



Homicidio Agravado por el modo de Comisión

Por **Carolina Bressia y Javier A. De Luca**

Art. 80 inciso 6: *“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

6) Con el concurso premeditado de dos o más personas;”

Antecedentes Históricos, Legislativos y Proyectos.

La figura en cuestión no se encontraba en el Código Penal de 1921. Rodolfo Moreno (h.) excluyó a la premeditación como agravante general del código en tanto entendió que cuando se discuten las circunstancias de hecho en concreto, además de las dificultades probatorias que trae su comprobación, la premeditación se confunde con la alevosía y le da amplios márgenes de discrecionalidad al juez.

Por eso, la descartó como circunstancia agravante y prefirió incluir todas aquellas que revelan “por medio de hechos”, una resolución criminal ejecutada luego (alevosía, veneno, ensañamiento, precio, etc.).

El primer proyecto de código penal que propició la introducción del concurso de personas como circunstancia agravante fue el de Coll-Gómez de 1936 que castigaba al que mataba con el concurso de dos o más personas¹.

Luego, el Proyecto de Soler de 1960² también previó el concurso dos o más personas, pero exigió que sea premeditado y que los coautores interviniesen en la ejecución del hecho (art. 111 inc. 7º).

¹Véase la evolución legislativa por VERDE, Claudia; en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); *Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pag 257/258.

²ZAFFARONI, Raúl Eugenio; ARNEDO, Fernando; *Digesto de Codificación Penal Argentina*, T. 6, Editora A.Z, Madrid, España, 1996, p. 437.



Por su parte, el Decreto-ley 4778/63 preveía como agravante del homicidio, “cuando en el hecho intervengan dos o más personas”. Lo dispuesto, seguía la propuesta del Proyecto de 1963 y, según Molinario-Aguirre Obarrio³, tenía en cuenta la cantidad de intervinientes en el hecho, es decir, se trataba de una cuestión exclusivamente cuantitativa.

Posteriormente, la ley de facto 17.567 modificó el artículo y reprodujo el Proyecto de 1960 de Soler que rezaba: “*con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho.*”

Los autores de este proyecto entendían que: “*responde a la idea de la comisión considerar específicamente los casos en que la pluralidad de autores tiene significado. No se trata de una mera concurrencia, sino de un acuerdo para ejecutar el delito. La pluralidad de agentes preordenada al delito se ha considerado, siempre, a justo título, como índice de mayor peligrosidad que la del que obra por sí solo, y porque al disminuir la posible defensa de la víctima impone que la protección social sea más enérgica a través de la pena acentuada. Por lo demás, si tal circunstancia se toma en cuenta para calificar de agravados los hurtos y robos, debe igualmente aceptarse aquélla para el caso de homicidio cuando dicho concurso fuere premeditado, esto es, que responda a una convergencia previa de voluntades, donde la acción de cada uno aparezca subjetiva y objetivamente vinculada con la de los otros partícipes y no por simple reunión ocasional*”.

En la Exposición de Motivos de esa ley de facto, se indicó que esta fórmula era *subjetivamente* más restringida que la anterior ya que se exigía tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo el concurso premeditado, es decir, el acuerdo preordenado para efectuar el delito todos los partícipes y la intervención de éstos en el ámbito de los actos de ejecución de la muerte excluyendo así cualquier modo de complicidad⁴.

Sin embargo, con posterioridad, la ley de facto 21.338 suprimió el requisito de que los partícipes intervinieran en la ejecución del hecho. Es la redacción vigente, porque así lo dispuso la ley 23.077.

³MOLINARIO, Alfredo-AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Los delitos*, Tipográfica Argentina Editora, Buenos Aires, 1996, pág. 143.

⁴Véase la evolución legislativa por VERDE, Claudia; en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); *Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pag 257/258.



El Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación del año 2006, mantuvo la redacción actual⁵.

Bien Jurídico.

