



Homicidio Simple

Por Jorge Buompadre

ART. 79: “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena”.-

Origen y evolución de la figura

El homicidio ha sido, históricamente, una constante invariable del derecho penal. En el antiguo derecho, el homicidio fue identificado, lingüísticamente, con la voz “*parricida*”, la cual, con el tiempo, fue variando no solo en el sentido del término parricida, sino en su propio concepto y significación.

CARRARA¹ enseñaba que una antigua ley atribuida a Numa prescribía “*si quis hominen liberum dolo sciens morti duit, paricida esto*” (“si alguno, dolosamente y a sabiendas, le diere muerte a un hombre libre, será *paricida*”). Se empleaba la voz “*paricida*” con una sola “ere” (que significaba “el que da muerte a un igual suyo”), expresión que los autores, con el tiempo, fueron leyendo con “doble erre”, dando origen, de ese modo, a la voz “*parricida*” para indicar a aquellos que daban muerte a cualquier hombre libre.

En la larga evolución del derecho hasta nuestros días, el homicidio ha sido considerado, no sólo tal vez el más antigüo sino también el más grave de los delitos.

Bien Jurídico Protegido.

¹ CARRARA, Francisco, *Programa del curso de derecho criminal*, Temis, Bogotá, 1972, vol. 1, t. 3, § 1139.

El bien jurídico protegido, en todas las formas de homicidio, es la *vida humana*. El derecho penal no suministra un concepto de vida humana, sólo se ocupa de protegerla como objeto material de los delitos que atentan contra ella. En rigor de verdad, el derecho penal interviene, con distinta intensidad, en todo el proceso de la vida humana. De aquí que el objeto de protección de los delitos que constituyen formas de homicidio es, en todos los casos, el ser humano, la persona física viva. Por lo tanto, debemos convenir en que –al menos desde un punto de vista ontológico-biológico- es la vida humana misma el bien jurídico tutelado por estos delitos, afirmación que no parece que hoy pueda discutirse².

Sin embargo, lo que sí ha suscitado un interesante debate doctrinario y jurisprudencial es la determinación del contenido del bien jurídico y del momento en el que comienza la vida humana independiente, por cuanto se trata de cuestiones cuya importancia reside en el hecho de que permitirán, por un lado, trazar la frontera entre los delitos de aborto y homicidio (límite mínimo de protección), y por otro lado, fijar el momento en que se produce la muerte de la persona humana, instante en que quedará marcado el límite entre el homicidio y la impunidad, o el delito imposible, por falta del objeto material de protección (límite máximo de protección)³.

Contenido del bien jurídico “vida humana”.

Para algunos autores, la vida humana debe ser entendida desde una perspectiva puramente *naturalística*, esto es, atendiendo a la propia existencia “físico-biológica” del ser humano. La vida debe ser protegida desde el mismo momento en que concurren los presupuestos fisiológicos que la tornan reconocible como vida humana, independientemente de valoraciones sociales u otras razones de utilidad social⁴. Como consecuencia de este criterio, toda expresión de vida humana merece protección jurídica, sin que importen razones de utilidad, capacidad, viabilidad, calidad o condición de la persona humana.

2 Algunos autores, sin embargo, entienden que el bien jurídico protegido en estos delitos no es la “vida humana (independiente)” sino, en todo caso, el “derecho a la vida”, por cuanto se trata de un concepto netamente normativo. Ningún bien jurídico puede definirse de manera biológica, ontológica o naturalista, sino de manera normativa, conf. Polaino-Orts Miguel, en Lecciones de derecho penal, parte general, cit., t.1, pag. 34 y sig.

3 Conf. Cobo del Rosal Manuel y Del Rosal Blasco Bernardo, Código penal comentado, Ediciones Akal S.A., pag. 763, Madrid, 1990.



El enfermo terminal, el moribundo, el discapacitado o las llamadas en algún momento histórico vidas carentes de valor vital, como todos los seres humanos, merecen la protección de la ley.

