

Homicidios calificados

(Estudios sobre el Derecho penal uruguayo;

DR. ANTONIO CAMARÓ ROSA

Fiscal del Crimen

SUMARIO: I. *Circunstancias agravantes en general* (1 a 10).—II. *Circunstancias agravantes del homicidio en general* (11 a 15).—III. *Circunstancias agravantes del homicidio en particular*.—1. *Del elemento material*: A) Relativas al modo de comisión del delito. Envenenamiento (17 a 22). Grave sevicia (23 a 27). Medios estragadores (28 a 29).—2. *Del elemento psíquico*: B) En función de la condición del reo: Parricidio (31 a 42). Reincidencia y reiteración (43 a 47).—C) En función del delito: a) Por la intensidad del dolo: Premeditación (49 a 54). b) Por los móviles: Brutal ferocidad (56 a 58). Precio o promesa remuneratoria (59 a 65). Homicidio-medio y homicidio-consecuencia (66 a 70).

I

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN GENERAL

1. *Elementos constitutivos y circunstancias*.—En todo delito pueden distinguirse los elementos esenciales de los accidentales; los primeros constituyen el título del delito, los segundos son meras circunstancias.

Las circunstancias del delito, pues, son elementos de hecho, independientes de los elementos constitutivos, que representan un más o un menos respecto de la hipótesis típica del delito mismo y determinan una agravación o atenuación de la pena.

Las causas de agravación son siempre legales; el Código las establece en forma casuística y taxativa, ora en la Parte General, ora en la Parte Especial.

Las circunstancias agravantes se clasifican en genéricas y específicas, personales y reales.

2. *Genéricas y específicas*.—Las genéricas se aplican a todos los delitos o faltas (arts. 47, 48, 58 CP). Las específicas se aplican a determinados delitos, recibiendo entonces diversas denominaciones: agravantes, formas agravadas,

ABREVIATURAS.—CP: Código penal uruguayo de 1933.—CA: Código penal uruguayo de 1889.—CIC: Código de instrucción criminal.—CC: Código civil.—CN: Código del niño.—JAS: Jurisprudencia Abadie-Santos.—I.JU: La Justicia Uruguaya.—RDJA: La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración.—RDPP: Revista de Derecho Público y Privado.—RCED: Revista del Centro Estudiantes de Derecho.

agravantes especiales, agravantes muy especiales, calificantes. Pero entre unas y otras sólo existen diferencias de grado.

3. *Doble figuración.*—A veces los mismos hechos figuran como agravantes genéricas y específicas. Así, tratándose de homicidio, el móvil de interés, la causa de estrago, la premeditación, la reincidencia (arts. 47 inc. 2.º, 3.º y 5.º; 48, 311 inc. 1.º y 4.º; 312 inc. 2.º, 3.º y 6.º CP). Entonces la aplicación de una agravante específica excluye la aplicación de la agravante genérica correlativa (art. 47, proemio, 51 CP), pues si no se aumentaría dos veces la pena por la misma circunstancia. Igualmente sucederá cuando, no siendo aplicable una agravante específica, proceda computarla como agravante genérica. Por ejemplo, en el homicidio, la reincidencia común en vez de la específica.

Cuando un inciso comprenda dos agravantes distintas (por ejemplo, el artículo 312 inc. 1.º CP), basta que se configure una de ellas para incurrir en la sanción especial.

4. *Circunstancias mixtas.*—Ciertas circunstancias pueden influir de diversas maneras, debiendo considerarse como mixtas o alternativas. Así, el parentesco próximo entre los sujetos activo y pasivo del delito.

Esta circunstancia obedece a dos reglas: *a)*, agrava, en general, los delitos contra las personas, desvanece otros delitos (arts. 41 a 43 CP); *b)*, en los delitos contra las personas agrava siempre en la línea recta ascendente (art. 311 inc. 1.º CP), puede atenuar en la línea recta descendente (art. 313 CP) y hasta ser causal de impunidad facultativa entre cónyuges (art. 36 CP).

Sin embargo, conviene aclarar que nuestras eximentes no son circunstancias del delito en sentido concreto, precisamente porque desconocen la esencia o punibilidad del mismo. Y que si una circunstancia tiene la fuerza de alterar la noción de un delito, esto es, de cambiar su título, como sucede en el infanticidio, pierde el carácter jurídico de circunstancia para adquirir el de elemento constitutivo del delito.

5. *Personales y reales.*—Se llaman circunstancias personales o subjetivas las que por causas físicas, morales o sociales, sólo concurren en determinados agentes del delito, y se denominan reales u objetivas las que derivan su carácter del modo, del lugar, de la ocasión, de la hora y de los demás factores que atañen a la ejecución material del hecho (art. 52 CP).

El Código no ha discriminado las circunstancias agravantes en función de estas definiciones, exponiéndolas todas juntas. Puesto que todas no producen el mismo efecto (*infra*, 6), es necesaria una clasificación. Toca al intérprete formularla y, como a veces la catalogación es difícil, atender al carácter preferente, personal o real de alguna circunstancia dudosa (*infra*, 13).

6. *Comunicabilidad.*—Por regla general no se comunican las circunstancias agravantes personales. Sólo servirán para agravar la responsabilidad de aquellos autores, coautores o cómplices en quienes concurren. En cambio, se comunican las circunstancias agravantes reales, conocidas por los partícipes antes o durante la ejecución del delito.

Excepcionalmente, también se comunican las agravantes personales que, siendo conocidas por los partícipes, contribuyeren a facilitar la ejecución del hecho, porque estos casos demuestran mayor perversidad de los partícipes y redundan en provecho de todos. Por ejemplo: la circunstancia agravante espe-

cia del parentesco en el homicidio es de carácter personal, por causa social, e incommunicable. Generalmente sólo incurre en ella el pariente homicida. Pero puede llegar a ser sujeto activo de parricidio un extraño a la víctima. Así cuando una persona, deseando matar a un pariente próximo, se concierta con un extraño para que le ayude, presentándolo, a tal fin, como su amigo íntimo. La circunstancia personal se comunica, porque el partícipe la conocía y se aprovechó de ella para facilitar la ejecución del homicidio.