El tipo penal en cuestión se encuentra en el Capítulo I del Primer Título del Código Penal que se refiere a los delitos contra la vida y las figuras allí contenidas reprimen las conductas que ofenden el interés de cada ser humano de gozar de la vida⁶ o en cualquier caso, que vulneran la relación de disponibilidad de cada ser humano con su propia vida⁷.

La persona física, ante todo, supone un “soporte biológico” que la distingue de la persona moral y es esa unidad biológica en la que descansa la personalidad, la que no debe suprimirse, dañarse, ni ponerse en peligro a través de las conductas tipificadas en este título⁸.

Concretamente en el caso de la agravante que nos convoca, la doctrina coincide en que el fundamento es la mayor indefensión de la víctima o la mayor ofensa del bien jurídico, frente al concurso de personas que matan mediante o con premeditación o planeamiento anticipado.

Ambas circunstancias, la planificación anticipada y la cantidad de personas que concurren *al hecho*, disminuyen la posibilidad de defensa del sujeto pasivo.

Sujeto Activo.

Está fuera de discusión, sobre todo porque surge de una simple interpretación literal, que los sujetos que intervienen deben ser al menos tres. Esto así, en tanto el inciso exige el concurso premeditado “del que matare” y “dos o más personas”.

Sin embargo, no existe consenso respecto de todo lo demás. No hay coincidencias en cuanto a la etapa en la que se exige la intervención de al menos tres personas. Tampoco se encuentra suficientemente aclarado si los intervinientes deben ser autores o cómplices y, en relación a esto último,

⁵Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 143/144.

⁶ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *op. cit.*, p. 104.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro; *Derecho Penal Parte General*; Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 489.

⁸ GOSCILO, Antonieta; *Los bienes jurídicamente protegidos en Lecciones y Ensayos*, Segunda Epoca, Temas de Derecho Penal, Buenos Aires, EUDEBA, 1981, p. 26.



si basta con la complicidad secundaria para que se aplique la circunstancia agravante. Tampoco si todos los intervinientes deben haber actuado en forma típica, antijurídica y culpable.

Como puede observarse de la evolución legislativa, en un primer momento sólo se exigía la intervención de dos o más personas “en la ejecución del hecho” y posteriormente se requería, además, la premeditación.

En la redacción actual, sólo se castiga al que matare con o mediante el concurso premeditado y se suprimió la exigencia de la intervención en la ejecución.

A nuestro modo de ver, esto supone la concurrencia de al menos uno de esos tres intervinientes en calidad de autor y no obsta a que los demás intervinientes puedan concurrir al hecho a través de aportes sustanciales en la etapa preparatoria.

Pero las discordancias de la doctrina surgen de la concepción de la teoría del delito que adoptan los autores. Maggiore entiende que es posible que un inimputable actúe con premeditación⁹. Por el contrario, Buompadre señala que “los que participan del acuerdo deben ser capaces penalmente, esto es, imputables, por cuanto la exigencia de la premeditación indica que cada interviniente debe reunir un mínimo de conciencia y voluntad en la formalización del convenio. Sin discernimiento no puede haber acuerdo válido”¹⁰. Por consiguiente, para él quedan fuera de la agravante los inimputables por minoridad o por deficiencia mental.

Esta discusión, en realidad, dependerá de qué es lo que entiende cada autor por imputabilidad. Siguiendo a tesis que ubica el dolo en la tipicidad y no en la culpabilidad¹¹, aquélla es la capacidad psíquica de ser sujeto de reproche que se compone de la capacidad de comprender la antijuridicidad del comportamiento y la de adecuar la conducta a dicha comprensión.

Como veremos, el tipo penal en cuestión agrava la pena del homicidio cuando se mata *mediante* el “concurso premeditado” de dos o más personas, lo que supone la verificación de elementos objetivos y subjetivos que hacen a la configuración del tipo objetivo y no a la comprensión de la antijuridicidad.

