



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

ALEVOSÍA.

Su extensión terminológica respecto al Art. 80 inc. 2 del Código

Penal Argentino.

Carrera de Abogacía

María Paula, Vinsennau

2019

DEDICATORIA

A mis padres, Miriam y Alberto. Ellos siempre fueron mi sostén primero.

A mis abuelos, Margarita y Orlando.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia y mis amigas.

Al Dr. Carlos Alberto Pocorena, quien me ha brindado su gran colaboración.

A Facundo Achaga, amigo y futuro colega con quien realicé mis prácticas profesionales.

A Sergio, mi compañero de camino durante el proceso.

Y a los que siempre están. A ellos, GRACIAS.

ÍNDICE

Introducción general.....	9
Marco Teórico	11
Marco Metodológico.....	13
Capítulo Primero: Origen y evolución de la figura.....	14
Introducción.....	15
Precedentes Argentinos.....	16
Fundamento de la agravante.....	25
Conclusión.....	26
Capítulo Segundo: Breve análisis de la figura.....	29
Introducción.....	30
Etimología de la palabra.....	33
Análisis de la figura.....	34
Caracterización de la figura. Conducta típica.....	35
Sujeto Activo.....	36
Sujeto Pasivo.....	40
Conclusión.....	41
Capítulo Tercero: Valimiento del artificio y el engaño.....	43
Introducción.....	44
Conceptualización.....	44
Conclusión.....	46

Capítulo Cuarto: Indefensión de la víctima. Ausencia de riesgo o peligro para el agresor.....	48
Introducción.....	49
Indefensión de la víctima.....	49
Ausencia de riesgo o peligro para el agresor	53
Conclusión.....	54
Conclusiones finales.....	55
Jurisprudencia.....	59
Bibliografía.....	62

RESUMEN

El concepto de Alevosía plantea una serie de dificultades, que han sido ampliamente debatidas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ya que la norma penal no la ha definido.

La indeterminación del concepto “Alevosía” en el Art. 80 inc. 2 del CP Argentino, afecta tanto a la interpretación de la norma, como a su posterior aplicación por parte del Juez, ya que no permite identificar con claridad la extensión del campo semántico del concepto.

El legislador, al momento de redactar la norma no expresa con exactitud el significado de homicidio alevoso, y esto conlleva a que el Juez al momento de tener que aplicar la norma a un caso en concreto, se encuentre frente a una gran dificultad.

La intensión de un concepto, caracteriza su extensión y referencia el campo de aplicabilidad del mismo.

Cuanto mayor es la intensión de un concepto, menor es la extensión que tiene el Juez para la aplicación de la ley. E inversamente, al aumentar la extensión decrece la intensión

Posiblemente, sea sumamente complejo determinar la extensión que se pretendió dar a la palabra, aunque siempre cabe hacer algo para lograrlo y así dilucidar cuál fue la intencionalidad del legislador.

La imprecisión del término, influye principalmente en la actividad judicial. Ya que son ellos, los magistrados, los encargados de decidir sobre el futuro procesal de quién, en principio, sería el victimario. Por ello, la necesidad en este trabajo de intentar dar luz sobre el término empleado en la normativa: La ALEVOSIA.

PALABRAS CLAVE

Alevosía – Norma – Extensión terminológica – Significado – Homicidio – Imprecisión -

ABSTRACT

The concept of Alevosía poses a series of difficulties, which have been widely debated both in the doctrine and in the jurisprudence, since the criminal norm has not defined it.

The indeterminacy of the concept "Alevosía" in Art. 80 Inc. 2 of the Argentine Criminal Code, affects both the interpretation of the norm, as well as its subsequent application by the Judge, since it does not allow to clearly identify the extension of the semantic field of the concept.

The legislator, at the time of writing the rule does not express exactly the meaning of treacherous homicide, and this leads to the judge then at the time of having to apply the rule to a particular case, is facing a great difficulty.

The intension of a concept, characterizes its extension and reference the field of applicability of it.

The greater the intent of a concept, the smaller the extent of the Judge's application of the law. And conversely, increasing the extension decreases the intensity.

Possibly, it is extremely complex to determine the extension intended to be given to the word, although there is always something that can be done to achieve it and thus elucidate what was the intent of the legislator.

The imprecision of the term, mainly affects the judicial activity. Since they are the magistrates, those in charge of deciding on the procedural future of who, in principle, would be the victimizer. Therefore, the need in this work to clarify and shed light on the term used in the regulation: ALEVOSIA.

KEY WORDS

Alevosía - Norma - Terminological extension - Meaning - Homicide - Imprecision –

INTRODUCCIÓN GENERAL

El contenido de las normas jurídicas, no está predeterminado de un modo absoluto por los textos normativos. La indeterminación del Derecho se ha producido siempre, lo cual puede provocar algunos desajustes en el proceso de aplicación e interpretación de normas jurídicas.

Lo que me propongo en este trabajo es, el análisis de la extensión que se le pretendió dar al vocablo Alevosía, entendiéndolo en función de ser uno de los agravantes del Art. 80 inc.2 del Código Penal Argentino.

Durante el paso de los años, grandes juristas y doctrinarios del derecho, han investigado respecto del tema. Sin embargo, no han logrado llegar a un acuerdo definitivo respecto de dicho concepto. Podría decirse que, son más las incertidumbres que las certezas respecto del tema en cuestión.

Cada una de las personas, desde sus diversos puntos de vista llegan a conclusiones disimiles. Por lo cual, considero que es muy interesante realizar un estudio respecto de esta temática.

La finalidad del presente trabajo es describir la figura del Art. 80 inc. 2, analizando el supuesto mencionado *ut supra* y los problemas que su aplicación genera actualmente. Se analizarán los instrumentos normativos que regulan la cuestión como así también las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales relativas al tema.

¿Cuál es la extensión terminológica que el legislador pretendió otorgarle al término Alevosía, que funciona como agravante del Artículo 80 inc.2 del Código Penal Argentino?

¿Por qué es importante desentrañar el significado de las palabras ambiguas y/o vagas en el derecho?

¿Los términos ambiguos, vagos e imprecisos, generan inseguridad jurídica?

¿Es posible dar con el significado concreto que el legislador pretendió?

¿Qué significa Alevosía?

¿Cuándo un homicidio es considerado agravado por haber sido cometido con Alevosía?

¿Importa que la indefensión de la víctima sea producto de la confianza que ella depósito en el autor?

¿La posibilidad de una mínima defensa por parte de la víctima, hace caer el supuesto de alevosía?

¿Qué tan indefensa debe considerarse una persona para analizar este agravante?

La pretensión de este modesto trabajo es, una vez finalizada su lectura, que nos quede una idea de las posibles respuestas a estos interrogantes.

Tentativamente, podría decirse que el sentido que el legislador le quiso dar a la figura descrita en el Artículo 80 inciso 2 del Código Penal Argentino respecto al homicidio alevoso, estaría vinculada con aquella definición que lo advierte, cuando la víctima del homicidio se encuentra en estado de indefensión y el autor puede obrar sin riesgos para sí.

En una primera aproximación, se puede decir que la indefensión de la víctima no debe ser total ni basta para que concurra la agravante; el autor debe, además, querer obrar sobre seguro, es decir, sin el riesgo que puede implicar la reacción de la víctima o de terceros dirigida a oponerse a su acción.

Dicho lo anterior, podemos decir que, el homicidio alevoso, exige la concurrencia de dos requisitos. Uno objetivo, para el cual es necesario que la víctima se encuentre en un estado de indefensión procurado o simplemente aprovechado por el autor, que provenga de la condición en que aquella se encuentre o de no haber advertido la agresión. Y otro

subjetivo, que consiste en la pre-ordenada finalidad de actuar sin riesgo de la reacción de la víctima aprovechando su indefensión.

En el desarrollo del escrito, analizará el alcance del concepto de ALEVOSIA del Artículo 80 in.2 del Código Penal Argentino, tratando de determinar el significado que el legislador pretendió otorgarle, con el objetivo de clarificar la normativa.

Marco teórico

La expresión Alevosía, es utilizada con distintos alcances. La escasa claridad de la redacción de la ley produce como resultado la incertidumbre en cuanto a la determinación en su extensión.

Para algunos autores, la alevosía es la ocultación moral o material tendiente a procurar la indefensión de la víctima; para otros es la ocultación moral o material tendiente a procurar la ausencia del riesgo para el agresor, y por último, otros sostienen que se deben presentar ambas circunstancias.

Teniendo en cuenta el análisis gramatical y sintáctico del inc. 2 del Art 80 del CP, surge claramente que el homicidio con alevosía es una especie dentro del género de los homicidios insidiosos. Al decir el texto legal “con...alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso” nos está indicando que tanto la alevosía como el veneno lo son. Es la misma letra de la ley la que indica sin lugar a dudas que la figura genérica es la insidia.¹

De acuerdo con el diccionario de la real Academia española, 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. Sinónimo de traición, perfidia. Con alevosía implica un actuar a traición y sobre seguro”. (Diccionario de la Real Academia Española).

Para Bacigalupo, la gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es producto de la confianza que ella depositó en el autor. Existe un quebrantamiento de la confianza (Bacigalupo Enrique, 1991).

¹ Artículo 80 inciso 2 Código Penal Argentino.

Carrara entiende, que la mayor punibilidad está dada porque los medios empleados por el autor impiden que la víctima pueda precaverse o defenderse. (Carrara Francesco, 1945).

En cambio, Cuello Calón sostiene que la alevosía proviene, no de los medios, modos o formas de la ejecución, sino del estado de indefensión de la víctima que permite ejecutar el hecho sin riesgos para el culpable. (Cuello Calderón Eugenio, 1947).

Roxin, al comentar la agravante en el derecho penal Alemán, la definió como “el aprovechamiento de la falta de sospecha y la indefensión de la víctima debido a una dirección de voluntad hostil” (Roxin Claus, 1997 p.316).

Bajo Fernández, considera que la alevosía consiste en asegurar la ejecución de la muerte, imposibilitando la defensa de la víctima. Es decir, la alevosía busca eliminar todo riesgo impidiendo plenamente la defensa del ofendido. (Bajo Fernández Miguel, 1996 p. 63).

Existe consenso en reconocer como elementos básicos de la alevosía el ocultamiento material o moral, la indefensión de la víctima y la falta de riesgo para el ejecutor.

El crimen alevoso, genera que se considere como una agravante explícita o no, genérica, específica o calificante, o la suma de dos o tres condiciones a la vez.

MARCO METODOLÓGICO

TIPO DE ESTUDIO O INVESTIGACION:

La Investigación a desarrollar será del tipo descriptivo, ya que la misma buscará especificar las propiedades y las características que el legislador pretendió otorgarle al término. Este tipo de investigación, es útil para intentar mostrar con mayor precisión las características de la cuestión en análisis.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA:

Se utilizará para la investigación, un enfoque cualitativo ya que este análisis busca descubrir, profundizar y captar el sentido del concepto de la Alevosía por medio de la comprensión analítica y/o la interpretación.

Se pretende un conocimiento más profundo y crítico del Artículo 80 inc. 2 del CP.

Capítulo Primero.

Origen y evolución de la figura.

Introducción.