7. *Elemento psíquico.*—Para que una circunstancia que se agrega al delito pueda considerarse agravante es preciso, además, que el culpable haya tenido conciencia de dicha circunstancia antes o durante la consumación del delito y que, en consecuencia, haya querido cometer el delito con el concurso de dicha circunstancia. La necesidad de esta condición es indudable, porque la razón de agravar la pena reside precisamente en ella. Tanto en lo que se refiere a los elementos esenciales como a los accidentales del delito, los hechos deben ser cometidos con conciencia y voluntad.

Nuestro Código no contiene una norma expresa sobre el punto, pero la conclusión se deduce por argumento del artículo 52 CP. Acabamos de ver que, para la comunicabilidad de las circunstancias agravantes, se requiere su conocimiento por los partícipes del delito. Con mayor razón este conocimiento debe requerirse para los autores.

8. *Efectos.*—Las circunstancias agravantes repercuten en la pena y en las medidas de seguridad.

El juez determinará en la sentencia la pena que, en su concepto, corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito (art. 86 CP), o sea, para cada hecho tipificado (homicidio, hurto, etc.).

Las pautas para individualizar la pena son: a), las circunstancias agravantes y atenuantes; b), la calidad y el número—sobre todo la calidad—de las circunstancias; c), la peligrosidad del agente en base a dichas circunstancias.

Las circunstancias agravantes, tanto las generales como las especiales, le permiten al juez llegar al máximo de la pena (art. 50 CP). Su valor agravante queda, pues, al arbitrio judicial.

El mismo criterio se aplica cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho. El juez, teniendo en cuenta su valor esencialmente sintomático, tratará de formarse conciencia acerca de la peligrosidad del agente, fijando la pena entre el máximo y el mínimo de acuerdo con las indicaciones que dicho examen le sugiera (art. 53 CP).

El aumento de pena, en virtud de las circunstancias agravantes es, sin perjuicio de las medidas de seguridad eliminativas aplicables a los homicidas que, por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad (art. 92, ap. 4.º CP).

Estas medidas se fijan entre uno y quince años y se cumplen en las cárceles a continuación de la pena (arts. 94, 95, 99, 103 CP). El beneficio de la libertad anticipada no procede cuando los jueces hayan pronunciado una medida de seguridad (art. 131 CP, reformado por ley 10.573 de 19 de diciembre de 1944).

9. *Formas de agravación.*—Nuestro Código procede de varias maneras:

a), limitándose a consignar las circunstancias agravantes; b), estableciendo penas derivadas; c), estableciendo penas independientes de la pena ordinaria del delito.

Este último temperamento adopta tratándose del homicidio (arts. 311 y 312 CP). El juez tiene la facultad de practicar los aumentos correspondientes, pero éstos se operan, no ya sobre la pena ordinaria del delito (veinte meses de prisión a doce años de penitenciaría), sino sobre las penas independientes (diez a veinticuatro, quince a treinta años de penitenciaría).

En cambio, tratándose de lesiones, se limita a decir que son circunstancias agravantes las previstas en los artículos 311 a 312 en cuanto fueren aplicables (art. 320 CP). El juez tiene la facultad de aumentar hasta el máximo la pena ordinaria del delito de lesiones, según éstas sean leves, graves o gravísimas.

Y tratándose de otros delitos dice que la pena básica será aumentada en tales o cuales fracciones, debiendo aplicar entonces el juez las reglas contenidas en el artículo 80, ap. 2.º CP.

10. *Fundamentos*.—Dice el codificador que la existencia de las circunstancias agravantes se justifica lo mismo dentro de los preceptos de la Escuela Clásica que de la Escuela Positiva. Según la primera, aumentan la cantidad de delito; de acuerdo con la segunda, revelan una mayor peligrosidad del culpable.

Sin embargo, conforme al espíritu de nuestro Código, y no obstante subsistir los rótulos clásicos, sólo tiene verdadera relevancia el fundamento positivo. El factor temibilidad o peligrosidad explica el aumento del daño político o la mayor alarma social. Es, además, el que se tiene en cuenta con preferencia para individualizar la pena. Las circunstancias agravantes funcionan como *índices de mayor peligrosidad* y así los han considerado, con amplias fórmulas, otras legislaciones. Todas las hipótesis previstas en los arts. 311 y 312 CP pueden ser reducidas a ese común denominador.

II

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL HOMICIDIO EN GENERAL

II. *Distinción de las circunstancias*.—El homicidio intencional está agravado por dos categorías de circunstancias: a) *Especiales*, que hacen aplicable la pena de diez a veinticuatro años de penitenciaría (art. 311 CP). b) *Muy especiales*, que hacen aplicable la pena de quince a treinta años de penitenciaría (art. 312 CP).

La misma rúbrica de estos artículos, que constituye interpretación auténtica, está indicando que nuestro Código no ha seguido el sistema de crear figuras autónomas con las diversas modalidades de homicidios dolosos, algunas de las cuales asumen, a veces, una denominación particular en la legislación comparada o en la doctrina (parricidio, asesinato, etc.).

Sin embargo, es corriente llamar a estos homicidios, acompañados de circunstancias agravantes, figuras agravadas o calificadas o, según la termino-

logía de BELING, aceptada por nuestra Cátedra, figuras delictivas accesorias o subtipos. PINZI opina que estos giros deben evitarse, pues se prestan a confusión con los títulos del delito propiamente dichos. Nosotros los empleamos por comodidad de lenguaje, estando bien aclarada la cuestión de conceptos en el Derecho penal uruguayo.

12. *Extensión de las circunstancias.*—Las circunstancias agravantes especiales y muy especiales del homicidio intencional lo son también de las lesiones intencionales, en cuanto fueren aplicables (art. 320 CP).