⁹MAGGIORE, Giuseppe; *Derecho Penal Parte Especial*, Volumen IV, Delitos en particular (continuación), Ed Temis, Bogotá, 1972, p. 304/305.

¹⁰BUOMPADRE, Jorge Eduardo; *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, 1, 3ª edición actualizada y ampliada*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 144.

¹¹ZAFFARONI, Raúl Eugenio; *Manual de Derecho Penal Parte General*, Sexta Edición (Segunda Reimpresión), Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 534.



Recuérdese que la agravante mira a la víctima, al bien jurídico lesionado, y no tanto a las capacidades individuales de todos los intervinientes.

Sujeto Pasivo.

Puede tratarse de cualquier persona toda vez que no se exige ninguna cualidad para la autoría.

Sin embargo, Molinario-Aguirre Obarrio indican que cuando “los acometidos son más que los delincuentes¹²”, cae la posibilidad de aplicar la agravante, en tanto en este caso no existe una disminución de la posibilidad de defensa de la víctima, que es el fundamento de la agravante.

Esta solución, sin embargo, no parece derivar de una inteligencia del texto sino de razonamientos que recurren al sentido de la agravante y al menor grado de ofensa del bien jurídico. Habrá que computar todos estos datos en cada caso concreto.

Es decir, la existencia de un concurso premeditado o planificado va más allá de la mera reunión de personas para cometer un homicidio y la mayor peligrosidad o poder ofensivo del sujeto activo en un análisis estrictamente cuantitativo, porque no está simplemente vinculada a la cantidad de intervinientes durante la etapa ejecutiva.

En este sentido, si los agresores son menos pero han premeditado un buen plan, disponen de medios infalibles y cuentan con el factor sorpresa, no podrá negarse que existe un concurso premeditado. Una cosa es el acuerdo y otra la premeditación, aunque esta última no constituya alevosía. Si tres personas cierran la puerta de salida de un estadio y llenan con agua o tiran gases en el lugar y de ese modo matan a cien personas, no habría dudas de que el homicidio fue cometido mediante el concurso premeditado pese a que “los acometidos” son muchísimos más que los sujetos activos del delito.

Tipo Objetivo. Autoría y Participación.

La figura en cuestión puede contemplar distintas situaciones y la fórmula “con el concurso premeditado de dos o más personas” es lo suficientemente amplia para abarcarlas, sin forzar la interpretación literal.

¹²MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob cit.*, p. 144.



Como adelantamos, la agravante exige matar con o mediante el concurso premeditado de dos o más personas, lo que supone la concurrencia de al menos uno de los intervinientes en calidad de autor, sin perjuicio de que la participación de los otros dos intervinientes pueda consistir en la realización de un aporte sustancial en la etapa preparatoria.

En este sentido pueden verificarse diversas hipótesis. Si dos de los intervinientes sólo hacen aportes fundamentales al plan premeditado en la etapa preparatoria, en cuyo caso se tratará de instigadores o de cómplices necesarios (art. 45 del CP), el tercero de los intervinientes intervendrá en la etapa ejecutiva dominando el hecho; o que lo hagan todos codominando el hecho a través de la ejecución de un tercero, etcétera. Tiene que haber al menos un autor, de conformidad con la exigencia del art. 45 del CP.

Sin embargo, también puede suceder que los que premeditan se valgan de un tercero, un instrumento que actúa en forma atípica por ausencia de dolo, de manera justificada (colocaron al ejecutor en situación de legítima defensa sin que la víctima conociera la premeditación) o de un inimputable que no domina su propio hecho.

En este caso, ninguno de los que premeditan interviene en la etapa ejecutiva y, sin embargo, se aplica la figura en cuestión, porque hay autoría mediata de ellos con dominio del hecho.

A nuestro modo de ver, no es atendible que “sólo se justifica la mayor punibilidad cuando realmente la pluralidad puede aminorar la defensa de la víctima, lo que no ocurriría con los partícipes que no intervienen en el hecho”. Ya lo vimos en el ejemplo de la cancha de fútbol que la cuestión estrictamente cuantitativa no es determinante a fin de tener por configurada la agravante.

