginal: Exma. Cámara modificó pena a seis años de reclusión, Junio 25 de 1928.

**Lesiones leves calificadas.** — Un padre que, por reprender a su hijo, lo tiene atado del pie con una cadena y encerrado en una pieza, castigándolo cruelmente, debe responder criminalmente por las lesiones inferidas, y de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 89 y 92 del código penal, debe condenarse a un año y tres meses de prisión, y ordenar pasen los antecedentes al Defensor de Menores, para que éste funcionario gestione la pérdida de la patria potestad. Caso: Damato Vicente lesiones a Domingo Damato. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 29, al folio 509, y con fecha 29 de Agosto de 1928. Nota marginal: La Sala primer turno con fecha 5 de Julio de 1929 confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Lesiones leves calificadas.** — La circunstancia de haberse ocultado para esperar el paso de su víctima y hierla de improviso y sin riesgo para su persona califica el hecho como alevoso. Corresponde, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 89 y 92 del código penal, condenar a la autora a ocho meses de prisión. Caso: Centurión Juana, lesiones a Angela G. de García. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 18, al folio 174, y con fecha 12 de Junio de 1926. Nota marginal: La Sala del tercer turno con fecha 8 de Septiembre de 1926 confirmó esta sentencia.

**Lesiones leves calificadas.** — La madre que reprende al hijo por un hurto cometido, quemándole las manos, debe ser responsable de lesio-



nes leves, art. 89 y 92 del código penal. Corresponde condenarla a quince meses de prisión. Caso: Mariana C. de Quiot, lesiones a José Quiot. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16, al folio 264, y con fecha 27 de Agosto de 1924. Nota marginal: La Sala del segundo turno con fecha 31 de Octubre de 1924, confirmó esta sentencia en todas sus partes y la amplió dejándola en suspenso.

**Lesiones reiteradas calificadas.** — Si el esposo lesiona en distintas ocasiones a su esposa, se está ante un concurso real de delitos y de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 55, 89 y 92 del código penal, debe ser condenado a un año y ocho meses de prisión. Caso: José Letto, lesiones a María C. de Letto. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 28, al folio 124, y con fecha 3 de Noviembre de 1926. Nota marginal: El 24 de Diciembre de 1926 la Exma. Cámara de Apelaciones, (3ª Sala) confirmó esta sentencia.

**Lesiones mutuas calificadas.** — Si la lesión se produjo inmediatamente después del ataque con una piedra arrojada a la distancia, no puede prosperar la legítima defensa; debe considerarse como perpetrada en estado de emoción violenta. El tercero que tomó a uno de los protagonistas con el propósito de separarlos, no queda vinculado al delito, desde que el concurso de acción sin concurso de voluntad no puede engendrar responsabilidad. Corresponde condenar al autor a nueve meses de prisión (arts. 89), al agredido a tres meses de prisión (arts. 89 y 92) y absolver al intermediario. Caso: Borda Blas, Sánchez Melitón, y Rodríguez Calixto, lesiones mutuas. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 27, al folio 41, y con fecha 1ª de julio de 1925. Nota marginal: Esta sentencia fué confirmada por la Exma. Cámara de Apelaciones (2ª Sala), habiendo sido dejada en suspenso la pena impuesta a Calixto Rodríguez, la pena impuesta a Blas Borda termina el 9 de Diciembre de 1925. Habiendo quedado firme y ejecutoriada en fecha 3 de Septiembre de 1925.

**Lesiones leves por precio.** — El barbero que por rivalidades profesionales planea un atentado contra su colega y lo manda realizar bajo promesa remuneratoria, debe ser considerado el mandante y mandatario como autor responsable de lesiones graves calificadas y condenarse a cuatro años de prisión. Caso: Fernández Isidoro y Tomás Varas, lesiones a Antonio Salas. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 23, al folio 474 y con fecha 21 de Agosto de 1932. Nota marginal: El 2 de Agosto de 1933, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, modificó esta sentencia encuadrando el delito cometido por Fernández y Varas en los artículos 89 y 92 del C. Penal y condenando a los nombrados a sufrir la pena de dos años de prisión.



## LESIONES POR IMPRUDENCIA

### ARTÍCULO 94

Sufrirá la pena de doscientos a mil pesos de multa e inhabilitación especial por uno a cuatro años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

\* \* \*

Las lesiones por imprudencia son las cometidas sin intención dolosa, pero en circunstancias en que el agente tuvo el concepto de la previsión del daño. Ya al hablar también del homicidio tratamos la materia de la culpa, aplicable en un todo al delito de lesiones.

Las consideraciones vertidas en aquella oportunidad, deben intercalarse también aquí, desde que la doctrina, como hemos afirmado ya, tanto para el homicidio como para las lesiones es la misma, con la única diferencia de la intensidad del daño.



## JURISPRUDENCIA

**Lesiones por imprudencia.** — La falta de toque de la campana, en violación a los reglamentos del tráfico, hacen responsable al motorista de las lesiones inferidas, art. 94, y debe ser condenado condicionalmente a quinientos pesos de multa y a un año y medio de inhabilitación. Caso: Angel González, lesiones a Fernando Velasco. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16, al folio 173, y con fecha 4 de Septiembre de 1924. Nota marginal: La Sala del segundo turno en fecha 27 de Octubre de 1924, confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Lesiones en accidente.** — Cuando el agente, en estado de ebriedad, maneja un auto, este hecho constituye por si solo una imprudencia que lo hace responsable de las lesiones cometidas, y de acuerdo al art. 94 debe ser condenado condicionalmente a \$ 400 de multa e inhabilitación por dos años. Caso: José Toledo, lesiones en accidente a Tito Corti. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 20, al folio 442, y con fecha 24 de Mayo de 1928. Nota marginal: La Sala del Tercer turno con fecha 16 de Julio de 1928, confirmó esta sentencia.

**Lesiones por imprudencia.** — El que hace un disparo en la festividad de año nuevo y lesiona una persona, dada la horizontalidad del arma, comete el delito de lesiones por imprudencia y debe ser condenado, art. 94, a quinientos pesos de multa, en forma condicional. Caso: Manuel Cardozo, lesiones por imprudencia a Santiago Caccharole. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 28, al folio 333, y con fecha 2 de Junio de 1927. Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones, (2ª Sala) con fecha 16 de Julio de 1927, confirmó esta sentencia.

**Lesiones en accidente.** — El beneficio de la condena condicional alcanza a la pena de inhabilitación impuesta en las lesiones por accidente. El juez condenó condicionalmente en cuanto a la pena pecuniaria a cuatrocientos y doscientos pesos de multa, y dos años y un año de inhabilitación, ordenando el cumplimiento de estas penas adicionales. Caso: Bernardo Martinelli y Maciá Ignacio, lesiones en accidente. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 29, al folio 268, y con fecha 21 de Diciembre de 1927. Nota



marginal: La Sala del segundo turno en 12 de Julio de 1928, modificó esta sentencia declarando que la inhabilitación es condicional.

**Lesiones por imprudencia.** — La pena de inhabilitación, impuesta como accesoria en las lesiones por imprudencia está comprendida en los beneficios de la condena condicional. El juez impuso cuatrocientos pesos de multa e inhabilitación por dos años para manejar automóviles, dejando en suspenso solamente la multa. Caso: Juan José Margenat, lesiones por imprudencia a Ignacio Mesa. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 29, al folio 280, y con fecha 6 de Febrero de 1928. Nota marginal: Con fecha 19 de Abril de 1928, La Exma. Cámara de Apelaciones (3ª Sala) modificó esta sentencia declarando que la inhabilitación está comprendida dentro de los beneficios de la condena condicional.

**Lesiones en accidente.** — El hecho de marchar de contramano infringiendo las ordenanzas del tráfico, y con exceso de velocidad, hacen responsable al acusado de las lesiones cometidas. aunque la víctima haya venido tras de un carro, por cuya razón no podía distinguirla. Debe encuadrarse el delito en la disposición del art. 94 y condenarse a quinientos pesos de multa y un año y medio de inhabilitación, en forma condicional, art. 26. Caso: Esteban Lerda, lesiones en accidentes a Sebastián Gutiérrez. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 26, al folio 201 y con fecha 1º de Septiembre de 1924. Nota marginal: Esta sentencia fué confirmada por la Exma. Cámara de Apelaciones (2ª Sala) con fecha 30 de Octubre de 1924.

**Lesiones por imprudencia.** — Si el agente, en estado de ebriedad, hace un disparo con su revólver, con el objeto de probar el arma y hiere a una persona, debe ser condenado como autor de lesiones por imprudencia a doscientos pesos de multa, en forma condicional, arts. 94 y 26 del código penal. Caso: Bordón Primitivo, lesiones por imprudencia a Hermenegildo Alcaráz. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 20, al folio 7, y con fecha 26 de Agosto de 1927. Nota marginal: Con fecha 6 de Septiembre del mismo año esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.

# HOMICIDIO Y LESIONES EN RIÑA O AGRESION



## CAPITULO III

*Homicidio y lesiones en riña.* — Sus elementos. — Nuestro sistema represivo. — Jurisprudencia.