También alcanzan actualmente dichas agravantes al delito de lesión o muerte ultraintencional. Antes se presentaba el problema de cómo debía castigarse el llamado «homicidio» ultraintencional concurrendo con las formas agravadas del homicidio, porque el art. 323 CA se refería a «la pena del artículo 317», o sea, a la del homicidio simple (respecto de las lesiones ultraintencionales proveía claramente el art. 328 CA). La cuestión ha desaparecido, porque el artículo 319 CP se refiere a la pena «del homicidio o la lesión, disminuída de un tercio a la mitad». De modo que esta pena derivada se graduará de acuerdo con el artículo 319 CP, sobre la base de los artículos 310 a 312, 316 a 318 y 320 CP. Expresamente consagran esta solución los Códigos penales italianos (de 1889, art. 368; de 1930, art. 585).

Es evidente que dichas circunstancias, suponiendo un dolo especialísimo, no se extienden al homicidio ni a las lesiones culposas. No puede haber parricidio, envenenamiento, etc., culposos, sino simplemente homicidio o lesiones culposas.

13. *Clasificación de las circunstancias.*—Así como los elementos sustanciales del delito son objetivos (causalidad material) y subjetivos (causalidad psíquica), los accidentales o circunstancias pueden referirse a unos o a otros. Las circunstancias agravantes específicas del homicidio pueden agruparse de esta manera:

I. *Del elemento material:*

A) Relativas al modo de comisión del delito: veneno, grave sevicia, medios estragadores.

II. *Del elemento psíquico:*

B) En función de la condición del reo: pariente, reincidente o reiterante.

C) En función del delito: a) Por la intensidad del dolo: premeditado. b) Por los móviles: brutal, interesado, conexo.

14. *Derecho comparado.*—Las concordancias más importantes son las siguientes, en los Códigos penales:

URUGUAYOS:

De 1889, artículos 318 a 321.

De 1933, artículos 311 a 312.

ESPAÑOLES :

- De 1850, artículos 332, 333.
- De 1870, artículos 417, 418.
- De 1928, artículos 519 a 522.
- De 1944, artículos 405, 406.

ITALIANOS :

- De 1889, artículos 365, 366.
- De 1930, artículos 576, 577.

ARGENTINOS :

- De 1886, artículos 94, 95.
- De 1921, artículos 80, 82.

15. *Confrontación*.—El Código antiguo establecía cuatro categorías de circunstancias agravantes específicas del homicidio; el vigente establece dos.

Las formas de agravación en el Código antiguo consistían en penas derivadas (la del homicidio aumentada de uno a dos grados, art. 318), o en penas independientes, sea de la misma especie (penitenciaria, de veinticuatro a veintiséis años, de veintiocho a treinta años, arts. 319, 321), sea de especie diversa (muerte, arts. 320, 321); en el vigente son siempre aplicables penas independientes de la misma especie (penitenciaria, que oscila entre diez y treinta años).

Por error de copia, el Código vigente suprime la *alevosía* como agravante específica. En cambio, incluye la grave sevicia, asimilándola a la brutal ferocidad (art. 312 inc. 1.º CP).

Son iguales las circunstancias de cometer el homicidio: con premeditación (art. 311 inc. 2.º CP); por medio de veneno (art. 311 inc. 3.º CP); por precio o promesa remuneratoria (art. 312 inc. 2.º CP); por medio de incendio, inundación, sumersión, etc. (art. 312 inc. 3.º CP). En este último caso, las referencias distintas que hacen ambos Códigos; el antiguo a los delitos contra la seguridad pública y el vigente a los delitos previstos en el inciso 3.º del artículo 47, son prácticamente equivalentes.

Están diversamente estructuradas las demás circunstancias (arts. 311, incs. 1.º y 4.º; 312, incs. 1.º, 4.º y 6.º CP), como veremos en los lugares correspondientes.

III

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DEL HOMICIDIO
EN PARTICULAR

I. DEL ELEMENTO MATERIAL

A) *Relativas al modo de comisión del delito*

16. *Generalidades*.—La actividad humana homicida se traduce en el empleo de los medios conducentes al fin propuesto. Son indiferentes estos medios

cuando el uso de alguno en particular no sea considerado como circunstancia agravante especial o muy especial, así el veneno, la grave sevicia o los medios estragadores.

ENVENENAMIENTO

17. *Texto y fundamentos.*—Constituye una agravante especial de homicidio cometido «por medio de veneno» (art. 311, inc. 3.º CP).

Antes se fundaba en la presunta eficacia del medio y en la posible impunidad del delincuente. Los progresos de la química y las estadísticas parecen demostrar lo contrario. Hoy radica con preferencia en la insidia, reveladora de una particular peligrosidad. Así se deduce de la redacción del artículo 577, inc. 2.º del C. italiano vigente: «Por medio de sustancias venenosas o bien con otro medio insidioso.» No conteniendo nuestro Código un texto semejante, puede sostenerse cualquiera de los fundamentos expresados, lo que tiene importancia en la solución de algunos problemas prácticos:

18. *Requisitos.*—Deben concurrir los siguientes: a), muerte de alguna persona; b), por medio de veneno; c), intención de envenenar; d), nexo de causalidad material.

19. *Muerte de alguna persona.*—El Codificador asimila la frustración a la consumación. Siguiendo ese criterio, bastaría con suministrar el veneno para que haya envenenamiento, como sucede en los sistemas francés y alemán. Pero la Suprema Corte entendió que el delito frustrado sólo puede castigarse como tentativa. Así, suministrar una dosis mortal no ingerida (JAS: 2.394), o vomitada (RDJA): 38-320). En consecuencia, por ahora debemos admitir que el envenenamiento se consuma con la muerte de la persona envenenada.

