CAPÍTULO 6
Art. 80 inc. 5
El septo de Baelor[59]

Federico Emir Eduardo Adal

Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:
5) Por un medio idóneo para crear un peligro común

ART 80

Antecedentes

El primer antecedente de este tipo penal lo encontramos en 1886 y se lo conocía como homicidio catastrófico, teniendo en cuenta la agravante del homicidio por incendio y descarrilamiento de trenes[60]. Por supuesto que al tratarse de solo dos situaciones particulares existió la necesidad de ampliar a otras posibilidades, y así fue como en 1903 se amplía a incendio, inundación, descarrilamiento, explosión, o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos (Introducido por la Ley 4.189).

Recién en 1967 se adoptó la idea de una figura genérica, que no se limita a enumerar diferentes situaciones sino brindar una caracterización que permita hacer más amplia la figura y allí nos encontramos con el tipo penal tal cual lo conocemos hoy.

Bien jurídico

Es indiscutible que el bien jurídico protegido es la vida de las personas, pero no debemos olvidar que el medio comisivo importa también la protección de otro bien que es la seguridad

[59] El Gran Septo de Baelor es el más sagrado de los septos de la Fe de los Siete. Fue enviado a construir por el rey Baelor I, también llamado Baelor el Santo.

[60] El Código Penal aprobado por la ley 1.920 el día 7 de diciembre de 1.886 establecía en su artículo 95: El que mata a otro, no estando comprendido en el artículo anterior, será castigado: inc. 1) Con la pena de muerte, si el homicidio se perpetra por precio o con alevosía, o por medio de veneno, incendio o descarrilamiento, siempre que no haya circunstancia atenuante alguna.

pública, entendiendo que no solo se ataca la vida de la persona sino también se pone en peligro bienes y personas indeterminados.

Adentrándonos un poco al análisis de un capítulo de *Game of Thrones*[61] (6x10: vientos de invierno) observamos que allí Cersei[62] utilizando fuego Valirio[63] hace explotar el Gran Septo de Baelor con la intención de matar a los gorriones[64], una secta religiosa que iba a enjuiciarla por adulterio. En esa explosión no solo logra su cometido, sino que además pone en peligro a las casas y personas del pueblo que vivían alrededor del septo, encuadrando perfectamente en el tipo penal que venimos desarrollando. Una aclaración importante es que el móvil de Cersei no tiene que ver con cuestiones religiosas ya que de ser así también quedaría alcanzada por el inciso 4 del artículo 80 del Código Penal[65]

¿Logra Cersei matar a los Gorriones? ¿El medio empleado puso en peligro bienes y personas indeterminadas? La pregunta a ambas respuestas es que si, y por lo tanto la figura penal encuadra a la perfección con el relato de los hechos. Por un lado, tenemos el bien jurídico vida de las personas y por el otro el bien jurídico seguridad pública. Hay que comprender que el grado de injusto se justifica precisamente por el hecho no solo de matar a una o varias personas determinadas sino también por emplear un medio que cree un peligro común. Imaginemos que el Septo se encuentra en un lugar despoblado, ¿podríamos decir que el hecho encaja en el tipo penal? La respuesta es no, porque no pone en peligro a otras personas solo mata a aquellos que quería, en todo caso podríamos hablar de alevosía en los términos del art 80 inc 2[66], por existir una premeditación, un aumento considerable del poder ofensivo del sujeto activo, y una indefensión del sujeto o los sujetos pasivos.

---

[61] Es una serie de televisión de drama y fantasía medieval desarrollada por David Benioff y D. B. Weiss y producida por la cadena HBO. Su argumento está inspirado en la serie de novelas Canción de hielo y fuego, escrita por el estadounidense George R. R. Martin, y relata las vivencias de un grupo de personajes de distintas casas nobiliarias en el continente ficticio de Poniente para tener el control del Trono de Hierro y gobernar los siete reinos que conforman el territorio.

[62] La reina Cersei Lannister es la hija mayor de Lord Tywin Lannister y Lady Joanna Lannister. Tiene dos hermanos, su mellizo Jaime y su hermano menor Tyrion. Tras la Guerra del Usurpador se casó con el nuevo rey, Robert Baratheon, y se convirtió en Reina de los Siete Reinos. Es madre de tres

hijos, Joffrey, Myrcella y Tommen, todos fruto de su secreta relación incestuosa con su hermano Jaime.

[63] El fuego valyrio es un líquido inflamable y volátil que puede arder por mucho tiempo, quemando todo a su paso hasta que se consume por completo, imposible de apagar y pudiendo arder sobre el agua.

