



Homicidio Preterintencional

Por Jonathan Barraud

Art. 81 inc. 1ro. acápite b: *“Se impondrá reclusión¹ de tres (3) a seis (6) años, o prisión de uno (1) a tres (3) años:*

...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”.

Art. 82: *“Cuando en el caso del inciso 1 del artículo 80 concurriere alguna de las circunstancias del inciso 1 del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez (10) a veinticinco (25) años”.*

Introducción:

Uno de los autores más destacados en el tema es sin duda Marcelo Finzi², quien enseña que “Con el nombre de ‘delito preterintencional’ se entiende, por unanimidad, el hecho en el que la voluntad del reo está dirigida a un suceso determinado, pero el evento que se produce es más grave”³.

Para explicar esta cuestión, Finzi formula la siguiente pregunta: cuándo el propósito del reo fue sobrepasado por el evento, ¿debe imputarse al culpable el *más* que fue ocasionado? ¿y a qué título?⁴. A este interrogante, el autor nos brinda tres posibles soluciones.

Una extrema, a partir de la cual el evento no querido directamente se imputa en cada caso e incondicionalmente, por aplicación directa del principio consagratorio de la responsabilidad objetiva, atribuido al derecho canónico, con arreglo al cual el reo debe cargar con todas las consecuencias no queridas, derivadas de su actuación ilícita (versari in re ilícita)⁵; una limitada, que surge del derecho

¹ La pena de reclusión se encuentra tácitamente derogada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la doctrina emanada de los fallos “Méndez, Nancy Noemí s/homicidio atenuado”, rta. el 22/02/2005, “Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel”, rta. el 11/09/2007 y “Esquivel Barrionuevo, Víctor Carlos”, rta. el 17/10/2007. Sin perjuicio de ello, nos remitimos a lo mencionado en el comentario al art. 5 de este Código.

² 1879-1956.

³ Finzi, Marcelo, *El delito Preterintencional*, Notas relativas al Derecho Argentino por Daniel Carrara, traducido por Conrado A. Finzi, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1981, p. 1.

⁴ Ídem, p. 9.

⁵ Ídem, p. 10/11.



romano a partir de la cual el evento no querido no se imputa en ningún caso, pues solamente es posible castigar lo que había en la intención; y una intermedia, según la cual el evento no querido se imputa si concurren algunas condiciones determinadas o respecto de algunos delitos especiales. En este sentido, el efecto producido se imputará a título de culpa (imprudencia) si éste no fue previsto, pero era previsible, y a título de dolo si fue previsto⁶.

En nuestro país, tal como se encuentra legislado, el homicidio preterintencional del art. 82, inciso 1º, letra b), es un delito autónomo⁷. En efecto, no es un homicidio atenuado, porque no se trata propiamente ni de atenuación, ni de homicidio⁸. Tampoco un tipo de lesiones agravadas por el resultado (lesiones seguidas de muerte como se lo conoce en otras legislaciones⁹), pues como expresa Soler, ello se debe al hecho de considerar con frecuencia a los delitos preterintencionales como formas de responsabilidad objetiva, mientras lo que aquí se sostiene es que además de la base dolosa referible a las lesiones, en el fondo de la imputación yace una forma de culpa¹⁰.

Otro argumento que le otorga autonomía al delito es que la pena que prevé es mayor que la de las lesiones leves y menor que la del homicidio. Esta cuestión lleva a preguntarse, como lo han hecho algunos autores¹¹, qué tipo de lesiones se encuentran abarcadas por esta figura, cuestión que será tratada más adelante.

La denominación homicidio preterintencional obedece al prefijo “preter” que significa “*más allá de*”, por lo que preterintencionalidad significa “*más allá de la intención*”¹².

En este delito, la tipicidad supone una combinación de dolo y culpa ya que, en su aspecto objetivo, exige que el autor haya obrado con dolo de lesionar y, utilizando un medio que razonablemente no debía ocasionar la muerte, cause ese resultado no querido ni aceptado, aunque, como se verá, éste debe ser previsible¹³.

La doctrina alemana, habla en estos casos de delitos cualificados por el resultado. Así, Hirsch distingue entre delitos cualificados por el resultado en sentido *formal*, dentro de los que se incluyen a

⁶ Ídem, p. 16/23.

⁷ Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, actualizado por Guillermo Ledesma, Ed. Abeledo Perrot, 17º edición, Buenos Aires, 2008, p. 57.

⁸ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 2000, p. 75.

⁹ Así sobre todo en Alemania.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Cfr. por ejemplo, Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Pena, Parte Especial I*, 3º edición, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, p. 158; Núñez, *tratado de derecho penal, Parte Especial*, Tomo III, volumen I, 2º reimpresión, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988, p. 106.

¹² D' Alessio, Andrés (Director), Divito, Mauro (Coordinador), *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, T. II, , 2º edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, comentario a artículo 81 del C.P., por Delia Iellin-Julio Pacheco y Niño, actualizado por Santiago Vismara, p. 41.