Actualmente, la distinción entre tentativa y frustración sólo tendría valor con relación al desistimiento voluntario, causal de impunidad en la tentativa (art. 5, ap. 2.º CP), y circunstancia atenuante en la frustración (art. 46, inc. 8.º CP). El desistimiento en la tentativa supone un comienzo de ejecución seguido de inacción; así, quien después de mezclar el veneno no lo suministra. El desistimiento en la frustración supone una ejecución completa seguida de una contraoperación; así, quien después de envenenar suministra un vomitivo. La impunidad por desistimiento en la tentativa sólo alcanza al delito tentado, pudiendo subsistir la responsabilidad por lesiones, según el trastorno fisiológico que el veneno haya producido en el organismo.

¿Cómo se distinguen los actos preparatorios de la tentativa de envenenamiento? Se han formulado criterios empíricos: sería acto preparatorio comprar el veneno; sería tentativa, para unos, desde que se mezcla el veneno con los alimentos o los remedios; para otros, desde que se ofrece o pone a disposición de la víctima. El criterio científico indica que hay tentativa cuando se empieza la ejecución por actos externos, inequívocos, idóneos, directamente encaminados al envenenamiento. La distinción con los actos preparatorios es una cuestión de hecho que debe dejarse al criterio de los tribunales (ver artículos 5 y 7 CP).

Si los medios resultan absolutamente inidóneos, habrá delito imposible (artículo 5, ap. 3.º CP). Así, cuando la dosis tóxica es insuficiente y se ofreció en una bebida a la que el tóxico daba un denunciador gusto afarmante (LJU: 1.456).

Es indiferente que el veneno sea suministrado de una sola vez o varias veces sucesivas. En los casos de envenenamiento lento debe descartarse la continuación. Si se produce la muerte, habrá un delito único de homicidio por medio de veneno; si no se produce, habrá tentativa de envenenamiento reiterada.

20. *Por medio de veneno.*—Nuestro código no ha definido el veneno. Según unos su noción corresponde a la toxicología (art. 19 CC); otros sostienen un concepto jurídico derivado totalmente del carácter insidioso del medio.

De acuerdo con los primeros, IRURETA GOYENA lo define como toda sustancia que, introducida de cualquier modo o por cualquier vía en el organismo, es susceptible de alterar la salud o de suprimir la existencia, obrando químicamente y a pequeñas dosis.

Siempre que sea tóxica por sí misma, es indiferente la naturaleza de la sustancia (sólida-soluble, líquida, gaseosa; mineral, vegetal o animal), esté contenida o no en la Farmacopea Oficial; así como puede ser cualquiera su acción en el organismo (hemática, nerviosa, muscular, irritante, cáustica, etc.; inmediata o lenta).

Según unos, quedan comprendidas las sustancias corrosivas, su mención especial en el art. 320 CP, para reprimir los frecuentes atentados con dichas sustancias, no importa excluirlas del art. 311 inc. 3.º CP. Otros opinan lo contrario, correspondiendo examinar todavía si el empleo de corrosivos con la intención de matar cae en la alevosía o en la grave sevicia.

También es irrelevante el modo de introducción en el organismo (ingestión, inyección, inspiración, inhalación, absorción cutánea, etc.).

IRURETA GOYENA, como muchos autores, exige una acción química, excluyendo las sustancias que obran mecánicamente (vidrio molido), en cuyo caso habrá alevosía; para los que atienden al carácter insidioso del medio es indiferente que la sustancia perjudicial no sea propiamente venenosa. La cuestión tiene importancia jurídica entre nosotros, porque ahora el homicidio alevoso y el envenenamiento no tienen la misma penalidad.

Sobre la cuestión referente a las pequeñas dosis existe general acuerdo, excluyendo las sustancias que no son tóxicas por sí mismas (agua, alcohol), sino por su empleo excesivo, casi imposible sin participación consciente de la víctima.

Tanto da que el hecho se realice clandestina o violentamente (como cuando se obliga a la víctima a ingerir el veneno), porque aun en este último caso subsisten varias razones fundamentales de la agravante. Y todavía puede presentarse una hipótesis mixta (arma envenenada), donde la insidia prevalece sobre la violencia. Quienes consideran el veneno como un medio exclusivamente insidioso, es natural que no admitan ninguna forma violenta pura, sin perjuicio de determinar, en el caso concreto, si concurre la premeditación o la grave sevicia.

21. *Intención de envenenar.*—La aplicación de esta agravante supone que el agente haya querido envenenar a una persona o a varias personas, sin emplear el veneno como medio estragador (*infra*: 28).

Basta que el culpable sepa que emplea veneno. Mediando ignorancia sobre el alcance tóxico, un fallo declara que subsiste la tentativa de homicidio por

medio de veneno (JAS: 564), mientras otro lo encara como delito de lesiones (JAS: 1902).

No puede excluirse de modo absoluto la compatibilidad de esta agravante con la atenuante de la provocación.

En la mayor parte de los casos el uso del veneno implica la premeditación, concurso de agravantes que no tiene efecto práctico. Sin embargo, puede concebirse envenenamiento con dolo de ímpetu.

22. *Nexo de causalidad material.*—El veneno debe ser la causa de la muerte. La constatación de ese extremo es cuestión pericial (art. 203 CIC). Existen varios métodos de investigación: Químico, anatómo-patológico, clínico, objetivo-extrínseco. Comprobado científicamente el nexo de causalidad, no es necesario probar la existencia del veneno, ni aun cuando se trate de venenos que dejan huellas.

GRAVE SEVICIA.

23. *Texto y fundamentos.*—Constituye una agravante muy especial del homicidio cometerlo «con grave sevicia» (art. 312, inc. 1.º fin CP), porque tal circunstancia revela una mayor perversidad o peligrosidad del delincuente.

24. *Confrontación.*—No figuraba en el Código anterior y tiene como fuentes los Códigos penales italianos de 1889, art. 366, inc. 3.º; de 1930, artículos 61, inc. 4.º y 577, inc. 4.º).

Coexistiendo ahora con la agravante genérica de la causación de males innecesarios, llamada ensañamiento en los delitos contra las personas (art. 47, inc. 4.º CP), de raíz española, origina un problema de interpretación para diferenciar ambas circunstancias.