Históricamente, la alevosía procede del Derecho penal germánico primitivo; la alevosía –equivalente a traición- aparecía en numerosos fueros; conforme a las Partidas significaba deslealtad, quebrantamiento de un deber de fidelidad o traición (Martín González, 1988, p. 9-11). En la Nueva y en la Novísima Recopilación se considera también homicidio alevoso al que no se hubiera producido en pelea, en guerra o en riña. En el código penal de 1822 la alevosía se definía como obrar “a traición y sobre seguro” es decir, su apreciación tomaba como base la necesaria doble concurrencia simultánea de la traición y del empleo de medios o formas de ejecución tendientes a asegurar la ejecución del delito (Martín González, 1988, p. 16-26); tal fórmula se transmitió al Código de 1848; sin embargo, con la reforma del Código penal de 1850 la apreciación de la agravante de alevosía no exigirá ya la concurrencia simultánea de la traición y el empleo de medios o formas de ejecución tendientes a asegurar la ejecución del delito, sino que bastará con obrar a traición o sobre seguro, es decir, obrará con alevosía tanto quien actúe a traición como quien obre con aseguramiento de la ejecución del delito. Con la reforma del Código penal de 1870 se fijará el concepto actual de alevosía, desapareciendo las referencias a la traición y pasando a conceptuarse legalmente por el empleo de medios, modos o formas de ejecución que tiendan a asegurar la ejecución del delito y a evitar los riesgos que puedan provenir de la posible defensa de la víctima. En el Código penal de 1928 se volvió a la definición del Código de 1822 de obrar “a traición y sobre seguro”. En los posteriores Códigos de 1932 (art. 10.1) y de 1944 (art. 10.1) la circunstancia no variará sustancialmente, salvo pequeñas diferencias, respecto al concepto actual. (Altres Marti, 1982, p. 35).

Precedentes Argentinos

En el territorio Argentino, rigieron dos legislaciones penales: la colonial y, posteriormente, el ordenamiento jurídico nacional.

La independencia de las Provincias Unidas del Río de la Plata solo significó la ruptura de la subordinación política respecto del gobierno español. Y no fue sino hasta el dictado de la Constitución de 1853, que se inició el proceso de la codificación penal.

Código de Tejedor

El presidente Mitre designó a Carlos Tejedor para la redacción del proyecto del Código Penal.

Tejedor, nació en Buenos Aires el 4 de Noviembre de 1817, y se graduó en leyes en la misma ciudad en 1837. Fue periodista, Diputado Nacional, ministro de Relaciones Exteriores y Gobernador de la Provincia de Buenos Aires. En materia penal, escribió el *Curso de derecho criminal* (1860) y el *Proyecto del Código Penal para la República Argentina*.

En Diciembre de 1865 elevó al gobierno la Parte General de su Proyecto, y recién en 1868 la Parte Especial. La obra completa constaba de 450 artículos. (Pagliere Carlos Paulino [H.] 2006, p. 33).

Tanta difusión había tenido la edición del Proyecto, que se lo consideraba conocido y estudiado prácticamente por todo el foro Argentino (hasta era invocado en juicio como principio de Derecho) y, por lo tanto, digno de aplicación inmediata.

Respecto a la figura del homicidio alevoso, el Código Tejedor, no requería, como la mayor parte de la doctrina y las leyes penales, la falta de riesgo para el autor. Esto se expresa claramente en la nota al art. 209, la cual remarca que “lo que caracteriza la alevosía es haber sido sorprendida la buena fe de la víctima por una fingida amistad u otras maniobras hipócritas o dolosas”. Dicha nota transcribe además, como fuente consultada, el art. 573 del Cód. De Cerdeña, según el cual el homicidio se comete a traición “cuando el culpable bajo la apariencia de amistad, o

por medio de cualquier otro artificio, atrae a sus redes al individuo que mata enseguida”

Según este Código, “la alevosía consiste en dar una muerte segura, fuera de pelea o riña de improviso y con cautela, tomando desprevenido al paciente”.

Código de Villegas, Ugarriza y García

El 11 de septiembre de 1868, el Congreso de la Nación sancionó la ley 250, mediante la cual autorizaba al Poder Ejecutivo a nombrar una comisión de tres abogados que tendría como cometido el revisar prolijamente el Proyecto de Código Penal que había presentado Tejedor.

La obra de esta comisión, que tenía previsto concluir con su tarea solo algunos meses, tardó 12 años y, más que revisar el ordenamiento citado, elaboró uno totalmente nuevo que, en definitiva, no fue sancionado como ley nacional, y tuvo solamente vigencia temporaria en Córdoba.

El Código de Villegas, Ugarriza y García, al definir a la alevosía como “la agresión segura, sin peligro para el agresor”, introduce en forma explícita la falta de peligro para el agresor como elemento caracterizador de la alevosía. De hecho, este código servirá de antecedente para el Código Penal de 1866, que también introduce dicho elemento en la definición legal. (Pagliere Carlos Paulino [H.] 2006, p. 33).

Código penal de 1886

En 1855, más de 30 años después de haber sido sancionado el mandato constitucional de dictar un Código Penal, este no se había cumplido, razón que gravitó decisivamente en los integrantes de Congreso para que el Código de Tejedor, con algunas modificaciones, se convirtiera en nuestro primer código penal, en virtud de lo dispuesto por la ley 1920 del 7 de Diciembre de 1886, ordenándose que entrara en vigencia el 1° de Marzo de 1887 (Fierro, 2004 p. 194 y 195).

Respecto a la definición de alevosía, este código toma como fuente el Código Penal Español de 1850 y el Código de Villegas, Ugarriza y García. Del primero toma la fórmula de “a traición y sobreseguro”, traduciendo “sobreseguro”, como “sin peligro para el agresor”.

Proyecto de Código penal de 1891

La gran cantidad de críticas que recibió el Código Penal de 1886 hizo que muy pronto se iniciase el proceso de su reforma. Así el 7 de julio de 1890 un decreto del presidente Juárez Celman, refrenado por el Ministro Alcorta, nombró una comisión formada por tres penalistas, alistados en la escuela positiva y miembros de la Sociedad de Antropología Jurídica, para proyectar las modificaciones necesarias. Los elegidos fueron Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo.

En vez de simples reformas, la comisión redactó un proyecto de nuevo Código, que elevó al Poder Ejecutivo en 1891, concordado con el Proyecto de Tejedor, con el Código vigente y con las fuentes extranjeras y acompañado de una extensa exposición de motivos.

El Poder Ejecutivo remitió rápidamente al Proyecto al Congreso, recomendando su sanción. Pero allí no recibió acogida favorable (Laplaza, 1979, p.90).

Sin embargo este proyecto, constituye un indudable avance científico en el marco de esta figura, y ello se debe a que suprimió la pena de muerte para este delito. Suprimió toda definición legal de alevosía.

Proyecto de Segovia

Redactó un proyecto que denominó “oficioso”, porque no emanaba de ninguna comisión oficial o gubernamental, pero que no tuvo trascendencia suficiente como para ser tratado a nivel estatal (Laplaza, 1979, p.90).

No se aparta en demasía con el Código Penal de 1866, lo cual no impide que aporte alguna otra particularidad.

Ley de reformas 4189

En Marzo de 1900, la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados, decidió presentar en sustitución del Proyecto de Código Penal de 1891, un proyecto de reformas parciales sobre la base del proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo, del que tomaron gran cantidad de artículos.

Sería la llamada Ley de Reformas 4189, y fue promulgada el 22 de Agosto de 1903.

La definición que daba el Código de 1886 a la alevosía, fue suprimida por la Ley de Reformas 4189, siguiendo la tendencia moderna de suprimir las definiciones del texto de la ley por el peligro que ofrecen (Prack Enrique, 1919 p. 40).

Dejó, así, libertad a la doctrina y jurisprudencia para seguir la teoría de alevosía.

Proyecto de código penal de 1906

Entre partidarios y detractores del Proyecto de 1891, luego de trece años de la Ley de Reformas, el presidente Quintana, por decreto en 1904, decidió elegir una comisión encargada de revisar el Código Penal de 1886, compuesta por cinco jurisconsultos, un médico y un secretario. Los juristas eran Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero, Cornelio Moyano Gacitúa, Diego Saavedra; el médico, José M Ramos Mejía, y el secretario, José L Duffy, director de la cárcel de encausados.

Este proyecto no hizo mayores aportes científicos respecto de la figura de alevosía, sino todo lo contrario, pues incluyó el homicidio por veneno en el texto legal propuesto, que ya había sido excluido por el proyecto de la ley de reformas de 1903 (Carlos Paulino Pagliere [H.], 2006, p. 41).

Proyecto de Código Penal 1917

Rodolfo Moreno, siendo Diputado Nacional, resucitó el Proyecto de 1906, acompañándolo de varias modificaciones y presentándolo a la cámara de la cual formaba parte.

El proyecto de Moreno fue aprobado y remitido al Senado (Zaffaroni – Arnedo, 1996, p. 75 y 79).

Este proyecto, en lo referido a la figura de estudio, no varió demasiado respecto de 1906. No obstante, tuvo la astucia de ofrecer reemplazo de la pena de muerte, una pena lo suficientemente grave e infamante como para ser considerada con mayor benevolencia por quienes se oponían a que aquella fuese removida.

Código Penal de 1921

El código penal de 1921, producto de las leyes 11.179 y 11.221, es el texto legal que rige en la actualidad, aunque con unas cuantas modificaciones, incluso el art. 80 del CP, que poco tiene que ver con el original.

Mediando la modificación de la ley de fe de erratas, agregó la pena de prisión perpetua. No olvidemos que varias leyes de facto re implementaron con posterioridad la pena de muerte, pero por fortuna, dicha pena fue sistemáticamente dejada sin efecto por cada uno de los gobiernos constitucionales.

Proyecto de Coll - Gómez

El proyecto de Coll y Gómez, acerca del tema de estudio, viraba del código de 1921 en dos aspectos.

“Art. 116.- Se impondrá reclusión perpetua al que matare a otro en alguno de los siguientes casos:...

6) Cuando se cometiere con Alevosía.

7) Cuando se cometiere... empleando veneno u otras sustancias nocivas que se hubieran dado a ingerir o a inhalar aplicado en cualquier forma”.

a) La pena aplicable se circunscribía a la reclusión perpetua

b) No se conforma con la simple mención del homicidio con veneno sino que se extiende más sobre ese concepto (Carlos Paulino Pagliere [H.], 2006, p. 44).

Proyecto de Peco

De orientación neopositivista. Este proyecto no fue tratado en el congreso debido a que fue disuelto tras el golpe de 1943.

En este proyecto se utiliza por primera vez la expresión “procedimiento Insidioso” (Zaffaroni – Arnedo, 1996, p. 88-90). Por otro lado, el art. que trata la temática, hace una expresa mención a la peligrosidad del agente.

Proyecto de De Benedetti

Producida la reforma constitucional de 1949, se intentó renovar toda la legislación adecuándola a la nueva constitución, que incorporaba principios del constitucionalismo social. El autor de este nuevo proyecto fue Isidoro De Benedetti.

Lo novedoso del art. que trata la temática en cuestión, fue que incluyó una pena única de escala flexible, en contraposición a las escalas penales rígidas a la que adscriben todos los anteriores y casi todos los posteriores codificadores (Zaffaroni – Arnedo, 1996 p. 92-93). Dicha innovación, es digna de ponderación.