[64] Gorriones es el nombre dado a los fieles más pobres de la Fe de los Siete durante la Guerra de los Cinco Reyes. Toman su nombre en honor al gorrión, que es "la más humilde y común de las aves"

[65] Artículo 80 del Código Penal inciso 4: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 al que matare: Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión.

[66] Artículo 80 del Código Penal inciso 2: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52 al que matare: Con enseñamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

Tipo objetivo

La norma exige que exista el homicidio de una persona y que a su vez haya sido cometido con un medio idóneo para crear un peligro común, y por ende esa será la acción típica.

Pero no todo es tan simple como parece, hay autores que consideran que el peligro debe ser concreto y otros que consideran que con ser peligro abstracto alcanza, para los primeros debe producirse el peligro, para los segundos alcanza con que el medio empleado tenga la aptitud para crear riesgo sin importar si lo originó o no. Por ejemplo, Molinario y Aguirre Obarrio dirían que la conducta desplegada por Cersei encuadra perfectamente ya que el peligro se generó, en cambio para Fontan Balestra hubiese alcanzado si la explosión fallaba solo alcanzando y matando a los gorriones, sin producir un efecto expansivo que efectivamente ponga en peligro al resto de los bienes y personas, y esto es así porque hubiese entendido que el fuego valyrio tiene la aptitud suficiente para generar un estrago de grandes dimensiones.

Fornari intenta apagar un poco las llamas del fuego valyrio provocado por los autores y considera injusto el agravamiento del homicidio sin la existencia real y comprobada de un peligro concreto, explicando que no alcanza la sola aptitud del medio empleado si este no produjo los efectos que debió ocasionar. Explica que de no existir la agravante del art. 80 inc. 5 quedaría un concurso ideal entre homicidio doloso y el respectivo tipo básico de los delitos contra la seguridad pública en grado de tentativa, dando como resultado una pena considerablemente menor. Además, ¿hasta qué punto el peligro abstracto puede tener la misma pena que el peligro concreto?, los delitos de peligro suponen barreras que protegen al bien jurídico, como primera barrera de contención, encontramos a los delitos de peligro abstracto con una determinada pena, luego los delitos de peligro concreto con una pena mayor y por último los delitos que afectan directamente al bien jurídico que tienen una pena aun mayor respecto de los anteriores.

Tipo subjetivo (el dolo de Cersei)

Como habíamos dicho, el delito importa la afectación a dos bienes jurídicos (vida y seguridad pública) por ello es importante diferenciar la intención del sujeto activo en los delitos contra la vida de la intención respecto de los delitos contra la seguridad pública. En los delitos contra la seguridad publica existe dolo directo de causar un determinado estrago, ya sea explosión, incendio, inundación u otro, mientras que en su figura agravada[67] el resultado muerte de una persona aumenta la pena, pero dicha muerte no es buscada por el sujeto activo, este solo quiso generar el estrago mas no provocar la muerte de una o varias personas, podemos decir que podría haber imaginado el resultado en su mente y restarle importancia dando lugar a un dolo eventual pero claramente su intención primera no era esa. Imaginemos que Cersei desconocía que dentro del

[67] Artículo 186 inciso 5 del Código Penal: El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: con reclusión o prisión de ocho a veinte años, si el hecho fuere causa inmediata de la muerte de una alguna persona.

septo se encontraban los gorriones y ella solo quería hacer desaparecer el edificio, jamás podríamos hablar de dolo directo en cuanto al homicidio, pero si respecto del estrago. En cambio, si analizamos la figura central de este capítulo vemos que efectivamente existe el dolo directo en el homicidio y el empleo de un medio idóneo para crear un peligro común, esto significa que el medio empleado fue seleccionado para matar, Cersei recurre al fuego valiryo sabiendo los efectos que este produce para matar a los gorriones incluso sabiendo las consecuencias que traía aparejadas su utilización respecto de bienes y personas indeterminados. Y he aquí la diferencia sustancial entre uno y otro delito, el dolo directo en el homicidio llevado a cabo con un medio idóneo para crear un peligro común.

Sujeto activo y sujeto pasivo

Cualquier persona puede ser tanto sujeto activo como sujeto pasivo, no reviste de ninguna calidad especial al respecto. En este caso puntual observamos a Cersei como sujeto activo y a los gorriones como sujetos pasivos.

