

## **HOMICIDIO AGRAVADO POR LA PLURALIDAD DE AGENTES**

**MARÍA ALICIA ISOLA\***  
**MARIANO HUGO SILVESTRONI \***

### **I. INTRODUCCIÓN**

En el artículo 80 de nuestro Código penal se encuentran tipificadas las agravantes del delito de homicidio.

Muchas veces resulta difícil precisar el alcance de las mismas y más aún encontrarles un fundamento. De allí la necesidad de ahondar la investigación del tema, más cuando lo que está en juego es la privación perpetua de la libertad de una persona.

En el presente ensayo nos avocaremos al estudio del inciso sexto del artículo ochenta, que agrava el homicidio cuando se cometiére «con el concurso premeditado de dos o más personas».

### **II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

A partir del proyecto Coll-Gómez del año 1936 se comienza a propiciar esta agravante, con la siguiente redacción: «El que matare... con el concurso de dos o más personas».

Desde entonces, las redacciones dadas a este tipo penal

\* Estudiantes de Derecho (U.B.A.)

agravado fueron las siguientes:

— Proyecto Peco: «El que matare con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho».

— Dec. Ley 4778/63: «El que matare cuando en el hecho intervengan dos o más personas».

— Dec. Ley 17.567: «El que matare con el concurso premeditado de dos o más personas que intervengan en la ejecución del hecho».

— Ley 20.642: «El que matare... con el concurso premeditado de dos o más personas».

Esta última redacción fue la que se mantuvo al introducirse al código penal su última reforma con la sanción de la ley 23.077.

### III. FUNDAMENTO DE LA AGRAVANTE

Buscar un fundamento para el aumento de la punición de una conducta (que en este caso se produce mediante una agravante), es tratar de justificarla a la luz de una teoría de la pena.

Núñez (*Derecho penal Argentino*, Bs. As., Actualización, Lerner, 1975, Tomo III, pág. 69), adoptando un criterio preventivo especial, sostiene que en el caso existe una mayor peligrosidad derivada de la *Preordenación* del concurso para matar.

Pensamos que esta afirmación es incorrecta. La premeditación no demuestra un mayor grado de peligrosidad, por el contrario, es más peligroso el sujeto que actúa en forma impulsiva que aquél que medita sus acciones y mide las consecuencias de sus actos. Por otra parte sustentar un criterio peligrosista es un resabio del derecho penal de autor que viola el principio de legalidad consagrado en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional.

Creemos que lo que fundamenta la agravante es el mayor reproche existente como consecuencia de la mayor afectación sufrida por el bien jurídico tutelado (la vida) producida por el

aumento del estado de indefensión de la víctima ante la intervención de tres sujetos. Es decir que es la teoría retribucionista donde se halla, a nuestro juicio, el único justificativo posible para este inciso.

Sin embargo, queda por ver si en la premeditación encontramos alguna otra razón para sustentar el aumento de la pena. Es sabido que desde el punto de vista retributivo es más culpable el sujeto que obra evaluando ex-ante la acción delictiva que el impulsivo ya que aquél tuvo más tiempo y mayores posibilidades de motivarse a derecho; de allí que la premeditación haya sido históricamente la agravante por excelencia y la madre de todas las demás. A pesar de ello, en nuestro código no la encontramos como agravante en forma autónoma, esto nos lleva a preguntar ¿Por qué es relevante la misma cuando los que obran premeditadamente son tres y no cuando es uno solo? ¿Acaso es mayor el reproche individual por el hecho de premeditar en conjunto? Creemos indudablemente que no. La premeditación aumenta el reproche porque hubo mayores posibilidades de motivarse por la norma, pero estas chances no aumentan por el hecho de que premediten varios.

Lo que hay que destacar es que la preordenación no adquiere especial importancia por el hecho de que se lleve a cabo entre tres. Ella opera como un elemento limitativo de la agravante excluyendo aquellos casos en los que individualmente hubo menores posibilidades de motivarse por la norma. La premeditación hace al mayor reproche personal y, posiblemente, fue introducida en este inciso para excluir la simple reunión ocasional por ser considerada menos reprochable.