Expresa una mayor benignidad legislativa frente a la punición del delito.

Proyecto de 1953

Este proyecto de código penal, en cuanto a este homicidio calificado, es muy similar al proyecto de De Benedetti, con la única salvedad de que establece una pena más severa al aumentar el mínimo de la escala penal, y al reincorporar la prisión perpetua.

Establece una pena principal perpetua y una pena supletoria flexible. De esta forma, la regla para el juzgador debe ser la pena flexible, y la excepción, frente a un hecho que presente especial gravedad, la pena rígida (Zaffaroni – Arnedo, 1996 p. 93-95).

Proyecto de Soler

Sebastián Soler, uno de los autores con mayor influencia en la dogmática jurídica penal argentina del siglo XX.

El proyecto de código penal de Soler, fue el resultado de un trabajo serio y metódico, producto de un eficiente proceso previo en el que intervinieron los más importantes penalistas de la época, y además fueron consultados todos los sectores o personas que podían aportar conocimientos, inquietudes o experiencias, en beneficio de la tarea común.

No obstante, respecto de la figura en estudio no fue particularmente innovador, sino todo lo contrario. Tomo del proyecto de Peco los incisos transcritos.

Decreto Ley 4778/63

Llevada a cabo por una comisión nombrada por el gobierno de facto, no produjo cambios sustanciales o innovaciones legislativas respecto de la figura de la alevosía.

Ley 16.648

En Octubre de 1963 se restablece el funcionamiento del Congreso de la Nación y se consulta a Soler, Núñez y Jiménez de Asúa acerca de la mejor forma de proceder con la legislación penal de facto (Zaffaroni – Arnedo, 1996 p. 105).

Esta ley no hace más que dejar sin efecto la ley de facto dictada con anterioridad.

Ley 17.567

En 1967 una comisión proyectó una reforma que introducía varias de las ideas que habían sido plasmadas por Soler en el proyecto de 1960.

El texto constituye prácticamente un nuevo código o al menos, cambia sustancialmente la configuración tradicional del código de 1921. El texto reformado tomó vigencia a partir del 1ro de Abril de 1968 (Zaffaroni – Arnedo, 1996 p. 106).

Esta reforma del código penal es de la cual surge el Art. 80 inc. 2 del C.P

Ley 18.953

En marzo de 1971 se dictó esta ley de vida fugaz, ya que en 1973 fue derogada por la ley 20.509

Introdujo un art. 80 bis, el cual imponía la pena de muerte o su alternativa de reclusión perpetua (Carlos Paulino Pagliere [H.], 2006, p. 54).

Ley 20.509

Sancionada en Mayo de 1973. De gran trascendencia en lo que respecta a los homicidios calificados. Quedó sin efecto el art 80 bis de la ley 18.953 y recobró valor el texto introducido por la ley 11.221 (López Bolado J, 1975 p. 277-278). Es decir, recobró su validez el texto original del código penal.

Ley 21.338

En junio de 1976 la reforma introdujo prácticamente todas las reformas que habían establecido las leyes 17.567 y 18.953 (Zaffaroni Eugenio R. – Arnedo Miguel, 1996, p. 112).

Proyecto de 1.979

Se trata de un texto que se mantiene dentro de la línea tradicional. Sin embargo, de la redacción de este proyecto surge en forma clara que la alevosía es un procedimiento insidioso en el homicidio (Zaffaroni Eugenio R. – Arnedo Miguel, 1996, p. 113).

Ley 23.077

En Agosto de 1984 con esta ley se derogó gran parte de las modificaciones que había introducido la ley 21.338 al código penal. Sin embargo se mantuvo sin modificaciones el art. 80 incluso su inc. 2

“Art. 80.- Se impondrá reclusión perpetua o prisión, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52, al que matare:...

2) con.... Alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso”².

Anteproyecto del nuevo código penal 2017

Por iniciativa del poder ejecutivo nacional, el 1ro de Marzo de 2017, se creó una comisión por decreto presidencial, que concluyó su trabajo en el mes de julio del 2018.

² Art. 80 Código Penal Argentino.- ARTICULO 80. - Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

1º A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

3º Por precio o promesa remuneratoria.

4º Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (inciso sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

5º Por un medio idóneo para crear un peligro común.

6º Con el concurso premeditado de dos o más personas.

7º Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

8º A un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.601 B.O.11/6/2002)

9º Abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario. (Inciso incorporado por art. 1º de la Ley N° 25.816 B.O.9/12/2003)

10 A su superior militar frente a enemigo o tropa formada con armas. (Inciso incorporado por art. 2º del Anexo I de la Ley N° 26.394 B.O. 29/8/2008. Vigencia: comenzará a regir a los SEIS (6) meses de su promulgación. Durante dicho período se llevará a cabo en las áreas pertinentes un programa de divulgación y capacitación sobre su contenido y aplicación)

11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediere violencia de género. (inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º. (inciso incorporado por art. 2º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012)

Cuando en el caso del inciso 1º de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima. (Párrafo sustituido por art. 3º de la Ley N° 26.791 B.O. 14/12/2012).

El objetivo propuesto fue elaborar un anteproyecto que actualice íntegramente el código penal en un único cuerpo normativo.

Se incorporan 14 nuevos títulos al Libro II y se creó un Libro III. Dentro de las novedades se pueden remarcar: penas alternativas de prisión (dispositivo electrónico); decomiso a favor del estado (de bienes que hayan servido para la comisión del hecho); libertad condicional restringida (imposibilidad de acceder a la libertad condicional para los reincidentes y para los condenados por delitos dolosos); medidas de seguridad luego de la condena (se incorpora el seguimiento socio-judicial de hasta 10 años luego de cumplida una pena); pautas de determinación de la pena (se introducen nuevos agravantes y atenuantes de la pena); colaboración eficaz (arrepentido); violencia de género como agravante de la pena; agresiones en manifestaciones públicas; delitos contra la seguridad de tránsito (respecto de quien por cualquier medio detenga o entorpezca la marcha de un medio de transporte); delitos viales; corrupción (aumento en las escalas penales); delitos contra la dignidad y libertad de trabajo (se prevé el delito de compeler a otro a tomar parte en una huelga y el delito de impedirle el ejercicio de ese derecho); delitos contra el ambiente; delitos informáticos, etc. (Gustavo Gabriel Cuellar, 2018).

La sanción de este nuevo código penal, será presentado al inicio de las sesiones ordinarias del Congreso de la Nación en el mes de Marzo del corriente año.

En este anteproyecto el artículo 80 reza: “Se impondrá prisión perpetua al que matare:

Inc. 2) Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso. (Anteproyecto del Código Penal Argentino, 2017).

Por lo que vemos que el artículo en cuestión, no se modifica ni en su numeración ni en el contenido.

Fundamento de la agravante.

El fundamento se encuentra en la mayor gravedad del hecho por la ejecución insidiosa y clandestina del mismo; en el aseguramiento y la mayor facilidad en la ejecución del delito, por la utilización de determinados procedimientos que lo facilitan, evitando los

riesgos de la posible defensa de la víctima sin que sea precisa la concurrencia de la traición ni de cobardía. Se trata pues, de que es el aseguramiento del delito y del delincuente, junto con la especificidad de la forma clandestina insidiosa o sorpresiva de comisión. La alevosía representa una mayor gravedad de lo injusto por añadir al desvalor del resultado propio del delito, un especial e intenso desvalor de la acción, pues el sujeto en su acción emplea medios, modos o formas de ejecución clandestinos o insidiosos específicamente tendientes a asegurarla, así como a impedir los riesgos procedentes de la posible defensa de la víctima; lo que supone a la par de una mayor sangre fría en la preparación o comisión del delito, un aumento de la peligrosidad de la acción, ya que el empleo de tales medios, modos o formas de ejecución, desde una perspectiva *ex ante*, supone una evidente ventaja que hace más probable la producción del resultado delictivo. En los supuestos de alevosía, el agente coloca a la víctima en una situación tal que la misma no puede defenderse o bien el sujeto se aprovecha de las características de incapacidad de defensa que presenta intrínsecamente la víctima del delito, razones por las cuales se alude a que dicha circunstancia revela la máxima perfidia o máxima abyección.

Conclusión.

Se presentó, en este capítulo, el origen y la evolución cronológica de la figura que conocemos como Homicidio agravado por alevosía.

Luego del dictado y la entrada en vigencia de la Constitución Nacional en el año 1853, se inició en Argentina el proceso de codificación penal, y fue así, que se designó a Tejedor como el encargado de llevar adelante dicha tarea.

En las diferentes etapas históricas de nuestro país, la figura en cuestión, ha tenido grandes avances por momentos, y lapsos en los cuales no se mostraron cambios sustanciales o innovadores. En ocasiones “*se ha caminado en reversa*” y se atrasó respecto de la evolución de la figura. Estos “*ires y venires*” fueron típicos de los tiempos que corrían en el país y su realidad. Un claro ejemplo de lo dicho es el momento en el cual las leyes de facto re-implementaron la pena de muerte, que

por fortuna, fue sistemáticamente dejada sin efecto por cada uno de los gobiernos constitucionales.

Como contracara de los retrocesos legislativos, se puede ejemplificar con el proyecto de De Benedetti. Producida la reforma constitucional de 1949 se intentó redactar toda la legislación adecuándola a la nueva ley fundamental (con los principios del constitucionalismo social). Así el proyecto de De Benedetti incluyó una pena única de escala flexible, en contraposición a las escalas penales rígidas a las que adscribían todos los anteriores y casi todos los posteriores codificadores. Dicha innovación es, creo, una de las más ponderables, ya que expresa mayor benignidad legislativa frente a la punición del delito, haciendo caso a uno de los principios rectores del derecho penal: Aplicación de la ley más benigna o favorable.

Con el transcurso de los años, y luego de una ardua labor y varias reformas legislativas, en el año 1967 con el dictado de la ley 17.567, queda plasmada en la letra de la Ley el inc. 2 del Art 80 del actual CP, que pena el homicidio cometido con Alevosía que hoy en día nos rige.

Cabe mencionar en la conclusión de este capítulo, que el gobierno actual, oficializó a través del decreto 103/2017 que se publicó el 13 de febrero del año 2017 en el boletín oficial, la creación de una comisión para debatir y elaborar en el plazo de un año la reforma y actualización del código penal.

La aparición de un nuevo código conllevará innumerables debates, como el de establecer si es correcto el endurecimiento de las penas de prisión ocasionando, entre otras cosas, el crecimiento carcelario, cuando la tendencia mundial en materia sancionatoria se aleja de la aplicación de las penas de prisión.

Si bien es una realidad que el código penal actual necesita un cambio, debido a que presenta una gran dispersión normativa, la solución que, entiendo, se propone es parcial, ya que no todas las leyes especiales se encontrarían contenidas en el texto del anteproyecto. Hoy en día, para analizar si una conducta está o no castigada con pena de prisión no es suficiente con acudir al Código, sino que hay que realizar una investigación compleja y extensa. Esto evidencia falta de claridad, incertidumbre, junto con una clara pérdida de coherencia interna. Coincido en la idea de la sistematización y actualización del sistema penal actual y adhiero a la

postura de que necesita establecerse un nuevo paradigma, pero no concuerdo con la postura del endurecimiento de las penas, las elevaciones de las escalas penales, el seguimiento socio-judicial posterior al cumplimiento de las penas, las medidas de vigilancia, etc. Entiendo que sería una involución en materia penal.