¹³ Ídem.



todos aquellos delitos en los que respecto a un tipo básico doloso o imprudente se introduce una consecuencia especial más grave que cualifica el tipo en la prescripción de la pena del primero, a los supuestos de tipo básico doloso con consecuencia especial dolosa, y a los de tipo básico imprudente con consecuencia especial imprudente; y en delitos cualificados por el resultado en sentido *material*, donde se ubican aquellos supuestos de tipo básico doloso y consecuencia especial causada imprudentemente¹⁴.

A su vez, y en consonancia con lo expuesto más arriba en cuanto a la autonomía de la figura en cuestión, expresa este autor que deben también diferenciarse los delitos cualificados por el resultado *impropios*, que en el sentido formal pertenecen al grupo de delitos, y los delitos cualificados por el resultado *proprios*, es decir, los supuestos en los que, debido a la combinación de un supuesto típico doloso y una consecuencia especial producida por imprudencia, se configura un grupo cualificado de supuestos materialmente autónomo entre los puramente dolosos y los imprudentes¹⁵.

Por tal motivo, entiende que debido al requisito de la imprudencia, la denominación “delitos cualificados por el resultado” resulta hoy imprecisa, incluso de aquellos supuestos calificados como *proprios*¹⁶.

No obstante la cuestión terminológica, es claro que en virtud del principio de culpabilidad no es posible imputar acciones prohibidas a quien no ha tenido —cuando menos— la posibilidad de prever el resultado de su conducta¹⁷. De este modo, queda desterrado totalmente del derecho penal actual el referido principio del *versari in re ilícita*.

Por último, en cuanto a la pena prevista para la figura en cuestión, debe tenerse presente que la ley 23.184 —modificada por leyes 24.192 y 26.358— prevé una agravación de un tercio del mínimo y del máximo, cuando el hecho fuere cometido con motivo u ocasión de un espectáculo deportivo en estadios de concurrencia pública o inmediatamente antes o después de él, como así también durante los traslados de las parcialidades, tanto sea hacia o desde el estadio deportivo donde el mismo se desarrolle. No obstante, en estos casos la pena a imponer no podrá ser mayor que la prevista en el Código Penal para la especie de pena de que se trate (art. 1º y 2º).

¹⁴ Hirsch, Hans Joachim, “La problemática de los delitos cualificados por el resultado”, en *Derecho Penal Obras Completas*, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culsoni, Santa Fe, 2000, p. 287/311.

¹⁵ Ídem, p. 289/290.

¹⁶ Ídem, p. 290.

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, 2º edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 140.



Antecedentes históricos:

La primera fuente a nivel nacional proviene del Proyecto de 1891, que luego fue reproducido por el 1906. No obstante, fue recién en 1903 que a partir de la ley 4189 se convirtió en derecho positivo aunque sin la parte que reza “*cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte*”, que fue agregada al Proyecto de 1917 por la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, incorporándose de ese modo al Código Penal¹⁸.

Los redactores del proyecto de 1891 pensaban que con la nueva fórmula castigaban el caso del homicidio causado con dolo indeterminado. Sostenían que el homicidio causado con dolo indeterminado, o sea el homicidio simple del art. 196 del Código Tejedor, no se encontraba especialmente distinguido en el Código entonces vigente, pero podía pensarse como homicidio con una circunstancia atenuante, que era, precisamente, la de no haber tenido la intención de causar todo el mal producido. Decían que era preferible mantener una disposición especial sobre este caso tan importante y con frecuencia sometido a los tribunales¹⁹.

Sin embargo, como bien destaca Fontán Balestra, al agregarse en 1917 la última parte referida a que “*el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte*”, se dio a la figura del homicidio preterintencional una característica precisa para diferenciarlo del homicidio y de las lesiones, ya que con la sola exigencia subjetiva de causar un daño en el cuerpo o en la salud sin haber querido la muerte, no queda excluida la posibilidad del homicidio simple, cuando el medio empleado debía razonablemente causar la muerte²⁰.

Como se dijo, los redactores del Proyecto de 1891 se apartaron de la redacción del art. 196 del Proyecto tejedor que rezaba “*el que sin reflexión ni premeditación resuelva y ejecute contra otro un acto capaz de poner en peligro su vida, será culpable de homicidio simple, si tiene lugar la muerte; y sufrirá seis años de presidio o penitenciaría*”, pues en definitiva esta redacción hacía referencia a un dolo de ímpetu, y no a un homicidio preterintencional²¹.

¹⁸ Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 156/157.

¹⁹ Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 100.

²⁰ Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal...*, cit. p. 58.

²¹ Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 100/101.



La idea de los redactores del Proyecto de 1891 era introducir una figura que castigara más benignamente el homicidio simple del Proyecto Tejedor, cuando el autor no tuviera la intención de producir la muerte²².