En síntesis el fundamento de la existencia de la calificación es el mayor reproche existente por el aumento del estado de indefensión de la víctima y por la mayor posibilidad de motivarse por la norma dada por la preordenación del concurso para matar.

#### IV. Aspecto cuantitativo

Abordaremos el análisis del tipo penal en cuestión comen-

zando por el elemento objetivo del mismo:

#### IV. A. Concurso

Según el Diccionario de la Real Academia Española concurso quiere decir: «muchedumbre o abundancia grande de gente junta en un mismo lugar; reunión simultánea de sucesos, circunstancias o cosas distintas; asistencia o ayuda para una cosa».

En cuanto al significado del término, López Bolado (*Los Homicidios Calificados*, Bs. As., Plus Ultra, 1975, Cap. VI, pág. 214) lo asimila a asistencia y por su parte Levene (h) (Cita de López Bolado Ob. Cit. pág. 216) se refiere a intervención.

Entendemos que debe descartarse la posibilidad de interpretar este término en sentido amplio asemejándolo a «acuerdo de voluntades». De lo contrario todos los supuestos de autoría y participación en donde interviniesen tres sujetos como mínimo, mediando un previo acuerdo, quedarían subsumidos en esta agravante. Desde el punto de vista de la redacción, si esto fuese lo querido, bien podría haberse redactado este inciso aduciendo al que matara «con la participación premeditada de dos o más personas».

Coincidimos en que se interprete el término como asistencia o intervención. Ahora bien, si descartamos la asimilación a la participación en general, lo que la ley nos está queriendo decir es que la asistencia debe ser durante la etapa de ejecución del hecho. Por otra parte, esta es la única interpretación que se condice con el fundamento de la agravante ya que sólo puede aumentar el estado de indefensión de la víctima quien participa durante la etapa de ejecución. En cambio, quien por ejemplo, actúa antes, podrá determinar el hecho (caso del instigador) o hacerlo posible (caso del cómplice primario) pero no aumentar el estado de indefensión. Estos aportes hacen a la posibilidad de existencia del hecho y por tal motivo se hallan tipificados en forma accesoria en la parte general de nuestro código, pero no debemos confundir el peligro creado hacia el bien jurídico por los mismos, con la disminución de la capacidad

defensiva de la víctima generada por un determinado modo de comisión.

La doctrina dominante sostiene que la *ratio legis* de la última modificación hecha a este inciso, fue la de ampliar el tipo penal suprimiendo la exigencia de que se concorra en la etapa de ejecución. No compartimos esta opinión. Creemos que el fin de la reforma no fue modificar el sentido del término «concurso», sino el de incluir a los partícipes entre los posibles concurrentes; teniendo en cuenta que, antes de la reforma, los autores sostenían en forma casi unánime (en disidencia López Bolaño, *ob. cit.*, pág. 214) que la norma al aludir a quienes «...intervengan en la ejecución del hecho» excluía a aquéllos que no fueran coautores.

En síntesis, concurre a matar quien actúa en la porción del *-iter criminis-* que va desde el comienzo de ejecución hasta la consumación del hecho, ya que sólo de este modo la asistencia recíproca de tres sujetos puede disminuir la capacidad defensiva de la víctima y justificar la agravante.

#### IV. B. CANTIDAD DE CONCURRENTES

Coincidimos con la doctrina mayoritaria en el sentido de que en total los concurrentes deben ser tres: el que mata más otros dos (obviamente pueden matar todos en conjunto). Sólo Fontán Balestra (*Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Bs. As., Abeledo Perrot, 1969, Tomo IV, pág. 120*) sostiene que basta que concurren dos.

#### IV. C. CARÁCTER DE LA INTERVENCIÓN

Debemos dilucidar cuál es el carácter de la intervención de los concurrentes que exige el tipo objetivo de este delito.

Es evidente que existe concurso cuando el hecho es ejecu-

tado por tres coautores (sean funcionales o paralelos), ya que los tres matan *asistidos* recíprocamente o *interviniendo* conjuntamente en la perpetración del delito.

Más problemático es determinar el carácter de la participación criminal (en sentido estricto) requerida por el tipo; es decir cuáles partícipes son considerados por la norma como concurrentes y cuáles no.