### ARTÍCULO 95

Cuando en riña o en agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quienes 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 o seis años, en caso de muerte y de uno a cuatro en caso de lesión.

\* \* \*

La riña la podemos definir como la lucha entre más de dos personas, que se caracteriza por un intercambio de violencias reales (vías de hecho) originadas por cualquier motivo de orden privado. La lucha colectiva originada por motivos de orden político o social constituyen para nuestra legislación el delito de rebelión.

El combate puede efectuarse de diferentes maneras, ya sea luchando con golpes de puños, o arma blanca en un cuerpo a cuerpo, o a la distancia con armas de fuego, piedras o cualquier otro elemento que pueda emplearse para atentar contra la integridad personal.

El precepto legal establece “cuando en riña o agresión”, de modo que en realidad se refiere al que toma solo participación activa en el combate, habiendo actuado como protagonista



en el intercambio de las violencias reales. Quedan descartados entonces, los provocadores que luego no han tenido su puesto en el combate durante las vías de hecho, así como los actos preparatorios de la riña, desde que la ley solo considera la responsabilidad de los combatientes.

Por más culpable que sea el provocador de una riña, que habiendo sido el autor de la injuria que provocó el incidente no ocupó luego su puesto de combate, no puede ser luego responsable del delito que nos ocupa porque la prescripción legal no es para los apocados, sino para los que riñen. Podrá responder por las injurias cometidas, pero no queda vinculado a la riña efectuada.

Lo que caracteriza nuestro delito es el ánimo de reñir. Quien intervenga en el combate con el objeto de hacerlo cesar, o con el propósito de defenderse o de defender a otro que estaba en peligro de muerte, no comete delito. Porque no es la circunstancia de verse envuelto en una riña lo que señala la responsabilidad, sino es necesario participar del combate con la intención de reñir.

Hemos tratado hasta aquí la responsabilidad del sujeto o sujetos que han intervenido en la perpetración de un delito cualquiera demostrada plenamente su participación en el hecho; pero cuando la justicia no puede lograr identificar del grupo al verdadero autor, cuando el autor no se puede individualizar entre los agresores o participantes de la riña, en tonces surge la dificultad.

No es posible, porque no es justo, que todos sean responsables del homicidio cometido por uno de los agresores; pero tampoco es razonable admitir que el hecho quede impune.

Esta situación la aprecia el legislador y la resuelve imponiendo una sanción especial y responsabilizando del delito a todos los que tomaron parte en la agresión o riña, ejerciendo violencia sobre la persona de la víctima. Solución ésta que consideramos acertada, desde el momento que todos los participantes han delinquido.

Se trataría, en efecto, más que de castigar un sujeto por un delito determinado, de imponer una sanción severa a los participantes de la agresión o de la riña, en atención a los resultados funestos de la misma.



Tres sistemas se consideran en el campo de la doctrina para la represión de este delito.

Primero, el sistema de la responsabilidad de solidaridad absoluta, que sigue el código de Suecia, y de acuerdo al cual todos los combatientes son solidariamente responsables de los resultados de la riña.

El segundo, adoptado por el código italiano, considera que la participación en una riña constituye un delito autónomo de carácter culposo. En aquella legislación, por el solo hecho de participar en un combate, la ley lo hace responsable de las consecuencias, pero su responsabilidad, cualquiera que sea la participación tomada, no es dolosa sino que el homicidio se considera como homicidio por imprudencia.

Y, por último, el tercero rechaza los dos sistemas extremos, expuestos anteriormente, para adoptar una penalidad intermedia. Resuelve el problema planteado por el sistema de la complicidad correlativa.

Tal el sistema de nuestro código para apreciar la responsabilidad del homicidio y las lesiones en riña.

Cuando se ignora en realidad cuál es el autor material de la lesión mortal, la ley señala para los combatientes una penalidad inferior a la del autor y superior a la del cómplice, quiere buscar una situación equidistante a fin de encontrar una solución más justa.

En el presente caso los combatientes podrían ser considerados o como autores, o como cómplices: si lo primero, resultaría indiscutiblemente una injusticia para los que hubieran sólo actuado en calidad de cómplices porque éstos serían excesivamente castigados; si lo segundo, el autor material del hecho resultaría beneficiado con una pena inferior. En tal situación nuestro legislador aplica una pena intermedia que viene a ser una especie de transacción, fundada en la imposibilidad de la prueba.

\* \* \*

Si recorremos nuestros antecedentes penales, nos encontramos que no siempre el legislador ha tenido el mismo criterio para apreciar la responsabilidad de la riña. Ya en el proyecto primitivo del Dr. Tejedor existía la tendencia de responsabi-





zar a todos los participantes de la agresión con una penalidad disminuida.

En el proyecto posterior de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, se consideraba a los co-partícipes de la agresión como cómplices del delito cometido (art. 200). Pero en el código de 1886 se consideraba a los combatientes como verdaderos autores del delito, cuando no se hubiere podido deslindar la responsabilidad criminal de cada uno, imponiendo como pena el *mínimum* del homicidio. Solo en el caso de que no se pudiese establecer quiénes infirieron las heridas, le imponía a los protagonistas de la lucha de uno a tres años de prisión (artículo 99).

La ley de Reformas 4189, que se inspiró en el proyecto de 1891, consideró el problema de la riña en una forma similar a la disposición que estudiamos. Es decir que lo reprime con una sanción independiente al delito, considerando como autores responsables a todos los que ejercieren violencias delictuosas en la persona de la víctima.

La noción de la responsabilidad surge de la violencia ejercida. De aquí se deduce que no todos los participantes de una agresión colectiva o de una riña sean directamente responsables; es necesario probar la violencia ejercida contra la persona de la víctima para establecer la responsabilidad.

El precepto legal vigente impone la sanción de reclusión o prisión de dos o seis años en el caso del homicidio, y de uno a cuatro años de prisión o reclusión en el caso de las lesiones graves o gravísimas.



## ARTÍCULO 96

Si las lesiones fueren las previstas en el artículo 89 la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión.

\* \* \*

La disposición del presente artículo establece la penalidad cuando las lesiones inferidas resultan de carácter leve.

La doctrina es la que ya hemos establecido al estudiar el artículo anterior, por lo que el presente no necesita mayores comentarios.



## JURISPRUDENCIA

**Homicidio en riña.** — Cuando no es posible determinar quién fué el autor material del homicidio debe considerarse cometido éste en riña. Es necesario revocar la sentencia que condenaba al procesado como homicida simple a doce años de prisión, e imponerle cuatro años calificando el hecho como homicidio en riña. Caso: Teodoro Nicolich, homicidio de Bolesdano Chuvuchovic. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 349, y con fecha 3 de Febrero de 1930. Nota marginal: Exma. Cámara en 6 de Noviembre de 1930 modificó a cuatro años de prisión, la cual cumple el 5 de Noviembre de 1932.

**Homicidio en riña.** — La confesión del reo hace plena prueba. Confesado el hecho no puede volverse sobre la confesión para corregirla; se admite sólo la retractación siempre que pruebe que aquélla fué arrancada por medios violentos. Los testigos del plenario, que se dicen presenciales, que no han sido mencionados por el reo, ni declaran en el sumario, no hacen prueba cuando contradicen las constancias de la causa. Debe calificarse el hecho como homicidio en riña y condenarse a los procesados a cinco años de prisión. Caso: Francisco Sánchez y Ernesto Atencio, homicidio de Antonio Benítez. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 15, al folio 416, y con fecha 8 de Septiembre de 1923. Nota marginal: La Sala del segundo turno, con fecha 23 de Junio de 1923, confirmó esta sentencia.

**Homicidio en riña.** — Aunque la víctima haya fallecido por extranqueación estando probado que el procesado ejerció actos de violencia contra ella, y no pudiendo establecerse cual fué el autor de la muerte, debe calificarse el homicidio como perpetrado en riña, art. 95, y condenarse a tres años y dos meses de prisión. Caso: Amaro Miño, homicidio de Narciso Moyano. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 28, al folio 60, y con fecha 1º de Septiembre de 1926. Nota marginal: La Exma. Cámara de Apelaciones (2ª Sala) con fecha 30 de Octubre de 1926, confirmó esta sentencia.

**Lesiones en riña.** — Corresponde condenar a todos los que tomaron parte en una riña, cuando no se puede establecer cuáles fueron los autores de las lesiones, y absolver a las víctimas de las mismas. El delito encuadra en el art. 96 del código penal y la pena a imponerse es de cuatro meses para el reincidente y de dos meses para los restan-



tes, art. 89. Caso: Deville Andrés, Deville Luis, Domingo Rodríguez, Torres Segundo, y Alberto Guzmán, lesiones en riña. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 30 al folio 249, y con fecha 12 de Febrero de 1930. Nota marginal: Con fecha 4 de Abril del mismo año esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada respecto a los procesados Medina, y las víctimas Torres y Guzmán. Con fecha 8 de Agosto de 1930, la Tercera Sala confirmó esta sentencia en cuanto a los demás procesados.