Elementos de la figura:

Siguiendo el orden establecido por Núñez²³, se distinguen como elementos constitutivos de la figura en cuestión a) el propósito del autor de causar un daño en el cuerpo o en la salud de otra persona, b) la producción de la muerte de esa persona por el hecho del autor, c) el empleo por el autor de un medio que no debía razonablemente ocasionar la muerte, y d) la previsibilidad del resultado.

I.- “El propósito del autor de causar un daño en el cuerpo o en la salud de un tercero”:

Se trata del aspecto subjetivo de la conducta. En este sentido, se discute si el tipo analizado requiere dolo directo de lesiones, o si por el contrario, alcanza para su tipificación con dolo eventual.

La primera posición —que no compartimos— es la sostenida por Soler, quien expresamente refiere que “esta condición [por el propósito de causar un daño] no está cumplida por una forma meramente eventual de dolo ni por la mera voluntad de vejar u ofender o ultrajar que no importe un ataque al cuerpo o a la salud”²⁴. La segunda es la sostenida por Creus, Fontan Balestra, Buompadre y Núñez, ente otros²⁵. Éste último autor, expresa con razón que “La ley no pretende que se beneficie con la preterintencionalidad el que tiene la intención directa de lesionar, sino, también, el que indirecta o eventualmente quiere hacerlo. La interpretación contraria llevaría al absurdo de que el autor anímicamente más criminal, tendría una ventaja sobre el que lo es menos”.

Es necesario que el autor haya obrado con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, pero tal propósito no ha de ser abarcado por el dolo del homicidio resultante²⁶.

En cuanto al grado de lesión admitido por la figura (leves, graves o gravísimas), coincidimos con Buompadre en cuanto sostiene que la ley hace referencia a un daño sin mencionar a qué tipo de

²² Idem, p. 101.

²³ Idem, p. 103.

²⁴ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, cit., p. 75/76.

²⁵ Cfr. por ejemplo, Zaffaroni, Raúl, Baigún, David (Directores), Terragni, Marco (Coordinador), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, 1º edición, Buenos Aires, 2007, art. 81 del Código Penal, comentado por Zullita Fellini, p. 351; D’ Alessio, Andrés (Director), Divito, Mauro (Coordinador), *Código Penal de la Nación...*, cit., comentario a artículo 81, p. 42, entre otros.

²⁶ Fontan Balestra, Carlos, *Derecho Penal...*, cit., p. 58.



daño alude²⁷, por lo que es razonable admitir todo tipo de lesión en el ánimo del autor. En este sentido, refiere que no resulta incompatible el propósito de causar una lesión grave (por ej. una deformación en el rostro) con un medio que razonablemente no debía ocasionar la muerte (por ej. un golpe de puño)²⁸.

Si el dolo de lesión no se encuentra presente el tipo penal no resultará aplicable. Por la misma razón, si la muerte ha sido querida o aceptada, la figura será desplazada por el de homicidio simple o agravado según corresponda²⁹.

II.- la producción de la muerte de esa persona por el hecho del autor:

Debe existir una relación de causalidad entre la acción del autor y la muerte de la víctima, es decir, entre el intento de lesión —doloso— y la causación —imprudente— de la muerte³⁰.

Para ello, es necesario atender a las reglas de la imputación objetiva y establecer por su intermedio si, la acción del autor de intentar causar un daño en el cuerpo o en la salud de otro, con un medio que razonablemente no debía ocasionar la muerte —creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado—, fue efectivamente la causa de dicho resultado —realización del riesgo en el resultado—³¹.

En este sentido, carece de significado el tiempo que pueda transcurrir entre la acción y la muerte del sujeto pasivo, pues lo que importa es la existencia de un nexo causal³².

III.- El medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte:

El homicidio preterintencional sólo es admisible si el medio empleado por el autor no debía razonablemente ocasionar la muerte³³.

²⁷ Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Pena...*, cit., p. 158.

²⁸ En contra, Núñez, *tratado de derecho penal...*, cit. p. 106, quien sostiene que la ley pretende dar a entender que todo ánimo lesivo que no signifique admisión de grave riesgo para la persona, cae en los términos de la preterintencionalidad. En palabras del autor “Esto se explica porque la incompatibilidad de las lesiones graves o gravísimas como objetivos del autor, con la exigencia legal de que éste no obre con dolo homicida, se resuelve atendiéndose a la peligrosidad del medio que suponen. No es legalmente admisible que, por ejemplo, el autor pretenda cegar a la víctima o aniquilar su capacidad para engendrar, con un medio que razonablemente no resulte peligroso”.

²⁹ Donna, Edgardo, *Derecho Penal...*, cit., p. 152.

³⁰ Finzi, Marcelo, *El delito preterintencional*, cit., p. 72.

³¹ También es posible establecer el nexo causal aplicando cualquier teoría de la casualidad conocida (teoría de la equivalencia de las condiciones o teoría de la causalidad adecuada), como sugiere Donna. *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 149/150.