Con el mismo argumento, no se sigue aquí la posición de quienes¹³ señalan que es necesario que esas tres personas estén frente a la víctima porque la mayor culpabilidad se deriva una cierta superioridad o preeminencia física.

Coincidimos con Fontan Balestra-Ledesma¹⁴ que entienden que la exigencia de la concurrencia en ambas etapas no es exigible en la ley actual, porque basta con la simple comparación de las sucesivas figuras, en tanto la redacción actual que viene de la ley de facto 21.388 se aparta de lo exigido por la ley anterior que requería el concurso premeditado y la intervención en la ejecución.

¹³ MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *ob cit*, p. 144.

¹⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos- LEDESMA, Guillermo A.C; *Tratado de Derecho Penal, La Ley*, Buenos Aires, 2013, p 109.



Tal como señalamos al inicio, la ley no exige que el concurso se dé en forma de coautoría, es decir, no requiere la decisión común al hecho, más la ejecución mediante división de tareas. Esta interpretación se basa en la exigencia de la anterior redacción del tipo en cuestión según la ley de facto 17.767 seguía el Proyecto de Soler.

Buena parte de la jurisprudencia sigue la postura de la coautoría premeditada¹⁵. Sin embargo existen otros pronunciamientos en los que se admite que los que “premeditan” sean instigadores.

En tal sentido, en un precedente de la Cámara Criminal y Correccional se señaló que: “... habremos de diferir en torno al grado de responsabilidad, pues consideramos que lo hicieron en carácter de instigadores en los términos del artículo 45 del Código Penal.(...) Ello habida cuenta el rol desplegado por cada uno de los imputados en el cuadro antes reseñado, habiendo estado su conducta dirigida a captar la voluntad de aquellos que perpetraron el hecho, para lo cual mantuvieron insistentes y reiteradas comunicaciones -como se dijo-, que continuaron, pese a haber logrado determinarlos a cometer el suceso, en el afán de asegurar su comparecencia y, más tarde, el resultado. Si bien dentro de la "barra brava" (...) parece ubicarse a la cabeza, cierto es que aquí nos toca valorar un concreto ilícito penal en el cual, conforme los elementos obrantes en la causa, hubo un reparto de funciones para captar las voluntades de los ejecutores y luego para perpetrar el hecho de la forma en que se hizo, teniendo los causantes noticias permanentes sobre lo que ocurría, pretendiendo así asegurar que ellos, que podrían ser identificados con mayor facilidad por ser los referentes del grupo, se mantuvieran en la impunidad, mediante una coartada que los alejase del lugar de comisión. Así, en virtud a la influencia que tenían sobre el resto de los componentes de la facción, uno por ser el líder, el otro por ser su hermano, y el tercero por la relación que lo acercaba al primero, determinaron a los ejecutores materiales a la producción del hecho que aquí analizamos. (...) Consideramos dicho encuadre como el más adecuado a tenor de las constancias del proceso y en el entendimiento de que los conceptos de autor, partícipe e instigador no pueden ser determinados sino a partir de los datos que brinda la realidad. En efecto, tal como ha sido llevado a cabo el acontecer delictivo, y en cuya materialización a través de una distribución de roles no aparecen interviniendo los imputados como ejecutores, no puede sostenerse que contaron

¹⁵Conforme Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, *Pacheco Errea, Enrique y otros*, en La Ley 1986-B-598, entre otros.



