



Homicidio Calificado (por el modo de comisión)

Por María E. Riusech y María E. Klappenbach.

Art. 80 Inc. 2do.: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

2) Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso;”

Antecedentes:

El texto original del artículo 80 rezaba lo siguiente:

Inc. 2do. 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.

Esta redacción estuvo vigente en nuestro país desde el 29 de abril de 1922 hasta el 19 de junio de 1963 luego recobró virtualidad a partir del 27 de noviembre de 1964 al 31 de marzo de 1968 y desde el 6 de junio de 1973 hasta el 15 de julio de 1976.

Durante el período que va desde el 20 de junio de 1963 hasta el 26 de noviembre de 1964 estuvo vigente el texto ordenado por el dec.-ley 4778/63 (ley 16.478) que imponía también la pena de prisión o reclusión perpetua pudiéndose aplicar las accesorias del artículo 52 del C.P. a quien:

Inc. 2do. Matare a otro con alevosía o ensañamiento, por precio, promesa remuneratoria, sevicias graves, impulso de perversidad brutal, codicia, placer; o por veneno, incendio, inundación,



descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos o para excitar o satisfacer deseos sexuales.

La ley 17.567 estableció la redacción actual del inc. 2do. y si bien el artículo 80 fue reformado por la ley 21.338 (ratificada por la ley 23.077) por las leyes 25.061, por la ley 25.816 y por la 26.394 ese inciso mantuvo indemne.

El art. 80 inc. 2do. del C.P. califica al homicidio cuando éste se cometiere con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso y le impone a quien resulte su autor la pena de prisión reclusión o prisión perpetua y la accesoria del artículo 52 del Código Penal.

Es decir, se agrava la escala penal prevista para el homicidio simple del artículo 79 en orden al modo en que el sujeto pasivo elige matar a la otra persona.

La mayor criminalidad del individuo se presenta cuando al decisión de cometer el delito persiste por mayor tiempo, cuando el crimen se prepara cuando se elabora como operación ilícita, cuando en definitiva la actividad del individuo par el ataque es más intensa, más persistente y más eficaz (Moreno, Rodolfo (h), El Código Penal y sus antecedentes, pág. 335).

El ensañamiento

El antecedente del artículo 80 inciso 2do. del Código Penal es, en cuanto a la legislación extranjera, el Código Penal español de 1850 que se refería al ensañamiento como el matar aumentando inhumana y deliberadamente el dolor de la víctima. El proyecto Tejedor fundaba la agravante en el hecho de aumentar deliberadamente el dolor de la víctima.

Concepto.



De acuerdo al diccionario de la Real Academia española ensañamiento es la acción y efecto de ensañar o ensañarse. Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal que consiste en aumentar inhumanamente y de forma deliberada el sufrimiento de la víctima causándole padecimientos innecesarios para la comisión del delito.

Ensañar es irritar o enfurecer. Deleitarse en causar el mayor daño y dolor posible a quien ya no está en condiciones de defenderse.

El plus o agravación se verifica entonces por la elección de esta forma de provocar la muerte. Implica la adopción de un modo cruel de matar.

Para Soler, el sentido de esta agravante es el de que el delincuente hay prolongado deliberadamente los padecimientos de la víctima, satisfaciendo con ello una tendencia sádica (Soler, ob. cit. pág 29).

Al igual que en el homicidio alevoso, el cometido con ensañamiento requiere elementos objetivos y subjetivos. Es decir, por una parte la víctima debe haberse visto sometido a padecimientos más allá de los propios de dar muerte.

Este sufrimiento o padecimiento fuera de lo normal tiene que tener lugar durante la ejecución del homicidio. La víctima debe hallarse consciente de modo que pueda sentir el padecimiento. No constituye ensañamiento el obrar del sujeto sobre la víctima ya muerta. Una vez muerta no es posible aumentar el sufrimiento de la persona lo que como vimos resulta un elemento objetivo del delito.

Breglia Arias en este sentido es claro lo que ocurre después de la muerte es ajeno al ensañamiento.

Se requiere que se verifique un aumento del dolor y que este aumento sea buscado expresamente. La voluntad de matar haciendo sufrir o padecer innecesariamente a la víctima.



