

Concurso de Ponencias 2011.

Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal.

Tema 2: Problemática de la omisión impropia.

Título: Algunas precisiones en torno al delito de abandono de personas.

Autora: Agustina Gil Belloni.

Abogada y Traductora Pública (idioma inglés), Facultad de Derecho, UBA.

Relatora de la Sala 3 de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A.

Tel: (011) 155-323-3589; Dirección: Paunero 2744, 5° “C”, C.F. (C.P. 1425);

e-mail: agust55@hotmail.com; agil@jusbaire.gov.ar;

Algunas precisiones en torno al delito de abandono de personas.

Consideraciones preliminares.

Previo a introducirme en el presente trabajo, quisiera destacar la relevancia del abordaje de los delitos “omisivos”, una cuestión más bien “omitida” o menos considerada en la doctrina, pese al interés que reviste y la incidencia de la que goza a nivel dogmático y práctico en los casos concretos que se presentan a diario. De allí, mi motivación hacia profundizar sobre ello, a través de la posición de los autores más destacados, la jurisprudencia reciente y mis humildes reflexiones o propuestas tentativas sobre el particular.

Encuadre general.

En primer lugar, corresponde señalar que los delitos de abandono de persona y omisión de auxilio, previstos en los artículos 106 a 108 del Código Penal, bajo la denominación genérica de “abandono de personas”, se encuentran legislados bajo el título “delitos contra las personas” y, dentro de éste, luego de los artículos correspondientes a delitos contra la vida y lesiones, entre otros.

Ello podría tener que ver con una de las clasificaciones propuestas por la doctrina, en cuanto a delitos de lesión y de peligro, ya sea abstracto o concreto. Al respecto, resulta ilustrativa la explicación del profesor alemán Eberhard Struensee¹: “Junto a los delitos que comprenden la *lesión* dolosa e imprudente de bienes jurídicos, hay algunos tipos que penan formas de conducta de determinada clase, si ellas conducen a poner en peligro la vida o la integridad corporal (...) Se distinguen dos casos de esta relación, a saber, los delitos de peligro *concreto* y *abstracto*. Se trata de delitos de peligro concreto, cuando la ley exige en el caso individual un bien jurídico entre en peligro efectivamente (...) Delitos de peligro abstracto son aquellos en los cuales (...) la punibilidad en el caso particular no depende de que se haya producido una “situación crítica” cualquiera para el bien jurídico protegido. Más bien el temor de que ello suceda, queda como mero motivo del legislador para prohibir acciones descriptas de determinado modo, por su peligrosidad”. En ese sentido, los tipos que se analizarán a continuación pueden ser clasificados como delitos de peligro.

Abandono de persona.

Figura básica.

El artículo 106 del Código Penal en su primer párrafo contiene la figura básica del abandono de persona en cuanto prescribe: “El que pusiere en peligro la vida o salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años”.

Bien jurídico tutelado.

El legislador ha querido proteger la integridad física y psíquica (Creus²); la incolumidad material (Donna³), la incolumidad física, la salud o la vida (Nuñez⁴).

Tipo objetivo.

Conducta típica. Elementos descriptivos.

Nuñez⁵ entiende que el artículo bajo análisis contempla distintos delitos; refiriéndose, Donna⁶, por su parte, a un tipo penal alternativo, que se puede concretar mediante conductas tanto comisivas como omisivas, mientras otros, como Creus⁷, entienden que se pune una sola conducta: “poner en peligro” la vida o salud del sujeto pasivo, que admite dos modalidades: el abandono o la puesta en situación de desamparo.

De acuerdo con lo expuesto en la introducción, siguiendo a Eberhard Struensee⁸, la figura en estudio es un delito de peligro concreto. En ese orden de ideas, al analizar su recepción en Alemania, indica Struensee que “detrás de la situación de desamparo se oculta el requisito del peligro para la vida (o la salud) de la víctima”, criterio también compartido por Donna⁹. En el mismo sentido, ya en nuestro ámbito, postula Creus¹⁰ con toda lucidez: “la acción no es simplemente abandonar o colocar en situación de desamparo al sujeto pasivo, sino la de poner en peligro su vida o salud mediante el abandono o su colocación en situación de desamparo”.

De allí se desprende la necesidad de verificar en el caso particular, como elementos descriptivos, tanto el abandono o desamparo, por un lado, como el peligro concreto que cualquiera de ellos ocasiona para la vida o salud de la víctima, por el otro.

Si bien para Soler¹¹ parecería tratarse de un delito de peligro abstracto, resultan interesantes las precisiones de este autor a los fines de clarificar el ámbito de protección del tipo penal de referencia. Explica así que el peligro sería tomado en cuenta “para excluir como delictivas ciertas acciones de abandono que algunos otros códigos castigan, pero con una idea muy distinta a la del peligro que ellas pueden crear para la persona física, pues castigan más bien el incumplimiento de ciertos *deberes familiares*” (el subrayado me pertenece). En el mismo sentido, Estrella y Godoy Lemos¹² destacan el peligro para la persona como requisito típico que permite distinguir el abandono de persona de otras figuras, como el incumplimiento de deberes familiares y la supresión del estado civil.