con el dominio del hecho por ser autores mediatos, ya que nada indica que la conducta de determinación hubiese sido concretada en las especiales circunstancias que demanda dicha imputación (determinado que no realiza conducta o que lo hace atípicamente, o bajo causa de justificación). Por otra parte, la significación jurídica del hecho adoptada por el juez instructor, en tanto lo considera incurso en la agravante que prevé el inciso 6° del artículo 80 del Código Penal resulta a nuestro juicio ajustada a las constancias de la causa, en virtud a las consideraciones efectuadas previamente. En efecto, lo expuesto nos permite concluir que previo al hecho existió una planificación que persistió hasta su ejecución. Véanse en ese aspecto las tareas desplegadas a los fines de obtener la concurrencia de aquellos que se señalan como los ejecutores, como también lo hecho por estos últimos ya en el lugar del hecho, hacia el cual se habrían desplazado en grupo -más de tres en el caso- para aguardar a que las víctimas salieran a la vía pública...” (C.N.Crim. y Correc, Sala IV, SCHLENKER, Alan y otros, del 27/02/08 n° 33.789).

En consecuencia, no es necesario para que se aplique la agravante que los sujetos activos deban intervenir todos en la etapa de ejecución. Como vimos, el plan premeditado puede llevarse a cabo de distintas maneras y dichas hipótesis quedan comprendidas dentro del tipo legal.

En segundo lugar, no compartimos aquella posición que entiende que también se aplica la agravante cuando los intervinientes en la ejecución y en el acuerdo previo realizan un aporte de menor significación al hecho, es decir, cuando se trata de cómplices secundarios¹⁶.

El tipo penal actual exige el concurso premeditado de dos o más personas, lo que supone la concurrencia de al menos uno de los intervinientes en calidad de autor ya sea como ejecutor o autor mediano y no obsta a que los demás intervinientes hagan aportes sustanciales en la etapa preparatoria y actúen como instigadores o partícipes necesarios. Pero de ningún modo, el texto admite la complicidad secundaria.

Esto se deriva de los presupuestos de la expresión “concurso premeditado” que describe la presencia de un aspecto subjetivo (premeditación) y uno objetivo, realización del plan preordenado, lo que importa sin dudas que los intervinientes concurran al hecho de alguna de las maneras previstas en el art. 45 del Código Penal y no a través de “cualquier aporte” tal como lo prevé el 46 del código citado.

¹⁶BUOMPADRE, *Ob cit*, p. 135.



Por lo demás, no hay dudas de que quedan fuera los acuerdos ocasionales, en tanto lo determinante es que exista una unidad de designio que culmine en el resultado muerte, donde las acciones de los que intervienen aparezcan vinculadas objetiva y subjetivamente entre sí para el logro de un fin común¹⁷.

Si luego del acuerdo, surge de una modificación del curso del plan original en el desarrollo, se aplicará el art. 47 del CP, toda vez que siempre cada uno de los partícipes responde en la medida de su dolo, es decir de lo que ha conocido y querido.

Tipo Subjetivo.

Como vimos, una de las características de esta agravante que permite distinguirla de otras, es la exigencia de un “concurso premeditado”.

Carrara¹⁸ y Maggiore¹⁹ se refieren a la premeditación de acuerdo a su terminología y concepción del dolo. Ambos coinciden en que se trata de un caso de intensificación y reforzamiento del dolo, lo que implica una duplicación del designio (en el dolo hay una escala que va subiendo por grados, desde el llamado dolo de ímpetu hasta la reflexión normal, y hasta la premeditación misma) y un menor poder en la víctima para defenderse contra la agresión. Es lo que Carrara denomina una “mayor cantidad de dolo”.

La premeditación da cuenta de un cálculo maduro, mediante el cual el sujeto activo puede eludir con más seguridad todas las precauciones de su víctima. Es decir, la mayor dificultad que la víctima tiene para defenderse contra el enemigo que fríamente calculó la agresión aunque no debe tratarse de un caso de alevosía en la que el hecho se realiza “sin peligro para el autor”.

Para que se verifique esta circunstancia, tienen que comprobarse manifestaciones positivas del ánimo en coincidencia con la forma de dar muerte. Es decir, una preordenación tranquila y calculada de los medios dirigidos a efectuar la muerte tal como fue realizada.