³² Fontan Balestra, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 60.

³³ Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 108.



Cuando la ley utiliza la expresión “medio” no lo hace exclusivamente en sentido instrumental, sino que alude al procedimiento utilizado por el autor³⁴.

Señala con acierto Buompadre que “El elemento del medio empleado por el autor constituye una regla de interpretación que debe ser apreciada en todo el contexto del caso, que exige una valoración —como lo tiene resuelto la jurisprudencia— no sólo en abstracto sino también en concreto, porque un medio por lo general no idóneo puede ser apto en determinadas circunstancias o sobre ciertos sujetos y, por el contrario, un instrumento inequívocamente mortífero deja de serlo por la forma inocua e intencionadamente menos vulnerante con que se lo utiliza”.

En este sentido, Soler explica que “en el concepto de medio empleado se comprende no sólo la cosa usada sino el uso mismo que de ella se hace”. Fontan Balestra, por su parte, agrega que “No es decisiva la apreciación del medio empleado en sí mismo para resolver si él debió o no razonablemente ocasionar la muerte; porque un medio puede ser o no idóneo según quien lo use, cómo se use y contra quien se use”³⁵.

Por definición, si el medio empleado “debía” razonablemente ocasionar la muerte, desaparece la posibilidad del homicidio preterintencional para dar lugar al homicidio doloso³⁶.

En definitiva, la cuestión del medio empleado y la apreciación de su idoneidad, es siempre a una cuestión de hecho³⁷.

Por otra parte, entendemos que el autor tiene que conocer que el medio empleado es o no razonablemente apto para producir la muerte de la persona que ataca. Ello remite al problema del error sobre la razonabilidad del medio empleado para causar la muerte, pues puede suceder que el autor crea que el medio que utilizó no debía razonablemente matar, no obstante su verdadera capacidad letal. En este caso, corresponderá aplicar las reglas del error de tipo y resolver la cuestión en función de ellas.

IV.- La previsibilidad del resultado:

Si bien la previsibilidad de ocasionar la muerte no es un elemento del tipo penal en cuestión puesto que no surge de su enunciado normativo, la importancia de él deriva de la posibilidad de conectar la intención de causar un daño en el cuerpo o en la salud de un tercero, con el resultado muerte obtenido. Ello, como requisito ineludible del principio de culpabilidad.

³⁴ Donna, Edgardo, *Derecho penal...*, cit., p. 156.

³⁵ Fontan Balestra, Carlos, *Derecho Penal...*, cit., p. 60.

³⁶ Buompadre, Jorge Eduardo, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 159.

³⁷ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, cit., p. 77.



Entendemos que esto es así, desde el momento que en el homicidio preterintencional lo que se le reprocha al autor a título de imprudencia es, precisamente, que siendo previsible, no previó que con su conducta podía ocasionar la muerte del agredido.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que “...el camino de la historia dogmática que han seguido en la jurisprudencia y en la doctrina los delitos calificados por el resultado ha sido marcado por el esfuerzo de evitar una arbitraria atribución de responsabilidad por el resultado. Desde este punto de vista, se admite la constitucionalidad de los delitos preterintencionales en la medida en que se pueda establecer una conexión subjetiva entre la conducta efectivamente realizada con dolo y la consecuencia más grave producida, al menos con imprudencia, como forma de satisfacer la exigencia del principio de culpabilidad relativa a que la acción punible le pueda ser atribuida al imputado tanto objetiva como subjetivamente”³⁸.

Consecuentemente, la doctrina mayoritaria sostiene que la muerte debe ser previsible pero que el autor no la haya previsto³⁹. Entonces habría dolo inicial en el delito de lesiones e imprudencia con respecto al resultado.

Así, Soler señala correctamente que “...además de la base dolosa referible a las lesiones causadas por el sujeto, en el fondo de la imputación del evento más grave yace una forma de culpa. La diferencia entre este hecho y un homicidio doloso reside en que no se ha querido ni representado la muerte; la diferencia con el homicidio culposo, en que existe un hecho básico doloso; la diferencia con las lesiones, en que objetivamente se ha producido más que lesiones y en que el medio empleado podía razonablemente producir ese exceso”⁴⁰.

De esta manera, la falta de conexión subjetiva entre la lesión y la muerte llevará a descartar la imputación a título preterintencional y a considerar solamente la imputación por las lesiones correspondientes según el alcance que se puede otorgar al dolo del autor⁴¹. En caso de que el resultado sea previsible pero que el autor no lo haya previsto, se estará ante homicidio preterintencional. Finalmente, aquel hecho en el que el sujeto activo previó la muerte al menos como probable, constituirá un homicidio doloso.