Consumación y tentativa

El hecho se consuma con el homicidio de una persona por un medio que ponga en peligro a otras personas y bienes indeterminados. La explosión del septo de Baelor provocada por Cersei produjo la muerte de los gorriones arrasando además con las viviendas y personas que vivían en los alrededores. Es importante destacar que si la explosión no provocaba daños en bienes y personas indeterminadas pero los ponía en peligro también se perfeccionaba el tipo penal. No está en análisis el daño provocado a terceros, sino su puesta en peligro.

En cuanto a la tentativa debemos analizar diferentes escenarios para luego dar con el que pueda adecuarse más a la norma. En primer lugar, podríamos plantear una situación en la cual el fuego valyrio no produce la explosión, por lo tanto, no se comete un homicidio ni tampoco se genera un peligro concreto que pueda dar lugar al tipo penal, teniendo como posible solución encuadrarlo en una tentativa, pero en los términos del art 79 (homicidio simple)[68]. Por otro lado, podríamos analizar la posibilidad de que efectivamente el fuego valyrio solo produzca la muerte de los gorriones sin crear un peligro común, pero eso solo significaría la consumación del homicidio simple ya que vuelve a faltar el peligro concreto. Finalmente, para hablar de tentativa de este tipo penal parecería que solo se logra si se crea el peligro común, con la intención de matar a una o varias personas determinadas y estás no mueren. Imaginemos que Cersei hace explotar

[68] Artículo 79 del Código Penal: 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.

el fuego valyrio, pero por una fortuna del destino lo gorriones no mueren, difícilmente podríamos hablar solo de un delito contra la seguridad pública cuando la intención del sujeto activo era matar a ciertas personas, o hablar de tentativa de homicidio dejando de lado el peligro que provocó la explosión de fuego valyrio. Es por ello que esta es la única variante que podría encuadrar perfectamente en la tentativa del artículo en cuestión.

Autoría y participación

Por supuesto que la figura admite todas las formas de participación criminal, de hecho, Cersei no ejecuta el acto material con sus propias manos, pero se vale de otras personas (que nunca se muestran) para colocar velas alrededor de todo el fuego valyrio depositado previamente en los subsuelos del septo, con la intención de que estas se consuman y al hacerlo se produzca una gran explosión que termine con la vida de los gorriones. Dichas personas que llevaron a cabo todos los actos preparativos y hasta la propia ejecución tendrán la pena establecida para este delito y Cersei también según lo indicado en el art 45 in fine de nuestro Código Penal*:* "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, tendrá la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado a otro a cometerlo".

Otras escenas

En una de las primeras escenas de la película *Los intocables*[69], Frank Nitti[70] deja un maletín con un explosivo dentro de una "lavandería", el cual termina estallando no solo matando al dueño del lugar, sino que además se cobró otras vidas y puso en peligro bienes y personas indeterminados.

En Chicago estaba prohibida la venta de bebidas alcohólicas producto de la ley seca[71], y el mercado ilegal era administrado por Al Capone[72], quien envía a sus hombres a vender cerveza

---

[69] Es una película estadounidense de 1987 dirigida por Brian De Palma y protagonizada por Kevin Costner. Está inspirada en la novela The Untouchables (1957), escrita por Eliot Ness y Oscar Fraley. Transcurre en Chicago, años 30. Impera la 'Ley seca', que prohíbe la venta de alcohol. El idealista agente federal Eliot Ness (Kevin Costner) persigue implacablemente al gánster Al Capone (Robert De Niro), amo absoluto del crimen organizado en la ciudad. La falta de pruebas le impide acusarlo de asesinato, extorsión y comercio ilegal de alcohol, pero Ness, con la ayuda de un par de intachables policías (Andy Garcia y Charles Martin Smith) reclutados con la ayuda de un astuto agente (Sean Connery), intentará encontrar algún medio para inculparlo por otra clase de delitos.

[70] Fue uno de los principales secuaces de Al Capone.

[71] La Ley Seca, entendida como la prohibición de vender bebidas alcohólicas, estuvo vigente en los Estados Unidos entre el 17 de enero de 1920 y el 6 de diciembre de 1933. Fue establecida por la Enmienda XVIII a la Constitución de los Estados Unidos y derogada por la Enmienda XXI.

[72] Al Capone, más conocido como Scarface, fue uno de los más famosos gánsters de la historia por dominar los bajos fondos de Chicago durante casi la primera mitad del siglo XX a base de sobornos y asesinatos.

a esa "lavandería" encontrándose con la respuesta negativa del dueño, lo que llevó a la decisión de asesinarlo utilizando una bomba.