Capítulo Segundo.

Breve Análisis de la Figura.

Introducción.

La figura típica que conocemos como “homicidio simple”, plasmada en el artículo 79 del Código Penal Argentino dispone que la acción constitutiva del delito de homicidio consiste en matar a otro.

Artículo 79 CP: “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.”³

Constituye ésta una forma simple de matar, es decir, aquella que no se encuentra regulada de ninguna otra manera, ni bajo formas especiales de hacerlo.

Pero, existen diversas formas de perpetuar la muerte de otro individuo, y de acuerdo a cuáles sean estas formas, nuestra ley penal sanciona el accionar típico de distintas maneras. Es decir, la figura típica del homicidio simple puede tener formas especiales, dichas formas pueden ser analizadas tanto como agravantes o como atenuantes.

Las figuras agravadas se contemplan en el art. 80 del Código Penal: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art, 52, al que matare...”⁴

Como la pena a imponer en cada caso tiene distinta justificación se hace necesario por razones de conveniencia práctica, realizar las siguientes distinciones: a) agravantes que toman en cuenta el vínculo que une al agente con la víctima; b) las que consideran el modo de comisión; c) las que tienen en cuenta las causas o motivos; y d) las que involucran el medio o modo empleado.

El caso puntual que nos ocupa en éste trabajo es la *alevosía* como agravante del delito de homicidio, y ésta lo califica al mismo por el medio, modo o procedimiento elegido por el sujeto activo para ocasionar la muerte de la víctima.

³ Art. 79 Código Penal Argentino.

⁴ Art. 80 Código Penal Argentino.

Art. 80 inc. 2° CP: “Con ensañamiento, *alevosía*, veneno u otro procedimiento insidioso”⁵.

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

El homicidio aleve, puede manifestarse de muchas maneras. Y al no ser posible contar con una única definición, las dificultades se multiplican.

Para ir determinando el alcance de dicho término, que es a lo que más me quiero aproximar en este escrito, 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. Implica un actuar a traición y sobre seguro” (Diccionario de la Real Academia Española).

Al igual que como sucede con el ensañamiento, la *alevosía* no es una figura o tipo del delito, es solo una circunstancia del mismo.

La mayor punibilidad (agravante de la figura del homicidio simple) se justifica por la forma o modo que elige el autor para lograr su objetivo; el sujeto opta por cometer el homicidio sobre seguro, es decir, sin riesgo para sí.

Se trata de un aprovechamiento insidioso – que contiene un engaño oculto- de la indefensión de una persona. La agravante de *alevosía* es una especie dentro del género de los homicidios insidiosos, así como lo es el envenenamiento.

Para Fontán Balestra la esencia de la *alevosía* radica en la marcada ventaja a favor del que mata, como consecuencia de la oportunidad elegida (Fontán Balestra Carlos, 1995, p. 94).

Este tipo penal tiene una naturaleza mixta, compuesta por elementos objetivos, vinculados con la forma o modo utilizados para perpetrar el homicidio y aprovechar la

⁵ Art. 80 inc. 2° Código Penal Argentino.

indefensión de la víctima, 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, generando para sí la falta de riesgo.

Dice Bacigalupo que, la gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es producto de la confianza que ella depositó en el autor, es decir, no solo hay un aprovechamiento de la indefensión del sujeto, sino que quebranta la confianza que le brindó, poniéndose “prácticamente en sus manos” (Bacigalupo Enrique, 1991, p. 108). Este es el caso en los que el autor del hecho, se aprovecha, por ejemplo de la amistad que lo une a la víctima.

Cerezo Mir, afirma que el fundamento de la alevosía debe buscarse en la mayor gravedad del disvalor de acción que se produce por el empleo de medios, modos y formas de ejecución con el fin de asegurar la comisión del hecho y actuar sin riesgos, circunstancia que necesariamente se refleja en el contenido del injusto. En consecuencia, el hecho es más grave por la modalidad de comisión escogida intencionalmente por el autor (Cerezo Mir José, Curso de derecho penal español, 1998, p. 377).

Para configurar la agravante entonces es necesario que el autor se haya decidido por matar de ese modo específicamente. 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 razón de la agravante supone la elección de un modo de matar que no da oportunidad a la víctima de reaccionar o defenderse. Debe asegurarse cierto estado de indefensión de la víctima. Lo que induce al autor a matar es la búsqueda o el aprovechamiento de las circunstancias en que el mismo tiene lugar.

No se requiere que ésta indefensión sea absoluta, es decir, no es indispensable una total ausencia de resistencia por parte de la víctima, 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 (Pagliere, Carlos Paulino [h], 2006)

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

Villada, dice que se exige dolo calificado especial, equivalente al dolo directo, en cuanto el autor conoce las circunstancias de que obra sobre seguro y sin riesgos (Villada Jorge L., 2005, p.41).

Es importante destacar que 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, el 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. 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.

- Etimología de la palabra

En el aspecto de la etimología, no hay acuerdo respecto de cuál es el origen de la palabra Alevosía. Es por ello que los estudiosos del idioma han adoptado algunas de las principales teorías sobre el origen del término, a saber:

-La teoría de la raíz gótica, sostiene que “*aleve*” se origina en la terminología del derecho feudal (Corominas J. – Pascual J, 1991, p.143)., cuya principal expresión fueron los fueros municipales que se remontan a los siglos XII y XIII.

La Real Academia Española, en este sentido, nos dice que “Alevosía” viene del término *aleve*, el cual provendría del gótico *lewjan*, que significa “hacer traición”, y del anglosajón *laeva*, que significa “traidor”.

-La teoría de la raíz latina, la primera fuente de la palabra es el Diccionario de las autoridades que la Real Academia Española empezó a publicar en el año 1726, el cual dice que *aleve* empata con el latín. En este sentido la Academia indicaba que la

etimología de la palabra viene de *laeva*, que es la mano izquierda, reputada como símbolo de las malas obras (siniestras) (Real Academia Española).

- La teoría arábica. *Aleve* es un término probablemente del árabe *aib*, vicio o defecto, acción culpable (Corominas J. – Pascual J., 1991, p.143). La Real Academia a partir de la 21ª edición de su Diccionario, acepta como posibles tanto la raíz gótica, como la arábica (Pagliere Carlos Paulino [H.], 2006, p. 58-61).

A merced del mutable uso idiomático, el significado de la voz *alevosía* se ha extendido más allá de su verdadera acepción, equiparándose al significado del término “*insidia*” (engaño o artificio para hacer daño a otro).

- Análisis de la figura

El Art. 80 inc. 2 del Código Penal Argentino establece: “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el Art. 52, al que matare:...

...2) Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso...⁶ “

Este inciso reúne todas las circunstancias de *modo* que califican el homicidio.

Existen diversas posturas respecto de la interpretación de la palabra “*alevosía*”, por un lado encontramos la mirada tradicional, donde hay quienes sostienen que el homicidio con *alevosía* es la ocultación moral o material tendiente a procurar la indefensión de la víctima (Creus C, 1999, p. 19-21). Para otros es la ocultación moral o material tendiente a procurar la ausencia de riesgo para el agresor, y por último, quienes entienden que se presentan ambas circunstancias.

En contraposición a esta postura tradicional, está la interpretación sistemática. Teniendo en cuenta que el código penal es un sistema de leyes coordinadas y subordinadas orgánicamente. De modo tal que toda norma penal tiene que tener una coherencia interna y

⁶ Art. 80 inc. 2 Código Penal Argentino.

externa con dicho sistema. Entonces, debe tener sentido al ser conformada con todo el ordenamiento jurídico concebido como unidad, además de tener sentido en sí misma (Pagliere, Carlos Paulino, 2006, p.59).

Para saber si tal coherencia interna existe, hay que desentrañar el sentido de la norma penal. Entonces, en primer lugar hay que analizarla en su manifestación literal, pues su examen gramatical y sintáctico debe preceder a los demás medios interpretativos (Soler S, 1987, p.170).

Aplicando lo dicho a nuestro texto legal, podemos llegar a la conclusión de que del análisis gramatical y sintáctico del art 80 inc. 2 del código penal surge que el homicidio con alevosía es una especie dentro del género de los homicidios insidiosos (junto con el homicidio con veneno). Ya que la misma letra de la ley, considera que la insidia es la figura genérica.

En síntesis, cuando el art, 80 inc. 2 del Código penal habla de alevosía, se refiere a un procedimiento insidioso cometido, valiéndose de una ocultación, un engaño.

- Caracterización de la figura. Conducta típica.

Para adentrarnos en la caracterización de la figura, es necesario saber cuáles son los elementos esenciales de la figura en cuestión, es decir, aquellos sin los cuales el delito no se configura. Los elementos esenciales que integran o que forman parte de la conducta típica.

En el caso del homicidio alevoso, la conducta típica consiste en matar valiéndose de *engaño o artificio*.

Matar, es la acción contenida por la conducta típica, con la especial característica de hacerlo valiéndose del engaño o artificio. Por ello es necesario que se realice la acción de matar. Lo esencial es que exista un homicidio al cual se va a agravar con los elementos esenciales de la alevosía (Bernal Pinzón, 1971 p. 87.)

La conducta además debe ser necesariamente dolosa. Se debe querer llevar a cabo la conducta, tener voluntad de realizarla. En este sentido, Maurach indica que en los

supuestos de alevosía, es posible hablar de dolo calificado, ya que en el ánimo del autor debe estar la realización de los elementos que califican el tipo (Molinero Alfredo, 1996, p. 56). En consecuencia, solo es posible el dolo directo.

Donna, afirma que el dolo del autor debe comprender tanto los medios, los modos y las circunstancias que, aprovechados por él, tienden directamente a asegurar la muerte de la persona, con el fin de lograr su consumación sin riesgos (Donna Edgardo A. Derecho penal. 2000, p. 41).

El dolo, no solo debe comprender el conocimiento del estado de indefensión de la víctima, como elemento del tipo objetivo, sino que requiere, además, que el sujeto activo aproveche ese estado, saque partido de él para la obtención del resultado que pretende. De no ser así, la figura calificada se extendería a todos los supuestos de mera indefensión del sujeto pasivo conocida por el autor (homicidios piadosos, por ejemplo). Ello es lo que determina que Zaffaroni afirme que estos especiales elementos del ánimo se utilicen para restringir la agravante (Zaffaroni Eugenio R. 1981 p.379).

Si falta alguno de estos aspectos, la conducta homicida captada por el tipo penal, no habrá ningún homicidio que la alevosía pueda calificar.

- Sujeto Activo.

El *autor u homicida* alevoso es aquel que realiza la conducta de matar valiéndose del engaño o artificio. Es la persona que lleva adelante la conducta típica o, de haber pluralidad de sujetos activos, todas aquellas personas que toman parte de la comisión de la conducta típica, es decir, los *coautores* (Pagliere Carlos Paulino [H.] 2006. p. 116). Son los que toman parte con otro en la comisión de un hecho común. Es decir, los que concurren en la comisión del hecho.

El autor, es quien tiene dominio del hecho. Quien efectivamente tiene poder sobre el “sí” de la comisión del delito.