³⁸ CSJN, “Antiñir, Omar M. y otros s/homicidio en riña”, rta. el 4/07/2006. Cfr. en este mismo sentido el caso “S.A. Parafina del Plata”, registrado en Fallos 271:297, así como también los precedentes de Fallos 303:1548; 312:149; 312:447; 316:1190, disidencia del juez Petracchi; 316:1239, disidencia de los jueces Petracchi y Belluscio; 316:1261, consids. 11 del voto de la mayoría y 9 de la disidencia de los jueces Petracchi y Belluscio”.

³⁹ Cfr. entre otros, Buompadre, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 160, Fontan Balestra, *Derecho Penal...*, cit., p. 60, Núñez, *Tratado...*, cit., p. 115.

⁴⁰ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, cit, p. 75.

⁴¹ Donna, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 153.



No todo ataque contra el cuerpo o la salud de otra persona hace previsible la muerte de ésta. Por regla, no es previsible la muerte como consecuencia de un castigo en la región glútea, o de una cachetada en el rostro. En estos casos, la muerte de la víctima es un verdadero caso fortuito del que no tiene que responder el autor⁴².

Coincidimos con Donna en que si se habla de un delito imprudente, la cuestión debe remitirse a la violación del deber objetivo de cuidado, determinando en el caso concreto cuál era el cuidado debido en base a un criterio normativo⁴³.

Entendemos que ello es así en la medida en que, si la imputación objetiva del resultado requiere de la creación de un riesgo típico que se realice en el mismo, la creación del riesgo típico ya viene exigida por la necesidad de infracción de la norma de cuidado. De este modo, el resultado causado deberá necesariamente realizar el riesgo creado por la infracción a la norma de cuidado, siendo preciso para ello, además de la relación de causalidad, que la causación del resultado entre dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada⁴⁴.

Jurisprudencia:

Sobre el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud:

- *“de las pruebas producidas en la causa, no surge que R tuviera con anterioridad algún tipo de animosidad contra P, por lo que indudablemente, a criterio del suscripto, la actitud tomada al aplicar el golpe, era ayudar a su amigo (que en ese momento estaba peleando con la víctima) y no la de producir su muerte”⁴⁵.*
- *“En la difícil tarea de describir cual ha sido la intención de M. R. al agredir a su hermano⁴⁶... empiezo descartando absolutamente que haya obrado con dolo directo. De haberse propuesto dar muerte a P., habría obrado con más violencia, o le habría aplicado mayor número de lesiones, hasta lograr ese objetivo”⁴⁷.*

⁴² Núñez, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 116.

⁴³ Ob. Cit., p. 153.

⁴⁴ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 8º edición, Ed. B de F, Capital Federal, 2010, p. 297.

⁴⁵ Cámara de Apelaciones en lo Criminal Nro. 1 de Santa Rosa, “R., C.H.; L., C.A.; B., S.M”, rta. el 08/11/2006, publicado en LL on line. Del voto en disidencia del Dr. Filinto B. Rebecchi.

⁴⁶ En el caso el acusado le había producido a su hermano una herida de 1,5 cm. de longitud y de 5 a 7 cm., aproximadamente, de profundidad, en la zona periumbilical del lado derecho, a 2 cm. de la línea media, con un elemento de punta y filo, que podía tratarse de un cuchillo o elemento similar, quedando postrado en la cama de su vivienda hasta que finalmente su hermano, que era la única persona con quien compartía la vivienda y a quien no le era ajeno el sufrimiento de aquél ya que escuchaba sus quejidos, lo conduce conjuntamente con un vecino a la guardia de un Hospital, habiendo dejado transcurrir 24 hs. desde el episodio referido.

⁴⁷ TOC n° 1 de Zarate-Campana, “Robles, Mario H.”, rta. el 15/07/2001, LLBA2001. Del voto en disidencia de la Dra. Dalsaso. La mayoría del Tribunal condenó por homicidio simple al considerar la Dra. Andreini que el imputado se



- “Si hubiera tenido la sola intención de lesionar no hubiera utilizado su cuchillo de enormes dimensiones, y menos aún en la zona que lo utilizó, ya que con la referida desproporción física le bastaba con sus puños. Es por ello que descarto plenamente que su intención haya sido sólo la de lesionar a E., lo cual me aleja de la mínima posibilidad de poder admitir el homicidio privilegiado del art. 81, inc. 1° ap. b.) del CP, tal como lo pretendiera subsidiariamente la defensa, o lo peticionara alternativamente el Fiscal”⁴⁸.

- “previo al puntazo, no existía motivación alguna del imputado para querer matar a la víctima de quien era amigo y con quien había compartido la cena y varias partidas de truco momentos antes, tanto es así, que intentó por diversas formas menos lesivas de hacer desistir de su actitud a D. (primero interponiéndose entre éste y ‘Pancho’, luego aplicándole los planazos en la frente y empujándolo hacia fuera para alejarlo de ‘Pancho’), escogiendo el puntazo como último recurso para lograr que D. se calmara. Ello demuestra también que H., tuvo varias oportunidades, previas al puntazo, para aplicarle un corte mortal a la víctima y, sin embargo no lo hizo, prefiriendo golpes leves de contención tendientes a tranquilizar a D. que, al parecer se encontraba muy ofuscado. Pero además cuando le aplica el puntazo, lo hace en el muslo de la pierna, y no lo dirige hacia una zona donde razonablemente una herida de arma blanca puede lesionar órganos vitales”⁴⁹.