Algunos autores requieren –además- que el autor se complazca o disfrute con esta forma cruel de provocar la muerte.

El elemento subjetivo supone para Donna que además de querer terminar con la vida de una persona, procure hacerlo causándole un dolor insufrible, que logre hacer padecer a la víctima. Se mata complaciéndose en la agonía y por ende alargándola (Donna, Edgardo A., *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo I pág. 38).

Para otros autores basta con que el autor conozca que está ocasionando un padecimiento innecesario en el sujeto pasivo y que ésta sea la forma buscada o querida de dar muerte.

En este sentido, señala Breglia Arias que el homicidio es una forma objetivamente cruel de matar porque puede ocurrir que al autor hasta le repugne la crueldad con la que está actuando y se resista a ella, pero que sea vencido, en definitiva, por la imposición religiosa y no por ello dejará de ser ensañamiento. A su entender basta con dolo eventual (Breglia Arias, Omar, *Homicidios agravados*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2009, pág. 129).

¿El agente activo debe satisfacerse con el dolor deleitarse?

¿O basta que haya querido hacer sufrir innecesariamente a la víctima aunque no se complazca?

Para Creus no resulta imprescindible que el sujeto disfrute, se complazca o goce con el sufrimiento que provocó. Incluso puede repugnarle pero si busca acrecentar deliberadamente el dolor de su víctima quedará igualmente encuadrado en la agravante (Creus, ob. cit., pag. 19).

Si hay acuerdo en que para que se pueda hablar de ensañamiento tiene que demostrarse el propósito de hacer sufrir.

Algunos autores admiten el dolo eventual (Breglia Arias, Sanchez Tomás).



El concepto legal de ensañamiento comprende elementos objetivos y subjetivos. Se requiere por el primero de ellos que el padecimiento de la víctima sea no ordinario e innecesario, sea por la prolongación de ella o por la forma en que se lo realiza.

Para Creus no se da el tipo subjetivo cuando el padecimiento extraordinario es una consecuencia necesaria del medio utilizado para el autor, sin preordenación al sufrimiento.

En principio los autores han afirmado que no es posible el ensañamiento mediante omisión, aunque Bacigalupo la admite, poniendo como ejemplo, el caso de la persona que mata dejando morir a otro de hambre o sed (BACIGALUPO, Enrique, *Los delitos de homicidio*, en *Estudios sobre la parte especial de Derecho Penal*, Akal, Madrid, España, 1991, pág. 38).

Para Breglia Arias ello no es posible: alguien es herido por mí, en lugar de atenderlo no lo hago y dejo que pasen las horas hasta su muerte. Allí no hay ensañamiento sino abandono de persona con resultado letal, para lo cual ha de tenerse en cuenta la posición de garante que asuma al momento de herir (Breglia Arias, ob. cit. pág. 138/139).

Para que se configure esta agravante el autor tiene que haber logrado que el sujeto pasivo sufra y su intención tiene que haber estado dirigida a ello, o haber descuidado que así ocurra. Para él no es necesario que el autor se satisfaga o goce con el dolor o sufrimiento ajeno (Breglia Arias, pág. 147).

El elemento objetivo está dado por actos innecesarios para matar que provocan dolores extraordinarios mayores que los corrientes.

Para Creus el concepto legal de ensañamiento comprende elementos objetivos y subjetivos.

Objetivamente, requiere que la agonía de la víctima signifique para ella un padecimiento no ordinario e innecesario en el caso concreto sea por el dolor que se le hace experimentar, sea por la



prolongación de ella (Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, Ed Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 18).

Para este autor no se da la agravante del ensañamiento cuando el padecimiento extraordinario sea una consecuencia necesaria del medio utilizado sin preordenación al sufrimiento o cuando la condición de la víctima no le permute padecer el sufrimiento (Creus, ob. cit., pág. 18).

Si bien compartimos tal postura, para nosotros no cabe realizar la distinción a partir del medio utilizado o de las características de la víctima, pues la agravante se edifica en el excesivo dolor, en el padecimiento sufrido y no en otras características.