En consonancia con la doctrina mencionada, la jurisprudencia ha sostenido que: “La figura prevista por el art. 106 es esencialmente de peligro por lo cual resulta necesario, el abandono con posibilidad que se registre un daño corporal, sin que deba mediar una falta de asistencia y cuidado si no se genera una situación de peligro. Debe estarse en el caso a lo que establece el principio de lesividad según el cual sin lesión al bien jurídico tutelado por la norma no hay delito. Si en virtud de la descompensación sufrida por la enfermera-supuesta damnificada- mientras cumplía con sus labores, fue atendida de inmediato por sus compañeras y un médico, quien le brindó los primeros auxilios para luego transcurridos unos veinte minutos hacerse presente el imputado quien se limitó a interrogarla sobre lo acaecido, para disponer su traslado en remís a un nosocomio sin compañía médica cuando era ello aconsejable ante el edema de glotis que le fuera diagnosticado, no debe evaluarse si fue o no acertado el traslado de la paciente en la forma que se hiciera, sino el riesgo que insumió tal directiva. Por lo tanto, si de los dichos de los testimonios médicos recopilados afirman

que “pareciera que, en concreto, el traslado en remis no implicó un riesgo cierto para su vida”, aún cuando los profesionales imputados se habrían conducido con algún descomedimiento con su persona, ello no resulta susceptible de reproche penal” (CN Crim. y Correcc., Sala IV, c. 25.565, “Birreci, Osvaldo y otra”, rta. 2/2/2005).

“El hecho de que el cirujano plástico se haya ausentado al exterior no alcanza para tener por configurado el delito de abandono de persona, pues para ser típica la acción debe crear un peligro para la integridad física y psíquica del sujeto pasivo, lo que no ocurre si pudo ser auxiliado por el reemplazante del facultativo o por cualquier otro profesional” (CN Crim y Correcc., Sala IV, “Ferriols, Alberto”, rta. 7/7/2006, Lexis, nros. 1/1012570, 1/1012595).

“El delito previsto en el art. 106 del C.P. es de peligro concreto, razón por la que se discierne que, de un lado, al autor habrá de serle factible objetivamente evitar el riesgo, mientras que, por otra parte, el sujeto pasivo debe hallarse imposibilitado de recibir la asistencia inmediata de otra persona. (...) En rigor, el peligro concreto tampoco hubo de verificarse, a raíz de que, en previsión de lo que pudiera suceder, la propia querellante afrontó la adquisición del instrumento médico que necesitaba su madre. (...) Descartado que la conducta de la imputada hubiera importado la creación del peligro concreto al que se aludió, es claro que el resultado muerte ninguna relación guarda con la primigenia atribución” (CN Crim. y Correcc., Sala VII, c. 32.323, “Scarvaglieri, Jacqueline”, rta. el 12/1/2007).

“La omisión de brindar los cuidados debidos y necesarios a que se hizo referencia, en cabeza tanto del personal de enfermería como del médico clínico (Nasep) que tenían a cargo la asistencia de Krauss, ocasionó efectivamente un concreto peligro para su salud, que se tradujo en la formación de escaras, acreditadas mediante el informe medico legal de fs. 20”. (CN Crim. y Correcc., Sala V, c. 34.024, “Miembros de la Clínica Avril s/ procesamiento”, rta. el 11/4/2008).

Abandono.

Para autores como Nuñez¹³, el sujeto activo sólo abandona a la víctima, si se aleja de ella (ya sea yéndose o no acudiendo a su lado); mientras que para otros, como Creus¹⁴, se la abandona tanto alejándose como quedándose con ella. Una tesis intermedia puede advertirse en Soler¹⁵, para quien: “si bien no es expresa la necesidad de separación espacial, será necesario que la situación creada por el sujeto activo equivalga a la de separación”. Por su parte, Donna¹⁶ entiende que el abandono por comisión no requiere necesariamente separación física entre autor y víctima, pudiendo adoptar distintas modalidades, todas las cuales confluyen en que: “la ayuda necesaria a quien no puede valerse por sí mismo sea dejada de darse de acuerdo a las circunstancias, de modo que la salvación de la persona puesta en peligro quede en manos del azar”. En cuanto al abandono en su modalidad omisiva, explica el autor alemán: “Es posible la omisión impropia sólo en cuanto es equivalente al actuar positivo, y en tanto se encuentre en la posición de garantía o de cercanía con respecto al bien jurídico. El delito en su forma de abandono admite la omisión impropia cuando es realizado por el garante”.

También resulta ilustrativo mencionar sucintamente las acotaciones reproducidas por Donna¹⁷, al citar a Molinario y Aguirre Obarrio, quienes sostienen que el abandono típico en cabeza del autor “se trata de una obligación de hacer, que no se cumple. El sujeto activo está obligado a no abandonar a su suerte a otro, es decir, está obligado a prestarle cuidados. Pero el derecho no puede establecer la obligación de ayudar a todo el mundo, de manera que sólo impone la de no abandonar a ciertas personas”, tal como se detallará al analizar el punto correspondiente a los sujetos activo y pasivo; y la autoría.

La idea central compartida por la doctrina radica en que el autor debe dejar al sujeto pasivo en condiciones en que se encuentre privado de los auxilios o cuidados que le son imprescindibles

para mantener su vida o la integridad de su salud, cuando la víctima misma no puede proveérselos por sí y, en palabras de Creus¹⁸: “en situación en que normalmente no es posible que se los presten los terceros (abandonar a su suerte)”. Por ello, indica el autor citado: “El sólo alejamiento o inacción en los casos en que terceros deben -jurídicamente- o pueden -solidariamente- asumir el cuidado del sujeto pasivo, no sería típico, ya que resultaría ineficaz para originar el peligro concreto” que exige la norma.

Asimismo, algunos autores como Fontán Balestra¹⁹, entienden que no es necesario que el abandono sea definitivo, pudiendo ser transitorio, siempre que en ese lapso se haya creado el peligro para la víctima que requiere la figura.