Sin embargo, no necesariamente el autor debe llevar a cabo él mismo el despliegue del engaño o artificio, ni siquiera matar de propia mano. En este sentido, puede ocurrir que:

a) el sujeto activo puede engañar a un tercero para que éste, a su vez, engañe a la víctima.

b) que el autor no sea quien ataque a la víctima, sino que puede ser quién, con posterioridad, y una vez reducida ésta por otro sujeto atacante, le da la muerte.

En este último caso la persona que interviene como atacante sería el cómplice. Tanto el cómplice, como el autor serán responsables del homicidio alevoso, siempre y cuando los dos hayan querido que el hecho se llevara a cabo dolosamente. No ocurriría lo mismo si el atacante, por ejemplo redujere a la víctima con la voluntad de secuestrarla y el autor le da muerte a esta última.

c) no siempre el autor es quien realiza personalmente la materialidad del hecho. Lo puede hacer mediante diversos supuestos, a saber

- Sirviéndose de una cosa u objeto. Una máquina por ejemplo.
 - Sirviéndose de un tercero que no actúe voluntariamente. Casos de una fuerza física irresistible ejercida sobre el tercero.
 - Sirviéndose de la *autoría mediata*. Esta se da cuando el autor se sirve de la conducta inintencional de otro (Carrara F, 1957, p. 213). Es el caso, por ejemplo de quien cambia un arma de salvas, que se utilizara en una obra teatral, por otra verdadera, para que el tercero que en la ficción debe matar a quien es la víctima lo haga sin querer, o para que la desprevenida víctima, que en la ficción deba suicidarse, se da muerte a sí misma. Aquí el único autor del hecho será el sujeto que cambió las armas de salvas por las verdaderas.

Otro de los casos de autoría mediata está dado cuando el sujeto activo se vale de la conducta de otro que está permitida por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo cuando el sujeto 1, persuade al sujeto 2 de que el sujeto 3 lo busca con un arma para matarlo, y lo alenta para que también se consiga una para defenderse del supuesto ataque, y al sujeto 3 le dice exactamente lo mismo. De forma tal que al encontrarse el sujeto 2 y 3 sacan sus armas para defenderse legítimamente.

También hablamos de autoría mediata en el caso en el que el sujeto activo se vale de la conducta de otro cuya evitación no es penalmente exigible. Es el caso de quien coaccionado por un tercero que le apunta con un arma, mata a una persona dejando caer sobre ella un objeto de gran peso.

Por último se da lugar a la autoría mediata, cuando el autor se vale de la conducta de otro que no comprende la criminalidad del acto.

Por lo expuesto ut supra, se puede deducir que el autor aunque no lleve a cabo el despliegue del engaño o artificio, no ataque o no realice personalmente la criminalidad del hecho, no significa que no lo cometiere, pues la comisión del delito, la realiza siempre el que tiene el dominio del hecho. Es el autor del homicidio aquel que ejecutó por sí el acto comisivo, o por un tercero que no actuó delictivamente. Todos aquellos que cooperan, pero no realizan el acto comisivo, son *participes*⁷. (arts. 45 a 49. Del Código Penal Argentino).

⁷ Artículo 45 Código Penal Argentino.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.

ARTICULO 46 Código Penal Argentino.- Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

Es decir, son partícipes aquellos sujetos que dolosamente prestan un auxilio o cooperación en la ejecución del delito. La participación puede ser tanto para los actos preparativos como en los ejecutivos. En todos los casos debe haber un comienzo de ejecución del delito. Cada partícipe responde por su culpa en el delito, y cada uno es responsable de la conducta que llevó a cabo. Todos los partícipes del homicidio alevoso deben reunir los elementos esenciales requeridos por los artículos 45 y 46 del código penal y tener el conocimiento absoluto del delito del cual participan (Pagliere Carlos Paulino [H.] 2006, p.116,117,118).

Autor Intelectual: Jamás podrá considerarse a este como el autor del delito, ya que este es el instigador del mismo. Pero no es quien tendrá el dominio del hecho típico.

Como bien afirma Carrara, la ciencia penal solo tiene por objeto los actos externos, no debe ocuparse de los pensamientos sino solo para indagar las causas de aquellos. No se puede equiparar al autor de una idea con el autor de un hecho. El delito es un ente jurídico que, resultando de la contradicción entre un hecho y la ley, no tiene vida si no es materialmente ofendida la ley con un hecho, y el autor de este hecho es solamente aquel que lo ejecutó (Carrara F, 1957, p. 378).

Quien lo ideó y delegó a otros su ejecución, es el autor de la idea, no de la ofensa a la ley. El derecho penal verá en éste una causa del hecho, y lo perseguirá con rigor, si lo

ARTICULO 47 Código Penal Argentino.- Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

ARTICULO 48 Código Penal Argentino.- Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

ARTICULO 49.- No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

quiere, al que despliega contra quien lo ejecutó. Pero entre ser causa de un hecho y ser autor hay una gran diferencia (Pagliere Carlos Paulino [H.] 2006, p.120).

El llamado autor intelectual o jefe de banda, no será autor sino *instigador*⁸, pues jamás podrá tener el dominio del hecho típico (Pagliere Carlos Paulino [H.] 2006, p.121).

-Sujeto Pasivo.

Es el que sufre la conducta típica. La víctima.

Sin embargo, a mero modo analítico, se puede diferenciar entre un sujeto pasivo víctima de la muerte y un sujeto pasivo víctima del engaño o artificio (puede ser la misma víctima de la muerte o un tercero).

Víctima: Sujeto pasivo del homicidio alevoso, quien padece la vulneración del bien jurídico tutelado (la vida). Sujeto al que se le quiere dar muerte mediante engaño o artificio.

El tercero: Sujetos pasivos que sufren el engaño o artificio. Se pueden distinguir en:

- Tercero suplente, sujeto que puede suplir la eventual imposibilidad de defensa de la víctima. Es decir, quien puede ejercer la defensa de la cual carece la víctima. Es, por ejemplo, quien ejerce la guarda del sujeto pasivo. El que tiene a cargo su cuidado, protección o vigilancia sea porque el sujeto pasivo es un neonato, un inválido, un enfermo, un discapacitado, etc. Pagliere Carlos Paulino (H.) 2006, p.151)

Puede ser cualquier tercero que se halle en situación de acudir en defensa de la víctima.

- Tercero vinculante, es el tercero que da al homicida el acceso a la víctima. Por supuesto dicho aporte debe ser involuntario. Es el caso, por ejemplo de

⁸ Artículo 45 in fine, Código Penal Argentino. " Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. *En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.*"

cuando el sujeto activo simula una falsa amistad con el tercero vinculante con el fin de que éste lo invite a su casa con el propósito de poder matar a un familiar que se encuentra en ella.

- Tercero intermediario, sujeto que involuntariamente lleva a cabo los planes del homicida. Por ejemplo, quien le da a un hombre veneno en polvo, diciéndole que lo mezcle la comida de su esposa, haciéndole creer que es un excelente afrodisíaco.

- Tercero víctima, cuando el tercero (ya sea suplente, vinculante o intermediario) es muerto al igual que la víctima (Pagliere Carlos Paulino [H.] 2006, p.153).

Conclusión.

Lo destacable de este capítulo es resaltar las características esenciales de la conducta delictiva.

La alevosía, no es una figura o un tipo en sí misma, es solo una circunstancia del homicidio simple. El fundamento de la agravante está dado por la forma o modo que elige el autor para lograr su cometido, es decir, por cómo opta éste en cometer el homicidio.

El artículo 80 inciso 2 del código penal argentino, cuando hace referencia a la alevosía describe una especie dentro del género de los homicidios insidiosos.

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

Coexisten diversas posturas doctrinarias respecto a la temática. Por un lado una postura tradicional que nos dice que la alevosía es la ocultación moral o material tendiente a procurar la indefensión de la víctima o la ocultación moral o material tendiente a procurar la ausencia de riesgo para el agresor. Por otro lado, encontramos la postura sistemática, la cual nos viene a decir que todo debe ser tratado de forma coordinada y orgánica, con una coherencia tanto interna como externa. A mi modo de ver, ambas posturas pueden aportar lo suyo entendiendo todo como un sistema que debe encajar armónicamente con el resto de

la normativa, entendiendo la alevosía como la ocultación moral o material tendiente a procurar tanto la indefensión de la víctima, como así también la ausencia de riesgo para el agresor.

También, para poder hablar del concepto de alevosía, hay que hacer referencia al aspecto objetivo (actuar sin riesgo) y a un aspecto subjetivo (ánimo que moviliza el actuar) por parte del autor.

Entonces, para que exista homicidio calificado con alevosía, éste debe estar caracterizado por elementos de los cuales no puede carecer,: un sujeto activo, uno pasivo, la intención de querer matar por parte del sujeto activo al sujeto pasivo, y que al hacerlo, su conducta debe valerse de ocultación (engaño o artificio) tendiente a procurar la indefensión de la víctima y la ausencia de riesgo para el agresor.

Es necesario decir también, que el sujeto activo debe matar valiéndose de un actuar doloso, es decir, con la voluntad de realizar el hecho. Valiéndose de un engaño o artificio.

Por último, respecto a los sujetos, es menester destacar que aunque no sea el autor el que despliegue el engaño o artificio, que no sea él el que ataque personalmente la criminalidad del hecho, no significa que no lo cometiere. Pues, de todas formas lo realiza si tiene el dominio del hecho (habiéndolo realizado utilizando como intermediario a un 3ro que no actuó delictivamente, ya que su actuar pudo haber sido persuadido por el autor real).

Si faltara alguno de los elementos esenciales destacados, la conducta homicida no podría de ninguna manera ser calificada como aleve.

Capítulo Tercero.

Valimiento del artificio y el engaño.

Introducción.

Para que la circunstancia de alevosía pueda ser apreciada, es preciso que el *modus operandi* del sujeto se caracterice por el empleo en la ejecución de medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla sin el riesgo de defensa que pudiera proceder del ofendido.

Para poder llevar adelante el cometido de lograr un homicidio alevoso, el victimario debe valerse de las conductas del engaño o el artificio para con la víctima. Tanto el engaño como el artificio son formas de ocultación, esconder alguna cosa con el fin de que alguien (la víctima o un tercero) no se entere de ello. De lo que no debe enterarse es la intención, la identidad, la cualidad o la persona del homicida o el medio comisivo que va a emplear el victimario.

Conceptualización.

El engaño o artificio debe ser llevado a cabo previo a la conducta homicida. Ahora bien, el victimario no necesariamente debe llevar a cabo la materialidad de la conducta engañosa, lo que sí debe hacer es procurarla. Debe llevar a cabo todas las diligencias que sean necesarias para que el engaño se produzca. El despliegue del engaño o artificio puede ser llevado adelante por la misma persona del autor del hecho o puede hacerlo utilizando un tercero para ello como instrumento. (Pagliere Carlos Paulino [H.] 2006, p.200).

El Artificio, es el proyecto oculto para lograr la realización del fin propuesto.

El *Engaño*, es el despliegue de una mentira con la apariencia de una verdad. Es la falta de verdad en lo que se quiere dar a entender, ya sea con gestos, palabras, miradas silencios, expresiones, o hechos, etcétera (Pagliere Carlos Paulino [H.] 2006, p.199).