**Homicidio en riña.** — Cuando entre esposos e hijo, se sostiene una riña, en la que la esposa recibe una herida mortal, sin poderse establecer cual de los dos sea el autor de la lesión, desde que ambos se inculpan mutuamente, corresponde responsabilizar a los dos combatientes como autores de homicidio en riña, y de acuerdo a lo dispuesto por el art. 95, condenarlos a cuatro años de prisión. Caso: Villalba Marcelino y Villalba Marcos. homicidio de Robustiana Silva. Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 12, al folio 751, y con fecha 19 de Septiembre de 1931. Nota marginal: Firme y ejecutoriada por conformidad de las partes. Rosario, 25 de Septiembre de 1931.

Nota del compilador. — El juez aplicó la ley, pero se nota la laguna del código pues no es posible aplicar las disposiciones comunes del homicidio en riña, cuando ésta se verifica entre padres e hijos, y sin embargo no está previsto el caso por el código.





## EL DELITO DE DUELO

El duelo. — Origen. — ¿Constituye delito el duelo? — El duelo ante las disposiciones de nuestra Ley.



El duelo es un combate regular entre dos personas, que previo desafío se lleva a cabo ante dos o más padrinos que reglan las condiciones del encuentro.

En la antigüedad no se tenía la noción que el duelo goza en el concepto moderno. Este fué el producto de una época, de los tiempos de la Edad Media, en que la razón fundamental del encuentro lo constituía reparar una afrenta, castigar una injuria, defender un honor. Fué en la época en que florecieron en la literatura española los libros de caballería, que con mano maestra ridiculizó el inmortal Cervantes.

Esriche nos enseña que el origen del duelo lo encontramos en Escandinavia, de donde pasó a Alemania, y luego a Francia, para sentar sus reales en España. Sostiene a renglón seguido que: “Destruída la monarquía goda por irrupción de los árabes, e introducidos entre nosotros poco después de la restauración, los usos caballerescos de la Edad Media, esto es, los torneos, las justas, y los combates singulares, formados por la gloria y destinados a juegos, producían naturalmente los desafíos de honor, hubo por fin de prevalecer el duelo, que por otra parte casi se hacía indispensable por el estado de desorden en que se hallaba entonces la sociedad y por la impotencia de las leyes para vengar los ultrajes y asegurar a cada uno sus derechos”.

Mucho se ha discutido sobre esta vieja cuestión que tiene sus antecedentes históricos. Por un lado están los que sostienen la impunidad de los lances caballerescos, basados en que siempre se llevaron éstos a cabo sin que la acción pública ni la privada tratase de imponer las disposiciones de la ley, y fun-



dados en la insuficiencia de la misma, en sus efectos tardíos y en el consenso social que jamás a considerado delincuentes a los que dirimen las cuestiones íntimas del honor ofendido, por medio de la lucha singular. Los otros, partidarios de la supresión total del duelo, manifiestan que es un atentado contra la vida y la integridad personal, que se trataría de un privilegio de ciertas clases sociales, sin beneficios para nadie, ya que el duelo nada resuelve, y solo sirve para crear profesionales y despertar el culto salvaje del valor, que debería deterrarse para siempre en atención al grado de cultura y civilización que hemos alcanzado.

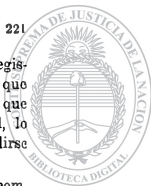
Esta vieja cuestión, aun no resuelta definitivamente, ha tenido su repercusión entre nosotros y el problema se ha planteado aquí con la misma intensidad que en otras partes, apareciendo los sostenedores que quieren hacer revivir los tiempos de los libros de caballería y los impugnadores que ponen su fe en los dictados de la justicia, afirmando que el poder de castigar es una cuestión puramente social que debe estar en manos de los jueces, no debiendo en ningún caso descender al combate singular.

¿Debe considerarse el duelo como delito? Casi todas las legislaciones lo consideran como un delito especial y lo legislan, como pasa entre nosotros.

Inglaterra sostiene que es un delito común y entonces los protagonistas quedan sujetos a las consecuencias del encuentro.

Francia nada dice sobre el duelo. Se podría entender que al no legislarlo, la justicia debía aplicar a los duelistas las disposiciones del código para los delitos comunes, pero la jurisprudencia primitiva consideró que, ante el silencio de la ley, el duelo no se debía tener como un hecho delictuoso. M. Dupín fué el que hizo evolucionar la jurisprudencia francesa, al sostener que el silencio de la ley no equivalía a una autorización, de modo que ante la falta de previsión legal el duelo debe caer bajo las disposiciones del derecho común, correspondiendo la penalidad de acuerdo a las consecuencias del lance.

En Alemania, Italia, Holanda y España, se ha considerado un delito especial, legislándolo de una manera similar a nuestro código, que también acepta este criterio.



El proyecto del doctor Tejedor, inspirándose en la legislación española y reconociendo la inmoralidad del desafío, que considera un acto de rebelión contra el orden social, desde que suplanta el derecho de castigar por la justicia individual, lo califica como un delito sui-géneris que jamás puede confundirse con un delito común.

En su proyecto de código, el duelo regular o sea el combate singular cuyas condiciones se ajustan de antemano y se realiza en presencia de padrinos, lo reprimía en caso de muerte con tres años de prisión y uno si resultase lesiones graves. Elevaba la penalidad para el duelo irregular hasta seis años de presidio o penitenciaría en caso de muerte y tres años de prisión en caso de lesión grave.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García, no siguió las prescripciones del proyecto anterior. Consideró al duelo irregular un hecho que caía bajo la calificación de un delito común, debiendo aplicarse las sanciones penales de acuerdo a las consecuencias del encuentro.

Este criterio fué aceptado por el código de 1886, el que introdujo a su vez una disposición nueva tomada del código español, y era la facultad que le reconocía al poder judicial, como a la autoridad policial, para la detención de los duelistas, hasta que prometiesen bajo palabra de honor el desistimiento de la celebración del duelo, agregado que el propio comentarista Pacheco a pesar de aceptarlo lo critica, desde el momento que dice: "Mas lo que hace el artículo es prevenir a las autoridades que los detengan, que no los vuelvan a la libertad, sin haber obtenido antes su respectiva palabra de honor que desistieran del propósito del duelo. Semejante intención es laudable sin duda. Pero ¿se podrá conseguir siempre? ¿Qué se hará si no se consigue? He aquí lo que debía haber pensado el artículo, ya que adoptó esa resolución, y lo que de ningún modo declara". (Autor citado, tomo 3, pág. 89).

El proyecto de 1891, fué el único que suprimió como delito al duelo, legislando tan solo el encuentro irregular, hecho que puso en la categoría de los delitos comunes. Fundando la supresión, nos dice en el informe: "En el capítulo del duelo proyectamos una reforma que creemos impuesta por la razón y por la experiencia: la que el duelo regular no debe reprimi-





mirse. Tenemos a la vista un código práctico y severo, fuente de muchos de los modernos códigos penales, el francés, que no ha reprimido el duelo. Es sin embargo el código de una nación con hábitos semejantes a los de nuestro país y en que el duelo es frecuentemente el medio de resolver las cuestiones de honor. Aunque en sus orígenes el duelo sea una institución germánica, en su forma actual, los franceses lo reputan un producto totalmente francés''.

Pero la tesis de este proyecto no fué aceptada por la de los proyectos posteriores. La comisión de códigos de la Cámara de Diputados, al fundar la reforma del código de 1886, propuso en su primer dictamen sustituir las prescripciones del duelo por las similares del proyecto de 1891, pero dicha proposición no prosperó, y en el segundo dictamen de la comisión se dejó sin reformar el código en este sentido.

El proyecto de 1906 legisló el duelo como un delito especial. Sus disposiciones sobre la materia son las que han servido de modelo a nuestra legislación vigente.



## ARTÍCULO 97

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, el que no infiriese lesión a su adversario o solo le causare una lesión de las determinadas en el artículo 89. 2º Con prisión de uno a cuatro años, el que causare la muerte de su adversario o le infiriese lesión de las determinadas en los artículos 90 y 91.

\* \* \*

El artículo que comentamos castiga el duelo regular como un delito especial, fijando la penalidad del mismo de acuerdo a los resultados del encuentro.

Si bien no define lo que se entiende por duelo regular, dados los datos consignados en el artículo se infiere el concepto que tiene el legislador sobre el duelo. Una de las condiciones fundamentales es que el lance sea presenciado por dos o más padrinos, mayores de edad, que fijen las condiciones del encuentro. Su objeto no puede ser el de un fin pecuniario, ni cualquier otro de carácter inmoral; debe serlo únicamente el de dirimir una cuestión de honor y los combatientes deben observar las condiciones establecidas no pudiendo faltar a ellas en perjuicio de su adversario. Estos son los rasgos característicos de un duelo regular, y las prescripciones del artículo se refieren sin duda alguna al lance realizado en estas condiciones.

Dos conceptos contempla la disposición del artículo: la realización del duelo y la lesión leve como resultado del encuentro por un lado; y las lesiones graves y la muerte de alguno de los protagonistas por el otro. Para ambos casos tiene penalidades diferentes. Mientras en el primer inciso considera las dos situaciones del primer caso penándola con prisión de uno a seis meses, reprime la lesión grave y la muerte de alguno de los duelistas con uno a cuatro años de prisión.