“(…) no obsta a la consumación del injusto la señalada intervención de la madre del procesado, pues estamos ante un caso en que el abandono puede ser calificado de transitorio, por lo que el ilícito existe como tal en la medida en que durante dicho lapso temporal se creó el peligro para la víctima que requiere la figura” (CNCP, Sala I, c. 4888 “T. B., L. J. D.D. P s/ recurso de casación”, rta. 21/10/2003).

Desamparo.

Manifiesta Creus²⁰ que: “se coloca a la víctima en situación de *desamparo* cuando el agente la rodea de circunstancias que le obstaculizan o impiden obtener los auxilios que exige su condición”, ya sea mediante su traslado a un lugar donde ello resulta imposible (por ejemplo, una zona deshabitada), o a través del aislamiento de las comunicaciones o procurando perpetuar la situación que le impide a la víctima recibir dichos auxilios (por ejemplo, vigilando que se mantenga el encierro que impide el socorro). En ese orden de ideas, aclaran Estrella y Godoy Lemos²¹ que los casos de desamparo constituyen un delito de acción. Tal sería también la postura de Donna²², para quien: “la exposición a situación de desamparo exige que se traslade a la víctima del lugar que tenía hasta ese momento y en el cual se encontraba protegido, a otro sitio o lugar, y que al quedar sin protección su vida y su salud entre en estado de peligro”.

Tipo subjetivo.

El dolo exige conocimiento de los elementos descriptivos del tipo; esto es: el carácter de las acciones que se realizan; el peligro que ocasionan, ya que, como fuera aclarado, nos encontramos ante un delito de peligro concreto, en el cual el legislador ha incorporado el peligro como un elemento más del tipo penal; así como la directa relación entre dichas acciones y el peligro ocasionado. Agrega, Donna²³ que también se requiere el conocimiento sobre la posición de garante, en los casos de abandono.

Autores como Creus²⁴ y Nuñez²⁵ consideran que el dolo puede ser tanto directo como eventual. Especifica, Soler,²⁶ por su parte, que se exige el dolo de peligro, en razón de tratarse de un delito de peligro.

A los fines de comparar este “dolo de peligro” que aparece en Soler con el “dolo directo o eventual” mencionado por Creus y Nuñez, nuevamente resultan ilustrativas las explicaciones del profesor alemán Eberhard Struensee²⁷, para quien: “el dolo de puesta en peligro o bien 1) es identificado con la llamada imprudencia consciente, o bien 2) es concebido como dolo de lesión en la forma de dolo eventual. Más allá de ello, hay clasificaciones que agregan a estas categorías

corrientes otra forma autónoma de dolo: Se ubica al dolo de puesta en peligro 3) o bien *entre* el dolo eventual y la imprudencia consciente, o bien 4) *entre* el dolo eventual y el dolo directo”.

Se observa, así, que el dolo de peligro podría equipararse al dolo eventual, ya sea “fortalecido” por su cercanía al dolo directo o “apaciguado” por su acercamiento a la culpa consciente, aunque dejando de lado este último supuesto en nuestro ámbito, atento que la doctrina argentina en general no parece admitir la forma culposa del tipo bajo estudio. Así lo concluyen Estrella y Godoy Lemos:²⁸ “Hay consenso en la doctrina en que el delito es doloso (...) No basta, pues, la sola falta de cuidados, asistencia o alejamiento, fruto de una negligencia o imprudencia, ni la aparente negligencia en la higiene y alimentación del incapaz, si las circunstancias del caso o los actos del autor revelan su voluntad de protegerlo y cuidarlo”.

Así, la jurisprudencia ha interpretado que: “En torno a los trabajos médicos que enumera, debo sin embargo destacar, que y tal como lo apuntara el colega de grado en su decisorio, dichos informes no revelaran que la occisa no recibiera atención alguna de parte del inculpaado y su familia en lo atinente al trato diario a recibir e higiene, aspectos éstos que por ende, no la colocan en situación de desamparo ni abandonada a su suerte. Es por esto que, en mi opinión, cobran alguna relevancia los descargos del procesado al ser oído legalmente a fs. 121, al determinar el trato que le fuera dispensando a su madre en consideración al diagnóstico que padeciera, y las razones que lo llevaran a no internarla en un establecimiento. Consiguientemente, el juicio evaluativo del distinguido sentenciante resulta acertado, en especial si se advierte que no pasara por alto lo único censurable acontecido en la especie, que deviene de no haber brindado a su madre la pertinente atención médica que su estado requería. Empero, ese estado de cosas más que censurable resulta atribuible a negligencia o a un desacertado enfoque, y no puede ser adentrado dentro del dolo específico que impone la figura, que demanda del autor que se desatienda del incapaz y lo prive de una protección en sentido amplio, lo cual en la especie la acusación no logró establecer justificándose en su consecuencia, una absolución que se sustentara en el principio procesal contenido en el artículo 13 del Código de Procedimientos en lo Criminal” (CNCP, Sala VII, c. 19.826, “G., D.M. s/ abandono de persona seguido de muerte”, rta. 23/5/1994).

“Por último, con relación al delito de abandono de persona previsto por el artículo 106 del Código Penal tampoco se encuentra configurado, en virtud de no haberse acreditado ni el elemento subjetivo del tipo penal, ni los elementos objetivos del mismo. Al respecto, más allá de aquellos retardos incurridos en los pagos a los prestadores, los pacientes han sido atendidos en las clínicas psiquiátricas respectivas, a lo que se suma que dichas demoras no resultaron ser intencionales, sino que se habrían generado por "observaciones" realizadas ante irregularidades detectadas en los servicios prestacionales que brindaban dichas clínicas psiquiátricas. En consecuencia, conforme los elementos de prueba colectados y analizados, el retraso en la tramitación de los expedientes de pago no puede considerarse que ha sido realizado por R. con la intención requerida por la norma penal. Sin embargo, habiéndose corroborado retrasos involuntarios, debería evaluarse si en el caso en estudio, resulta procedente o no, algún tipo de sanción administrativa o bien se ha incurrido en algún incumplimiento contractual que habilite la sede civil.” (CN Crim. y Correcc. Fed., Sala I, “R., S. M. y otro”, rta. 7/6/2007).