Para resolver el problema debemos partir de la definición de concurso. Si dijimos que es la asistencia e intervención durante la etapa de ejecución, entonces, sólo concurrirán quienes actúen en esta etapa.

Además de los autores (coautores en nuestro caso), sólo los cómplices secundarios actúan durante la ejecución. El cómplice primario queda excluido ya que, por definición es aquel que con anterioridad al comienzo de ejecución realiza un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido producir. Si el aporte fuera posterior, o sea durante la ejecución, tendría dominio del hecho y por lo tanto no sería cómplice sino autor. Con respecto al instigador cabe decir que no puede concurrir porque actúa con anterioridad a la ejecución.

El siguiente ejemplo aclarará mejor los conceptos: supongamos que tres sujetos, «A», «B» y «C», acuerdan premeditadamente matar a su peor enemigo. Durante la ejecución del hecho «A» se encarga de sostenerlo, «B» de amordazarlo y «C» de apuñalarlo.

«A» y «C» son coautores funcionales, ya que durante la etapa de ejecución realizan un aporte sin el cual el hecho, de ese modo, no se hubiera podido producir, y lo hacen dividiéndose la tarea. «B», en cambio, es un cómplice secundario ya que su aporte (amordazar a la víctima) era prescindible para lograr la consumación. En este caso existe concurso premeditado de dos o más personas y se da el fundamento de la agravante ya que la acción de cada uno ha contribuido a aumentar la indefensión de la víctima, aún la acción de quien la amordaza, ya que esto le impide pedir auxilio.

Dijimos que sólo los cómplices secundarios son los únicos partícipes que técnicamente pueden concurrir, pero esto no

quiere decir que todos ellos puedan hacerlo. El auxiliar subsiguiente jamás concurre ya que actúa con posterioridad a la consumación. Una vez precisado formalmente el ámbito de subsunción objetiva del tipo, sólo nos resta resolver un problema que es saber qué sucede cuando, en el caso concreto, a pesar de existir el concurso en los términos ya explicados el estado de indefensión de la víctima no aumenta. Un ejemplo de ello es el caso en el que dos coautores matan a la víctima mientras un cómplice secundario hace guardia en la puerta. Es evidente que éste último no disminuye de ningún modo la capacidad defensiva del sujeto pasivo. ¿Qué sucede entonces? ¿Subsiste la agravante?

La resolución de este interrogante excede quizás el ámbito del derecho penal y hace más que nada al criterio que sustentemos en materia de interpretación de la ley. Si creemos que lo que debe prevalecer es el fin de la ley, su coherencia, su sentido, en definitiva, su razonabilidad, entonces sólo cabría mantener la agravante cuando su único fundamento constitucional y dogmático (o sea la mayor reprochabilidad fundada en el aumento del estado de indefensión de la víctima) exista en el caso concreto. Lo contrario, a nuestro juicio, sería irrazonable porque carecería de sentido la aplicación de esa pena, tornando en caprichosa la diferenciación y violando el principio de igualdad, entendido este en un sentido real y no meramente formal.

#### V. Aspecto subjetivo

Analizaremos ahora el tipo subjetivo de este delito comenzando por su principal elemento que es el dolo.

Para que cada concurrente obra con dolo debe actuar con conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo. Para que ello ocurra debe saber que concurre a matar con dos o más personas, y debe querer realizar el hecho de ese modo. Más adelante analizaremos lo que pasa en los casos de error.

## VI. PREMEDITACIÓN

### VI. A. CONCEPTO

En la doctrina se observan distintos criterios en lo que respecta a la definición de *premeditación*. Como sostiene Heredández... (*La Premeditación*, Ed. Bosch, Barcelona 1958, pág. 19) la define como «meditar antes con detenimiento acerca del acto o delito que se trata de ejecutar, siendo necesario que después de haber resuelto cometer el delito se mantenga fría y serenamente dicha resolución durante cierto tiempo hasta que se ejecute el hecho». No vemos por qué se habla de frialdad en el mantenimiento de la resolución. No existen argumentos convincentes que demuestren que quien durante horas mantiene acalorada y eufóricamente su determinación de matar, no haya premeditado (o sea meditado con anterioridad). Creus (*Derecho Penal Parte Especial*, 3era. edición actualizada, Bs.As., Astrea, 1990, pág. 33), por su parte, sostiene que en este delito no cabe el concepto tradicional del término *premeditación*, siendo innecesaria una prolongada deliberación.