Sin embargo, esto no quiere decir que la vida no deba ser también comprendida desde una perspectiva *valorativa*. La vida humana desprovista de criterios normativos perdería todo su sentido, su potencia de ser el valor preponderante, el soporte fundamental del disfrute de otros bienes. La vida es algo más que un puro acontecer biológico; la vida es vida humana en tanto sea considerada a partir de criterios de valor. No sólo importa vivir sino cómo se vive. El derecho mismo considera a la vida como un valor al otorgarle protección de distinta intensidad según cuál sea la fase o el momento por el que atravieza esa vida humana. Por otro lado, la ausencia de consideraciones valorativas en el tratamiento jurídico de la vida humana implicaría dejar sin explicación supuestos como el aborto, la eutanasia, la ayuda al suicidio, la muerte en legítima defensa o en el cumplimiento de un deber, etc..

a) **Los límites mínimo y máximo de la vida humana. El concepto de muerte.**

Dos son las cuestiones que aquí deben ser abordadas: una, el momento en que inicia la vida humana (en cuyo transcurso se debe determinar el comienzo del nacimiento), y otra, el momento en que la vida humana termina. La primera cuestión nos permitirá marcar los límites entre el aborto y el homicidio, mientras que la otra nos conducirá a fijar los límites entre el homicidio y la atipicidad.

a.1.) **Inicio de la vida humana.** Existen diversos criterios para determinar el comienzo de la vida humana, pero en lo aquí interesa, dos son a los que prestaremos especial atención: el criterio de la fecundación y el criterio de la anidación. Según la llamada *teoría de la fecundación*, el comienzo de la vida humana (que coincide con el comienzo de la protección penal) se produce con la fecundación del óvulo con el gameto masculino, es decir, cuando de dos realidades distintas –el óvulo y el espermatozoide– surge una realidad nueva y distinta –el cigoto– con una potencialidad propia y una autonomía genética ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de

4 Conf. Rodríguez Mourullo Gonzalo, Protección constitucional de la vida, en Perspectivas de la Constitución en el derecho penal, Universidad de Deusto, Bilbao, pag. 117 y sig., 1983; González Rus Juan José, Curso de derecho penal español, parte especial, T.I, pag. 13 y sig., Marcial Pons, Madrid, 1996; Romeo Casabona, Revista de Derecho penal, pags...., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.

acuerdo con su propio programa genético ⁵. La *teoría de la anidación* entiende que la vida humana comienza (y, por lo tanto, el momento de su protección jurídica) cuando el óvulo fecundado anida en el útero materno, algo que sucede –según la aceptación mayoritaria- aproximadamente a los catorce días de producida la fecundación. Esto indica que, el proceso fisiológico de la gestación no comienza sino a partir del preciso momento en que el óvulo fecundado anida en la matriz de la mujer. Para quienes sostienen esta teoría, la cobertura legal de los tipos de aborto abarca al embrión y al feto, pero no al preembrión o embrión preimplantatorio ⁶. Seguramente, desde un punto de vista biológico, nadie pondría en duda la afirmación de que la vida humana comienza con la fecundación –cuyo momento marca el inicio del desarrollo embrionario ⁷-, en la medida de que se pueda identificar este término –fecundación- con “gestación. No es tarea del derecho penal, ni del legislador, fijar un determinado momento como comienzo en el proceso de la vida; no se trata de un problema político criminal sino científico; el legislador sólo debe fijar el momento en el que debe tener comienzo su protección penal. Por ello, frente a la casi imposibilidad práctica de determinar el momento exacto de la concepción, e inclusive del embarazo en el primer mes de la gestación ⁸, razones de seguridad jurídica, estrictamente normativas, aconsejan aceptar al momento de la anidación como el comienzo de la vida humana y, por lo tanto, el comienzo de su protección penal, por cuanto es, a partir de este momento, que puede afirmarse con mayor precisión el embarazo de la mujer.

5 Conf. Gafo, cit. por Valle Muñiz José Manuel, pag. 73, Comentarios a la parte especial del derecho penal, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996; Laurenzo Copello Patricia, El aborto no punible, pag. 79, Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.