La *mentira*, es la falta de verdad en lo que se quiere dar a entender, no en la falta de verdad en lo que se dice en sí. Ya que se puede engañar diciendo una mentira o diciendo la verdad. El engaño es uno de los elementos característicos de la alevosía. Engaño en la

intención, en la cualidad, del medio comisivo, la persona o la identidad del homicida deben ser simulados o disimulados.

Dicho engaño atenta contra el libre albedrío de la víctima, es decir, que afecta la libertad de elección y decisión de los actos. La voluntad de la víctima se encuentra viciada por el engaño.

Este puede presentarse en forma de simulación, representando engañosamente lo que no es o de simulación, encubriendo engañosamente lo que es.

Ahora bien, para que exista engaño, la mentira debe estar expresada con verosimilitud por el homicida. Esto significa que debe tener apariencia de verdadera. Además de la verosimilitud del engaño, debe medirse concretamente con la credibilidad de la víctima.

En cuanto al objeto del engaño, la doctrina ha analizado solo la intención del homicida. Sin embargo, pueden existir muchos más aspectos para el análisis como posibles objetos del engaño, tales como la identidad, la cualidad, o la persona del agente, como así también el medio comisivo.

Podemos clasificar la alevosía según cual sea la forma, la vía y el modo de exteriorización del engaño.

-Según la forma, ésta puede ser verbal, gesticulada, escrita, señalizada, etc. Podrá exteriorizarse por cualquier medio idóneo, es decir, todos aquellos medios que puedan ser percibidos e interpretados por otras personas.

-Según la vía, la cual puede ser realizada interpósita persona, epistolar, telefónica, informática, etc.

-Según el modo, de acuerdo a ello la alevosía puede clasificarse en activa, que es cuando el agente interactúa con la víctima buscando inspirar confianza. Pasiva, cuando se interactúa con la víctima buscando no perder su confianza. Expresa, cuando el sujeto activo es explícito ya sea a la hora de inspirar confianza o no quebrantar la lograda (actuar

inusual). Tácita, el agente es implícito a la hora de generar confianza o quebrantar la que ya tiene respecto del sujeto pasivo (actuar normal).

Como podemos ver, una característica fundamental para lograr el homicidio agravado por alevosía, es la confianza que deposita el sujeto pasivo en el victimario.

La confianza de la víctima nace o subsiste por la falsa percepción de buena fé del homicida y provocada por la ocultación engañosa. La traición de la confianza, de la buena fé y de la sinceridad, es la traición a la credulidad de la víctima. La conducta del sujeto activo está dirigida a captar la confianza (o a no perderla) del sujeto activo para que éste último sea la víctima del homicidio propuesto.

- Modalidades del homicidio alevoso:

1) Fingir realización de otras actividades, aquí el homicida simula realizar otras actividades para conducir a la víctima al engaño sobre sus intenciones verdaderas.

2) Fingir actitudes de buena fe, ya sea por medio de demostraciones amistosas, amorosas, afectuosas, de aprecio, de sumisión, de admiración, cooperación, solidaridad, altruismo, hospitalidad, paciencia, etc.

3) Fingir sentimientos nobles, requiere que el victimario entable desde un principio una relación sentimental con el sujeto pasivo. El sujeto pasivo puede entablar la relación sentimental (ya sea de amistad o amorosa) tanto con la víctima del homicidio, como con un tercero (suplente, vinculante o intermediario).

El supuesto de homicidio alevoso no se producirá si el homicida efectivamente tenía estos sentimientos por la víctima o por el tercero. O cuando nunca los tuvo pero fingió tenerlos con otro fin distinto al homicidio.

Conclusión.

Como ya puede saberse gracias al desarrollo del capítulo anterior, uno de los elementos que componen la figura del homicidio agravado por alevosía, es el modus operandi del sujeto activo.

El victimario necesariamente, debe valerse de conductas como el engaño o el artificio para inducir a la víctima hacia el rumbo que él pretende. Desarrollando

estas prácticas, intenta generar una confianza (o no perderla, en caso de que ya existiere), o falsa percepción de buena fé, provocada por la ocultación engañosa.

El sujeto activo pretende traicionar, mediante estas formas de desenvolverse, la credulidad de la víctima.

En el homicidio insidioso, la conducta típica consiste en matar valiéndose del engaño o artificio. Ambos elementos caracterizadores son esenciales para que exista la figura.

En efecto, matar de cierto modo, (alevosamente) implica proponerse un fin (matar) y para lograrlo escoger los medios necesarios (valerse del engaño o artificio) para lograr su cometido.

Pero no basta con que el engaño o artificio sea previo a la conducta homicida, sino que además dicho despliegue debe tener la finalidad de matar a alguien. De no ocurrir esto, no existirá homicidio alevoso.

De lo anterior se desprende, que si, al momento de desplegar el engaño o el artificio no existía la voluntad de matar, no habrá homicidio insidioso que juzgar.

Capítulo Cuarto. Indefensión de la Víctima.

Ausencia de riesgo o de peligro para el agresor.

Introducción.

En este capítulo se analizará, por un lado, la indefensión de la víctima entendiéndola como la incapacidad del sujeto pasivo al momento del hecho y la ausencia de riesgo para el agresor.

El análisis de la indefensión es de gran importancia debido a que su ausencia o presencia nos determinará si estamos o no frente a un caso de homicidio agravado por alevosía. Si se acredita de forma fehaciente que la víctima pudo defenderse del ataque del victimario, debemos llegar a la conclusión de que el homicidio de ninguna manera será alevoso.

Lo mismo sucede con la ausencia de riesgo o peligro para el agresor, ese elemento siempre deberá estar presente cuando se configura la alevosía.

Indefensión de la Víctima.

La indefensión, es la incapacidad defensiva de la víctima. Es un elemento necesario para lograr el homicidio alevoso. Es un elemento necesario pero no esencial, debido a que no integra la conducta del autor de matar insidiosamente, pero que ocurrirá al momento de producirse la conducta. Sin embargo, doctrinalmente se lo ha sostenido siempre como un elemento esencial de la conducta típica (Zaffaroni Eugenio R. 1973, p. 109).

La alevosía es un modo comisivo que produce la indefensión de la víctima. Es por esto que no se concibe un homicidio alevoso sin la indefensión de la víctima.

Si hubiere existido en el despliegue del autor del engaño o artificio, que la víctima no fue tomada indefensa, por más que el sujeto lo haya querido, no habrá cometido homicidio alevoso. Esto es así, debido a que si la víctima no fue tomada indefensa es porque el engaño o el artificio no surtió su efecto.

Su importancia es suprema en esta figura, ya que para que exista la muerte alevosa éste elemento jamás podrá estar ausente. Si se acredita que no hubo indefensión de la víctima se deberá concluir que el homicidio no fue alevoso.

Especies de la indefensión: La indefensión por parte de la víctima puede ser:

-Absoluta, cuando no puede ser revertida con estímulos externos, como la parálisis permanente o temporaria, el coma, el neonato.

-Relativa, puede ser revertida con estímulos externos, como el sueño o el desmayo.

-Total, la indefensión es plena, como la parálisis total, el coma.

-Parcial, no plena, parálisis parcial.

-Transitoria, pasajera, temporaria, como el sueño, ataque epiléptico, desmayo.

-Permanente, de duración firme, constante, estable, como el estado de coma, parálisis permanente, el neonato, la postración, la discapacidad (Pagliere Carlos Paulino [H.] 2006 p.239).

Causas de la indefensión:

Incapacidad defensiva, puede ser tanto por ineptitud psíquica (la cual a su vez puede ser parcial o intermitente) como física (enfermedades congénitas o adquiridas) para lograr evadir la conducta típica.

La desprevenición, es falta de disposición psíquica para evadir la conducta del atacante. Quien se haya desprevenido, se haya también indefenso. Ésta, es siempre de carácter transitorio pudiendo ser absoluta o relativa.

Momentáneamente la persona se haya imposibilitada de poder defenderse. Tiene aptitud psíquica, pero en el momento del hecho se ve imposibilitada a defensa alguna.

Falta de disposición física para defenderse, al igual que en el supuesto anterior, puede suceder que una persona que físicamente tenga aptitud parcial o total para defenderse, y que en el momento de la agresión pueda serle imposible hacerlo.

La falta de disposición física es siempre transitoria, pudiendo ser absoluta o relativa, total o parcial.

El instinto, mueve a los humanos a defendernos ante cualquier circunstancia de peligro, más aun cuando lo que está en riesgo es la propia vida. Por ello la falta de defensa de la víctima frente a la conducta homicida se produce, generalmente, por la imposibilidad física o psíquica de la víctima.

La indefensión de la víctima es necesaria para el homicidio insidioso con alevosía, es la consecuencia del valimiento del engaño o artificio desplegado por el sujeto activo. Puede ocurrir, en algunos casos, como ya advertimos, que dicho engaño o artificio sea desplegado contra un tercero que ejerce la defensa de la víctima. Y la defensa de la víctima puede estar dada por ella misma o por un tercero y la imposibilidad de que éste tercero la defienda (producto del ardid o engaño por parte del homicida) y se provoque la muerte. En consecuencia, gracias a la ocultación moral o material desplegada frente al tercero el homicidio será insidioso.

Es menester aclarar algunos casos puntuales en los que se puede considerar que un homicidio no es alevoso cuando:

-la indefensión de la víctima no es reprochable al autor que no la quiso, es decir, debe existir el dolo en el obrar del sujeto activo.

-la indefensión de la víctima no es lo suficientemente reprochable al homicida que la quiso, pero no la procuró ni se aprovechó de ella.

También hay que hacer una aclaración respecto de la diferencia que existe entre el aprovechamiento de la indefensión de la víctima con la insidia (homicidio alevoso). Es un error pensar que el homicidio alevoso se da cuando el victimario aprovecha la indefensión de la víctima. El homicidio insidioso se vale del engaño o artificio para matar, en cambio hay aprovechamiento, cuando se vale intencionalmente de las ventajas por las condiciones en las que se encuentra la víctima.

Para que la indefensión de la víctima sea resultado del despliegue de algún engaño o artificio, es requisito ineludible, que ella tenga alguna posibilidad defensiva. Es decir, es imposible que la víctima pierda una posibilidad defensiva que no tiene.

La capacidad defensiva es la disposición psíquica y física que le permite a la víctima defenderse por sus propios medios.

La posibilidad defensiva requerida para que pueda cometerse el homicidio alevoso, implica una capacidad y disposición defensiva potencial, pues quien muere en virtud de un homicidio alevoso indudablemente tuvo una incapacidad e indisposición defensiva efectiva producto del engaño o artificio por parte del victimario.

Basta con que la posibilidad defensiva exista, por muy pequeña que sea (aunque sea parcial) intermitente o ejercida por un tercero, para que se pueda cometer homicidio alevoso.

Si la víctima es o está indefensa, todo despliegue de engaño o artificio es ineficaz. En estos casos la presencia del engaño o el artificio es absolutamente irrelevante, ya que jamás producirá sus efectos. El victimario jamás podrá matar valiéndose de su propio engaño o artificio a una persona que ya se hallaba imposibilitada para defenderse con anterioridad.

Entonces el homicida que se aproveche de la indefensión de la víctima le corresponde la pena del homicidio simple y el juzgador deberá evaluar si aplicar los arts. 40 y 41 del código Penal, para imponer si lo creyese, el máximo de la pena del homicidio simple. El juez deberá considerar la amplitud de la escala penal del homicidio simple que va desde un mínimo de 8 a un máximo de 25 años. Esta figura otorga un amplio margen para aplicar los muchos niveles de desvalor de la conducta.