En cuanto a los puntos que se deben pactar en el acuerdo, existe una gran diversidad de criterios, están quienes exigen un plan concreto del hecho y también quienes, como Orgeira (*Revista de Derecho Penal*, N° I, julio de 1969, pág. 22), en opinión que compartimos, sostienen que ni siquiera es necesario que los intervinientes determinen previamente quién va a ser la víctima.

Hay uniformidad en la doctrina, a la que no nos oponemos, en el sentido de que lo premeditado debe ser matar de determinado modo, o sea en concurso.

Por nuestra parte, coincidimos con la definición de Carrara (conforme cita Orgeira, *ob. cit.*) quien sostiene que el homicidio premeditado es el que «se comete para ejecutar la resolución de dar muerte tomada antes seriamente, aunque sin que sea necesario fijar modo ni tiempo, puesto que la determinación de estos dos últimos elementos pueden quedar inciertos en la mente homicida».



## VI. 2. A. UBICACIÓN DOGMÁTICA

Tratar de encaillar este elemento dentro de alguna categoría dogmática, quizás sea la tarea más difícil de este ensayo, no sólo por la complejidad teórica del problema sino, más que nada, por las consecuencias prácticas que del mismo resultarán. Veamos pues cuáles son las alternativas al respecto.

Hemos dicho que el obrar premeditado merece un mayor reproche penal. Esto quizás lleve a pensar que, como el reproche aumenta en relación con la preordenación, esta sea un elemento de aquél, con lo que su ubicación no podría estar en otro lado que no sea la culpabilidad.

Consideramos que ello es un error, porque implica confundir al objeto de valoración con la valoración misma. El objeto valorado en este caso es la premeditación; el reproche es el juicio de valor que recae sobre ella.

Otra posibilidad es considerar a la premeditación como un elemento objetivo del tipo, que existe cuando los sujetos se ponen de acuerdo, con cierto lapso de anticipación, para matar en concurso. En este caso será necesario que cada uno haya premeditado el hecho, no sólo para la calificación individual de su conducta, sino para la calificación de la de los demás concurrentes, ya que la falta de premeditación de uno solo tornaría en atípica la conducta de los otros, en relación con este inciso.

Dentro de esta tesitura la premeditación deja de funcionar como agravante del reproche individual de la acción de cada sujeto, y se convierte en una caprichosa circunstancia objetiva sin ninguna razón de ser. ¿O acaso existe algún fundamento para la existencia de este elemento como un mero elemento objetivo. Creemos que, dentro del marco de las teorías de la pena, en especial de la retribucionista, no existe justificación alguna para considerar a la premeditación de este modo.

Por ello sostenemos que la premeditación es un especial elemento del tipo subjetivo, lo que se condice con el concepto de homicidio premeditado que hemos dado. Recordemos que es el

que -se comete para ejecutar la resolución de dar muerte tomada antes seriamente...-

## VII. EL PROBLEMA DEL ERROR

Ya hemos adelantado que según la ubicación dogmática que le diéramos a la premeditación, vamos a solucionar determinados problemas de una forma o de otra. El error es uno de esos problemas.

Cuando uno de los concurrentes obra mediando un error de tipo, evidentemente no puede premeditar el hecho sobre el que yerra. Nadie puede -meditar antes- un homicidio si no sabe que va a matar.

Está fuera de discusión que aquél que sufre el error no responde por el hecho sobre el que erró. Lo problemático es resolver si todos los intervinientes se benefician o no por el error en que recae uno de ellos, cuando éstos en total son tres.

Las dos situaciones de error más factibles con la que nos podemos encontrar son las siguientes: A) Uno de los sujetos cree que va a participar en la comisión de un delito distinto al homicidio, por ejemplo, cree que van a lesionar y no a matar. B) Uno de los sujetos cree que quienes concurrirán a matar serán en total dos (él y otro más), cuando en realidad son tres. Partiendo del supuesto de que los demás intervinientes conozcan todos los elementos del tipo objetivo.