25. *Concepto.*—Nuestro Código no ha definido la grave sevicia. Según el Diccionario consiste en la crueldad excesiva. Importa un maltrato de orden físico: uso de medios que aumenten o prolonguen el dolor, privación de sueño, ayuno, suciedad y otras torturas físicas cualesquiera.

26. *Requisitos. Comparación con el ensañamiento.*—Las sevicias deben ser cometidas sobre el cuerpo viviente. Si el culpable se muestra cruel contra un cadáver, aun cuando él mismo haya sido causa de la muerte, habrá una reiteración real con el delito de vilipendio de cadáveres (art. 307 CP).

Esto no constituye una diferencia con el ensañamiento, donde los «otros males innecesarios para la ejecución del delito» también deben haberse producido antes de la muerte. En la sevicia (aclara muy bien SOLER), la crueldad del medio aparece gradualmente desplegada hasta llegar la muerte, en la que el proceso termina; en el ensañamiento, el mayor daño causado por complacencia a la víctima, se produce cuando ya no está en condiciones de defenderse. Después de un golpe mortal es posible ensañarse; antes de él es posible cometer sevicias. Ambas son modalidades del homicidio, formas de cometerlo; pero la sevicia debe considerarse como medio de cometerlo a diferencia del ensañamiento, que importa un modo de comisión.

Sin embargo, ambas circunstancias presentan tantas analogías que a menudo se confunden. La prevista en el artículo 47, inciso 4.º CP con sus calificativos («deliberadamente», «males innecesarios»), excluye el aumento casual y el mal propio del delito. Lo mismo sucede con la prevista en el artículo 312,

inciso 1.º CP. No basta con la multiplicidad de golpes que puede ser necesaria para matar; se requiere una crueldad intencional e innecesaria (LJU, 35).

27. *Elemento psíquico*.—Este fallo, siguiendo la antigua doctrina italiana, exige un fin específico de torturar además de la intención de matar. Actualmente MANZINI sostiene que es necesario y suficiente demostrar que el delincuente tuvo voluntad consciente de usar medios idóneos para determinar dichos sufrimientos. Según la moderna Casación Italiana, comprobado que los actos importan inevitables sufrimientos no es necesario indagar si el comportamiento estuviese subjetivamente destinado a proporcionar mayores sufrimientos a la víctima.

Cuando los malos tratos no obedecen a la intención de matar, ni a la de provocar el suicidio, sólo puede configurarse muerte ultraintencional u homicidio culpable.

La agravante es compatible con la atenuante de la provocación.

MEDIOS ESTRAGADORES

28. *Textos y fundamentos*.—Constituye una agravante muy especial del homicidio cometerlo «por medio de incendio, inundación, sumersión u otros de los delitos previstos en el inciso 3.º del artículo 47» (art. 312, inc. 3.º CP). Se remite a la causa de estrago: «ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave o avería causada de propósito, descarrilamiento de ferrocarril u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas» (art. 47, inc. 3.º CP). Esta frase final resume en una fórmula genérica, similar a la contenida en el artículo 207 CP, la enumeración casuística inicial.

Se funda en que el uso de estos «medios o agentes poderosos de destrucción» significa un peligro común para la colectividad.

29. *Requisitos*. Se trata de una conexión jurídica que escapa a la regla del artículo 56 CP, unificándose varios delitos en otro complejo.

Para que proceda la agravante debe haber una relación psíquica entre el medio estragador empleado y el fin perseguido de dar muerte a alguna persona. Así, incendiar un rancho para matar a sus moradores (LJU, 1.632).

No procede cuando hay una relación inversa de consecuencia, esto es, cuando se emplean medios estragadores para ocultar el homicidio una vez consumado.

Tampoco procede cuando sólo existe una relación material de causa o efecto, en cuyo caso se configura un delito autónomo contra la seguridad o la salud públicas, agravado por el resultado (arts. 208, inc. 1.º; 214, 226 CP). Estas agravantes especiales del incendio, estrago, desastre ferroviario, envenenamiento de aguas, etc., se refieren ahora a «la muerte o lesión de varias personas». Por consiguiente, cuando fuere una sola persona habrá concurso con homicidio o lesiones.

En los delitos-fines mencionados se castiga la muerte como resultado previsto, no previsto ni querido, del propio hecho delictuoso (incendio, estrago, etcétera), mientras que el artículo 312, inciso 3.º CP la castiga como resultado previsto y querido (doño directo) o como resultado previsto como cierto, probable o posible y no querido (doño eventual) de uno de los medios indicados.

El medio empleado debe ser de naturaleza estragadora; el que mata por fuego sin incendio, por asfixia sin inundación, etc., no incurre en esta agrá-

vante, aunque pueda incurrir en la de grave sevicia. Asimismo debe distinguirse el envenenamiento directo, previsto en el artículo 311, inciso 3.º CP, del cometido por el medio estragador de envenenamiento de aguas destinadas al consumo público (*supra*, 21).

Si bien debe emplearse un medio estragador no es necesario que haya producido grandes estragos, basta que sea potencialmente capaz de producirlos.

2. DEL ELEMENTO PSÍQUICO

B) *En función de la condición del reo*

30. *Generalidades.*—El sujeto activo del delito de homicidio puede ser cualquiera, sin perjuicio de la influencia particular que tienen ciertas circunstancias personales, esto es, inherentes a la persona del culpable, ninguna de las cuales modifica el título del delito. Así, el parentesco próximo o el vínculo matrimonial que lo unan al sujeto pasivo (*supra*: 4), sus antecedentes personales y su condición de reiterante, constituyen, según los casos, circunstancias agravantes especiales o muy especiales.

PARRICIDIO

31. *Texto y fundamentos.*—Resulta agravado, especialmente el homicidio, «cuando se cometiere en la persona del ascendiente o descendiente legítimo o natural, reconocido o declarado tal, del cónyuge, del hermano legítimo, del padre o del hijo adoptivo» (art. 311, inc. 1.º CP).

El sujeto que no vacila en matar a una persona vinculada por la sangre o el presunto afecto, produce mayor alarma social y revela gran peligrosidad.