Resulta lógico que el homicidio motivado en la indefensión de la víctima no se sancione con tanta severidad como el homicidio alevoso.

Por lo expuesto, podemos llegar a la conclusión de que si el homicida aprovecha el estado de indefensión de la víctima, de ninguna manera existirá alevosía. Solo la habrá si el victimario se vale del engaño o artificio para matarla.

No puede ser sino ésta la solución correcta, ya que sería absurdo agravar una pena, según cual fuera la conducta de la víctima y no del victimario, cuando la única conducta reprochable es la del sujeto pasivo.

Ausencia de riesgo o peligro para el agresor.

Al igual que con el caso de la indefensión de la víctima, la ausencia de riesgo o peligro para el agresor, no es un elemento esencial en la figura del homicidio alevoso (Zaffaroni Eugenio R. 1973 p. 109). Sin embargo sí es un elemento necesario del mismo, de modo tal que se hallará presente cuando se configura la alevosía.

Pagliariere (h), respecto al análisis de este aspecto del agravante, sostiene que la ausencia de riesgo o peligro para el agresor no es una característica de la cual pueda ser imprescindible la figura; ya que nos dice que el homicida puede matar sin el propósito o sin estar motivado en la ausencia de riesgo o peligro para sí, y sin embargo ser insidioso el homicidio, y puede matar con el propósito o estando motivado en la ausencia de riesgo o peligro para sí y, sin embargo, no ser alevoso el homicidio.

Lo más frecuente es que el homicida mate alevosamente queriendo o, más específicamente, con el propósito de procurar la ausencia de todo riesgo o peligro para sí, y es por ello que es un elemento natural del homicidio alevoso. Pero no siempre ocurrirá así; se puede matar insidiosamente a una persona sin querer, ni proponerse, ni estar motivado en la ausencia de riesgo o peligro para sí (Pagliere, Carlos Paulino [H]. 2006, p. 317).

Nos dice que el hecho de que haya habido o no ausencia de riesgo o peligro para el agresor, o que la ausencia de riesgo o peligro para el agresor haya o no estado presente en el querer, en el propósito, o haya actuado como condición subjetiva del obrar, es absolutamente irrelevante a la hora de caracterizar la alevosía. Sin embargo, personalmente me permito discrepar con el autor y adherir con la otra parte de la doctrina y considerar que la falta de riesgo para el autor del hecho sí es una característica necesaria para el cumplimiento de la agravante que consiste en la pre – ordenada finalidad de actuar sin riesgo de la reacción de la víctima aprovechando su indefensión. No obstante, pese a que la falta de riesgo o peligro para el autor es un elemento necesario para la figura, el autor de hecho puede llegar a correr un riesgo mínimo (aunque no significativo), sin dejar que por ello no deje de considerarse al ilícito como alevoso.

Conclusión.

La ausencia o presencia de la indefensión de la víctima nos determinará si nos encontramos, o no, frente a un caso de homicidio alevoso. Es absolutamente necesario, que el autor de homicidio aleve se valga de engaño o artificio al llevar a cabo la conducta homicida. La víctima debe encontrarse en esa posición de indefensión, pura y exclusivamente por obra y maniobra del victimario. Éste es un requisito ineludible, ya que si la víctima es o está indefensa, previo a todo despliegue del autor del hecho, el engaño o artificio será ineficaz, salvo que para lograr su objetivo desarrolle el ardid contra un tercero para cumplir con su cometido (por ejemplo, se engaña a los padres del niño para darle muerte a este último). Es un error pensar que el homicidio alevoso se da cuando el sujeto activo se aprovecha de la indefensión de la víctima.

Lo mismo sucede con la ausencia de riesgo o peligro del que pretende estar exento el victimario al momento del hecho. Si éste elemento faltara, no estaríamos frente a un caso de homicidio alevoso.

Se puede decir entonces que, cuando de la ocultación moral o material desplegada por el victimario para provocar la indefensión de la víctima o para estar exento de riesgo o peligro para sí, habrá homicidio alevoso.

Por lo expuesto, entiendo que urge la necesidad de tener en claro y tratar de darle luz al concepto de alevosía, ya que según sea lo que subjetivase el magistrado a dictaminar sobre un caso concreto, éste determinará si existe o no la pena que le corresponde a una conducta alevosa.

Conclusiones finales.

La indeterminación en el derecho aparece como una característica estructural en los sistemas jurídicos, y ésta influye principal y específicamente en la actividad judicial, ya que son ellos, los magistrados, los que se encargan de decidir sobre el futuro procesal de quien, en principio, sería el victimario. Es por ello que se hace tan necesario el replanteamiento del concepto, en este caso, de la alevosía, en pos del aseguramiento del principio base en el derecho: la seguridad jurídica.

Los jueces de alguna manera están llamados a acabar con la indeterminación en el derecho y lo hacen a través de la actividad interpretativa. Son los que pueden moldear el sentido y el alcance de la ley. Sin embargo, estas posibilidades con las que cuentan deben ser estrictamente limitadas, más aún, en el derecho penal donde de ningún modo pueden los magistrados gozar de su poder discrecional. Así como tampoco pueden hacer uso de la analogía para resolver las problemáticas jurídicas concretas que se les presentan.

El concepto de alevosía, deviene de la elaboración jurisprudencial y doctrinaria, por lo que en cada caso concreto el juez deberá ponderar si concurre la agravante conjugando los hechos fácticos del caso con las interpretaciones realizadas que les permitan afirmar con seguridad que en el caso que se analiza particularmente concurren las características de la figura agravada en cuestión. Se trata entonces de una creación dogmática, en la que no resulta para nada sencillo afirmar que están dados los elementos de la exigencia típica.

Es así, entonces, como surge la necesidad de intentar aproximarnos a responder cuál es la extensión terminológica que el legislador pretendió otorgarle al término en cuestión: La Alevosía. Puesto que como hemos visto a lo largo de este humilde trabajo, el Código Penal no conceptualiza el término estudiado.

Luego de desarrollar éste escrito, habiendo leído diversos artículos, doctrina y jurisprudencia, opiniones variadas y contrapuestas para abordar la problemática planteada y haciendo caso a cada uno de los puntos y conceptos expresados, podría atreverme a decir y concluir que el significado que se pretendió otorgar al vocablo Alevosía, se advierte cuando la víctima del homicidio se encuentra en un estado de indefensión tal que el autor puede obrar sin riesgos para sí. Esta agravante posee una naturaleza muy compleja y hay que tener

presente que no es una figura o tipo penal, sino una circunstancia del mismo que se presenta como una agravante del homicidio simple.

La alevosía, es un modo de matar agravatorio del homicidio simple que se configura con el aprovechamiento de la indefensión de la víctima y la intención del autor de obrar sin riesgo para sí.

El homicidio alevoso exige la concurrencia de dos requisitos, uno objetivo, para el cual es necesario que la víctima se encuentre en un estado de indefensión aprovechado por el autor que provenga de la condición de que aquella se encuentre o de no haber advertido la agresión, y otro subjetivo, que es de su esencia y consiste en la pre ordenada finalidad de actuar sin el riesgo de la reacción de la víctima aprovechando su indefensión.

El homicidio aleve, integra la comisión de delitos contra las personas empleado en la ejecución de medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para la persona del autor pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

La agravante, presupone actos externos que responden al engaño o artificio con la que fueran realizados, como un modo de ejecución encaminado a lograr el artero propósito escogido. De ninguna manera se puede aceptar que se juzgue o se culpabilice a un sujeto que no exteriorizó ninguna conducta y que solo la voluntad de llevarla a cabo quede en su fuero interno. Un ejemplo podría ser el del mal llamado "autor intelectual", la ley se encargará de atribuirle a este, en su caso, la sanción que le correspondiere. Pero de ningún modo podría considerársele como autor del hecho del homicidio aleve.

Otro de los requerimientos para que se presente la agravante, es la presencia de dolo directo en el autor del hecho. Esto significa que el sujeto activo debe conocer efectivamente las circunstancias y quiere o acepta la realización del hecho con el fin de lograr la consumación del mismo.

Conoce que obra sobre seguro y sin riesgo para sí, se aprovecha de esas circunstancias. El dolo, en estos casos, no solo comprende el conocimiento del estado de indefensión de la víctima, como elemento del tipo objetivo, sino que requiere, además, que

el sujeto activo aproveche ese estado, saque partido de él para la obtención del resultado que pretende.

La alevosía no requiere de premeditación. Requiere de insidia, traición, engaño, ocultación, ya sea de la persona del autor o de sus intenciones por lo que no basta que el ataque sea inesperado o que la víctima se haya encontrado indefensa o parezca estarlo, en tanto, lo que se requiere es que haya actuado en circunstancias intencionalmente buscadas o aprovechadas. Que haya llevado adelante el victimario conductas engañosas y de artificio para aprovecharse de la víctima.

El fundamento de la alevosía es esencialmente objetivo, derivado, por una parte, de la situación de mayor peligro para la vida y, por la otra, del mayor disvalor de acción del autor.

Se puede decir que, la mayor culpabilidad del obrar alevoso reside en el fin de actuar sin riesgo, sobre seguro y a traición. De modo que no sería suficiente la concurrencia de los componentes objetivos, como la inadvertencia de la víctima o la ausencia de riesgos que pudieran oponerse a la acción.

Otro aspecto a tener en cuenta es que la indefensión de la víctima no debe ser total, no es indispensable una total ausencia de resistencia, sino que es compatible la posibilidad de una defensa mínima por parte del sujeto pasivo. Para que la indefensión de la víctima sea resultado del despliegue de algún engaño o artificio es requisito ineludible que ella tenga alguna posibilidad defensiva. Es decir, es imposible que la víctima pierda una posibilidad defensiva que no tiene. Si la víctima es o está indefensa todo despliegue de engaño o artificio es ineficaz.

Si el estado de indefensión no es buscado o aprovechado por el autor, no estaríamos nunca frente a un caso agravado por alevosía.

Jurisprudencia.

En este apartado del trabajo de tesis, procederé a citar un caso de Jurisprudencia alusivo a la temática abordada, que corresponde a un hecho delictivo cometido en la ciudad de Tandil, Provincia de Buenos Aires, lugar en el cual nació, crecí y habito hoy en día.

El caso en cuestión, fue caratulado como: “I. CONCHA, Matías Alfredo II. Molina, Ángel Jesús S/ I. Homicidio II. Homicidio agravado por ser cometido con alevosía”, causa registrada bajo el N° 1875 (IPP 01-01-000627-13). Este precedente jurisprudencial fue resuelto por el Tribunal en lo Criminal N°1 de la ciudad de Tandil, del departamento judicial de Azul a los días 27/ 04/ 2015, por los Señores Jueces, Doctores Guillermo Alberto Arecha, Pablo Galli y Gustavo Agustín Echevarria.

En este hecho, la fiscalía solicita que se considere la calificante alevosa para uno de los imputados en la causa penal en cuestión. Situación que no fue otorgada por el tribunal, por considerar que no se daban las exigencias típicas necesarias para determinar a la conducta criminal como alevosa.