La cuestión a dilucidar es la siguiente: ¿Subsiste la agravante respecto de quienes no han padecido el error?

La respuesta negativa hallaría sustento si se considera a la premeditación como un elemento del tipo objetivo ya que, de faltar, la conducta sería atípica de un 80 inc. 6to.

Pero como oportunamente señalamos, la preordenación es un especial elemento del tipo subjetivo que hace a la conducta individual de cada partícipe, tanto que encuentra su razón de ser en el mayor reproche personal que a consecuencia de ella puede formularse. Así considerada, es irrelevante la ausencia de la misma en alguno de los intervinientes, en lo que hace a la calificación individual de la acción de los demás.

## VIII. ANTIJURIDICIDAD

En el nivel de la antijuridicidad puede plantearse el problema de que uno de los intervinientes obra en forma justificada. Supongamos el siguiente ejemplo: «A», «B», y «C» deciden matar a «X». Establecen que «A» y «B» permanecerán ocultos esperando que la futura víctima llegue al sitio señalado en donde la estará esperando «C». Cuando éste último desenfunde el arma, los demás deberán disparar al mismo tiempo para asegurar el resultado. Cinco minutos antes de lo esperado, aparece «X» quien sin conocer la emboscada se dirige directamente a matar a «C». «C» con ánimo de defenderse desenfunda su arma y tal cual se planeó el hecho los tres tiradores matan a «X», sin que «A» y «B» advirtieran la agresión de la víctima y pensando que todo ocurrió según lo planeado.

Creemos que en este caso la tipificación de la conducta de los concurrentes no se aparta del inciso en cuestión ya que se dan todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Respecto de «C» se podría discutir si existe la voluntad de que el hecho se realice en la forma planeada, pero es evidente que al menos se representa esa posibilidad y obra con indiferencia con respecto a ella (con lo que tendríamos por lo menos dolo eventual). Por lo tanto en el caso subsiste la tipificación de la conducta en la agravante del 80 inc. 6to.

Cuando analicemos la antijuridicidad veremos que quien se defiende obra justificadamente por concurrir los presupuestos objetivos de la legítima defensa y por existir *animus defendendi*.

Ahora bien, esto no implica que los otros dos concurrentes se vean beneficiados por la justificación. Esto no ocurre porque los mismos son coautores paralelos del homicidio, con lo que cada uno responde por lo hecho efectivamente por sí mismo. La causal de justificación no los beneficia, por no conocer los presupuestos objetivos de la misma.

En síntesis: mientras no entre a jugar el principio de la accesoriadad limitada, la justificación de la conducta de un concurrente no beneficia a los demás.

### IX. CULPABILIDAD

El punto más sencillo de resolver es el referido a los inimputables. Si alguno de los concurrentes o todos ellos se encuentra en un estado de inimputabilidad, la tipificación de la conducta no varía, porque los problemas de la culpabilidad no inciden en la tarea de subsunción, desde que no afectan la posibilidad de que se den los elementos subjetivos del tipo. Un inimputable puede premeditar y mucho más aún, tener conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo subjetivo.

Más complicado es el problema que se suscita con la coacción.

Como ya adelantamos, los problemas de la culpabilidad no modifican la subsunción de la conducta, ya que no afectan la posibilidad de existencia de dolo y de premeditación. Siguiendo este criterio, cuando alguno de los sujetos (o aún todos ellos, obra coaccionando, se mantiene la calificación del homicidio; con la lógica consecuencia de imputar al coaccionante como partícipe del delito agravado por aplicación del principio de la accesoriidad limitada. Algunos dirán que en el supuesto de que uno coaccione a los tres intervinientes existiría una autoría mediata que eliminaría uno de los elementos del tipo, cual es la intervención de tres personas, por el hecho de ser sólo el autor mediato el que interviene utilizando tres instrumentos. Si bien sería discutible que la autoría mediata determine que sea sólo uno el que intervenga, este problema no se nos plantea porque nosotros sólo admitimos la autoría mediata en los casos en que el autor se vale de un instrumento que obra sin dolo, con lo que la descartamos en los casos de coacción, resolviéndolos como instigación.