“El dolo, directo o eventual, que exige y/o admite la figura en análisis, no puede presumirse, sino que debe acreditarse mediante elementos de juicio probatorios idóneos que hagan surgir sin dudas razonables la existencia de aquél” (CN Crim. y Correcc., Sala VII, c. 46.202, “González Dazzori, Edgardo José”, rta. 08/11/2005).

“No configura el delito de abandono de persona la circunstancia de no haber brindado el acusado la atención médica que el estado de la víctima requería, habiendo obrado con negligencia o por un desacertado enfoque sobre la situación (...) pues el dolo específico que impone la figura demanda del autor que se desentienda del incapaz y lo prive de una protección en sentido amplio” (CN Crim. y Corr., Sala de FERIA, 29/1/2003, L. A. J., LL, 2004-A-758).

Sujetos activo y pasivo. Autoría.

En líneas generales, la doctrina marca una distinción en cuanto a quién puede ser sujeto activo y quién, sujeto pasivo, según la puesta en peligro de la víctima derive de la colocación en situación de desamparo o del abandono. En el primer caso, cualquier persona puede ser autor, se encuentre relacionado jurídicamente con la víctima o no, y cualquiera puede ser sujeto pasivo, independientemente de su edad, condición o estado físico. En el segundo, siendo que, tal como lo explica Nuñez²⁹, el delito implica “una omisión de los deberes de asistencia y resguardo”, coinciden los autores en que sólo puede ser autor quien reviste una posición de garante con respecto a la víctima pues se encuentra obligado hacia ella por un deber preexistente o porque él mismo creó la situación que la incapacitó, mientras sujeto pasivo sólo puede ser una persona incapaz de procurarse por sí misma lo necesario para que su vida o integridad no corran peligro, ya sea por su condición física (minoridad, senectud o enfermedad, entre otras causas) y aún cuando dicha ineptitud se haya originado en su propia culpa (alcohólico), o por las particulares circunstancias en que se encuentra, que obstaculizan su normal aptitud para lograrlo (el viajero que no sabe nadar o el turista que no conoce la técnica para descender de una montaña, ejemplos que ilustrativamente cita Creus³⁰).

En cuanto a la posición de garante del sujeto activo, la doctrina de manera cuasi-unánime ha venido reconociendo tres fuentes que lo originan: 1) **la ley**, como los deberes entre ascendientes y descendientes en primer grado, entre esposos, de los tutores con respecto a los menores que se encuentran a su cargo, del adoptante con el adoptado y de la administración penitenciaria en relación con los detenidos a su cargo, ejemplos estos últimos que acertadamente citan Estrella y Godoy Lemos³¹, entre otros; 2) **una convención**, caso de enfermeros, guías, niñeras y médicos, en relación con las personas que tienen a su cargo; o 3) **un acto previo del sujeto activo**, ya sea éste lícito (como el ejemplo que brinda Creus,³² del sujeto que atropelló al suicida que se tiró bajo las ruedas de su auto) o ilícito doloso (sustracción de un menor) o culposo (accidente de tránsito), aclarando Soler³³ que dichos deberes son estrictamente jurídicos, coincidiendo la doctrina en cuanto a que no resulta suficiente la preexistencia de un deber moral.

“Configura abandono de personas calificado por la muerte de la víctima, la desatención alimentaria y médica de ésta por parte de los responsables del instituto geriátrico en que había sido internada, que determinaron su deceso por severa desnutrición, múltiples lesiones por escaras y finalmente, por tromboembolismo pulmonar consecuente del proceso infeccioso padecido. (...) La ley, el contrato (conformado al aceptar la internación onerosa de la anciana) y el propio accionar previo de la acusada-no proporcionándole adecuada alimentación y cuidados- la obligaban a preservar la vida de la interna recurriendo a la debida atención médica; si no lo hizo incurrió en delito” (CN Crim y Correcc., Sala II, c.25.742, “G.H.”, rta. 8/8/1997, JPBA 107, p. 195).

“Configura el delito de abandono de personas agravado, la conducta del hijo que desatiende a su madre incapaz de valerse por sí misma, debido a las múltiples afecciones físicas que padecía, abandono que se verifica por la circunstancia de no tener la víctima servicios de gas y agua, los que le habían sido cortados por falta de pago, y por los informes médicos que acreditan que la misma no recibía la medicación indicada por las patologías que la afectan. No exime de responsabilidad al imputado por el delito de abandono de personas agravado el hecho que su madre haya sido socorrida en reiteradas oportunidades por los vecinos, puesto que la relación paterno-filial, como fuente de la posición de garante, trae consigo la obligación de no provocar en los padres circunstancias de abandono.” (CN Crim. y Correcc., Sala VII, “Vicente, Rolando”, rta. 30/11/2006.)