6 Conf. Valle Muñiz José Manuel, op.cit., pag.74.

7 Conf. Romeo Malanda Sergio, Intervenciones genéticas sobre el ser humano y derecho penal”, pags. 31 y sig., Editorial Comares, Granada, 2006)

8 Conf. Muñoz Conde Francisco, Derecho penal, parte especial, 18º edición, pag. 82., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2010)



a.2.) **Inicio del nacimiento.** Con el nacimiento de la persona humana comienza la vida humana independiente. Teniendo en cuenta que la destrucción de la vida fuera del claustro materno da lugar al delito de homicidio, asume una gran importancia dogmática determinar el preciso momento en que tiene inicio el nacimiento del ser humano.

Soler decía que el hombre puede ser sujeto pasivo de homicidio aún antes de la completa separación del seno materno, vale decir, desde el nacimiento, momento que hacía coincidir con el comienzo de los dolores del parto⁹. Para quienes sostienen esta postura, el nacimiento comienza con los trabajos de parto (contracciones o dolores) y culmina con la separación de la criatura del vientre de la madre. Por lo tanto, el comienzo del nacimiento estaría dado por el momento en que el niño empieza a ser extraído, ya sea que la salida al exterior se produzca naturalmente o a través de una extracción quirúrgica. Siguen este punto de vista, aunque con matizaciones, Soler, Fontán Balestra, Terán Lomas, Laje Anaya, Varela, Donna, etc. Para Levene (h), el nacimiento comienza cuando el feto ha comenzado a recorrer el trayecto útero vaginal, culminando con la expulsión¹⁰. Núñez, por su parte, defiende la idea de que el nacimiento comienza con el proceso de expulsión de la criatura del seno materno, mientras que la finalización debe determinarse por los expertos en cada caso en particular¹¹. Para Creus, la solución que brinda la doctrina mayoritaria no da una fijeza objetiva deseable por cuanto muchos casos pasarían a depender del arbitrio médico, prefiriendo una solución distinta, proponiendo la tesis de que (el nacimiento) demanda la

9 Conf. Soler Sebastián, Derecho penal argentino, T.3,pag. 12, TEA, 1970.

10 Conf. Levene Ricardo (h), El delito de Homicidio, pag. 319, Depalma, Buenos Aires, 1970.

11 Conf. Núñez Ricardo C., Derecho penal argentino, t.3, pags. 24, 132 y 133, Bibliográfica Omeba, 1965.

posibilidad de actuar autónomamente sobre el cuerpo de la víctima sin operar sobre el de la madre¹². Esta postura ha sido seguida, con ciertas matizaciones, por Fígari¹³, Villada¹⁴ y Reinaldi¹⁵.

En la doctrina española la cuestión no está menos controvertida. Algunos autores sostienen la tesis de que el nacimiento comienza con la respiración pulmonar autónoma¹⁶; otros entienden que la mayor reprochabilidad de la conducta se presenta cuando se mata al ser que se percibe inmediatamente (percepción visual inmediata)¹⁷. Otros hacen coincidir el comienzo del nacimiento con la separación completa del feto del claustro materno¹⁸. Por último, otros acudiendo a una interpretación funcional del

12 Conf. Creus, Derecho penal, parte especial, T. I, pag.10, Astrea, 1999. En la doctrina española, Polaino-Orts sigue esta idea: para el menor comenzará (el derecho a la vida) su protección jurídica cuando normativamente sea necesario proteger la vida del menor como un interés jurídico diverso a la vida de la madre. Ello normalmente se determinará cuando sea posible lesionar jurídicamente ese objeto de manera autónoma sin afectar la vida de la madre, conf. Lecciones de derecho penal, parte especial, cit., pag. 38 y sig.; en una misma dirección, González Rus, Curso de derecho penal español, parte especial, t.1, pags. 20 y sig., Marcial Pons, 1996.

13 Conf. Fígari Rubén E., Homicidios, pag. 31, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.

14 Conf. Villada Jorge Luis, Delitos contra las personas, pag.5 y ss, La Ley, 2005.

15 Conf. Reinaldi Víctor, Edición actualizada del Manual de Derecho penal, de Ricardo C. Núñez, Lerner, Córdoba, 1999).

16 Conf. Carbonell Mateu y González Cussac, Derecho penal, parte especial, 3ra. edición (varios autores), pag. 36, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1999.