32. *Confrontación.*—El Código vigente presenta las siguientes diferencias con el anterior:

a) Refunde las formas del parricidio, propia del artículo 319 CA (contra los ascendientes), e impropia del artículo 318 CA (contra otros parientes, incluso los descendientes), suprimiendo la diferencia de tratamiento que resultaba injusta, sobre todo en cuanto no parificaba el homicidio del ascendiente con el del descendiente.

b) No limita el grado en la línea ascendente o descendente natural. La limitación a los padres e hijos naturales significaba, desde 1914, una inconsecuencia manifiesta entre el derecho civil y el penal, en cuanto el artículo 885 CC admitía un parentesco (entre abuelos y nietos naturales), que el derecho penal ignoraba o desconocía.

c) Aclara que el parentesco entre hermanos es el legítimo. Antes no se especificaba, planteando una duda interpretativa.

d) Suprime del elenco los afines en línea recta, porque los afectos presuntos no suelen llegar hasta allí.

33. *Requisitos.*—Deben concurrir los siguientes.

a) Todos los elementos constitutivos del homicidio intencional o de la muerte ultraintencional (*supra*: 12).

b) Existencia de los vínculos de sangre o legales indicados.

c) Conocimiento del vínculo de parentesco con la víctima en el momento de la acción (*supra*: 7).

34. *Un hecho de homicidio.*—Para que se configure la agravante basta con la muerte intencional de alguna de las personas mencionadas en el texto legal,

no es menester la concurrencia de ninguna otra agravante genérica ni específica; si concurriera alguna de ellas sería apreciada de acuerdo con el artículo 50 CP (*supra*: 8).

Es indiferente para la existencia de la agravante en examen que el agente obre bajo el ímpetu de la cólera o del dolor; pero tales impulsos pueden configurar la atenuante de la provocación, aplicable al parricidio como las demás atenuantes genéricas. Así, es culpable de uxoricidio, con la atenuante del artículo 46, inc. II CP, el anciano que mata a la esposa bajo el intenso estado emocional determinado por celos sin mayor fundamento (JAS: 12.633).

¿Cómo debe castigarse al que haya determinado o ayudado a un pariente a suicidarse? Únicamente agotando el rigor de la penalidad establecida en el artículo 315 CP, porque la agravante del artículo 311, inc. 1.º CP no es aplicable a ese tipo de delito. El que determina o ayuda a otro a matarse no consuma la muerte, sino que comete un delito *sui generis*. En cambio, podría aplicarse al homicidio consentido del pariente. Todo ello, sin perjuicio, naturalmente, de lo dispuesto en los artículos 37 y 46, inc. 10 CP, cuando cualquiera de esos delitos haya sido cometido por móviles de piedad.

35. *Vínculos de parentesco*.—El muerto ha de ser una de las personas taxativamente enumeradas en el texto de la ley. Esta sólo contempla el afecto derivado del parentesco y con ciertas limitaciones, según su naturaleza o proximidad.

El Código sólo se refiere al parentesco natural o de sangre y al legal, o jurídico. El parentesco de sangre comprende la línea recta y la colateral. Dentro de la línea recta, ascendente o descendente, no hay limitación de grado ni de filiación. Así la calificación alcanza al matador del padre, abuelo, bisabuelo, etc., hijo, nieto, biznieto, etc., legítimos o ilegítimos. En cambio, la línea colateral se limita al segundo grado y a la filiación legítima. Es decir, sólo alcanza a los hermanos legítimos. El parentesco legal se limita al producido por el matrimonio, entre los cónyuges, y por la adopción, entre los padres e hijos adoptivos (*infra*: 40).

36. *Ascendientes o descendientes legítimos*.—En doctrina se denominan parricidio y filicidio, respectivamente. Comprende el parentesco legítimo procedente tanto de matrimonio válido (art. 213 CC), como de matrimonio putativo (artículo 208 CC), como de concubinato legitimado por subsiguiente matrimonio (art. 231 CC).

37. *Ascendientes o descendientes naturales*.—La ley ha parificado, en este caso, el vínculo de sangre legítimo al ilegítimo, pero con la condición de que la filiación natural sea reconocida o declarada tal.

Hace falta, además, que ella sea establecida previamente al delito, en los casos y con las formas prescritos por la ley civil (arts. 233, 241 y 242 CC), y si se trata de filiación declarada por sentencia, es necesario que ésta haya pasado en autoridad de cosa juzgada (LJU: 139, 2.553 y 3.243).

Dentro del parentesco natural está comprendido el adúlterino e incestuoso, porque desde la reforma de 1910 nuestra ley no hace distinciones (art. 227 CC). Y también la filiación putativa, en caso de matrimonio nulo, cuando hubo mala fe de parte de ambos cónyuges (art. 210 CC).

38. *Cónyuges*.—Doctrinariamente se denomina uxoricidio. Debe tratarse de un matrimonio vigente, válido en el país donde se celebró (art. 2305 CC, incorporado por ley 10.084 de 3 de diciembre de 1941). Por consiguiente, la agravante

te se desvanece cuando exista disolución o nulidad del matrimonio. Sólo el divorcio disuelve el matrimonio (art. 186, inc. 2.º CC), no la separación de cuerpos de hecho o de derecho.

¿Es necesario, para no aplicar la agravante, que la nulidad del matrimonio haya sido declarada previamente por los tribunales? La doctrina distingue según se trate de un matrimonio absolutamente nulo (art. 200 CC) o relativamente nulo (art. 199 CC), entendiendo que la agravante no se aplica en el primer caso aunque no mediara sentencia de nulidad, pero sí cuando es simplemente anulable.

No incurre en la agravante el bigamo que mata al cónyuge del segundo matrimonio, pero sí cuando mata al primer cónyuge, atento al elemento subjetivo.

39. *Hermano legítimo.*—Doctrinalmente se denomina fratricidio. Comprende tanto a los hermanos por doble línea o carnales, como a los hermanos paternos o consanguíneos y maternos o uterinos (art. 1.027, ap. 2.º CC).