“La conducta reprochada encuentra adecuación típica en el delito previsto y reprimido en el art. 106 del C.P., ello así dado que al notar el estado en el que se encontraba la víctima -con lesiones evidentes en el cuerpo- los encausados, quienes como preventores se encontraban en posición de garantes frente al damnificado, omitieron darle cualquier tipo de auxilio, privándolo de la asistencia

médica necesaria, con el consiguiente riesgo que ello podía acarrear para su salud, dejándolo librado a su suerte, en un estado de total desamparo. Dicha situación resulta evidente ya que el damnificado no pudo procurarse ayuda por sí mismo, sino que ésta sólo fue brindada una vez que lo hallara un tercero. En razón de ello, debe revocarse el auto que dispuso la falta de mérito de los imputados y en consecuencia, decretar el procesamiento en orden al delito de abandono de persona.” (CN Crim. y Correcc., Sala I, c. 27.601, “Moschetto, Diego D. y otro”, rta. 04/05/2006).

Ahora bien, es preciso aclarar que, a diferencia de los otros dos supuestos, en el caso de la tercera fuente de la posición de garante, el sólo acto incapacitante no alcanza para atribuir responsabilidad, sino que además es necesario que el sujeto pasivo no tenga posibilidad de obtener auxilio de terceros (por ejemplo, no realiza el tipo penal quien, luego de atropellar a alguien en lugar céntrico, al advertir la presencia policial, huye para no ser identificado).

“Cuando la lesión es causada por un arma, o sea un medio con específica idoneidad para causar la muerte, es claro que el deber de no abandonar a quien se hubiere incapacitado, no significa simplemente acompañarlo expresado su solidaridad ante el dolor o su pena ante los estertores agónicos, sino colocarlo en una situación en que la sociedad, a través de las personas idóneas, pueda proporcionarle un auxilio acorde con el peligro corrido. Llevarlo al domicilio nada agregaba, puesto que la herida sufrida no mejoraba con la aplicación de apósitos o fomentos. El motivo egoísta de salvaguardar la propia libertad no exonera al causante que violó un primer deber, de no respetar el segundo que fincaba en restañar, siempre por cierto parcialmente, el mal cometido.” (Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, c. 2993, “I.A.A. P. s/ Recurso de casación”, rta. 7/5/2002).

Donna³⁴ puntualiza que modernamente la doctrina ha transformado la segunda fuente de “contractual” a “aceptación voluntaria” puesto que lo que en realidad interesa es que el sujeto activo haya asumido la posición de garante, independientemente de la virtualidad de la relación contractual, que podría incluso ser nula, sin que por ello se desvirtúe el deber de actuar voluntariamente asumido por el autor.

“Se ajusta a derecho la sentencia del *a quo* que condenó al imputado en orden al delito de abandono de persona, en virtud de la posición de garante que éste revestía con respecto al anciano, la que no sólo deriva de la ley o el contrato, sino también del hecho de que el encausado haya asumido voluntariamente la obligación de mantenimiento y cuidado del sujeto pasivo y, no obstante haberse auto-adjudicado libremente dicha condición, abandonó a la víctima, quien no podía valerse por sí misma, excluyendo asimismo otros eventuales garantes, como los familiares del desvalido, quien finalmente fue internado en grave estado de desnutrición y deshidratación”. (CNCP, Sala I, c. 4888 “T. B., L. J. D.D. P s/ recurso de casación”, rta. 21/10/2003).

Adicionalmente, esgrime el doctrinario alemán que existen otras fuentes que imponen obligaciones, como la comunidad de vida (tal es el caso del concubinato o noviazgo, entre otros) o de la comunidad de peligro (por ejemplo, un grupo de alpinistas que va a escalar).

“El art. 106 del C.P., en su tipo penal de abandono, requiere que el sujeto activo, quien tiene una posición de garante, se aleje de la persona necesitada de auxilio. Esa posición de garante exige que el autor haya tenido, previo a la privación de los cuidados necesarios, la obligación de ocuparse de la víctima, la que puede surgir de la ley, la libre aceptación, la comunidad de vida y la comunidad de peligro, o de la conducta precedente como generadora del deber de cuidado.” (CN Crim. y Correcc., Sala I, c. 21.823, “Musa, Adriana Marta”, rta. 17/02/2004).

Resulta interesante mencionar, por último, con respecto a los límites de la autoría y participación en este delito, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en cuanto al principio de confianza, en un reciente fallo de la Cámara Nacional del Crimen: “Sin embargo, a juicio de la sala, sostener en cabeza del director de la clínica la imputación que se le dirige luce desacertado en tanto y en cuanto se atiende a lo que la doctrina ha denominado “*principio de confianza*”. Sobre el tema se ha dicho que, cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. En base a esa división del trabajo es que los

seres humanos se organizan y reparten las tareas. La confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Así pues, si se tiene en cuenta el rol que desempeñaba Tejada dentro de la Clínica, en que claramente existe una división y reparto de tareas, su comportamiento se ajusta a lo que le era exigible de acuerdo a sus funciones: asistió personalmente a Krauss en la mañana siguiente a su ingreso (24/10/02) y luego delegó su atención médica en el staff de médicos y enfermeros de la Clínica a su cargo, sobre quienes depositó su confianza en el sentido de que asistirían a la paciente adecuadamente. Resulta prácticamente imposible que quien dirige el funcionamiento de un centro médico pueda ocuparse de todas las cuestiones relativas al funcionamiento mismo del lugar y, a la vez, encargarse de la atención médica de todos los pacientes allí internados. Por ello, atribuirle a Tejada responsabilidad en el suceso investigado importaría, a criterio de esta sala, un exceso en los límites de la participación (...). (CN Crim. y Correcc., Sala V, c. 34.024, “Miembros de Clínica Abril s/ procesamiento”, rta. 11/04/2008).

Consumación y tentativa.