17 Conf. Gimbernat Ordeig, cit. por Peñaranda Ramos, en Compendio de derecho penal, parte especial, Vol.1, pag. 36, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003. Una postura similar en Muñoz Conde, Derecho penal, parte especial, 11 edición, pag. 28, Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1996 (antes, hasta la 7ma. Edición, este autor siguió la tesis del corte del cordón umbilical); en la 18 edición, sin embargo, se pronuncia a favor de la tesis de la total separación del claustro materno, siendo indiferente que tras esta expulsión se produzca el corte del cordón umbilical o que la expulsión se produzca por extracción del vientre materno (cesárea), conf. Derecho penal, parte especial, pag. 33., ed. Tirant lo Blanch Libros, 2010.

18 Así, Gracia Martín, op.cit., pag. 43. En un mismo sentido, Peñaranda Ramos, op.cit., pag. 39.



concepto de dependencia, estiman que la vida independiente comienza cuando puede ser directa e inmediatamente lesionada, esto es, cuando la expulsión haya llegado a un punto en el que es posible matar directamente al producto de la concepción¹⁹.

En nuestra opinión, el comienzo del nacimiento se produce en el preciso momento en que comienza el proceso de expulsión de la criatura del seno materno, configurando este instante el límite mínimo en que tiene inicio la vida humana independiente, mientras que el límite superior queda fijado en el momento de la separación total del cuerpo de la madre, con independencia de cualquier otra exigencia ulterior, por ej. que se produzca el corte del cordón umbilical o de que se constaten otros signos vitales. Es recién a partir de este momento en que el ser humano adquiere vida independiente, con total autonomía respecto de su madre. Por lo tanto, dicho momento marca con mayor nitidez la línea divisoria entre el aborto y el homicidio. La muerte del niño en el instante en que se produce el nacimiento, el que se da –insistimos- con la completa separación del claustro materno, configurará un homicidio²⁰.

b.3.) **El fin de la vida.** La vida se acaba con la muerte. Esto es algo irremediable e indiscutible. Y que la muerte es un proceso biológico irreversible, determinable por criterios médicos, tampoco parece ser una cuestión discutible. Sin embargo, la verificación del instante mismo en que una persona está muerta para el Derecho ha suscitado controversias que no parece que puedan ser resueltas sin ciertas

19 Conf. González Rus, op.cit., pag. 21. Una idea similar sigue Polaino-Orts, Lecciones de derecho penal, cit., pag. 38 y sig.

20 Esta postura ha sido seguida por Breglia Arias Omar: preferimos –dice este autor- aceptar que la expulsión del niño, ya sea completa o aun en trámite, es el momento del nacimiento, conf. Homicidio simple, pag. 59, Astrea, 2008. En España, parece ser esta la doctrina de mayor aceptación, conf. Romeo Casabona, Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, pags. 16 y sig., Estudios de Derecho Penal, N° 52, Editorial Comares, Granada, 2004.

dificultades. Lo que sí puede afirmarse con certeza es que dicha cuestión no puede ser determinable únicamente por la ciencia médica, con prescindencia de criterios normativos.

Hasta no hace mucho tiempo atrás, se consideraba muerta a una persona cuando, a través del diagnóstico médico, se constataban los signos negativos de vida, esto es, cuando se producía el cese definitivo de la actividad cardíaca, respiratoria y de los centros nerviosos centrales. Esta muerte natural o real de la persona implicaba, también, su muerte jurídica. Actualmente, debido a los formidables avances de la medicina, particularmente por las llamadas técnicas de reanimación que pueden mantener con vida a un ser humano por un considerable tiempo, los criterios han cambiado. La muerte natural ya no tiene mayor utilidad para el Derecho, pues, aún cuando se verifique el cese de ciertas funciones vitales del organismo, algunas partes del cuerpo humano pueden continuar manteniendo actividad biológica, ya sea en forma natural o por medio de instrumentos de sostén que posibilitan mantener con vida a la persona.