40. *Padre o hijo adoptivo.*—La agravante se extiende ahora, con mayor razón, a los casos de legitimación adoptiva (ley 10.674 de 20 de noviembre de 1945). Pero la diferencia entre ambos institutos presenta algunos problemas.

En efecto: mientras la adopción respeta el lazo biológico, la legitimación adoptiva hace caducar los vínculos filiatorios anteriores; mientras la adopción sólo establece relaciones jurídicas entre el adoptante y el adoptado, la legitimación adoptiva tiene efectos constitutivos sobre el estado civil, quedando equiparado el adoptado al hijo legítimo (arts. 249 CC; 166 y 168 CN; ley 10.674, artículos 3 y 4).

Las consecuencias son las siguientes. La agravante aplicable en virtud del parentesco de adopción es, sin perjuicio de la derivada de los vínculos de sangre que ligan al adoptante o al adoptado con su familia, verdadera y viceversa.

Así el hijo adoptivo que mata a su padre verdadero o el padre verdadero que mata a su hijo adoptado por otro. La solución contraria tendría que prevalecer en caso de legitimación adoptiva, puesto que los vínculos de sangre se declararían inexistentes.

Por otra parte, la agravante derivada del parentesco de adopción sólo alcanzan al padre o hijo adoptivo, no a los demás parientes de uno y otro. La solución contraria se impondrá también en caso de legitimación adoptiva, puesto que la situación se identifica con la filiación verdadera.

Así, los consecuencias penales de la ley 10.674 resultan injustas, lo que demuestra a dónde pueden conducir las ficciones legales exageradas.

41. *Conocimiento del parentesco.*—Para computar esta agravante es necesario, además, que el homicida conozca el vínculo de parentesco en el momento hecho. «Sabiendo que lo son», dice expresamente el artículo 80, inc 1.º Código Argentino, refiriéndose a la muerte de ciertos parientes.

¿Cómo funciona el error (accidental) del agente? Antes se requería una coincidencia subjetiva y objetiva de la agravación, es decir, intención de matar al pariente y muerte efectiva del pariente, como se deducía del artículo 332 CA, sobre el error de persona o de golpe.

Ahora la cuestión se rige por el artículo 23 CP: «cuando por efecto de un error de hecho el mal recayere sobre distinta persona que la que el sujeto se proponía ofender, la responsabilidad se determina por la intención, y el culpable debe ser castigado, no con arreglo a la ley violada, sino con sujeción a la

que intentaba violar.» Así, el que mata a un extraño pretendiendo atentar contra la vida del padre, responde de parricidio en lugar de homicidio; el que pretende atentar contra la vida de un extraño y mata al padre, responde de homicidio y no de parricidio.

No corresponde aplicar el mismo criterio cuando el agente tiene un concepto falso de su parentesco (error permanente). Por ejemplo, el que mata a un extraño habiendo creído siempre que es su pariente. Cabe retornar a los principios generales considerando esos casos como de homicidio simple, porque nuestro derecho penal castiga los hechos y no las meras opiniones.

42. *Cuestiones procesales.*—¿Cómo debe probarse el vínculo de parentesco? De acuerdo con la ley civil (arts. 40, 42, 233 CC; 169, 170 CN; ley 10.674, artículo 3), aunque algún fallo, tratándose de matrimonio, haya sostenido lo contrario (JAS: 12.633).

¿La prueba del vínculo plantea la cuestión prejudicial? IRURETA GOYENA opinaba que no, la justicia del crimen es competente para decidir sobre el parentesco controvertido. Debe tenerse en cuenta que nuestro derecho positivo seguía y sigue el sistema de la prejudicialidad relativa, es decir, que se admite en ciertos casos excepcionales (RDJA: 28-561). Hoy, la confirmación de este criterio se deriva implícitamente del artículo 122 CP. Además, la decisión sobre la existencia del delito no depende de la resolución de esta cuestión la cual tiene influencia solamente para la admisión o exclusión de una circunstancia agravante.

REINCIDENCIA Y REITERACIÓN

43. *Textos y fundamentos.*—Resulta agravado especialmente el homicidio «si el sujeto fuera responsable de un homicidio anterior ejecutado con circunstancias atenuantes» (art. 311, inc. 4.º CP).

Agravan muy especialmente el homicidio «la habitualidad, el concurso y la reincidencia; en estos dos últimos casos, cuando el homicidio anterior se hubiera ejecutado sin las circunstancias previstas en el numeral 4.º del artículo precedente» (art. 312, inc. 6.º CP).

Ambas agravantes radican en la extrema peligrosidad del múltiple homicida.

44. *Confrontación.*—Antes decía: «La reincidencia en el delito de homicidio será penada con veintiocho a treinta años de penitenciaría, cuando el último homicidio haya sido cometido con alguna circunstancia atenuante, y con la pena de muerte en caso contrario» (art. 321 CA).

El Código vigente divide en dos incisos la reincidencia específica; se refiere al «homicidio anterior» y no al «último homicidio»; exige varias circunstancias atenuantes y no «alguna circunstancia atenuante»; comprende también el «concurso». Imprime así mayor eficacia y flexibilidad a la disposición antigua.

Las calificantes mencionadas carecen de concordancia en la legislación comparada. Su interpretación debe ser exclusivamente nacional.

45. *Concepto.*—Ambas agravantes específicas constituyen excepciones a las normas generales sobre reincidencia y reiteración (arts. 48, 49, 54, 55 CP), de las que se omite toda referencia.

Además, tratándose del instituto especial del homicidio del reincidente, no rige el plazo de cinco años para la prescripción de la reincidencia. En efecto, estos textos autónomos sólo requieren un homicidio anterior, sin fijar para ello ninguna exigencia de plazo.

Tampoco rige la limitación entre delitos comunes y militares. El artículo 49 CP se refiere a los delitos exclusivamente militares, en cuyo caso no se encuentra el homicidio común. El Código Penal Militar de 1943 no toma en cuenta el lugar militar, en virtud de lo dispuesto por el artículo 226 de la Constitución de 1942.