Según Creus³⁵, con quien coinciden Estrella y Gómez Lemos³⁶, el delito no se consuma con el abandono o la colocación en situación de desamparo, sino cuando se ha concretado el peligro para la vida o la salud de la víctima. Por lo tanto, si ese peligro no se ha corrido concretamente, el hecho puede quedar en grado de tentativa o ser penalmente impune. Para Nuñez³⁷, el artículo 106 contempla un delito instantáneo que se consuma al momento en que el autor se aleja de la víctima o no acude hacia ella, dejándola así en una situación de desamparo peligrosa para su salud, por lo que también admite la tentativa. En contra de su admisión, se encuentra Soler³⁸, quien entiende que no es posible por ser la figura en cuestión un delito de peligro. Frente a ello, Donna³⁹ se posiciona en el mismo sentido de Creus⁴⁰, preguntándose: “no se alcanza a vislumbrar por qué, siendo un delito de peligro concreto, no puede admitirse la tentativa”.

A partir del planteo del profesor alemán, a los efectos de intentar comprender la postura de Soler, propongo reflexionar que, si bien al tratar el delito de abandono de persona, Soler lo caracteriza como un “delito de peligro” (a secas), muy probablemente lo entienda como delito de peligro abstracto, que, al no exigir el peligro en el caso particular, no deja lugar dogmático para la tentativa. Contrariamente, el delito de peligro concreto podría quedar en grado de tentativa cuando el riesgo, por motivos ajenos al autor, no se verifica en el caso específico. Por lo tanto, concluyo que Soler no admite la tentativa porque está pensando en un delito de peligro abstracto; de otro modo, claramente no tendría sentido dicha limitación.

Figuras agravadas.

Existen tres agravantes de la figura básica reseñada.

El primero se encuentra contemplado en el segundo párrafo del artículo 106 en cuanto dispone: “La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima”.

El segundo surge del tercer párrafo del citado artículo, que reza: “Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión”.

Como se desprende de estos dos supuestos, lo que agrava la penalidad es la concreción del resultado (grave daño en la salud, en el primer caso; muerte, en el segundo) como consecuencia del abandono o desamparo.

Qué se entiende por “grave daño en el cuerpo o en la salud” es un tema que ha dividido a la doctrina. Así, mientras para algunos autores, como Fontán Balestra⁴¹, el concepto sólo comprende

las lesiones graves y gravísimas, para otros, como Nuñez⁴², es suficiente que el perjuicio sea importante, aunque éste no llegue a configurar ninguno de los tres tipos de lesiones (por ejemplo llenaría el tipo un daño que incapacita al sujeto pasivo por un mes).

En mi opinión, entre ambas posiciones, es preferible la que se condice con un derecho penal mínimo: aquella que acota la carga punitiva a la concreción de una lesión grave o gravísima.

Como requisitos generales de ambos agravantes, se exige que el daño en el cuerpo o la salud, o, en su caso, la muerte, se originen en el abandono o la colocación en desamparo, como consecuencia natural de la concreción del peligro creado en el caso concreto.

“Por ello, y que he tratado de resumir del mejor modo posible en una causa tan médicamente técnica y compleja, es que no sólo no puedo, parigual que la colega de grado, dejar de tener dudas sobre el estado de abandono o de negligencia o impericia médica a que fue sometida P., sino que, lo que resulta más grave, tampoco puedo asegurar que el fallecimiento de P. reconozca un nexo de causalidad adecuada con el no traslado a otro instituto o con su no vigilancia durante las horas de la noche. Con otras palabras, lo que el Ministerio Fiscal no ha logrado acreditar, fundamentalmente, es el llamado nexo de antijuricidad, o sea, la casi seguridad de que el resultado mortal no se habría producido si el acusado hubiese observado una conducta acorde con el deber, es decir, que la muerte de la anciana en modo alguno era inevitable si se la trasladaba del geriátrico del encausado a un instituto de mayor complejidad tecnológica y médica” (CN Crim. y Correcc. Sala I, c. 43.099, “G. C.O. s/abandono de persona”, rta. 12/10/1993).

“El médico legista concluyó en esa oportunidad que las lesiones padecidas por Krauss tenían un tiempo de producción de entre 4 y 8 días, de manera que si se contempla la fecha de realización de ese informe (30 de octubre de 2002), y se retrocede mentalmente 4-8 días, es posible aseverar que las escaras se habrían producido entre los días 22 y 26 de octubre de ese año. Así, dado que Krauss permaneció internada en la Clínica Avril del 23 al 26 de octubre de 2002, es posible sostener, al menos con el grado de probabilidad requerido por el art. 306 del CPPN, que las lesiones sufridas fueron consecuencia del abandono en el que se dejó a la víctima. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, en la historia clínica de la damnificada correspondiente a su internación en la Clínica Avril, se consignó a su ingreso, 23 de octubre de 2002, paciente “*sin lesiones*”, lo que no permite ubicar su producción en fecha anterior a esa (ver fs. 8 de la historia clínica n° 3343).”

Para la doctrina mayoritaria, entienden autores como Creus⁴³, Nuñez⁴⁴ y Soler⁴⁵ que el daño grave en el cuerpo o la muerte son resultados preterintencionales, es decir que no se encuentran cubiertos por el dolo del autor, quien no dirige su accionar hacia esos resultados, lo que, como bien lo puntualiza Soler, se desprende claramente de la redacción de la norma, que se limita a indicar “si de ello resultare grave daño en el cuerpo o la salud de la víctima” (el subrayado es propio).

Por lo tanto, cuando el autor selecciona específicamente la puesta en peligro a los fines de causar dichos resultados, se aplicarán los tipos penales que los punen como “dolosos” (lesiones u homicidio).