Teniendo en cuenta que la muerte no es un fenómeno que se produce de modo instantáneo, sino un proceso que va ocurriendo en forma progresiva, se torna de máxima importancia determinar el *momento* en que se produce la muerte de la persona, por cuanto, más allá de los procedimientos o mecanismos que se utilicen para la obtención del diagnóstico, al Derecho penal le interesa determinar, con el máximo rigor, no el porqué ni el cómo sino el *cuándo* la persona está muerta²¹.

En la Argentina existen dos clases de muerte: la *muerte natural o real*, establecida por el Código civil, cuyo art. 103 prescribe que la existencia de las personas termina con la muerte natural de ellas, y la *muerte cerebral*, establecida por la ley 21.541, sobre trasplantes de órganos y material anatómico, reformada por las leyes 23.464 y 24.193. Según el art. 23 de esta ley, “El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación conjunta: a) ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) ausencia irreversible de respiración espontánea; c) ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) inactividad encefálica corrobora por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones

²¹ Conf. en este sentido, Romeo Casabona Carlos María, Los delitos contra la vida humana, cit., pag. 31; Gracia Martín Luis, Comentarios al código penal, parte especial, T.I, pag. 46, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.



clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Acción Social con el asesoramiento del Instituto Nacional Unico Coordinador de Ablación e Implante. La verificación de los signos referidos en el inc. d, no será necesaria en el caso de paro cardiorespiratorio total e irreversible”.

Sin perjuicio de que el concepto real o natural de muerte es un concepto también “normativizado” (por su preceptiva en el código civil), el límite máximo de protección, esto es, el momento en que la persona está muerta para el derecho penal, parecería estar resuelto por el art. 23 de la ley 21.541, por cuanto ha establecido, también normativamente, un concepto de muerte válido para el todo el derecho, en especial para el derecho penal. En atención a este criterio jurídico de muerte, hoy no puede discutirse que, aún cuando la persona no esté muerta biológicamente, debe ser considerada muerta o fallecida para el derecho penal si se dan los criterios establecidos por la legislación antes referida, vale decir, si se ha producido el cese total e irreversible de las funciones cerebrales²². Ya hemos adelantado en otro lugar nuestro punto de vista contrario acerca de la conveniencia de mantener dos criterios jurídicos distintos para determinar el fin de la existencia humana²³. Sin embargo, debe reconocerse que, en la actualidad, es prácticamente unánime la opinión de los especialistas de que el momento de la muerte se produce por el “*cese irreversible de las funciones cerebrales*”. De manera que, aún cuando la ablación de un órgano en un cuerpo que todavía vive (porque se mantienen ciertos signos biológicos) realice “formalmente” el tipo de homicidio, el hecho no será punible porque la persona, *legalmente*, estará muerta. Y lo que al derecho penal le importa es que, al momento del hecho, la persona esté viva “normativamente”. Resulta aconsejable, entonces, la revisión de este problema, manteniendo un único concepto de muerte con validez general para todo el ordenamiento jurídico. Esto debe ser así por cuanto, como dice Gracia Martín, “el diagnóstico de la muerte es una cuestión absolutamente médica sobre la que no corresponde decidir al jurista, sino al médico de acuerdo con los conocimientos y técnicas más

22 Conf. Breglia Arias y Gauna, Código penal comentado, T.I, pag. 650, Astrea, 2001.

23 Conf. Buompadre Jorge Eduardo, Tratado de Derecho penal, parte especial, t.I, p. 90 y sig., Astrea, 2009

avanzadas generalmente aceptadas, pero es la ley la que tiene que indicar al médico los criterios que ha de tener en cuenta para diagnosticar la muerte ²⁴.

Estructura Típica del Delito de Homicidio.

El homicidio regulado en el artículo 79 del Código penal es el tipo básico y genérico de imputación entre las diferentes clases de homicidio previstos por la ley; es un delito de acción, que puede cometerse por omisión, de medios indeterminados, instantáneo y de resultado material. La perfección típica requiere la existencia de una relación de causalidad, entre la acción del agente y el resultado muerte, jurídico-penalmente relevante.

Tipo Objetivo.

- a) Sujetos activo y pasivo.