Pero, no obstante las prescripciones legales apuntadas, los desafíos se realizan a diario, sin que la acción pública se haga sentir en la persecución de los duelistas y a pesar de las publicaciones hechas oficialmente de las actas por los padrinos, en las cuales constan las condiciones y el resultado del encuentro.

Por esto debemos afirmar, que esas disposiciones son letra muerta y que carecen por tanto de interés práctico.





## ARTÍCULO 98

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 precepto legal que estudiamos aprecia la situación de los protagonistas ante un duelo irregular. Ya dijimos anteriormente que esta clase de duelos la ley no los considera como un delito especial, sino que les aplica las disposiciones ordinarias del código penal. De modo que la penalidad de los actores está de acuerdo con el resultado y las consecuencias del encuentro. Si resultan lesiones se aplican las disposiciones sobre la materia; si muerte, los preceptos contra el homicida.

¿Pero cuáles disposiciones son las aplicables, las del homicidio simple o calificado? La ley no hace distinción de ninguna clase, pero entendemos que deben aplicarse las disposiciones del homicidio simple desde que, como más adelante veremos, el legislador siempre que ha reprimido el duelo irregular, donde se falta deliberadamente a las condiciones del mismo en perjuicio del adversario, castiga tanto al duelista como a los padrinos culpables, en caso de muerte, con la pena del homicidio simple aumentado el *mínimum* a diez años.

El inciso 3º del artículo pena con un mes a un año de prisión, cuando el duelo se realizare sin que se causare ninguna lesión. Entendemos que para seguir la lógica del código, debió prescribir en este caso la sanción del artículo 104 — *infine* — porque existe también aquí el delito común de agresión.



### ARTÍCULO 99

El que instigare a otro a provocar o aceptar un duelo y el que desacreditare públicamente a otro por no desafiar o por rehusar un desafío, serán reprimidos:

- 1º Con multa de doscientos a mil pesos, si el duelo no se realizare o si realizándose, no se produjere muerte, ni lesiones o solo 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.

• • •

La ley también prevé la instigación al delito, de provocar como de aceptar un duelo, y contempla dos situaciones distintas: la una cuando el duelo se realizare y no resultare nada más que lesiones de carácter leve; la otra cuando resultaren lesiones graves o gravísimas, o también la muerte de alguno de los duelistas.

Se aparta en este sentido nuestro código de la teoría general de la instigación delictuosa, desde el momento que basta el solo hecho de la instigación, aunque el duelo no se lleve a cabo, para que el delito exista.

Al tratar de esta materia en el suicidio dijimos lo que entendíamos por instigación delictuosa, pero ante la disposición clara y terminante de la ley vemos que el solo hecho de la instigación da existencia al delito.

Es decir que para este caso, que es una verdadera excepción, la ley no toma en cuenta el efecto moral de la instigación y si ésta ha influido como factor determinante.

Disposición análoga encontramos en todos los proyectos anteriores.



## 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 verificase o si efectuándose, no resultare muerte ni lesiones.
- 2º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si el duelo se realizare y resultare lesiones.
- 3º Con reclusión o prisión de diez a veinticinco años, si se produjere la muerte.

• • •

El combate que se establece para obtener un fin pecuniario u otro inmoral, resulta un delito común que la ley reprime con mayor severidad.

Al dar las nociones del duelo y su concepto ante la legislación, dijimos que el fin único y primordial de todo desafío era dirimir una cuestión de honor y era esa la razón porque se consideraba un delito especial.

Pero en el presente caso no estamos frente a un duelo, sino a un crimen vulgar que tiene su móvil en el interés pecuniario o en un fin inmoral; la situación es completamente distinta a la del duelo. Si en el uno había razones para estimarlo como un delito especial y reprimirlo con una pena benigna, en el otro sobran razones para castigar el delito común con más severidad.

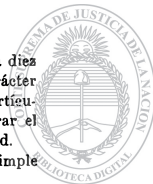
Si la razón del agravante es la inmoralidad del desafío, las penas solo le son aplicables al duelista que se propuso el fin inmoral. Al que va de buena fe al lance, debe aplicársele las disposiciones comunes que legislan el duelo.

La ley reprime con la misma pena la tentativa y la realización del encuentro cuando no hubo lesiones, imponiéndoles de uno a cuatro años.

Cuando se producen lesiones la penalidad es de tres a diez años de reclusión o prisión. No hace distingo en el carácter de las lesiones inferidas, a las que aplica la sanción del artículo 91. De modo que es el juez quien tiene que considerar el carácter de las lesiones a fin de graduar la responsabilidad.

En caso de muerte aplica la sanción del homicidio simple elevando el *mínimum* a diez años.

Entiendo que el legislador ha estado benigno. Un homicidio perpetrado en estas condiciones debería calificarse, porque median algunas de las circunstancias del artículo 80, que califican el homicidio.





## ARTÍCULO 101.

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.

\* \* \*

Uno de los requisitos fundamentales del duelo lo constituyen las condiciones estipuladas y arregladas de antemano por los padrinos; faltar a las condiciones del contrato es transformar el delito especial que contempla la ley en otro de carácter común.

Quien viola cualquiera de estas condiciones en perjuicio de su adversario debe responder personalmente del hecho que comete, desde que el combate pierde su carácter de caballeresco. Es valor entendido que la violación debe ser maliciosa y con el fin preconcebido de perjudicar al adversario.

Pacheco, al comentar el código español, fuente indiscutible del nuestro, dice al respecto: “Cuando se provoca o da causa a un desafío con el ánimo deliberado inmoral, vituperable, de la naturaleza que indica el inciso 1º, cuando se comete el que el Nº 2, llama alevosía, de faltar a las indicadas condiciones, no son ciertamente casos en que se deba usar de indulgencia con los que quieren encubrirse bajo el manto de la honra, pero en realidad son villanos, son criminales, son alevosos. Sería absurdo que dispensásemos el favor que acompaña a los duelos a quien provocó uno para matar un pariente cuya vida le estorbaba para obtener una herencia, o a quien habiendo concertado disparar con pistola desconocida hiciese llevar y darse un arma que estuviera acostumbrado a manejar. Si uno u otro matan, no son en verdad reos de homicidio en



duelo: son reos de homicidio premeditado y tal vez de homicidio alevoso''. (Obra citada, tomo 3, pág. 101).

Como vemos, la ley lo reprime con la misma sanción del artículo anterior y por iguales e idénticas razones. Sin embargo, de acuerdo a la opinión de Pacheco, pienso que se debe calificar de homicidio, habiendo el legislador establecido una penalidad benigna para el delito.





## ARTÍCULO 102.

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.

\* \* \*

Nuestra ley, al reprimir el duelo, no ha tenido en cuenta la situación de los padrinos; los pasibles de pena fueron los duelistas. Sólo por excepción, cuando éstos en las condiciones estipuladas usaren alevosía en la ejecución del mismo, de modo que la realización del encuentro resultare más peligrosa por las cláusulas concertadas, entonces los vincula a los resultados de la lucha y les impone las mismas penas establecidas para los duelistas de mala fe.

La razón fundamental de la represión es clara: la ley admite la existencia de los padrinos desde que la concurrencia de terceras personas imparciales es una garantía para el desarrollo de los hechos, en cuanto a la igualdad y lealtad de los combatientes, como así también en cuanto a la no prolongación de la lucha en caso necesario.

Pero si se admite la existencia de los padrinos éstos tienen obligaciones que cumplir y cuando olvidan su misión, para hacer el papel de verdaderos verdugos, entonces caen bajo la sanción que les impone la ley.

El padrino que cumple su cometido concertando un duelo regular, no tiene pena por nuestra ley.



## ARTÍCULO 103

Cuando los padrinos concertasen 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 algunos de los combatientes. Si no se verificare la muerte de alguno de ellos, la pena será de multa de doscientos a mil pesos.

• • •

Ya hemos sostenido anteriormente que la ley ha abolido el derecho de matar; en ningún caso puede tolerar entonces la violación de este precepto.

No pueden los padrinos, por ningún motivo, disponer de la vida de los combatientes. Si la sociedad admite la institución del duelo como un mal necesario ante la insuficiencia de la ley para resolver las cuestiones privadas del honor, no podemos argumentar por esto que autorice siquiera indirectamente el homicidio. Esta es la razón fundamental de la prohibición legal.

Dos situaciones contempla el artículo. La muerte de uno de los duelistas, por lo que reprime al padrino de uno a cuatro años de prisión o reclusión.

La penalidad en este caso no la encontramos justa; la consideramos demasiado benigna dados los fundamentos expuestos. Creemos más equitativo, que los padrinos que concierten un duelo a muerte con el resultado consiguiente, deberían ser acreedores a la pena del homicidio.

La otra situación es la realización del duelo sin consecuencias, que se reprime con multa de doscientos a mil pesos, por el solo hecho de concertarlo en esas condiciones.



## CAPITULO V

## ABUSO DE ARMAS

*El delito de abuso de armas.* — Sus antecedentes — El disparo de arma — La agresión con cualquier clase de arma — Circunstancias calificativas — Jurisprudencia.