Como podemos apreciar, aquí se reúnen los elementos del tipo penal que hemos desarrollado, Frank Nitti usa un medio idóneo para crear un peligro común con la finalidad de matar al dueño del lugar y a su vez este medio genera un peligro concreto a bienes y personas indeterminadas.

El primer corto de la película argentina relatos salvajes[73] nos cuenta la historia de una modelo y de un crítico de música. Dialogando se dan cuenta que ambos conocen a Gabriel Pasternak, y poco a poco el resto de los tripulantes notan lo mismo, hasta que descubren que el mismísimo Pasternak es el comisario de a bordo, y que en realidad era una trampa en venganza a los daños que los tripulantes le habían realizado durante su vida. La historia culmina con Pasternak estrellando el avión en la casa de sus padres. Nótese que, más allá de que el sujeto activo quería dar muerte a todos los tripulantes y a sus padres, puso en peligro otros bienes y personas indeterminadas tales como los vecinos de los padres y el propio avión perteneciente a la aerolínea para la que trabajaba.

Art. 80 inc. 5 Cód. Penal

> Debe encuadrarse como homicidio calificado por la utilización de un medio idóneo para crear un peligro común el hecho de quien aceleró a gran velocidad una camioneta, en diagonal y a contramano, luego se subió a la vereda derecha de la misma, arrancó un contenedor de basura, al que pasó por encima y deliberadamente embistió -sin frenar en momento alguno- a la víctima, cuando se encontraban en la misma vereda al menos nueve personas, paradas, sentadas, tiradas en el piso o caminando por la línea y sectores de desplazamiento del vehículo (SCBA, causa P 126119, 2017).
>
> Las muertes cometidas dolosamente y `sin armas´ no impedirán la subsunción típica, lo que denota que el empleo de armas -de cualquier especie- no forma necesaria y excluyentemente parte del núcleo de la figura del artículo 79 del código de fondo. En función de ello, la decisión legislativa que impone un agravamiento de pena en virtud de la modalidad comisiva -art. 41 bis del C.P.- resulta asimilarse a la `ratio legis´ de los agravamientos contemplados en los incisos 2º (veneno, vocablo que en su acepción básica también alude a un elemento con potencialidad mortal), 5º y 6º del artículo 80 del Código Penal,

[73] Es una película argentina de antología y comedia negra-drama de 2014 escrita y dirigida por Damián Szifron y producida por K&S Films (Oscar Kramer y Hugo Sigman). La película expone seis historias protagonizadas por un reparto coral que incluye a Ricardo Darín, Óscar Martínez, Leonardo

Sbaraglia, Érica Rivas, Rita Cortese, Julieta Zylberberg y Darío Grandinetti.

por lo que la aplicación del artículo 41bis, a la figura del artículo 79, ambos, del Código Penal, no resulta violatoria de garantía constitucional alguna (TCP Sala III, causa 17288, 2008)

Referencias

BOUMPADRE , Jorge Eduardo, “Derecho Penal, Parte Especial”, Ediciones Mave, 2003

CHIAPPINI, Julio O. Estudios de derecho penal Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 1984

DAYENOFF, Derecho penal parte especial, Astrea, 2003

DONNA; Edgardo, Derecho penal, Parte especial, Editorial Astrea 3º edición, año 2007.

FONTAN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, 2º edición actualizada por Ledesma, Guillermo A. C., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires

HURTADO POZO, José Manual de derecho penal : Parte especial 1 Lima: [s.n.], 1982

LAJE ANAYA, Justo Comentarios al código penal : Parte especial Buenos Aires: Depalma, 1979-1982

RODRÍGUEZ DEVESA, José María Derecho penal español : Parte especial Madrid : Dykinson, 1995

SARAVIA TOLEDO, Rogelio Curso de derecho penal: Parte especial. Jurisprudencia nacional y provincial. Concordancias con los códigos latinoamericanos Salta : Virtudes, 2003

SERRANO Gómez, Alfonso Derecho penal : Parte especial Madrid : Dykinson, 2006; (también 1999 y 2000)

TERÁN LOMAS, Roberto A. M. Derecho penal: Parte especial. Delitos contra la vida y la integridad corporal Buenos Aires : Astrea, 1983

SCBA, causa P 126119, “A., C. A. -. S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA Nº 62.168 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA II; SEGUIDA A ROJAS LOPEZ, JOSE FELICIANO”, sent. de 8-3-2017.

TCP Sala III, causa 17288, “J., S. F. s/Recurso de casación”, sent. de 27-3-2008