Hechos: El día 3 de Marzo del 2013 en las intermediaciones de un boliche bailable de la ciudad de Tandil, llamado “Sol Disco”, dos sujetos de sexo masculino que pertenecían a un grupo de al menos siete integrantes, provocaron de manera verbal y física a otro grupo de cuatro personas que salían del boliche mencionado. Estos individuos eran, el cuñado de la víctima, el padre de la víctima, el hermano de la víctima y quien resulta muerto Mario Eugenio Matías Maciel.

Rápidamente, se sumaron a la provocación el resto de los integrantes del grupo incitador y comenzaron a aplicarles golpes de puños y puntapiés a los Maciel. Cuando estas personas se encontraban arremetiendo, Concha, quien golpeaba a la víctima luego fallecida (que solo atinaba a cubrirse de los golpes), extrajo de entre sus ropas un cuchillo y con la intención de quitarle la vida a Mario Eugenio Matías Maciel. Le aplicó al menos dos puñaladas que le produjeron una herida punzo cortante de tres centímetros de longitud en la línea axilar izquierda, siendo penetrante en el tórax, ocasionando con su conducta que Maciel diera unos pocos pasos y luego cayera al piso herido. Otros cuatro sujetos seguían aplicándoles golpes de puño y puntapiés, mientras otro sujeto, el segundo imputado, Molina, también con un cuchillo que portaba y con la intención de quitarle la vida, le aplicó

al menos dos puñaladas más pero esta vez en la espalda . Una de ellas le ocasionó una herida punzocortante de tres centímetros y medio de longitud en la espalda, penetrante en el tórax, las que junto con las primeras, provocaron hemorragia aguda severa y shock con paro cardiorrespiratorio que produjeron la muerte de Mario Eugenio Matías Maciel.

La conducta del segundo de los sujetos que intervino apuñalando a la víctima, para asegurarse del resultado muerte, se entiende para la fiscalía que se aprovechó de la situación de indefensión de la víctima, lo que lo encuadraría en un posible homicidio insidioso por haber sido cometido con alevosía. Pero como se verá luego en el veredicto final, esto no es así, por cuanto si bien en la parte final de su actividad se lo vio apuñalando a una persona indefensa e inerte, no existió total certeza sobre los pormenores. Y como la alevosía es una de las agravantes más severas previstas por el Código Penal, requiere una total precisión sobre los detalles de los hechos y su aplicación depende de todas y cada una de las circunstancias, siendo de carácter restrictivo.

En una ulterior investigación se deberá analizar la responsabilidad de los restantes intervinientes en los hechos para así poder determinarse el grado de las participaciones criminales de cada uno.

Se descarta en este hecho la calificación del “Homicidio en riña” ya que este se aplica cuando en un hecho toman parte más de dos personas y resulta imposible determinar quién dio un golpe mortal. En este caso, si bien participan más de dos personas, sí se pudo demostrar quienes fueron los que aplicaron las puñaladas letales.

En este caso concreto se genera una pelea con una ultra intensión, para la cual se envía a dos provocadores que trataron a la pretensa víctima (o a los integrantes del grupo en el cual se encuentra el “objetivo”) a efectos de iniciar una bataola y ante la mínima reacción del provocado, intervenir masiva y sorpresivamente los restantes componentes del grupo numeroso, entre los que se encontraban los sujetos armados. Y así los homicidas concretar su cometido, la muerte.

Resulta evidente que el delito cometido por plurales agentes revela un ilícito más grave que el cometido por un autor único, y que el nivel de organización delictiva, colocó en un estado de mayor inferioridad a la víctima y acrecentó el poder intimidante de los sujetos

activos como forma de asegurar el éxito de la faena criminal. También cabe mencionar que debe computarse como agravante la conducta de Molina en el tramo final del homicidio de Maciel, ya que este sujeto aplicó puñaladas con un cuchillo sobre la espalda de la víctima, mientras que esta última se encontraba en estado de indefensión. Sin embargo, el tribunal consideró que las pruebas valoradas no arrojaron una certidumbre absoluta para dejar la conducta como alcanzada por la agravante de “alevosía”. Pero sí existen motivos para valorar severamente la conducta final de este imputado. El actuar de Molina deberá ser especialmente considerada como agravante de peso, pero no al extremo de ser tratada como conducta alevosa como pretendió la fiscalía.

El tribunal considero que para plantear una calificante de esa gravedad, se requiere absoluta certeza sobre si en el momento decisivo del hecho se daban todas las exigencias típicas de la misma. Situación ésta que no puede aseverarse en autos, ya que fue muy probable que molina pudiera dar inicio a sus acometidas antes de que Maciel estuviera boca abajo e indefenso en el piso. Y se hayan dado lugar mientras Maciel se encontrara todavía intentando defenderse o con posibilidades de huir, por lo que queda la situación de duda sobre si al inicio de la acometida de Molina, se daban o no las condiciones de alevosía.

No obstante ello, la circunstancia de acuchilladas por la espalda, han sido severamente tenidas en cuenta al momento de computar los agravantes del hecho, dado que sin duda se configura un accionar perfectamente lindante con una conducta alevosa, y son por ello merecedoras de mayor reproche penal.

Es así, como el tribunal resuelve, condenar a Concha Matías Alfredo a la pena de 12 años de prisión y accesorias y a Molina Ángel Jesús a la pena de 20 años de prisión y accesorias, como coautores penalmente responsables del delito de Homicidio simple, en perjuicio de Maciel, Mario Eugenio Matías. Y se desestima el pedido de la fiscalía de condenar a Molina bajo la pena de un homicidio alevoso.

“La finalidad de matar sin riesgo exige que el autor considere con cierta preordenación la situación objetiva que afronta, de modo que la agravante no se configura si el ataque a la víctima por la espalda se produce como consecuencia de una alteración momentánea del ánimo, de un impulso espontáneo o una reacción automática fundada en la actitud de la víctima inmediatamente anterior al hecho”. (Juzg. Crim. Y Corr. N°2, La Plata, 25/04/02, P2618, Juba).

“La preordenación alevosa no exige la premeditación del delito, toda vez que no obstante la premeditación es un camino común para llegar al acto alevoso, este puede existir sin el frío proceso deliberativo propio del hecho premeditado”. (TS Córdoba, 7/3/00, “A., C.”, BJC, I-2000).

“El homicidio con alevosía exige: 1) Un elemento objetivo, es decir, una víctima que no esté en condiciones de defenderse, o una agresión no advertida por la víctima capaz y en condiciones de hacerlo; y 2) un elemento subjetivo, que es donde reside su esencia, que consiste en una acción pre ordenada para matar sin peligro para la persona de su autor, proveniente de la reacción de la víctima o de un tercero”. (ST Santiago del Estero, 3/3/99, Juba).

“El actuar sin riesgos y sobre seguro que exige la modalidad calificada del homicidio que contempla el art. 80, inc. 2 del CP, no se agota en la imposibilidad de reacción defensiva de la víctima, sino que debe contemplar, también, idéntica imposibilidad de parte de terceros”. [ST Entre Ríos, Sala Penal, 27/6/96, “Vilche, H.” JA, 1997-III-283].

“Se configura el homicidio agravado por alevosía cuando el imputado esperó el momento oportuno para acabar con la vida de la víctima, sin que ésta pudiera intentar la más mínima defensa, dado que se encontraba en una situación de absoluta indefensión (en

el caso, de espaldas y al borde del andén del que fue empujado al pasar el ferrocarril que lo arrollo)”. (Cam. Fed. San Martín, 26/3/90, “L., G.”, LL, 1190-D-474).

“Se configura la agravante de alevosía cuando la falta de peligro para el autor y la indefensión de la víctima hubieran sido condición subjetiva del ataque”. (Cam. Apel. Crim. Neuquén, 1/2/96, CA 139, Juba).

“El amordazar a una anciana para que no grite y así robarle con más facilidad, aprovechando su indefensión, matándola finalmente, hace surgir la agravante de la alevosía, pues los autores han actuado sobre seguro y sin riesgo alguno para ellos”. (CNCrim. Y Corr., Sala I, 1/7/94, “Rodríguez, G.”, JA, 1996-IV, síntesis).

Bibliografía.

Doctrina

1) Libros:

- Altes Marti (1982) *La alevosía*, Ed. Universidad de Valencia.

-Bacigalupo E. (1991). *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Akal. Buenos Aires.

-Bajo Fernández M. (1996). *Manual de derecho penal. Parte especial*, centro de estudios Ramón Arces, Madrid.

-Carrara F, (1944) vol. III. *Programa de derecho criminal*, Depalma, Buenos Aires.

-Cerezo Mir J. (1998) t.II. *Curso de derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid.

-Claus, (1997) *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid.

-Corominas J. – Pascual J, (1991), *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, vol. I. Madrid.

-Creus C, (1999). *Derecho penal. Parte especial*, t. I.

-Cuello Calderón E. (1947). *Derecho penal*, Bosch, Barcelona.

-Donna E. A. (2000) t. I. *Derecho penal. Parte especial*. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe.

-Fernández Collado C., Hernández Sampieri R., Pilar Baptista L. *Metodología de la Investigación*. (2010) V Edición, Editorial McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A.

-Fierro G, (2004) *Teoría de la participación criminal*. Astrea. Buenos Aires.

-Fontan Balestra C. (1995) *La reforma penal*. Abeledo- Perrot. Buenos Aires.

-González Martín (1988) *La alevosía en el derecho español*, Ed. Comares.

-Granada. -Molinero A. (1996) t. I. *Los delitos*. Actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tea, Buenos Aires.

-Laplaza F, (1979) *El proceso histórico de la codificación penal argentina*.

-López Bolado J, (1975) *Los homicidios calificados*. Plus Ultra. Buenos Aires.

-Nino C. S. (2003) *Introducción al análisis del derecho*. Segunda Edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires.

-Pagliere C. P. (H.) (2006). *Homicidio Insidioso*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires.

-Villada J. L. (2005) *Delitos contra las personas*, La Ley, Buenos Aires.

-Zaffaroni E. R – Arnedo M. A, (1996). *Digesto de codificación penal argentina*, t. I, 25.

-Zaffaroni E. R. (1973). *Teoría del delito*. Ediar. Buenos Aires.

-Zaffaroni E. R. (1981) t.III. *Tratado de derecho pena. Parte general*, Ediar, Buenos Aires.

2) Revistas:

-Revista electrónica de ciencia penal y criminología. La circunstancia agravante de la alevosía. Estudio legal, dogmático – penal y jurisprudencial. Manuel José Arias Eibe.

<http://criminet.ugr.es/recpc/>

-Revista Pensamiento Penal. ART. 80 INC. 2 Homicidio agravado por su modo de comisión. 13 de noviembre del 2013
<http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37744-art-80-inc-2-homicidio-agravado-su-modo-comision>

3) Páginas Web:

-Página Web infoleg@jus.gob.ar Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

4) Otros:

-Diccionario de la Real Academia Española.

<http://www.rae.es/obras-academicas/diccionarios/diccionario-de-la-lengua-espanola>

Legislación

1) Nacional

-Art. 80 inc. 2 Código Penal Argentino.

-Anteproyecto Código Penal de la Nación Argentina, elaborado por la Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, creada por decreto 103/2017.

-Código Penal de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirigido por David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, coordinado por Marco Antonio Terragni. Editorial Hammurabi. Primera Edición, Ciudad de Buenos Aires. 2007.

- Ley 17.567.