- “...ninguna probanza se ha reunido que permita afirmar una intención de homicidio en el encausado; por el contrario, los elementos agregados al plexo probatorio apuntan a dar crédito a los dichos de G. en cuanto a que su intención fue la de causar una lesión en el cuerpo de Arribas que frustrara su evasión. Si repasamos los dichos de S., veremos que éste relata que G. en un momento determinado se puso en posición americana de tiro, lo que significa que no actuó descuidadamente, se dispuso a efectuar un disparo y lo hizo tomando la precaución de apuntar para no causar un daño de magnitud. Aunque equivocado, la circunstancia de haber tomado esta precaución y haber interesado la zona en la que el disparo ingresó, demuestra que no estaba en su ánimo terminar la vida de quien se evadía...En consecuencia, G. tuvo la intención de lesionar a A. y dirigió su accionar para lograr dicho objetivo que se representó debidamente. No obstante, el

representó como probable el resultado lesivo, sosteniendo, en lo pertinente a este punto que “La representación del resultado por parte de Robles, surge claramente de la lesión provocada, del medio empleado para inferirla, de la forma en que utilizó el elemento agresivo, como así también al zona del cuerpo en que la produjo”. El Dr. Penzotti, por su parte, explicó la improcedencia de la calificación a título de homicidio preintencional tras descartar que el elemento utilizado por el autor no deba razonablemente ocasionar la muerte. Así, sostuvo que “El elemento utilizado por el encartado era objetivamente idóneo para causar la muerte y fue utilizado en circunstancias y en el lugar físico que razonablemente debía causar la muerte”.

⁴⁸ TOC n° 2 de Mar del Plata, “Hidalgo, Osmar H.”, rta. el 4/09/2006, LLBA2007 (febrero). Del Voto del Dr. Angulo.

⁴⁹ Del voto mayoritario en el fallo citado precedentemente.



resultado obtenido fue diverso, el proyectil ingresó más arriba de lo esperado, interesó la vena cava cuya ubicación es imposible suponer que el encausado conociera y luego interesó ases intestinales produciendo al parecer astillas en el sacrocoxigeo... ”⁵⁰

Sobre la razonabilidad del medio empleado para causar la muerte:

- “el medio utilizado tenía razonabilidad letal, desde que consistió en aplicar reiterados golpes de puño y puntapié en la cabeza, rostro y cuello de la víctima, a quien una vez caída, P. continuó aplicándose los voluntaria y conscientemente ”⁵¹.

- “Los informes médicos evidencian que F. C., persona casi cuarenta años mayor, en estado de ebriedad, fue sometido a una severa —diría feroz— golpiza, rematada incluso con puntapiés cuando el damnificado ya se encontraba inerte en el suelo, sin atinar defensa alguna. Semejante ataque tiene aptitud como para producir diversas y graves lesiones e incluso conlleva la razonable probabilidad de ocasionar la muerte, pareciéndome irrelevante que uno ó varios traumatismos craneanos se hayan producido por reiterados golpes de puño ó puntapiés aplicados directamente sobre la cabeza, ó por la caída en el suelo que los golpes provocaron ”⁵².

- “La probabilidad razonable de que el medio empleado (golpes de puño) causara la muerte no debe ser apreciada valorando exclusivamente las cualidades intrínsecas del instrumento utilizado, sino atendiendo también a las características de la persona que lo usó y aquella contra quien lo usó, y de las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que fue empleado ”⁵³.

- “el medio empleado —golpe de puño— no constituye un elemento que en circunstancias ordinarias sean idóneos razonablemente para causar la muerte (salvo el caso de deportistas profesionales, o habituales a las practicas de boxeo, artes marciales, etc.) ”⁵⁴.

- “el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte, por tratarse de un par de golpes con la consecuente caída y no de una brutal paliza en donde el sujeto activo podría haberse representado el resultado ”⁵⁵.

⁵⁰ TOC n° 13 de la Capital Federal, “Gimenez, Jesús P. s/art. 81, inc. 1° del CP”, rta. el 19/05/2004, LLonline. Del voto de los Dres. Pagano y Rawson Paz.

⁵¹ Corte de Justicia de Catamarca, “Pachao, José”, rta. el 22/05/2007, DJ2007-III, 1236 - LLNOA2007. Del voto del Dr. Oviedo.

⁵² Cámara de Apelaciones en lo Criminal de General Roca, “Herrera, Patricio Leonel”, rta. el 1/03/2010.

⁵³ Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala Criminal, laboral y minas, “Navarro, Walter M.”, rta. el 9/05/2007, LLNOA2007 (septiembre). Del voto del Dr. Rimini Olmedo.