## 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.

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

\* \* \*

En el primitivo proyecto del doctor Tejedor, ni noción se tenía de este delito. La agresión hecha con un arma de fuego, que no causare lesión, si no se calificaba como tentativa de homicidio, no constituía delito.

Fué el proyecto posterior de los doctores Villegas, Ugarriza y García, el primero que introdujo al final del homicidio, en el artículo 207, el disparo de arma de fuego como delito. Precepto éste tomado del código español de 1870, en su artículo 423.

El código de 1886, como la ley de Reformas 4189, lo incluyeron en el capítulo del homicidio. Pero la verdadera noción del delito la encontramos en el proyecto de 1891, el cual, con un concepto más claro y preciso, lo independiza del homicidio para considerarlo como un delito especial.

Se trata de un delito "per se", que surge del hecho de disparar un arma de fuego contra una persona, siempre que



no constituya un delito más grave, porque en estos casos desaparece el delito de menos importancia para ser absorbido por el de mayor gravedad.

Aprobamos la idea del proyecto de 1891, de formar un capítulo aparte, ya que, como hemos visto, este delito no tiene ninguna relación, ni con el homicidio, ni con las lesiones. Tesis que ha sido aceptada por el proyecto de 1906 y sancionada por nuestro código vigente.

Con este nuevo precepto legal introducido en nuestra legislación, se corta la vieja discusión de los penalistas italianos sobre la tentativa del delito de lesiones. Entre nosotros el problema jurídico está resuelto antes de plantearse.

El abuso de armas sustituye al delito de tentativa de lesiones, solución acertada del legislador ante la dificultad de juzgar intenciones, desde que la responsabilidad en estos casos puede afirmarse que depende de la declaración del propio agente. De esta manera se castiga siempre un hecho grave, ya que la dificultad de la prueba de la intención del agente proclamaría casi siempre la impunidad del delito.

El doctor Rodolfo Moreno, al sostener la penalidad del artículo dijo: "El proyecto fija en seis meses a dos años de prisión. El código en uno a tres años de la misma pena. Considero conveniente mantener la penalidad del código, dada la gravedad de ese delito y teniendo en cuenta la dificultad para distinguir en él entre tentativa de homicidio con arma de fuego y disparo de arma".

"Generalmente, depende del propio sujeto que declara la calificación, desde que se trata de exteriorizar un estado de conciencia, y como pocos son los que manifiestan una intención que los perjudicaría, casi siempre los actos que importen en el fondo una tentativa se reducen a un delito menor".

"Entiendo por ello que la pena de la ley actual no es exagerada y que no conviene disminuirla, restando importancia a un hecho tan grave como disparar un arma de fuego contra una persona".

Con estos antecedentes pasemos a estudiar la disposición del artículo. Para que exista el delito es necesario se produzca



el disparo, que sea hecho contra una persona y que no cause lesión alguna o que éstas sean de las previstas por el artículo 89.

\* \* \*

Dos situaciones prevé la primera parte del artículo: la una que el disparo no ocasione lesión, la otra que la ocasione.

En el primer caso la calificación del delito no puede variar; en el segundo sí. En el primer caso debemos considerar el carácter de la lesión y si ésta es leve el delito debe calificarse como disparo de arma; pero si las lesiones son de carácter grave o el hecho cae bajo la calificación de tentativa de homicidio, entonces el delito especial es absorbido por el más grave y puede variar en este caso la calificación del hecho.

Rodolfo Rivarola nos afirma: "En la jurisprudencia española se registran numerosas decisiones sobre esta materia y tanto se ha considerado el disparo de arma de fuego como delito perfectamente independiente, que el Tribunal Supremo ha declarado que el delito se comete aún cuando el arma no esté cargada con proyectil, bastando que lo esté con pólvora, también aún cuando el arma fuere inservible. En la primera sentencia dijo que: "No servía la excusa que el revólver estuviera cargado solo con pólvora, porque no es el daño el que pena dicho artículo con prisión; cuando se causa, se castiga éste según su gravedad o agrava el delito del disparo y es por lo mismo inútil averiguar cuál era la carga del arma, a no ser para calificar el delito en otras condiciones más graves". En la segunda: "que no era motivo suficiente para no apreciar el hecho como disparo de arma de fuego, la circunstancia de ser arma inservible, porque resultando que se hizo el disparo contra determinada persona concurren todos los requisitos que según dicho artículo son necesarios para constituir delito". (Obra citada, tomo 2, pág. 51).

No aceptamos la primera tesis del Tribunal Supremo de España, no obstante el origen español de nuestro artículo, y no la aceptamos porque si bien es cierto que la ley pena el disparo de arma aunque no se ocasione lesión alguna, de aquí no puede nunca deducirse que sea innecesario que el arma esté o no cargada, desde que no es el daño el que reprime el



artículo, sino el simple disparo. En realidad que nuestra ley se pone en dos situaciones diferentes; el disparo se castiga en sí, no por el daño ocasionado sino por el riesgo corrido por la víctima ante la posibilidad de cometerlo.

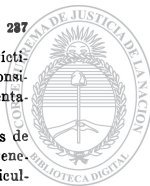
Que la víctima del disparo ha corrido un riesgo, ha estado en peligro de ser lesionada, es indudable y es este riesgo el que castiga el legislador. Si no existiese ninguna clase de riesgo, este hecho no sería de ninguna manera previsto por la ley; pasaría desapercibido como tantos hechos inofensivos y no sería motivo de una sanción penal.

En este sentido aceptamos la opinión de Irureta Goyena, cuando dice: “En mi concepto, Grbizard y el Tribunal Español, están equivocados. Disparar un arma de fuego, es poner en libertad la fuerza capaz de destruir la vida, que se contiene en el revólver, en el fusil, o en la escopeta. Ahora bien, esta finalidad no se llena cuando se dispara un arma simplemente cargada con pólvora, pues la pólvora por sí sola, no tiene la virtud de causar daño. Así como no se puede decir jurídicamente que se acomete con arma cortante o punzante cuando se ataca con un cuchillo, si los golpes en vez de tirarlos con la punta o con el filo, se tiran con el mango, de la misma manera no se puede afirmar que se ha disparado un arma contra una persona, cuando el sujeto se ha limitado a hacer explotar una cantidad de pólvora contenida en el arma”. (“El delito de homicidio”, pág. 272).

La responsabilidad llega hasta el límite de la potencialidad del arma empleada. Y la razón es obvia; no se puede afirmar que una persona descarga un arma de fuego contra otra, cuando la supuesta víctima se encuentra fuera del alcance de la potencialidad del arma. En cuanto desaparece el riesgo desaparece la responsabilidad.

No es preciso que la víctima se encuentre en presencia del victimario. El Tribunal Supremo ha considerado casos de disparo de arma contra la persona el hecho de disparar un arma contra una puerta, o por una ventana, cuando hay derecho a pensar que la supuesta víctima se encontraba atrás de ella y dentro del área peligrosa en cuanto a la potencialidad del arma.

Si un sujeto descarga un revólver tirando al interior de



una pieza, por una ventana, en la convicción de que su víctima se encuentra en ella, no hay duda que el hecho debe considerarse como disparo de arma, siempre que no sea una tentativa de homicidio.

La penalidad de nuestro artículo es de uno a tres años de prisión, represión que consideramos justa y equitativa si tenemos en cuenta el peligro que representa el hecho y lo dificultoso que resulta en la práctica distinguir el disparo de arma de fuego de la tentativa de homicidio.

• • •

La segunda parte del artículo considera la agresión con cualquier clase de arma. Este precepto legal era desconocido en los proyectos primitivos, desde que no existiendo lesión la agresión no constituía delito.

El proyecto de 1891 fué el primero que al legislar sobre la materia, previó además del delito de disparo de armas la agresión con cualquier clase de arma. Esta disposición, que fué incorporada a la legislación por medio de la ley de Reformas 4189 y aceptada posteriormente por el proyecto de 1906, fué ampliada al incorporarse en el código vigente.

La ley, al legislar sobre el disparo de armas y después sobre la agresión con otra clase de armas, excluía la agresión con arma de fuego. Así lo consideraron los jueces, así se orientó la jurisprudencia de aquellos tiempos, para los cuales la agresión con un arma de fuego consistía en el disparo. Error éste a que daba margen la redacción primera del artículo.

Error en que han caído también algunos comentaristas del código, que como el doctor Emilio C. Díaz, en su obra declarada texto oficial de instrucción para la policía de la Capital Federal, sostiene: "El disparo y no la amenaza. Es indiscutible que el disparo debe haberse producido para conceptuar procedente la calificación delictuosa del hecho. Amenazar con arma de fuego, esgrimirla, etc., sin producir disparo, no implica delito". ("El código penal", segunda edición, página 103). <sup>(1)</sup>

El doctor Rodolfo Moreno, haciéndose cargo de la orien-

---

(1) En la tercera edición de su obra, el autor citado ha rectificado su error.





tación de la jurisprudencia, la cual en el terreno de la práctica y fundada en la redacción antigua del artículo sostenía que la agresión con arma de fuego no era delito mientras no se produjese el disparo, subsanó el error fundando su opinión ante la Cámara con las siguientes palabras: “El proyecto lo mismo que la ley vigente, castigan en primer término el disparo de arma contra una persona sin hierirla y en seguida la agresión con otra clase de armas. Esto ha permitido a los jueces considerar que la agresión con arma de fuego carece de penalidad”.