Sujeto activo. El homicidio es un delito común, de titularidad indiferenciada, que puede ser cometido por cualquier persona, varón o mujer. El tipo no requiere ninguna condición personal relacionada con la autoría, con excepción de algunos tipos agravados que exigen en el agente una cualificación especial (por ej. parricidio). La expresión “al que” empleada por la ley, alude a la indeterminación del sujeto activo.

Sujeto pasivo. Puede ser cualquier persona, con vida independiente. Pero, debe tratarse de una persona distinta al autor; la expresión “a otro” a que hace referencia el art. 79 lo dice claramente; quien no mata a otro sino a sí mismo no realiza el tipo de homicidio, se suicida y, como no existe en nuestro derecho una figura que tipifique el suicidio, la conducta es indiferente para el derecho.

En el homicidio, por lo general, coinciden el sujeto activo, quien es el titular del bien jurídico protegido (el ser humano), con el *objeto material*, que es el objeto sobre el que recae la acción (el cuerpo de la persona). En cualquier caso, tiene protección penal todo ser que pertenezca al género humano, por

24 Conf. Gracia Martín Luis y otros, Comentarios, cit., pag. 48 y sig.



deforme que sea y aunque se encuentre desprovisto de formas humanas (los monstruos del antiguo derecho) o de valor vital (de no lejanas experiencias históricas), como los enfermos incurables, inválidos y ancianos. Los individuos sin vitalidad, esto es, sin la posibilidad de prolongar la vida fuera del seno materno, también pueden ser sujeto pasivo de homicidio (más adelante veremos, no obstante, los casos de anencefalia). Lo que importa al derecho penal es, como se dijo, que se trate de un ser humano nacido vivo, por lo que quedan al margen del delito de homicidio, la acción sobre un cadáver, la muerte del ser humano que aún no ha nacido (aborto) y la destrucción de embriones fecundados *in vitro*.

b) **Acción típica.**

Con arreglo al texto de la ley, el homicidio consiste en matar a otro y ese otro debe ser una persona nacida con vida del vientre de una mujer.

Son sus elementos una acción u omisión causales, un resultado material (la muerte de la persona) y un elemento subjetivo (dolo) que supone la voluntad de suprimir un ser humano.

La *acción* en el delito de homicidio consiste en “matar a otro”, lo cual implica la destrucción de una vida humana.

El delito es de comisión, es decir, que la acción de matar es siempre activa, pero, en ciertos supuestos, también puede cometerse por omisión (omisión impropia).

En los casos de homicidio por *omisión*, en los que surge la figura del “garante”, es decir, de quien tiene el deber jurídico de actuar para evitar el resultado no querido por el orden jurídico, el círculo de autores se reduce considerablemente. En estas hipótesis de omisión impropia el delito se transforma en un tipo especial propio, vale decir, que solo puede ser cometido por un círculo limitado de personas que, en la emergencia, ostentan la calidad de garantes de la no producción del resultado.

Las fuentes del deber de garantía que fundamentan la posición de garante son la ley, el negocio jurídico y el actuar precedente o de la injerencia del sujeto, situaciones difíciles y complejas que, por razones de espacio, no serán aquí analizadas.

Tratándose de un delito de resultado, cobra especial relieve la *relación de causalidad* entre la acción y el resultado típico. En este aspecto, enseña NUÑEZ que una persona causa la muerte de otra cuando su conducta ha sido físicamente eficiente para quitarle la vida²⁵. La relación causal, esto es, la vinculación de causa a efecto entre el hecho del autor (la acción de matar) y la muerte de la víctima, debe ser probada plenamente en el proceso judicial.

Modernamente, en el ámbito de la dogmática jurídica penal, se piensa que la verificación del nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor del delito. Se requiere, además, la relevancia del nexo causal que permita comprobar que ese resultado puede ser objetivamente imputado al comportamiento del autor. Son necesarios criterios de tipo normativo para fundamentar lo que actualmente se denomina “*imputación objetiva*”, vale decir, que se requiere de criterios normativos para imputar el resultado a su autor. Estos criterios son la “creación de un riesgo no permitido” (principio del incremento del riesgo) y la “producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida”; con arreglo al primer criterio, no son imputables aquellos casos en los que la acción disminuye el riesgo del bien jurídico. Para este postura, el resultado solo puede ser imputado al autor si se demuestra claramente que, con su acción debida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado. El segundo criterio –como se dijo– es el de la “producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida”, según el cual los resultados que se producen fuera del ámbito de protección de la norma no pueden ser imputados a su autor, v. gr., la provocación imprudente de un suicidio (se deja el arma al alcance de un depresivo que se suicida con ella), la puesta en peligro de un tercero aceptada por este (la muerte del copiloto en la carrera de automóviles).