Esto es si con un elemento con el que generalmente se causa mucho dolor, en el caso no existió padecimiento de la víctima no habrá ensañamiento. Si se utilizó un instrumento que no es capaz de ocasionar un padecimiento innecesario pero en el caso lo causó –por la forma en que se lo utilizó o por características de la víctima- y el sujeto activo advirtió esta circunstancia, es decir, supo del sufrimiento que está produciendo y quiso realizarlo se verificará la agravante.

En rigor, si se verifica un padecimiento innecesario, cruel el que ha sido buscado por el sujeto activo resultará irrelevante la forma o el elemento por el que se haya optado para matar, una pequeña herida puede provocar según donde se aplique distinto sufrimiento.

Lo mismo sucede con las características de la víctima, puesto que lo relevante es que el sujeto pasivo haya padecido más allá de lo necesario.

La conducta del sujeto que mata debe estar motivada o dirigida a infligir a la víctima ese dolor innecesario. Si en cambio la acción del agente no fue realizada con esa finalidad no se dará la agravante en examen.



El ensañamiento requiere un elemento objetivo, consistente en el dolor o sufrimiento excesivo e innecesario que se le produce a la víctima con el fin de ocasionarle la muerte. Se puede actuar con ensañamiento mediante sufrimientos tanto físicos como psíquicos (tortura, simulación de padecimientos a seres queridos).

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

Tampoco se estará dentro de la agravante en los casos en que la víctima esté muerta. Por ello las acciones el autor, como ser el descuartizamiento del cuerpo de la víctima, no pueden entrar en la agravante que estamos estudiando, si ésta está muerta.

Jurisprudencia:

Para que medie ensañamiento (art. 80 inc. 2º, C.P.) el autor debe haber sido guiado por el propósito de ocasionar sufrimientos innecesarios en la ejecución del homicidio (SCBA, P. 46.104 sent. del 26-VII-1994).

A los fines del art. 80 inc. 2º del Código Penal el modo de comisión del homicidio no puede por sí sólo perfeccionar la calificante en cuestión; debe confluir para ello el elemento subjetivo (SCBA, P. 46.104 ya cit.).

Existe violación de los arts. 79, 80 inc. 2º del Código Penal y 255 del Código de Procedimiento Penal si con las pruebas invocadas por el tribunal -autopsias de las víctimas y fotografías- no se ha



acreditado la concurrencia de los elementos subjetivos para la configuración de las calificantes de alevosía y ensañamiento (SCBA, P. 46.668, sent. del 17-12-1996).

El Homicidio alevoso.

No encontramos en el Código Penal una definición de alevosía, de manera que dicho concepto se ha ido forjando a partir del análisis de la jurisprudencia y de la doctrina.

Para ir determinando el alcance de dicho término, podemos partir del significado que le atribuye a dicho vocablo el diccionario de la Real Academia Española. Allí se establece que la alevosía denota cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo para el delincuente. Es una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal. Es sinónimo de traición, perfidia. Con alevosía implica un actuar a traición y sobre seguro (Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo I, Ed. Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires, 2001).

Como vemos, en este caso se agrava el homicidio por las circunstancias que elige o aprovecha el autor para matar a otra persona.

Es sinónimo de perfidia o traición pues consiste en causar daño a quien confía en uno asegurando la comisión del hecho al evitar que el otro se defienda (Terragni, Marco Antonio Delitos contra las personas, Ed. Jurídicas de Cuyo, Mendoza, año 2000, pág. 220).

Para Moreno la definición tradicional en materia de alevosía es la que contienen las Partidas. Allí, se dice que la traición es la cosa peor y más vil que puede caber en corazón de un hombre (Moreno, Rodolfo (h), ob. cit., pág. 337).

Moreno en “El Código Penal y sus antecedentes la refería como: “La alevosía se caracteriza por el empleo de maniobras tendientes a realizar el crimen sin peligro para el autor. Debe en consecuencia



emplearse la astucia, el engaño, la celada, la traición o cualesquier otro procedimiento que conduzca a esa finalidad.-

Para que esa circunstancia pueda ser tenida en cuenta a los efectos de la calificación del homicidio, es necesario que el delincuente haya buscado su concurrencia, la haya conocido y haya procedido en vista de la misma. Un individuo puede, en efecto, cometer un homicidio sin haber corrido peligro alguna, pero si él no buscó la circunstancia especial y si no la conocía, no podría serle cargada en su haber". Tomo III pág. 337.