“La agresión con un rebenque, con un cuchillo, con un palo, se castiga; la misma con un revólver no”.

“Me hago cargo por eso de la deficiencia y la subsano, cambiando las palabras “otra clase de armas”, por la palabra “toda”, que comprende cualquier arma”.

Este criterio fué aceptado por la Comisión de la Cámara de Diputados, quien dijo al respecto: “La Comisión no ha introducido modificaciones en el capítulo 5º del título 1º de la parte especial. Acepta el proyecto con las modificaciones introducidas por el Diputado Moreno, explicadas en los antecedentes que dió cuando lo presentó en la Cámara” (ver informe de la Honorable Cámara de Diputados, Código penal, edición oficial, pág. 186).

En mi entender, es tan terminante la aclaración que no se puede lógicamente sostener que la agresión con un arma de fuego no constituye delito. Afirmarlo sería confundir lamentablemente dos preceptos distintos, el disparo y la agresión.

Pienso, en consecuencia, en contra del autor citado, que una persona que esgrime un arma de fuego apuntando contra otra, sin que se produzca el disparo, comete el delito de agresión previsto en la segunda parte del artículo.

Es condición elemental en la agresión con armas, a diferencia del disparo, la falta absoluta de lesión, desde que por leve que sea ésta la penalidad es mayor y entonces la agresión queda absorbida por el delito más grave, que en este caso siempre sería el delito de lesiones.



## JURISPRUDENCIA

**Disparo de arma.** — No estando demostrada la ebriedad completa, no puede ésta calificar el hecho debiendo servir únicamente como atenuante; corresponde estimar el delito como disparo de arma y agresión y condenarse a año y medio, y un año de prisión respectivamente. Caso: Isidoro Urquiza y Lino Gaitán, lesiones y abuso de arma. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16, al folio 407, y con fecha 24 de Diciembre de 1924. Nota marginal: La Sala del tercer turno con fecha 24 de Abril de 1925, confirmó esta sentencia.

**Disparo de arma.** — Corresponde calificar el delito como disparo de arma (artículo 104 del código penal) aunque éste haya ocasionado una lesión de las previstas por el artículo 89, y condenar al agente a la pena de año y medio de prisión. Caso: Rosa Gómez Lara, lesiones a Bernardo García. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 20, al folio 89, y con fecha 4 de Octubre de 1927. Nota marginal: La Sala del tercer turno con fecha 17 de Abril de 1928 confirmó esta sentencia.

**Disparo de arma.** — Cuando se trata de varias lesiones producidas por arma de fuego debe aplicarse la regla del artículo 55, y corresponde aplicar al agente cuatro años de prisión. Caso: Lastra Viterbo, lesiones a A. Arcese. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 21, al folio 138, y con fecha 22 de Noviembre de 1928. Nota marginal: El 27 de Febrero de 1929 la Sala del tercer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones, confirmó esta sentencia.

**Disparo de arma.** — La ebriedad parcial del sujeto acostumbrado a beber no es atenuante. Corresponde calificar el hecho como disparo de arma (art. 104) no obstante la lesión leve inferida y condenar al agente a dos años y seis meses de prisión. Caso: Cortini Justo, abuso de arma y lesiones a Pedro Ramos. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 30, al folio 75, y con fecha 23 de Febrero de 1929. Nota marginal: El 29 de Julio de 1929, la Sala del tercer turno de la Exma. Cámara, modificó esta sentencia imponiendo a Cortini la pena de dos años de prisión que termina el 18 de Agosto de 1931.

**Disparo de arma.** — Aunque se ocasione una lesión con arma de fuego y otra con instrumento contundente, debe calificarse el hecho como dis-



paro de arma (art. 104) y condenarse condicionalmente a un año y seis meses de prisión. Caso: Manuel Muñiz, lesiones a Francisco González. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 30, al folio 81, y con fecha 7 de Marzo de 1929. Nota marginal: Con fecha 31 de Mayo de 1929, la Sala del tercer turno confirmó esta sentencia.

**Disparo de arma.** — Aunque el disparo ocasione una lesión leve, debe considerarse el delito como abuso de arma (art. 104) y condenarse a un año y medio de prisión. Caso: Vital Troncoso, disparo de arma a Jesús González. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 21, al folio 228, y con fecha 1º de Marzo de 1929. Nota marginal: El 31 de Mayo de 1929, la Sala del tercer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones confirmó esta sentencia.

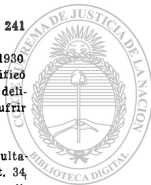
**Disparo de arma y lesiones.** — Cuando existe un concurso real de delitos, que lo forman las distintas infracciones cometidas, deben sumarse las penas de acuerdo al artículo 55, y teniendo en cuenta que una de las lesiones ha sido inferida con arma de fuego, debe calificarse el hecho como disparo de arma y lesiones, y condenarse a tres años y dos meses de prisión. Caso: Ramón Augusto Núñez, abuso de armas y lesiones a Luis Rivero. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 28, al folio 355, y con fecha 20 de Junio de 1927. Nota marginal: El 27 de Diciembre de 1927, la Exma. Cámara de Apelaciones (2ª Sala) confirmó esta sentencia.

**Disparo, emoción violenta.** — Cuando el agente es agredido injustamente obligándose a la defensa, debe sino es justificable el hecho, calificarse como disparo de arma en estado de emoción violenta, y condenarse a ocho meses de prisión. Caso: Felipe Locasio disparo de arma a Angel García. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 29, al folio 292, y con fecha 18 de Febrero de 1928. Nota marginal: Con fecha 4 de Mayo de 1928, la Exma. Cámara (3ª Sala) confirmó esta sentencia en todas sus partes.

**Disparo de arma.** — No procede la calificación de lesión grave cuando los informes médicos afirman de una manera imprecisa "ser relativamente grave" o de pronóstico reservado. Debe calificarse el hecho como disparo de arma. El juez calificó la lesión como grave, art. 90, y condenó a cinco años de reclusión, sentencia que fué revocada. Caso: Pedro Antonio Benítez, lesiones a Elena Gómez. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 22, al folio 198, y con

fecha 13 de Mayo de 1930. Nota marginal: El 7 de Agosto de 1930 la Sala del primer turno de la Exma. Cámara de Apelaciones modificó esta sentencia condenando a Benítez como autor responsable del delito previsto y reprimido por el artículo 104 del código penal a sufrir la pena de tres años de prisión.

**Disparo de arma.** — Si se demuestra que el agente tiene las facultades mentales alteradas debe absolverse por el delito cometido, art. 34, y ordenar su internación en un sanatorio, de donde no podrá salir salvo resolución judicial. Caso: Villa Jaime, disparo de arma a Antonio F. Canut. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 31, al folio 214, y con fecha 13 de Mayo de 1931. Nota marginal: En fecha 19 de Mayo del mismo año esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.





### ARTÍCULO 105

Si concurrieren algunas de las circunstancias previstas en los artículos 80 y 81 inciso 1º letra a), la pena se aumentará o disminuirá en un tercio, respectivamente.

\* \* \*

Este artículo figuraba en el nuevo código como un agregado al delito de agresión, hasta que la ley de Fe de erratas modificó el código en esta parte, ordenando mejor la materia. Involucró en un artículo el disparo y la agresión, para después considerar el agravante y el atenuante en ambos delitos.

La segunda Comisión de la Cámara de Senadores, introdujo como complemento del artículo 105 la disposición que prevé el delito en la persona de los padres, cónyuges e hijos, como así también la forma alevosa de perpetrarlo, circunstancias éstas que tienen que aumentar la penalidad. Asimismo prevé la agresión en estado de emoción violenta.

Tal como figuraba el agregado en el primitivo artículo 105, podría dar margen a erróneas interpretaciones, desde que figuraba como un apéndice del delito de agresión, dejando así sin sanción el mismo agravante o atenuante en el disparo de arma.

Por eso la ley de fe de errata despejó la situación, trayendo con el mejor orden la claridad de la ley. En el artículo 104 consideró tanto el disparo como la agresión, y en el 105 las cualidades que agravan o atenúan la infracción.

Por otra parte, no podía escapar al capítulo del abuso de armas la doctrina general de las atenuantes y agravantes.

De modo que con el nuevo texto de la ley le son aplicables a ambos delitos los agravantes del art. 80, por cuya razón debe aumentarse su penalidad en un tercio; como así también el atenuante de la emoción violenta, debiendo disminuirse la penalidad en un tercio.



## JURISPRUDENCIA

**Agresión con arma.** — Si la agresión es simultánea aunque uno de los contrincantes no haya ocasionado lesión alguna, ambos son responsables, el uno por lesiones y el otro por agresión y deben ser condenados a tres y cuatro meses de prisión, respectivamente (arts. 89 y 104). Caso: Marcial Rivarola y Florentino Martínez, lesiones y agresión. Fallo del Juez Dr. Emilio J. Pareto, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 16, al folio 210, y con fecha 18 de Julio de 1924. Nota marginal: La Sala del tercer turno con fecha 27 de Septiembre de 1924, confirmó a Rivarola la pena de cuatro meses de prisión condicionalmente.