¹⁷CN Crim. y Corr., Sala de FERIA B, 26/1/99, “J.C.R.”, causa 93, BJCNCyC, n° 1/99, entre muchos otros citado en VERDE, Claudia; en BAIGUN, David; ZAFFARONI, Eugenio Raul (directores); *Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial*; Tomo 3, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pag 257/258

¹⁸CARRARA, Francesco; *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial*, volumen 1, segunda reimposición de la tercera edición, Temis S.A., Bogotá, 2005, p. 110/117.

¹⁹MAGGIORE, *ob cit*, p. 303/304.



Por eso, no puede tener una existencia puramente subjetiva, pues en su naturaleza misma lleva la esencia de una dirección determinada, y por lo tanto debe definirse de manera acumulativa, teniendo en cuenta condiciones subjetivas y objetivas.

Por su parte, Rodolfo Moreno (h.)²⁰ señala que se entiende por premeditación el designio formado de antemano para la ejecución del acto. Supone un plan pensado con tiempo y ejecutado en el momento oportuno.

Tal como señalamos, la premeditación entre nosotros, recién aparece con este inciso y, en la redacción actual, se producirá cuando se verifique en el plan de al menos tres personas que concurren al hecho ya sea en la ejecución como en la etapa preparatoria.

En esa planificación o anticipación en el modo de matar, deberán confabularse al menos tres personas. Es en esta circunstancia en la que ha hecho hincapié el informe de la comisión a la ley de facto 17.567 ya citada, cuando señala que el concurso es premeditado si responde “a una convergencia previa de voluntades, donde la acción de cada uno aparezca, subjetiva y objetivamente, vinculada con la de los otros partícipes y no por simple reunión ocasional”.

Fontan Balestra-Ledesma²¹, por su parte, señalan que el elemento subjetivo que contiene la figura, el concurso premeditado, no es la mera concurrencia de voluntades que satisface la participación; aquí se requiere que los partícipes se hayan puesto de acuerdo previamente para matar.

Toda premeditación es anterior al hecho y supone que los intervinientes se han puesto de acuerdo para matar en concurso de *ese* modo. La preordenación o planificación anterior al hecho tiene que manifestarse en la ejecución, pese a que no es necesario como ya vimos que se exija que al menos tres personas estén frente a la víctima.

Consumación y Tentativa.

Hay tentativa cuando de conformidad al plan concreto del autor o de los autores hay comienzo de ejecución del delito de que se trata. Esto no implica la realización del verbo típico sino de actos que según aquella proyección son inmeditamente anteriores e implican un peligro para el bien jurídico²². El plan individual de los autores definirá el asunto en cada caso concreto. Como se suele decir, el “cómo”

²⁰MORENO, Rodolfo (hijo); *El Código Penal y sus antecedentes*; Tomo III, H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, p. 337.

²¹*Ob cit*, p. 108.

²²ZAFFARONI, Raul Eugenio, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 153.



(se propusieron hacerlo) definirá el “cuándo” (se pasa de la etapa de actos preparatorios y hay comienzo de ejecución).

En el ejemplo de la cancha de futbol, cuando los que participan del acuerdo premeditado, cierran las puertas del estadio y abren la llave de gas, hay tentativa de homicidio bajo esta modalidad agravada.

En cambio, en el caso de que los autores premeditados se valen de un tercero que actúa en forma atípica por ausencia de dolo, de manera justificada (colocaron al ejecutor en situación de legítima defensa sin que la víctima conociera la premeditación) o de un inimputable que no domina su propio hecho, es decir, se trata de un supuesto de autoría mediata, la tentativa comienza con la determinación. Si se trata de la instigación a un inimputable que domina el hecho, hasta que el determinado no comience la ejecución, no habrá tentativa.

El tipo agravado estará consumado, cuando el supuesto de hecho fáctico cumplimenta todas las características del tipo. En este caso cuando se produzca la muerte del sujeto pasivo como consecuencia de los actos de los intervinientes que acordaron esa determinación en forma premeditada.