Vinculado con la alevosía, y como dato histórico, se trae aquí lo que fuera el inciso 3ro. del art. 80 bis que introdujo el dec-ley 21.338: "Simulando un estado, oficio, empleo, profesión o cualquiera otra circunstancia tendiente a desfigurar o alterar su personalidad de manera que pueda inducir a engaño a la víctima, privándola de la oportunidad de la defensa que naturalmente hubiera empleado en caso de no haber mediado aquella simulación “.

Resulta claro que se trata de un supuesto abarcado por el concepto de alevosía. Este dec-ley mantuvo el inciso 2 que agravaba el homicidio alevoso en la misma forma que tiene desde el dec-ley 17.567. Lo remarcable es que para este homicidio agravado, como para los otros contemplados en el art. 80 bis imponía la pena de muerte.

Al igual que como sucede con el ensañamiento, la alevosía no es una figura o tipo del delito es solo una circunstancia del mismo (Breglia Arias, ob. cit. pág. 164).

La mayor punibilidad se justifica entonces por la forma que elige el autor para lograr su objetivo; el sujeto opta por cometer el homicidio a traición y sobre seguro, es decir, sin riesgo para sí.



Breglia Arias señala que la expresión “sobre seguro” da lugar a equívocos puesto que –afirma quien mata con arma de fuego a una persona desarmada, estrictamente estaría actuando sobre seguro, lo mismo quien encarga el homicidio por precio donde el sujeto no puede correr tampoco ningún riesgo sobre su persona en cuanto a la defensa que pueda generar la víctima. Citando la opinión de Pagliere (h) sostiene que no es lo que surge de la ley que la ausencia de peligro sea requisito de la alevosía (Breglia Arias, ob. Cit. pág. 212).

Se trata de un aprovechamiento insidioso de la indefensión de una persona (Breglia Arias, ob. cit. pág. 164).

La alevosía es el modo de cometer el homicidio por el cual el agente oculta el ánimo hostil simulando amistado o disimulando enemistad) o bien esconde físicamente su persona o los medios empleados con el propósito de colocar a la víctima en un estado de indefensión (Tazza, Alejandro, *El homicidio cometido con alevosía*, L.L. Tomo. Pág. 381, 2007).

Para Fontán Balestra la esencia de la alevosía radica en la marcada ventaja a favor del que mata, como consecuencia de la oportunidad elegida (Tratado de Derecho Penal, T. IV, p.91). Este tipo penal tiene una naturaleza mixta, compuesta por elementos objetivos –vinculados con la forma o modo utilizados para perpetrar el homicidio- y otro subjetivo, que tiene que ver con el ánimo del autor de aprovecharse, mediante ese modo o forma de la indefensión de la víctima.

Para configurar la agravante entonces es necesario que el autor se haya decidido por matar de ese modo.

El agente hace algo que no hubiera hecho si otra hubiese sido la situación, es la indefensión de una persona lo que motiva o decide a cometer el delito.



La indefensión puede provenir de las características del sujeto, de las circunstancias en las que tiene el lugar el homicidio o por el modo en que se comete el mismo.

No se requiere que ella -la indefensión- sea absoluta, es decir, no es indispensable una total ausencia de resistencia, sino que la alevosía es compatible con la posibilidad de una resistencia mínimamente riesgosa para el ofensor, procedente de la actividad de la víctima o de terceros.

Como vimos la alevosía es sinónimo de perfidia o traición toda vez que se causa la muerte a la persona que confía en uno o eligiendo el modo, tiempo o circunstancia de realizando evitando que el sujeto pasivo se defienda.

La razón de la agravante supone la elección de un modo de matar que no da oportunidad a la víctima de reaccionar o defenderse.

Se habla de preordenación en tanto el sujeto se motiva en esa situación especial que se da de indefensión lo que no implica –necesariamente- que se constate premeditación por parte de quien decide matar. Basta con que el sujeto aproveche la indefensión de la víctima.