El delito puede cometerse por cualquier *medio*, con excepción de aquellos que lo califican. Resulta indiferente la clase, naturaleza o poder letal del medio empleado.

Los medios pueden ser “directos”, cuando actúan hacia o contra la víctima de modo inmediato, sin la interferencia de ningún factor extraño, v. gr., golpes, disparo de arma, puñalada, etc.; “indirectos”, cuando actúan hacia o contra la víctima pero de modo mediato, esto es, por incidencia de un factor extraño que expone a la muerte al individuo, por ej. abandonar a un bebé para que muera de frío, el empleo de un animal para causar la muerte, etc.; “materiales”, cuando actúan físicamente sobre el

25 NÚÑEZ, Ricardo C., ob. cit., t. 3, p. 25.



cuerpo o la salud de la víctima, a través de vías de hecho. Puede tratarse de objetos o instrumentos capaces de ofender la integridad física de la persona, por ej., cualquier tipo de arma, o bien el empleo de la fuerza física, castigos corporales, estrangulamiento, ahogamiento, etc.; dentro de esta categoría están los llamados medios “mecánicos”, que son todos aquellos instrumentos o aparatos predispuestos para funcionar automáticamente y producir un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima o su muerte. Pueden actuar como defensa mecánica predisposta (*offendicula*) con potencialidad para causa la muerte, v. gr., el arma de fuego que se dispara automáticamente, el alambre electrificado, las rejas con puntas, los vidrios en los muros, etcétera.

Se discute la posibilidad de comisión del homicidio por un “medio moral o psíquico”. Los medios morales son aquellos que actúan sobre la psiquis del individuo, concretándose en fuertes sacudimientos morales o psicológicos que producen la muerte debido a la influencia de aquella sobre lo orgánico, por ej., las sevicias o torturas psíquicas, el miedo, el dolor, la sorpresa, las malas noticias a una persona cardíaca, el gran susto al anciano, la presión psicológica, etcétera.

Esta clase de medios para perpetrar el homicidio deben ser admitidos, pues, como enseña SOLER, no puede negarse, aunque fuera excepcionalmente, que ciertas impresiones psíquicas pueden causar la muerte. El que cuenta con esa posibilidad y asume mentalmente el riesgo, añade, causa, sin duda, y causa dolosamente²⁶.

Tipo Subjetivo.

26 SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tea, Buenos Aires, 1970, t. 3, ps. 13 y siguientes. En doctrina argentina, en la actualidad, se pronuncia a favor de la admisión de esta clase de medios, p. ej., TERRAGNI, Marcos A., *Delitos contra las personas*, Jurídica Cuyo, Mendoza, 2000, ps. 111 y ss.; DONNA, Edgardo A., *Derecho penal*, RubinZalCulzoni, Santa Fe, 1999, t. I, p. 26. La doctrina española también acepta los medios morales como típicos de homicidio (véase por todos GRACIA MARTÍN, Luis, *Comentarios al Código Penal*, “Parte especial”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, t. 1, p. 54). GONZÁLEZ RUS recuerda el caso resuelto por el Tribunal Supremo en s. del 23/2/87, en el que una hija, presa del terror ante la brutalidad de las agresiones a que la está sometiendo su padre, se arroja por una ventana, produciéndose la muerte (ob. cit., p. 24).

El homicidio simple es un delito doloso, debiendo entenderse el dolo como la conciencia y voluntad de realizar una conducta dirigida a la producción de la muerte de otra persona. La configuración subjetiva típica no requiere de ninguna motivación ni finalidad específica. Son admisibles las tres clases de dolo: directo, indirecto y eventual.