**Agresión.** — El que acomete con cuchillo sin lograr herir a su adversario perpetra el delito de agresión con arma, art. 104, y debe ser condenado a cuatro meses de prisión. Caso: Manuel Maidana, agresión. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 252, y con fecha 20 de Septiembre de 1927. Nota marginal: El 25 de Septiembre de 1927, esta sentencia quedó firme y ejecutoriada.

**Agresión.** — El que saca un revólver y apunta con él a una persona, comete el delito de agresión con arma de fuego, último apartado del art. 104, y debe ser condenado a cuatro meses de prisión. Caso: José Sosa, agresión. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 198, y con fecha 9 de Mayo de 1927. Nota marginal: En 14 de Mayo de 1927, quedó firme y ejecutoriada.

**Agresión.** — El que esgrime un revólver y apunta con él a objeto de intimidar, comete el delito de agresión con arma de fuego, último apartado del art. 104, y debe ser condenado a dos meses de prisión, en carácter condicional. Caso: Sauria Miguel, agresión. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 101, y con fecha 23 de Noviembre de 1926. Nota marginal: En 28 de Noviembre de 1926, quedó firme y ejecutoriada.

**Agresión.** — Si el agente es herido por su propia víctima, mientras efectuaba una agresión a mano armada con un cuchillo y un reben-

que, debe responder por este delito de acuerdo a lo dispuesto por el art. 104, condenándose a tres meses de prisión. Caso: Mehan Patricio agresión a Juan Abalos. Fallo del Juez Dr. Antonio Pousa, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 2ª Secretaría, Rosario. Libro 19, al folio 31 y con fecha 18 de Noviembre de 1926. Nota marginal: Con fecha 18 de Mayo de 1927 esta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.



ABANDONO DE PERSONAS

*El delito de abandono.* — Elementos que lo constituyen — El riesgo corrido — Abandono civil y criminal — Circunstancias calificativas — Jurisprudencia.

ARTÍCULO 106

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 pena será de reclusión o prisión de dos a seis años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud del menor incapaz.

La reclusión o prisión será de tres a diez años, si ocurre la muerte.

• • •

El hombre, en sus relaciones sociales, tiene deberes y obligaciones que cumplir. Los vínculos de la sangre imponen a los miembros de una familia obligaciones ineludibles; por eso el acto de sustraerse a ellas, la ley lo considera delito, cuando existe un riesgo corrido por la persona del sujeto abandonado.

El abandono de persona consiste en dejar librado un menor de diez años o un incapaz por enfermedad a su propia suerte. El móvil debé ser tan solo sustraerse a las obligaciones que imponen los vínculos de sangre y la convivencia social.

Ahora, cuando el abandono tenga otro móvil, como el atentar contra la vida de la persona abandonada, como cuando se deja un niño que no sabe caminar o un inválido en un lugar donde forzosamente debe encontrar la muerte y con el







propósito que el hecho se realice, entonces, si se consuma el atentado debe el hecho calificarse como homicidio, y si causas imprevistas evitaran el resultado entraría el hecho en la zona de la tentativa.

La ley exige un riesgo corrido por el menor o el incapaz; luego, si hay ausencia de riesgo no existe delito. Podrá haber un relajamiento de sentimientos morales, una falta criticable a los deberes sociales, pero no existe responsabilidad criminal.

La madre que abandona un hijo en un hospicio, como el hijo que abandona a un padre en un asilo, librados a la caridad pública, no cometen delito. Podrá ser este un hecho criticable que repugna a la moral, pero no cae bajo la sanción de la ley positiva.

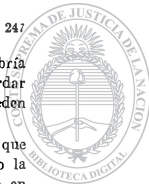
Distinto era el concepto que se tenía del abandono en el proyecto del doctor Tejedor, en el de los doctores Villegas, Ugarriza y García, como en el código de 1886, para los cuales el solo hecho de depositar en un asilo un menor sin la anuencia de los padres o guardadores, constituía el delito de abandono, que era reprimido con multa.

Tejedor lo consideró como un atentado contra las garantías individuales. El proyecto posterior inmediato, como un delito contra el orden de la familia y la moral pública; pero el código de 1886 siguió el sistema del proyecto primitivo del doctor Tejedor. Fué el proyecto de 1891, que como los códigos de Alemania, Francia, Hungría e Italia, consideró el abandono como un atentado contra la vida y la integridad personal, sistema que aceptado por el proyecto de 1906, fué adoptado por nuestra legislación vigente.

\* \* \*

**El riesgo corrido.** — La existencia del riesgo en el abandono es la única condición fundamental y necesaria para caracterizar el delito. Con la ausencia de éste desaparece el carácter criminal del abandono.

Debemos tener en cuenta que lo que la ley protege es la vida del niño o del incapaz. Los padres que renunciando a las obligaciones que le impone el ejercicio de la patria potestad, abandonan a sus hijos, ya en un asilo o en poder de terceras personas, no cometen delito alguno.



Su acción será reprobable del punto de vista moral; cabría en el peor de los casos una acción civil para hacerles recordar el cumplimiento de sus obligaciones, pero tales actos no pueden caer nunca bajo el dominio del fuero criminal.

La ley penal solo tiene en cuenta el riesgo, el peligro que corre la vida de la persona abandonada, dada la edad o la incapacidad de la misma. Por eso que cuando ésta queda en manos de terceras personas, ante la inexistencia de riesgo desaparece el carácter criminal del abandono.

Es un error sostener que la sola sustracción a la obligación de la asistencia, hace responsable criminalmente del abandono; la ley penal no ha tenido en cuenta esta obligación civil de la asistencia, sino que se preocupa única y exclusivamente del riesgo corrido en la vida de la persona abandonada.

Es por esto que ha fijado el término de diez años como *máximum* para la existencia del delito, desde que considera que un menor mayor de esta edad puede por sí solo buscar el amparo de sus semejantes.

La lógica del legislador no admite lugar a duda. Por el solo hecho de considerar el abandono como un delito contra la vida, nos dice a las claras que no ha tenido en cuenta las obligaciones inherentes a la patria potestad. De lo contrario no hubiera limitado la edad al término de diez años, desde que la obligación impuesta a los padres, de amparo, manutención y cuidados de sus hijos menores, es la misma hasta que éstos cumplan la mayor edad.

Crivellari, citado por Rodolfo Moreno, en su comentario al código italiano, tomo VII, pág. 1044, nos enseña que no existe el delito de abandono cuando se deja al infante en un lugar en que razonablemente se podía esperar que la caridad de una persona determinada o indeterminada podía ampararlo y recogerlo, circunstancia ésta que convierte el abandono en un momentáneo depósito, imposibilitando la consumación del delito por ausencia de riesgo.

Resumiendo, tenemos que el abandono se ha legislado entre nosotros en forma diferente siguiendo distintas doctrinas. La una consideró el delito de abandono como un delito especial, que se caracterizaba por el incumplimiento de las obligaciones que impone la patria potestad; por eso bajo el imperio de esa



doctrina el depósito del infante en un asilo no obstante la falta de riesgo constituía el delito. Este fué el sistema del código español, que aceptó el doctor Tejedor y primó en nuestra ley hasta el proyecto de 1891, que lo abandonó definitivamente.

La otra consideró el delito como un atentado contra la vida, en el que el riesgo corrido por la persona abandonada era lo que lo caracterizaba. Es el sistema del código italiano, aceptado por el proyecto de 1891 y por nuestra legislación vigente.

No hay que confundir entonces, dado el sistema de nuestra legislación, la sustracción a los deberes inherentes a la patria potestad, el abandono civil del infante por decirlo así, con el abandono criminal que se configura además con el riesgo corrido, ya que este delito está especificado como uno de los atentados contra la vida.

\* \* \*

El abandono se considera bajo tres situaciones distintas: la primera con respecto a la edad de la persona; la segunda con respecto al estado físico, y la tercera con respecto a las consecuencias del abandono.

En el primer caso la ley tiene en cuenta la edad del infante, que fija en los diez años, pasada la cual se esfuma la responsabilidad criminal, porque se considera que un niño mayor de esa edad ya puede buscar por sí solo el amparo de sus semejantes.

No siempre la edad fijada para el abandono criminal ha sido la misma. En nuestra antigua legislación — me refiero a los proyectos primitivos y al mismo código de 1886 — limitaron la edad hasta los siete años. Fué el proyecto de 1891 que amplió la edad hasta los diez años, al cambiar también el concepto de este delito.

En el segundo caso, la edad es indiferente para el legislador desde que la necesidad es la que reclama el amparo. Este concepto nuevo del abandono se introdujo, como hemos dicho, por el proyecto de 1891, en el que se equipara la incapacidad dado el estado físico de la persona por motivos de salud, con la incapacidad del infante por razones de la edad.