Ello por cuanto la premeditación no fue tenida en cuenta como circunstancia agravatoria ni el código de 1886 ni fue admitida en los proyectos de 1891 y de 1906 (Moreno, Rodolfo (h), ob. cit., pág. 337).

Si bien como dijera debe verificarse un estado de indefensión por parte de la víctima no es necesario que dicho estado haya sido provocado por el autor bastando que constatado el mismo sea aprovechada por él.

Lo que induce al autor a matar es la búsqueda o el aprovechamiento de las circunstancias en que el mismo tiene lugar.



Es necesario para la configuración de la agravante que el agente haya buscado su concurrencia, la haya conocido y haya procedido en vista de la misma. Un individuo puede cometer un homicidio sin haber corrido peligro alguno, pero si él no buscó la circunstancia especial y si no la conocía, no podría serle cargada en su haber (Moreno, Rodolfo, ob. cit. pág. 337).

Es decir, el que la víctima fuera tomada por sorpresa tampoco implica alevosía siempre que esta sea ocasional y no buscada.

Es por eso que -en general- no se acepta que la muerte de un niño de muy pocos años sea un homicidio alevoso porque en ese supuesto la indefensión no es una circunstancia sino un estado.

De acuerdo a lo expuesto, el elemento subjetivo consiste, en la agravante analizada, en la búsqueda o aprovechamiento de circunstancias que permitan ejecutar el crimen con seguridad y sin perspectivas de defensa por parte de la víctima.

Si el estado de indefensión no es buscado o aprovechado por el agresor, no habrá alevosía.

Luego de acreditarse la situación objetiva de indefensión debe verificarse también el aspecto subjetivo del delito, es decir, este ánimo especial que moviliza a actuar al autor.

Deben coexistir ambos aspectos puesto que aún el autor decidido ante la posibilidad de actuar sin riesgo para sí, de no verificarse la situación de indefensión no se constituirá la agravante en análisis. Como tampoco se constituirá la agravante si –por el contrario- constatado el estado de indefensión de la víctima éste no fue por lo menos aprovechado por el sujeto activo.

Soler distingue entre el acecho y la alevosía. El homicidio cometido mediante acecho consistiría para él en el mero acto de esperar a la víctima. Para la alevosía, en cambio, dice es necesario que el autor procure actuar con ausencia de riesgo para el ofensor que provenga de la defensa que el ofendido



pudiera oponer. (Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, Ed. Tea, 11va. Reimpresión total, 1999/2000, pág. 28/29).

¿Se requiere dolo directo o basta con eventual?

No es posible su comisión con dolo eventual (Breglia Arias, ob. Cti. Pag. 165).

La elección del criterio subjetivo le hace decir que no siempre es alevosa la muerte del recién nacido, del anciano inerme, del paralítico, y en fin, de todos aquellos que no pueden ser matados de otro modo: ello dependerá que la situación haya motivado o no la decisión del homicida.

Jurisprudencia:

Los Tribunales también han desentrañado el significado de este término.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha entendido que hay media alevosía cuando la falta de peligro para el autor y la indefensión de la víctima -causadas o no por el sujeto activo- hubieran sido condición subjetiva del ataque (P. 33.221, sent. del 30-IV-1985; P 36.645 sent. del 20-II-1987; P. 34.627, sent. del 28-VI-1988; P. 34.627; sent. del 28-VI-1988; P. 33.240; sent. del 6-IX-1988; P. 39.893, sent. del 15-XI-1994; P 45.567, sent. del 27-II-1996).

De modo que el concepto jurídico de alevosía contiene un elemento objetivo y otro subjetivo (P. 36.741, sent. del 20-II-1990; P. 38.980, sent. del 26-II-1991 y P. 43.765 sent. del 26-IV-1994).

Se ha pronunciado también en el sentido de que para que se constituya la alevosía no es necesario que la falta de peligro o la indefensión hayan sido generadas por el sujeto activo, ni que medien "astucia, engaño, celada o traición", ni móvil alguno en particular independiente del elemento.