Explica Creus⁴⁶ que la problemática que genera esta interpretación radica en que cuando las lesiones leves o graves se concretan como resultados dolosos en la mente del autor, la pena que le correspondería por remisión a los artículos 89 y 90 CP sería menor que cuando esos resultados son preterintencionales.

Al respecto, en primer lugar y en consonancia con el criterio minimizador del derecho penal expuesto, se podría argumentar que si entendemos “grave daño en la salud” como equivalente a “lesiones graves”, el problema de incongruencia quedaría, en principio, sólo acotado al ámbito de las lesiones graves, excluyendo a las leves.

Por otra parte, tal como lo indican los doctrinarios citados, siendo que el tipo penal del artículo 79 CP reprime más severamente la muerte como resultado doloso que aquella que se le

imputa al autor en forma preterintencional en el artículo 106, tampoco se generarían inconvenientes en este punto. Sin embargo, debe tenerse presente adicionalmente que sí subsistiría el problema advertido por la doctrina con respecto a las lesiones gravísimas, reprimidas con la misma pena que la agravante bajo estudio (3 a 10 años).

“Si la paciente, que necesitaba un tratamiento urgente, demoró varios meses -cuatro- en cumplir los recaudos solicitados por la obra social para que se autorice la práctica, los cuales no resultaban excesivos ni arbitrarios -en el caso, presentación de tres certificados médicos y resumen de la historia clínica-, no es posible encuadrar en el delito de abandono de persona seguida de muerte a la conducta de los auditores médicos que autorizaron la prestación una vez verificados tales requisitos, lo cual implicó el transcurso de dos meses más hasta que la atención se efectivizara, en tanto el tiempo que irrogó la tramitación de la autorización es sólo una porción del lapso total transcurrido desde que la urgencia fuera determinada. (CNCP, Sala III, Auditoría Médica de la Obra social “Construir Salud”, rta. 08/08/2007, La Ley 03/01/2008, 3 - JA 26/03/2008, 45).

El tercer agravante no se ocupa de los resultados, como en los dos casos anteriores, sino que se centra en el vínculo de parentesco existente entre víctima y victimario. Encuentra recepción en el artículo 107, que establece lo siguiente: “El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos, o por el cónyuge”.

En cuanto a la relación filial, entiende Nuñez⁴⁷ que la ley hace referencia al vínculo natural (aclarando, por ello, Soler⁴⁸ que la norma también abarca a los hijos extramatrimoniales), por lo que no se encuentra incluido el nexo derivado de la adopción. En cuanto a la relación conyugal, parece claro que no rige la previsión en el caso de divorciados.

Aclara Nuñez⁴⁹ que el tipo no contempla el elemento cognoscitivo previsto en el artículo 80, inciso 1, del CP, lo que no implica, sin embargo, para este autor, que el sujeto activo no deba conocer esa circunstancia, sino que admite la duda, lo que no ocurre en el caso del parricidio, en que se exige el conocimiento en forma expresa.

“El artículo 266 del Código Civil claramente establece que los hijos tienen el deber de cuidar a los padres en su ancianidad o en estado de demencia o enfermedad, y a proveer sus necesidades, en todas las circunstancias de la vida en que les sean indispensables sus auxilios. No hay duda, así, que el incuso revestía -respecto de su madre-, una especial posición jurídica que le imponía evitar la privación, aún en forma temporaria, de los debidos y necesarios cuidados para subsistir, y que su omisión, conforme surge de exámenes médicos practicados, ha ocasionado un concreto peligro para la salud de la víctima. Por tanto, si ha quedado acreditado que la víctima (madre del imputado) era una persona de avanzada edad, incapaz de valerse por sí sola, así como sus sucesivas caídas, debe confirmarse su procesamiento en orden al delito de abandono de persona calificado (art. 106, primer párrafo y art. 107 del C.P.)” (CN Crim. y Correcc., Sala V, c. 20.696, “Zajaczkowski, Estanislao R.”, rta. 17/03/2003).

Figura contravencional relacionada.

Para finalizar, quisiera efectuar una breve referencia al ámbito contravencional, atento mi actual desempeño laboral en la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la C.A.B.A. y a título de agradecimiento a una de sus integrantes, la Dra. Silvina A. Manes, quien me motivó y asesoró en la realización del presente trabajo.

El artículo 114 del Código Contravencional (en adelante, C.C.) dispone: “Incumplir obligaciones legales. Quien al conducir un vehículo participa de un accidente de tránsito y no cumple con las obligaciones legales a su cargo, es sancionado/a con doscientos (\$200) o dos mil (\$2.000) pesos de multa. La sanción se incrementa al doble en caso de fuga”.

El artículo 115 del CC, por su parte, prescribe: “Agravantes genéricos. Sin perjuicio de los agravantes particulares previstos en los artículos precedentes, las sanciones de las contravenciones previstas en este Capítulo se elevan: 1. Al doble cuando son cometidas por el conductor/a de un vehículo motorizado de carga o de transporte de pasajeros en servicio. 2. Al doble cuando el conductor/a finge la prestación de un servicio de urgencia, de emergencia u oficial o abusa de reales situaciones de emergencia o cumplimiento de un servicio oficial. 3. Al triple cuando son cometidas por el conductor/a de un vehículo de transporte escolar o de personas con necesidades especiales.”

Tal como lo expresa Oscar A. Lucangioli⁵⁰, el artículo 114 del C.C. sanciona al conductor de un vehículo que toma parte o participa de algún modo en un accidente de tránsito e incumple las obligaciones que, precisamente en virtud de ese accidente, se encuentran a su cargo.