⁵⁴ Del voto del Dr. Llugdar en el fallo citado precedentemente.

⁵⁵ Cámara 2a en lo Criminal de Salta, “Ramos, Enrique A.”, rta. el 26/04/2006, LLNOA2007.



- “En el caso, analizada la racionalidad del medio empleado, en su aspecto objetivo — instrumento utilizado—, complementada con su aspecto subjetivo — la dirección donde se dirigió el puntazo (muslo de la pierna izquierda), la pequeña dimensión y profundidad de la herida causada, y la ausencia de reiteración de actos lesivos—, me permiten concluir que en el caso concreto, el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte”⁵⁶.

- “Si consideramos que sólo tuviera importancia el medio en sí, en este caso un arma de fuego, no habría discusión posible. Pero esta no es la postura de la doctrina mayoritaria. A ello deberá unirse el estudio de cómo se empleó ese medio, puesto que de allí surgirá la prueba que nos conducirá a afirmar que el resultado ha sido obra de un caso fortuito o producto de una negligencia que dará lugar a la figura de que se trata”⁵⁷.

Sobre la previsibilidad:

- “La preterintencionalidad requiere indefectiblemente que la muerte sea previsible como una consecuencia del medio empleado pero que el autor no haya previsto efectivamente esa previsión; entonces, podemos decir, en el caso concreto, que la preterintencionalidad tiene como límite superior la falta de una razonable capacidad del medio empleado (golpes de puño), y como límite inferior tiene la previsibilidad del resultado mortal: si se excede el límite superior se debe indagar la responsabilidad dolosa, en tanto que rebasándose el límite inferior, la muerte es un caso fortuito”⁵⁸.

- “El golpe asestado fue tan solo la solución que encontró aquel hombre rudo para salir de la transición sin reparar que su decisión habría de ser fatal”⁵⁹.

- “...si bien H. podía haber previsto la muerte de la víctima, no ha previsto efectivamente dicha posibilidad, no se la ha representado y, en consecuencia, descarto que haya habido dolo eventual de causar la muerte en su actuar lesivo”⁶⁰.

- “considero que al aplicar el golpe en la persona de P. R no tenía la intención de matarlo y tampoco previó que pudiera producirse dicho evento”⁶¹.

⁵⁶ Cfr. Fallo “Hidalgo, Osmar H.”, cit. Del voto del Dr. Angulo.

⁵⁷ TOC n° 13 de la Capital Federal, “Gimenez, Jesús P. s/art. 81, inc. 1° del CP”, cit., del voto de los Dres. Pagano y Rawson Paz.

⁵⁸ Fallo “Navarro”, cit. Del voto del Dr. Rimini Olmedo.

⁵⁹ Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rafaela, “Coria, Leonidas”, rta. el 15/05/1996, LLLitoral 1997.

⁶⁰ TOC n° 2 de Mar Del Plata, “Hidalgo, Osmar H.”, cit. Del voto del Dr. Angulo.

⁶¹ Cámara de Apelaciones en lo Criminal Nro. 1 de Santa Rosa, “R., C.H.; L., C.A.; B., S.M”, rta. el 08/11/2006, LL on line. Del voto en disidencia del Dr. Rebecchi.



- “...a juicio de la Sala, la muerte de la víctima no fue querida ni prevista como posible por los imputados, aun cuando era susceptible de ser presagiada. Es que, como se ha dicho, los golpes que recibió —al menos dos— le fueron aplicados en el marco de una pelea que se inició a partir de una agresión ilegítima, a la que le continuaron golpes recíprocos entre los contendientes. Tal situación de ningún modo resulta reveladora de un designio homicida (aunque sí lesivo) y tampoco exhibe el caso —en función del medio empleado para lesionar— representación del resultado producido”⁶².

Art. 82: “Cuando en el caso del inciso 1 del artículo 80 concurriere alguna de las circunstancias del inciso 1 del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez (10) a veinticinco (25) años”.

El artículo 82 del Código Penal hace referencia a la figura del parricidio preterintencional, y como tal, establece una pena atenuada respecto de la prevista en el art. 80 del Código Penal, cuando concurriere alguna de las circunstancias del inc. 1º de dicho artículo.

En efecto, la ley vigente sanciona con pena de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión al que en las circunstancias del art. 82 del Código Penal (emoción violenta o preterintención), causare la muerte a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son (art. 80, inc. 1º, C.P.).

Se establece así la concurrencia de una figura agravada con otra atenuada, resultando manifiestamente desproporcionada la pena para el caso del homicidio preterintencional, en función de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. En este sentido, coincidimos con Fontán Balestra en cuanto expresa que “una cosa es tener el propósito de causar un daño en el cuerpo o la salud del ascendiente, descendiente o cónyuge con un medio que razonablemente no debía causar tal resultado y otra cosa es tener dolo homicida”⁶³.