El hecho de colocar a las víctimas en manifiesta situación de indefensión y aprovechar la nocturnidad, la privación de la libertad y el lugar descampado en que se encontraban, son circunstancias suficientes para configurar la alevosía (art. 80 inc. 2º, C.P.) en tanto satisfacen sus condiciones objetiva y subjetiva (estado de indefensión de la víctima, falta de peligro para el agente y condición subjetiva del ataque), siendo irrelevante que haya mediado astucia, engaño o traición para llevar a las víctimas a ese estado (P. 45.663 sent. del 25-IV-1995).

Veneno u otro procedimiento insidioso

Explica Soler que en otras épocas esta forma del delito ha tenido mayor importancia social y política que en la actualidad y que el motivo de la agravación provenía del carácter insidioso del medio y de la dificultad de comprobar los hechos que casi aseguraban al autor la impunidad. Pero a partir de los avances químicos que se fueron sucediendo se han desarrollado técnicas que permiten su detección en el organismo de la víctima y de esta forma se patentizó la razón o motivo de la agravante: el modo en que se administra el veneno, esto es, en el ocultamiento de la sustancia (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Actualizado por Manuel A. Bayala Basombrio, 11ª reimpresión, Buenos Aires, 1999/2000, pág. 33).

Para Creus el fundamento de la agravante se determina por las menores defensas de la víctima ante la insidio que constituye la utilización de los particulares medios a que se refiere la ley y no a la efectividad letal de ellos (Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 22).



Moreno explica, por su parte, que se considera que entre todos los medios insidiosos que pueden usarse para dar la muerte, el más vil y el más terrible es el veneno. Supone en quien lo usa y salvo casos contados de excepción, designio formado de antemano, ocultación de la intención dolosa; cálculo sobre los resultados; perspectivas de impunidad; y actuación sobre la víctima indefensa e inadvertida. Revela, por consiguiente, fría perversidad y pone de manifiesto un ser particularmente peligroso. Para que el homicidio por veneno exista se requiere: el veneno, la suministración del mismo y que la causa de la muerte derive de la absorción de aquél. (Moreno, ob. cit., pág-3447345).

Para otros autores la indefensión de la víctima y las dificultades de pesquisar el delito que aún subsisten pese a los avances de la toxicología moderna, representan una mayor dañosidad social, un mayor desvalor que el legislador ha tenido en cuenta en este caso. Sin embargo, luego reconoce que lo que agrava no es el carácter de medio que éste tiene naturalmente sino el modo en que se utiliza (Breglia Arias, ob. cit. pág. 245 y 247).

A partir de la incorporación por la ley 17.567 de la expresión “u otro procedimiento insidioso” parece haber quedado zanjada la cuestión y la razón de la agravante radica en mayor medida en el modo de administrar la sustancia que en ésta en sí. Si el autor utiliza violencia que la víctima no puede advertir no se da la agravante (Terragni, Marco Antonio, Delitos contra las personas, pág. 248).

La exposición de motivos que acompañó el proyecto de los que después fue el decreto-ley 17.567, consignó respecto a la reforma al inciso 2: “Aclaramos, con esta redacción, que no es suficiente el empleo de veneno, sino que debe suministrarse de modo insidioso. Lo consideramos, pues, como una especie, dentro del género alevosía. Suprimimos las “Sevicias” graves, por su dudoso contenido, superpuesto al del ensañamiento” (Digesto de Codificación Penal Argentina. Zaffaroni- Arnedo, pág. 63).



Es decir, solo se dará –en el caso del veneno- la agravante si además de utilizarse dicho elemento se lo hace de forma insidiosa, traicionera o escondedora.

El motivo de la agravante se ha inclinado, entonces, esencialmente a la forma de su administración. Resultará indistinto si el autor elige para cometer el delito la utilización del veneno o como dice la ley se vale de “otro procedimiento insidioso”. Siendo así, el incremento de la escala penal no pasa ya por la sustancia sino por la forma o modo en que se la aplica.

De hecho no cambiaría ni un ápice la cuestión la circunstancia que la ley optara por suprimir el vocablo “veneno” y mantener que se aplicará prisión o reclusión perpetua a quien matare a otro por “un procedimiento insidioso”.