La enumeración taxativa de dichas obligaciones se halla prevista en el artículo 65 de la Ley 24.449: 1) detenerse inmediatamente; 2) suministrar datos de su licencia de conductor y del seguro obligatorio a la otra parte y a la autoridad interviniente o, en caso que ninguno de éstos estuviere presente, adjuntar tales datos eficazmente al vehículo dañado; 3) denunciar el hecho ante cualquier autoridad de aplicación y 4) comparecer y declarar ante la autoridad de juzgamiento de investigación administrativa, cuando así le sea requerido.

La norma bajo estudio es una contravención dolosa, cuyo bien jurídico tutelado es la seguridad en el tránsito, específicamente contemplando la producción de un accidente.

En cuanto a los agravantes del artículo 115 del CC, en coincidencia con el citado autor, resulta atinado mencionar sucintamente que el primero tiende a proteger la integridad física no sólo del conductor, sino también de los pasajeros de los vehículos consignados en dicho inciso; mientras el tercero centra su atención específicamente en el peligro para menores o personas con necesidades especiales.

Más allá de las características generales que distinguen a las normas penales de las contravencionales, a los fines del presente, sólo interesa señalar que, si bien es cierto que a primera vista los arts. 106, 107 y 108 del CPN, por una parte, y 114 y 115 CC, por la otra, tutelarían conductas diferentes, no es menos cierto que, en el caso concreto, podría existir alguna zona de superposición entre ambos grupos normativos, por ejemplo en el supuesto de un conductor que ocasiona un accidente de tránsito del cual resulta un herido, sin auxiliarlo ni dar aviso a la autoridad competente, no existiendo otras personas en el lugar que puedan asistirlo, lo que daría lugar al simultáneo incumplimiento del artículo 106 del C.P. y 114 del C.C.

Dicha zona gris puede ser resuelta a la luz de lo dispuesto en el art. 15 del C.C., en cuanto establece que no existe concurso entre delito y contravención, pues el ejercicio de la acción penal desplaza a la contravencional.

De todos modos, si el hecho en cuestión no llegara a configurar un delito, lógicamente quedaría latente la posibilidad de subsumirlo en la norma contravencional.

“La mencionada figura contravencional establece como punible la conducta de darse a la fuga luego de haber participado de un accidente, quedando fuera de reproche cuando el hecho constituye delito, como por ejemplo en el caso que se produzca abandono de personas (arts. 106 y 107 CPN)” (CA Contr., Sala II, c.646-CC/00, “R., D.S. s/art. 79CC”, rta. 17/11/2000).

Notas.

¹ Struensee, Eberhard, *El abandono de personas*, conferencia dictada en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, el 8/9/97, trad. por Marcelo A. Sancinetti.

² Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7º Edición, Astrea, Buenos Aires, 2007.

³ Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Segunda Edición, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.

⁴ Nuñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Editora Córdoba, Buenos Aires, 1987.

⁵ Nuñez, Ricardo C., ob. cit.

⁶ Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.

- ⁷ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ⁸ Struensee, Eberhard, ob. cit.
- ⁹ Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.
- ¹⁰ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ¹¹ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963.
- ¹² Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- ¹³ Nuñez, Ricardo C., ob. cit.
- ¹⁴ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ¹⁵ Soler, Sebastián, ob. cit.
- ¹⁶ Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.
- ¹⁷ Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.
- ¹⁸ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ¹⁹ Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1968.
- ²⁰ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ²¹ Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto, ob. cit.
- ²² Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.
- ²³ Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.
- ²⁴ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ²⁵ Nuñez, Ricardo C., ob. cit.
- ²⁶ Soler, Sebastián, ob. cit.
- ²⁷ Struensee, Eberhard, ob. cit.
- ²⁸ Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto, ob. cit.
- ²⁹ Nuñez, Ricardo C., ob. cit.
- ³⁰ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ³¹ Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto, ob. cit.
- ³² Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ³³ Soler, Sebastián, ob. cit.
- ³⁴ Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.
- ³⁵ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ³⁶ Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto, ob. cit.
- ³⁷ Nuñez, Ricardo C., ob. cit.
- ³⁸ Soler, Sebastián, ob. cit.
- ³⁹ Donna, Edgardo Alberto, ob. cit.
- ⁴⁰ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ⁴¹ Fontán Balestra, Carlos, ob. cit.
- ⁴² Nuñez, Ricardo C., ob. cit.
- ⁴³ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ⁴⁴ Nuñez, Ricardo C., ob. cit.
- ⁴⁵ Soler, Sebastián, ob. cit.
- ⁴⁶ Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, ob. cit.
- ⁴⁷ Nuñez, Ricardo C., ob. cit.
- ⁴⁸ Soler, Sebastián, ob. cit.
- ⁴⁹ Nuñez, Ricardo C., ob. cit.
- ⁵⁰ Lucangioli, Oscar A., Nuevo Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley 1472 (BOCBA: 28/10/2004) Comentado. Anotado. Concordado. Prólogo: Carmen María Argibay, Editorial García Alonso, Buenos Aires, 2005.

Bibliografía.

- Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, 7º Edición, Astrea, Buenos Aires, 2007.
- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, Segunda Edición, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- Estrella, Oscar Alberto y Godoy Lemos, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1968.
- Lucangioli, Oscar A., Nuevo Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ley 1472 (BOCBA: 28/10/2004) Comentado. Anotado. Concordado. Prólogo: Carmen María Argibay, Editorial García Alonso, Buenos Aires, 2005.
- Nuñez, Ricardo C., *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, Editora Córdoba, Buenos Aires, 1987.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963.
- Struensee, Eberhard, *El abandono de personas*, conferencia dictada en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, el 8/9/97, trad. por Marcelo A. Sancinetti.