El error de tipo (sobre alguno de los elementos del tipo objetivo) excluye el dolo y, por ende, la responsabilidad penal, si el error es invencible; de lo contrario, si el error es vencible, el autor deberá responder por el homicidio a título de culpa.

En los casos de *error in personan*, o error en la identidad (se confunde una persona con otra a quien se quería matar, y se la mata: A quiere matar a B, lo confunde con C y mata a éste), el autor responderá por homicidio doloso, por cuanto el derecho no hace distinción entre las personas, todas son protegidas por igual; en los supuestos de *error en el golpe* o *aberratio ictus* (se quiere matar a una persona determinada pero, por una desviación en el golpe, se mata a otra distinta: A quiere matar a B, hace el disparo, pero B se esquiva y el proyectil impacta en otra persona), la doctrina no se ha mostrado uniforme; según la tesis tradicional, se comete un único delito de homicidio, pues la subjetividad típica sigue siendo la misma. Se trata de objetos equivalentes y el error carece de relevancia²⁷. En cambio, modernamente, se propicia una solución que propone un concurso ideal entre dos delitos, tentativa de homicidio doloso (respecto de la persona contra quien se dirigió la acción) en concurso ideal con homicidio culposo (respecto de la muerte del extraño) (Zaffaroni, Romeo Casabona, Cerezo Mir).

Consumación y tentativa.

Tratándose de un delito de resultado material, el homicidio se consuma con la producción de la muerte de otra persona distinta al autor. La tentativa resulta admisible así como todas las formas de participación criminal.

La pena.

El art. 79 establece para el homicidio doloso la pena de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión. Sin embargo, la escala penal de la figura básica debe ser ponderada con arreglo a lo

27 Conf. CREUS CARLOS, Derecho penal, parte general, pag. 347 y sig. Astrea, 2003; LASCANO CARLOS J., Derecho Penal, Libro de estudio, Advocatus, pag. 285 y sig., Córdoba; ROMEO CASABONA CARLOS MARIA, Los delitos contra la vida y la integridad corporal y los relativos a la manipulación genética, cit., pag. 36.



establecido en el art. 41 bis del código penal incorporado por la ley 25.297, cuya texto expresa que “Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia e intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda. Este agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate”.

Por tratarse de una agravante genérica (que se puede trasladar a cualquier delito cuya ejecución se lleva a cabo mediante un arma de fuego), se discute su aplicación en los casos de homicidio, inclusive se ha declarado su inconstitucionalidad en varias ocasiones²⁸.

Con arreglo a lo dispuesto, entonces, en el artículo 41 bis, cuando en la comisión del delito de homicidio el autor emplee un arma de fuego, el mínimo de la pena del art. 79 se deberá incrementar en un tercio, esto es, 10 años y 6 meses, manteniéndose el máximo en los 25 años de prisión o reclusión, por cuanto el tope máximo de pena no puede exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

28 Conf. STJ Entre Ríos, sala I, “Clari”, 15/6/04, LL online; ver una síntesis jurisprudencial en BREGLIA ARIAS OMAR, Código penal comentado, tomo 1, pags. 399 y sig., 6ta. edición, Astrea, 2007. Numerosos fallos han determinado la inaplicabilidad de la agravante por estar insita en el art. 79, lo cual implicaría, o la introducción de un nuevo concepto en el ámbito de la figura básica (Sup.Trib.Just.Córdoba, sala penal, 17/10/03, LNO Nº 30010410), o la prohibición de doble valoración (Trib.Oral Crim. Nº 1, Mar del Plata, 4/11/02, cit. por ROMERO VILLANUEVA HORACIO, Código penal anotado, pag. 307, ed. Abeledo perrot, 2008), que afectaría derechos constitucionales (C.Apel. y Gar. Pen. Morón, sala 2, 20/12/06, Lexis Nº 1/70035822; en un sentido similar, Cám.Acus.Córdoba, “Arce”, 26/6/09, con nota en contra de LAJE ANAYA JUSTO, El hecho de matar a una persona con un arma de fuego, ¿es inconstitucional el art. 41 bis del código penal?, Revista Zeus Córdoba, Nº 367, T.15, pags. 571 y sig., 2009).