Veneno: es la sustancia que incorporada a un ser vivo en pequeñas cantidades es capaz de producir graves alteraciones funcionales e incluso la muerte. Cosa nociva a la salud. Cosa que puede causar un daño moral. Afecto de ira, rencor u otro mal sentimiento. Sustancia que frena un proceso físico o químico ((Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo II, Ed. Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires, 2001).

Se ha discutido si debe adoptarse una definición técnica de dicho vocablo o si en cambio debe adoptarse una jurídica.

Para Moreno veneno es toda sustancia capaz de perjudicar la salud de la persona hasta el punto de causar la muerte. Para el derecho penal, dice, no son necesarias en esta materia distinciones de tipo eminentemente científico. Basta que la substancia tenga esos caracteres y produzca tales resultados para que deba considerarse veneno. De aquí que sean tales los productos vegetales, animales o minerales. Lo mismo sería veneno una sal, que un alcaloide o que una ptomaina. Y lo mismo tendría ese carácter un



cultivo de microbios que produjera una enfermedad a consecuencia de la cual falleciese la víctima. El concepto debe tomarse en sentido amplio (Moreno, ob. cit. págs. 344/5).

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

Creus, concluye que debe entenderse por veneno aquella sustancia (animal, virus orgánicos, vegetal, mineral, sólida, líquida o gaseosa) que introducida en el cuerpo humano por cualquier vía (bucal, inyectable, por ósmosis) normalmente mata en virtud de las transformaciones químicas que produce (Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 22).

De acuerdo a esta fórmula quedaría fuera del concepto de veneno el vidrio molido puesto que no produce ninguna transformación química.

Parece más acertado restringir el concepto de veneno tal como lo hiciera Creus y exigir entonces que para que se pueda hablar de veneno se tiene que verificar una transformación química. No podrían considerarse veneno las sustancias que introducidas en el cuerpo humano o por contacto con él matan por procesos que no tienen ese carácter aunque obviamente que aplicadas en forma insidiosa podrían dar lugar a la agravante.

Algunos autores extienden el concepto de veneno a cualquier sustancia cuyas cualidades fueran nocivas en relación a un sujeto pasivo determinado aún cuando fueran inocuas para la generalidad de las personas –vimos en el Moreno el ejemplo de la sal-.

Sin embargo, parece más adecuado utilizar el vocablo en análisis para aquellas sustancias que por sí mismas resultan nocivas a la salud independiente de quien sea el sujeto que se vea afectado por



sus efectos. En este sentido, cabe tener en cuenta el significado que surge del Diccionario de la Real Academia Española este concepto se vincula con la **maldad**.

De esta forma, además, se realiza una interpretación restrictiva de la expresión lo que además de resultar respetuoso de la Constitución Nacional no causa perjuicio ante la incorporación efectuada por la ley 17.567.

El veneno puede ser suministrado vía oral, rectal, vaginal, respiratoria, epidérmica, hipodérmica, subcutánea, mediante ingestión, inyección, unción e inhalación (Breglia Arias, pág. 248).

Están comprendidas entonces también en el concepto de veneno las toxinas orgánicas y los cultivos de bacterias o gérmenes que pueden causarla muerte (Soler, ob. cit., pág. 35).

No es el uso del tóxico en sí sino el hecho de que el sujeto activo atenta contra la vida de una persona pero además agravia el derecho a resguardarla.

Procedimiento insidioso:

Como vimos en su redacción original el inciso en análisis solo contemplaba el homicidio cometido mediante la utilización de veneno. Fue la reforma introducida por la ley 17.567 la que incorporó la expresión “u otro procedimiento insidioso”.

Este agregado ayuda a conceptualizar el término veneno puesto que –como ya se dijera- solo se dará la agravante si además de utilizarse dicho elemento se lo hace de forma insidiosa.

Esto es, no se dará la agravante prevista en el inciso segundo del artículo 80 del Código Penal si el sujeto activo no lo administra de forma traicionera, escondedora, artera.



Por otra parte, la incorporación efectuada por la ley 17.567 permite extender la aplicación de la agravante a cualquier modo o procedimiento por el cual el autor oculta la agresión.