La última cuestión a considerar es la más difícil de solucionar, y se trata de resolver qué sucede cuando un sujeto planifica la acción de los tres concurrentes, instigándolos a cometer el hecho, sin que ninguno de ellos conozca la acción del otro.

Si analizamos la tipicidad objetiva de los sujetos intervi-

nientes comprobaremos que se halla completa. En cambio la tipicidad subjetiva no lo está, por mediar un error sobre uno de los elementos del tipo objetivo cual es el concurso de dos o más personas. De este modo, queda descartada la posibilidad de considerar una instigación de un 80 inc. 6to. por no existir injusto penal que permita el «enganche», en forma accesoria, de la acción de quien crea el dolo. En cambio, si se da en el caso una instigación de homicidio simple, por haber realizado los intervinientes una acción típica (ya que el error sobre un elemento de la agravante la desplaza dejando en pie el tipo básico) y antijurídica. Esta es una forma de solucionar el presente caso, pero trataremos de ver si puede existir alguna otra.

Quizás muchos consideren descabellado afirmar que nos encontramos frente a una autoría mediata del homicidio agravado. Pero cabría formular los siguientes razonamientos:

1) Lo que el sujeto hace en realidad es valerse del error de los concurrentes para lograr que maten en concurso, con lo que mata de ese modo a través de la intervención de aquellos.

2) La tipicidad objetiva del autor mediato estaría compuesta por aquello que realiza en forma accesoria por medio de la instigación del homicidio simple, más lo que hace valiéndose del error de tipo de los concurrentes. Es decir que es instigador de homicidio y a su vez concurrente en forma mediata del mismo hecho. La tipicidad subjetiva estaría completa por tener dolo de todos estos elementos y por haber premeditado el hecho. La falta de premeditación de los instrumentos es irrelevante, como ya lo hemos expresado, en cuanto al reproche personal del que sí premedita.

De estos dos argumentos que hemos planteado como viables, es el primero el que podría llegar a tener mayor sustento dogmático, pero para ello sería necesario que el tipo penal en cuestión fuera una figura autónoma y no una agravante del homicidio simple, porque en dicho caso, resultaría claro que el autor consume el tipo penal a través del error de los instrumentos. Pero siendo una agravante del art. 78, resulta que el planificador no ejecuta la acción descripta en el tipo básico

valiéndose de un error ya que, respecto de ella, autores son los concurrentes y él es tan sólo instigador. Con lo cual sólo sería autor mediato de los elementos de la agravante (en este caso, de la concurrencia), circunstancia que no permite transformarlo en autor mediato del tipo básico.

Por lo tanto en el caso planteado sólo existe una instigación de un homicidio del art. 79 del código penal.

## X. CONCLUSIÓN

El propósito de nuestra investigación fue indagar acerca de un tema sobre el que existe un gran vacío en nuestra doctrina. El mismo manifiesta la necesidad de ir planteando las cuestiones conflictivas, al menos para dejar abierto el debate, que en áreas tan importantes como la parte especial del derecho penal nunca debió haber cesado.

Considerando críticamente el tipo penal que hemos analizado, queremos destacar que no creemos que, en ninguno de los casos del art. 80, deba existir una pena fija establecida por la ley. Pensemos que sería más conveniente establecer una escala penal, en todo caso más grave que la del art. 79, permitiendo al juez evaluar si, en el caso concreto, se dan o no las razones que fundamentan la mayor punibilidad. De este modo se solucionarían numerosos casos en los que según la fría letra de la ley debería corresponder la calificación, pero en los que falta totalmente el fundamento que la justifique.

Por nuestra parte hemos tratado de resolver los problemas que se fueron presentando desde un ángulo puramente dogmático, sin dejar de lado la interpretación teleológica, pero sin intentar torcer la teoría del delito para acotar, de ese modo, el ámbito de la coerción penal.

En el presente ensayo obramos dogmáticamente, pero no por compartir las consecuencias de la norma, sino porque no creemos que sea valioso destruir la dogmática penal para lograr fines de política criminal.