Nótese que como bien destaca este autor, la pena que prevé el art. 82 es mayor que la del homicidio simple, e igual que la del homicidio en ocasión de robo (art. 165) o el envenamiento de aguas, alimentos o medicinas seguido de muerte (art. 200), entre otros tipos penales, que suponen acciones iniciales mucho más graves y con posibilidades más ciertas de que resulte una muerte”⁶⁴.

⁶² CCC de la Capital Federal, sala IV, “Bragagnolo, Matías”, rta. 25/08/2008, LL 13/01/2009.

⁶³ Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 61.

⁶⁴ Ídem



Durante la vigencia de las leyes 17.567⁶⁵ y 21.338⁶⁶ el segundo párrafo del artículo 82, preveía la concurrencia del homicidio preintencional con cualquiera de las circunstancias del art. 80. De este modo, se entendía que cualquier circunstancia cualificativa del homicidio agravado, admitía la posibilidad de una muerte preterintencional. Además, se contemplaba la concurrencia de la preterintención con la emoción violenta, y la pena era de 2 a 8 años de prisión o reclusión⁶⁷, lo que —como dijimos— es un monto que nos parece más acorde a la culpabilidad del autor.

⁶⁵ Vigente entre el 1º de febrero de 1968 y el 28 de mayo de 1973.

⁶⁶ Del año 1976

⁶⁷ Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal Parte Especial*, cit., p. 61.



Bibliografía:

1. Buompadre, Jorge Eduardo, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial I, 3º edición, Ed. Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009, p. 156/157.
2. Donna, Edgardo, Derecho penal. Parte Especial, Tomo I, 2º edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
3. D' Alessio, Andrés (Director), Divito, Mauro (Coordinador), Código Penal de la Nación comentado y anotado, T. II, , 2º edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, comentario a artículo 81 del C.P., por Delia Iellin-Julio Pacheco y Niño, actualizado por Santiago Vismara.
4. Fontán Balestra, Carlos, Derecho Penal Parte Especial, actualizado por Guillermo Ledesma, Ed. Abeledo Perrot, 17º edición, Buenos Aires, 2008.
5. Finzi, Marcelo, El delito Preterintencional, Notas relativas al Derecho Argentino por Daniel Carrara, traducido por Conrado A. Finzi, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1981.
6. Hirsch, Hans Joachim, “La problemática de los delitos cualificados por el resultado”, en Derecho Penal Obras Completas, Tomo II, Ed. Rubinzal-Culsoni, Santa Fe, 2000.
7. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General, 8º edición, Ed. B de F, Capital Federal, 2010.
8. Núñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, volumen I, 2º reimposición, Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988, p. 100.
9. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo III, E. Tea (Tipográfica Editora Argentina), Buenos Aires, 2000.
10. Zaffaroni, Raúl, Baigún, David (Directores), Terragni, Marco (Coordinador), Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, 1º edición, Buenos Aires, 2007, art. 81 del Código Penal.
11. Zaffaroni, Eugenio, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, Derecho Penal Parte General, 2º edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.

Fallos:

1. CSJN, “Antiñir, Omar M. y otros s/homicidio en riña”, rta. el 4/07/2006
2. CSJN, “Méndez, Nancy Noemí s/homicidio atenuado”, rta. el 22/02/2005.
3. CSJN, “Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel”, rta. el 11/09/2007.
4. CSJN, “Esquivel Barrionuevo, Víctor Carlos”, rta. el 17/10/2007.



5. TOC 1 de Zarate-Campana, “Robles, Mario H.”, rta. el 15/07/2001, LLBA2001.
6. TOC nº 2 de Mar del Plata, “Hidalgo, Osmar H.”, rta. el 4/09/2006, LLBA2007 (febrero).
7. Corte de Justicia de Catamarca, “Pachao, José”, rta. el 22/05/2007, DJ2007-III, 1236-LLNOA2007.
9. Cámara de Apelaciones en lo Criminal de General Roca, “Herrera, Patricio Leonel”, rta. el 1/03/2010, LL online.
10. Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala Criminal, laboral y minas, “Navarro, Walter M.”, rta. el 9/05/2007, LLNOA2007 (septiembre).
11. Cámara 2a en lo Criminal de Salta, “Ramos, Enrique A.”, rta. el 26/04/2006, LLNOA2007.
12. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rafaela, “Coria, Leonidas”, rta. el 15/05/1996, publicada en LLLitoral 1997.
13. Cámara de Apelaciones en lo Criminal Nro. 1 de Santa Rosa, “R., C.H.; L., C.A.; B., S.M”, rta. el 08/11/2006, LL online.
14. CCC de la Capital Federal, sala IV, “Bragagnolo, Matías”, rta. 25/08/2008, LL 13/01/2009.
15. TOC nº 13 de la Capital Federal, “Gimenez, Jesús P. s/art. 81, inc. 1º del CP”, rta. el 19/05/2004, LL online.