Es necesario, además, cierta relación entre el autor del abandono y la víctima. Por eso dice la ley: "a quien deba mantener o cuidar". Si bien es cierto que sin riesgo no existe el abandono criminal, la violación de los deberes sociales, que tienen los padres, los parientes, los tutores, o simples depositarios, cuando traen aparejado el riesgo para la víctima, lo constituye.

En cuanto a la tercera situación, considera el legislador las consecuencias materiales del abandono, ya sea cuando éste produce un grave daño en el cuerpo o en la salud, o la muerte de la persona abandonada.

Resumiendo, tenemos que nuestra ley contempla el abandono simple con una penalidad de seis meses a dos años de prisión; con dos a seis años de reclusión o prisión, si las consecuencias del abandono se traducen en un grave daño en el cuerpo o en la salud, y por último, amplía la pena de reclusión o prisión de tres a diez años para el caso que se produjera la muerte.





## ARTÍCULO 107

El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentadas en un tercio cuando el delito fuere cometido por los padres contra sus hijos, y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge. Serán disminuídos a la mitad, cuando el abandono fuere de un menor de tres días no inscripto en el Registro civil, para salvar el honor propio o de la esposa, madre, hija o hermana.

\* \* \*

El agravante de la consanguinidad entre el agente y la víctima, como el atenuante del móvil para ocultar la deshonra fueron tomados del proyecto de 1891, el cual en su exposición de motivos decía:

“El artículo 135 consigna las circunstancias agravantes derivadas del parentesco próximo, pues que en estos casos, importando el delito una transgresión de mayores deberes, debe ser reprimido con pena más severa. En el mismo se consigna la atenuante de haber obrado por estímulo del honor”. (Exposición de motivos del proyecto de 1891, pág. 147).

Ya hemos visto anteriormente, tanto en el homicidio como en las lesiones, funcionar como agravante los vínculos de sangre entre el agente y la víctima, y no debía por qué hacerse una excepción en este delito, donde existe la misma razón para aumentar la responsabilidad cuando mayor sea la obligación contraída de amparo y asistencia.

En cuanto al atenuante también lo conceptuamos lógico. Ya hemos visto que la ley ha hecho del infanticidio un delito especial, fundado en el móvil de ocultar la deshonra, por lo que el legislador ha previsto también el delito de abandono fundado en el mismo móvil de la honestidad.

El propósito debe ser el de ocultar la deshonra, razón por la cual la prescripción legal que debe ser un infante menor de tres días y que no esté inscripto en el registro civil, es aceptable. La inscripción en el Registro implica la publicidad, de modo que el abandono de un niño anotado en el registro civil no admite la atenuación legal, desde que el hecho adquiere publicidad.



## ARTÍCULO 108

Será reprimido con multa de cien a quinientos pesos, el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

\* \* \*

La obligación de la asistencia social es un deber de humanidad, de modo que sustraerse a esos deberes con riesgo para la persona, la ley lo considera delito y le impone una sanción penal. Ahora, es indiscutible que los vínculos de sangre, crean una relación mutua de derechos entre las personas; de aquí surge tanto la obligación de prestar como el derecho de reclamar asistencia y alimentos que establece la ley civil a determinadas clases de parientes.

En el artículo anterior la ley se refiere al delito de abandono entre parientes, tutores, depositarios; por eso es que establecía en el texto del precepto como condición fundamental del delito "a quien deba mantener o cuidar". En el presente caso considera la asistencia social obligatoria entre los miembros de la colectividad e impone una multa de cien a quinientos pesos al que omita una ayuda o un amparo en caso necesario.

Es decir que nuestro legislador contempla los dos casos en que puede presentarse el abandono: primero, entre personas que, dados los vínculos que las unen, ya sean de sangre o legales, tienen una obligación directa a la asistencia; y en el segundo caso a los miembros de la colectividad social que sin riesgo para su persona omitan prestar un amparo o una asistencia, tanto a un menor de diez años, como a cualquier persona inválida o enferma que se encuentre en un riesgo o peligro inminente.

En el primer caso tenemos las violaciones que surgen de los derechos de la familia y en el segundo la violación de los deberes de la solidaridad social.



La ley impone el auxilio y la asistencia siempre que se puedan prestar sin riesgo personal. La razón es clara. No está en el espíritu del legislador el obligar al sacrificio para prestar una ayuda, tampoco podía crear mártires o exigir un acto de arrojo que constituya una proeza; sino que simplemente, lo que pretende la ley es la imposición de la ayuda mutua entre los miembros de la colectividad.

Quien encuentre un semejante en peligro ya sea inválido o que por motivo de su enfermedad no puede por su propia fuerza eludir, o salir de su situación difícil, debe socorrerlo porque existe indiscutiblemente un sentimiento de humanidad que lo impulsa a la ayuda. Sustraerse a los impulsos generosos de ese sentimiento, sin riesgo personal, es sin duda un acto anti-social que reclama una sanción, y a reprimir esa omisión culpable va encaminada la disposición del artículo.

Impone asimismo bajo la misma sanción penal la obligación de la denuncia. El poder social representado por la autoridad tiene más recursos que cualquier particular para prestar una asistencia inmediata y eficaz en caso necesario; por eso, ante la imposibilidad de la ayuda personal, exige la obligación de la denuncia ante la autoridad.

Una disposición similar la encontramos en los primitivos proyectos de Tejedor y de los Dres. Villegas, Ugarriza y García, los cuales también lo reprimían con multa; pero nuestra disposición fué tomada del proyecto de 1891 que amplió y transformó el concepto del abandono y el que a su vez se inspiró en el art. 389 del código italiano.



## JURISPRUDENCIA

**Abandono.** — Cuando una madre abandona a un hijo por carecer de medios y no haberlo podido internar en un asilo, comete el delito previsto por el artículo 106 del código penal y debe ser condenada a un año de prisión condicional. Caso: Juana Moyano y Ramón Cortez, abandono de un niño. Fallo del Juez Dr. Carlos J. Díaz Guerra, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario, Libro 11, al folio 421, y con fecha 25 de Julio de 1930. Nota marginal: Firme y ejecutoriada en 30 de Julio de 1930.

**Abandono.** — Cuando la madre entrega su hijo menor de diez años a una mujer con el designio de abandonarlo, pidiendo que se lo tenga un momento y lo abandona, no comete delito por cuanto, aunque ha habido la intención de abandonarlo, el niño no corrió ningún riesgo desde el momento que estaba a cargo de una mujer; corresponde dictar sentencia absolutoria. Caso: María Balbina Cáceres de Linquitano. Fallo del Juez Dr. Raúl Oliveros, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 2ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 11, al folio 547 y con fecha 4 de Mayo de 1931. Nota marginal: III Sala Exma. Cámara en Mayo 19 de 1931, declaró firme y ejecutoriada esta sentencia por haber desistido el Fiscal de Cámara, de la apelación interpuesta.

**Abandono.** — Siendo el abandono de un menor, considerado por el legislador como un atentado contra la vida, cuando el hijo ha sido dejado en poder de terceras personas no existe el abandono criminal ante la falta de riesgo. Corresponde dictar pronunciamiento absolutorio como lo solicita la defensa. Caso: Carreras María, abandono de un menor. Fallo del Juez Dr. Alberto Baldrich, que se registra en el Juzgado de Sentencia de la 1ª Nominación, 1ª Secretaría, Rosario. Libro 32, al folio 241, y con fecha 12 de Marzo de 1932. Nota marginal: En fecha 12 de Marzo de 1932, ésta sentencia fué declarada firme y ejecutoriada.





# INDICE



	<u>Páginas</u>
PREFACIO .....	7
Dos Palabras .....	11
CAPÍTULO I. — Delitos contra la vida — Homicidio; elementos — Homicidio simple — De la concausa — Del aberratio-ictus — Jurisprudencia — Homicidio calificado — Jurisprudencia — La emoción violenta y el homicidio preterintencional — Infan- ticidio — Jurisprudencia — La instigación al suicidio — El homicidio piadoso — Homicidio por imprudencia — Responsa- bilidad del ebrio — Defensa del domicilio — Jurisprudencia — El aborto — Sus diferencias con el infanticidio — Causas de exención — El aborto preterintencional — La tentativa en el aborto — Jurisprudencia .....	13
CAPÍTULO II. — El delito de lesiones — Las lesiones subjetivas y objetivamente consideradas — Jurisprudencia — Lesiones gra- ves — Diversas circunstancias calificativas — Lesiones gravi- simas — Jurisprudencia — Circunstancias agravantes y atenuan- tes — Jurisprudencia — Lesiones por imprudencia — Juris- prudencia .....	175
CAPÍTULO III. — Homicidio y lesiones en riña — Sus elementos — Nuestro sistema represivo — Jurisprudencia. ....	211
CAPÍTULO IV. — El duelo — Origen — ¿Constituye delito el duelo? — El duelo ante las disposiciones de nuestra ley. ....	219
CAPÍTULO V. — El delito de abuso de armas — Sus antecedentes — El disparo de arma — La agresión con cualquier clase de arma — Circunstancias calificativas — Jurisprudencia. ....	233
CAPÍTULO VI. — El delito de abandono — Elementos que lo cons- tituyen — El riesgo corrido — Abandono civil y criminal — Circunstancias calificativas — Jurisprudencia. ....	245