Carrara, que en su programa ha dedicado un capítulo a “Los criterios mensuradores de la cantidad política del homicidio deducidos de los medios” afirma que la insidiosa se resume en que los medios presenten la característica de hacer más difícil a la víctima precaverse, prevenirlos, defenderse del agresor. Y en sentido amplio se resume en un ocultamiento. Ocultamiento que puede ser moral o material, y éste puede ser ocultamiento de persona y ocultamiento de instrumentos. De allí deriva el homicidio proditorio, el homicidio con acecho, con arma insidiosa y el envenenamiento, que por sus características odiosas se separó en la escuela y en la práctica de las insidias innominadas.

Para Terragni constituyen procedimientos insidiosos, y aunque resulten distintos del suministro de sustancias que obren sobre el cuerpo o la salud de la víctima aquellas trampas que se colocan para que actúen en un determinado momento, tomando desprevenido al sujeto pasivo, por ejemplo conectar una bomba a llave de contacto de su automóvil (Terragni, ob. cit. 249).

Procedimiento: Acción de proceder. Método de ejecutar algunas cosas. Actuación por trámites judiciales o administrativos (Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo I, Ed. Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires, 2001).

Insidioso: que arma asechanzas. Que se hace acechanzas. Malicioso o dañino con apariencias inofensivas. Dicho de un padecimiento o de una enfermedad. Que bajo la apariencia benigna oculta una gravedad suma (Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo I, Ed. Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires, 2001).



Procedimiento insidioso: es el método de ejecutar o modo de obrar que sin constituir administración de veneno implica un engaño o artificio que no permite a la víctima conocer su dañosidad.

La agravación radica en la insidia del medio con que se mata.

Son otras modalidades traicioneras para matar ya sea mediante engaños u otro tipo de artimañas que vienen a cerrar las posibilidades de matar traicioneramente.

Si bien tiene elementos comunes con la alevosía en esta última se tienen que dar además del ocultamiento de la agresión la indefensión de la víctima.

Muchos autores sostienen, incluso que siempre el procedimiento insidioso es alevoso (Politoff, Grisolía y Bustos, p. 168.).

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

Aspecto subjetivo:

La agravante existe cuando la acción es preordenada para matar aunque no sea premeditada.

En el aspecto subjetivo concurre para Soler un desdoblamiento intencional dirigido tanto al fin de matar como al medio para lograrlo. El conocimiento de que se emplea veneno o de la calidad de la sustancia empleada con relación al sujeto pasivo bastan. No es necesaria en principio una específica premeditación (Soler, ob. cit. pag. 36).



Para Villada no es imposible su comisión con dolo eventual porque aún cuando el autor selecciona un modo traicionero de matar –solo compatible con dolo directo- el sujeto activo puede suministrar el veneno con conciencia o potencialidad letal pero despreciando su resultado (Villada, Jorge Luis, Homicidios Calificados, pág. 41).

Para otros autores esta agravante solo es compatible con dolo directo.

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

Jurisprudencia.

Realiza el "procedimiento insidioso" que califica el homicidio quien oculta a su víctima el ataque (SCBA, P. 36.645, sent. de 20-II-1987).

Realiza el "procedimiento insidioso" que califica el homicidio (art. 80 inc. 2, del Cód. Penal) quien oculta a la víctima el ataque. Lo objetivo a que remite el concepto consiste en los comportamientos mediante los cuales el procesado disfraza la inminencia de su agresión, y lo subjetivo reside en la intención de realizar el señalado ocultamiento (SCBA, P. 47.111 sent. 9-IX-1997).

La Corte ha resuelto que "realiza el 'procedimiento insidioso' que califica el homicidio quien oculta a su víctima el ataque". "Lo objetivo a que remite el concepto consistió en la serie de comportamientos mediante los cuales el procesado disfrazó la inminencia de su agresión. Y lo subjetivo residió en la intención que tuvo de realizar el señalado ocultamiento" Si bien el disparo fue sorpresivo y "oculto hasta el último momento posible" -utilizando expresiones del mismo apelante- lo cierto es que el procesado no llevó a cabo el "procedimiento" tendiente a disfrazar "la inminencia de su agresión" (P. 47.111 S 9-9-1997).



ASOCIACION
PENSAMIENTO
PENAL

CODIGO PENAL
COMENTADO
DE ACCESO LIBRE