46. *Requisitos.*—Deben concurrir los siguientes:

a) Que ambos homicidios sean intencionales. El artículo 311 CP se refiere al «hecho previsto en el artículo anterior», que trata del homicidio intencional; el artículo 312, inc. 6.º CP se remite a su vez al artículo 311 CP. Así lo entendió, con respecto al homicidio del reincidente, la antigua jurisprudencia (JAS: 1.345, 4.902).

b) Que el homicidio anterior sea consumado. Así se desprende de la letra del Código. En cambio, es indiferente para la aplicación de cualquier agravante específica, incluso las examinadas, el grado de ejecución del homicidio posterior, aunque la responsabilidad no sea integral en caso de tentativa.

c) Que el homicidio ejecutado con circunstancias atenuantes sea el anterior para dar lugar a la diferencia de penalidad. La hipótesis inversa no está contemplada. Es claro que si el homicidio anterior está agravado por cualquier circunstancia, no proceda aplicar el artículo 311 inc. 4.º CP, aunque concurren también atenuantes.

47. *Cuestiones.*—¿El artículo 311 inc. 4.º CP comprende tanto el caso de reincidencia como el de reiteración? PIÑEYRO CHAIN sostiene que la afirmativa se deduce: a) de su letra clara que no hace distinciones ni referencia a una condena interpuesta; b) del contexto legal, pues la disposición análoga del artículo 312 inc. 6.º CP se refiere expresamente a ésta y abarca ambas hipótesis; c) de su espíritu, pues al ampliar el texto anterior de 1889 con el concurso, mantiene la diferencia de penas en función con las atenuantes.

¿Se aplican las agravantes específicas cuando los homicidios sean simultáneos? La opinión negativa se basa en que la ley se refiere a un homicidio anterior. Pero salvo casos excepcionales, un homicidio sucede a otro cronológicamente, siendo arbitraria cualquier fijación de límites.

Otras cuestiones pueden presentarse, mas en esta materia no cabe sentar reglas fijas. En los casos no comprendidos corresponde aplicar los principios generales sobre reincidencia y reiteración (*supra*: 3).

C) *En función del delito.*

a) Por la intensidad del dolo.

48. *Generalidades.*—El dolo puede asumir los grados de premeditado, deliberado, repentino y pasional o emocional, en orden decreciente de gravedad. El primer grado tiene una influencia particular.

PREMEDITACIÓN

49. *Texto y fundamentos.*—Constituye una agravante especial del homicidio cometerlo «con premeditación» (art. 311, inc. 2.º CP). Esta circunstancia, por un lado, demuestra una criminalidad subjetiva más intensa y resuelta; por otro, hace objetivamente más insidiosa y segura la acción del culpable.

50. *Concepto y prueba.*—Nuestro Código no define la premeditación. Su apreciación queda librada al criterio de los tribunales (*infra*: 51 a 53). Sólo existe el modificativo de que la premeditación debe ser «conocida» (art. 47,

inciso 5.º CP). JIMÉNEZ DE ASÚA interpreta premeditación conocida por oposición a ordinaria, que se da en todo delito, salvo en los casos de ciega impulsión. Pero el sentido del vocablo sólo exige que la agravante conste de manera clara, manifiesta o indudable, no pudiendo ser simplemente sospechada o presumida (CUELLO CALÓN).

Así, se han considerado como signos externos, reveladores de la premeditación: concertarse de antemano (JAS: 121); atraer a la víctima con engaños (JAS: 2.658); esperar que se asomara (JAS: 2.659). La prueba de la premeditación debe ser examinada con extremo rigor y ser clara, positiva, concreta (LJU: 3.096); no basta haberse resuelto con cierta antelación a matar y hasta haber preparado el arma, si el culpable no mantuvo la resolución en su espíritu y sufrió vacilaciones, llegando a su definitiva resolución ante un nuevo acto de la víctima, debiendo encararse como un caso de dolo deliberado (LJU: 3.351).

La conducta del reo anterior es la que, naturalmente, puede suministrar los más fuertes indicios de premeditación. Así, la enajenación de bienes, las amenazas, la compra de armas, la existencia de un mandato criminal, etc.

51. *Los diversos sistemas.*—El concepto literal de la premeditación (meditar antes) difiere del jurídico. En este punto, tanto la legislación como la doctrina siguen diversos criterios, según el sistema exclusiva o preferentemente contemplado, apoyándose en los datos de la psicología: a), *cronológico*, o del tiempo, antelación del designio; b), *ideológico*, o de la reflexión, meditación o maquinación del designio; c), *psicológico*, o del estado de ánimo, frialdad de la resolución; d), *motivos determinantes*, malvados o antisociales; e), *eclectico*, combinación de los anteriores.

52. *La doctrina uruguaya.*—Entre nosotros, IRURETA COYENA comparte el sistema cronológico-ideológico. Cualquiera de estas dos doctrinas, y, por consiguiente, las dos, encierran, a su juicio, el verdadero concepto de la premeditación. Premeditar es suspender la ejecución del homicidio; suspender la ejecución es intercalar cierto espacio de tiempo entre la resolución y el atentado, e intercalar tiempo entre la resolución y el atentado, es reflexionar acerca del mismo. Esta opinión de cátedra la reprodujo en sus *Notas*: «la reflexión no se concibe sin el tiempo, ni el tiempo sin la reflexión».

SALVAGNO CAMPOS empieza definiendo la premeditación como el elemento intencional del delito que está subordinado fijamente a una condición de tiempo transcurrido entre la resolución y la ejecución, pero después se adhiere al sistema psicológico.

CARNELLI se inclina por el sistema eclectico. En doctrina ninguno de los cinco sistemas ideados ha podido sostenerse. Y así como se confeccionaron, con el fin de justificar una agravación, así también se los combatió, demostrando que ninguno llena, separadamente, esa finalidad. Considera que el criterio de ZANARDELDI es el menos sujeto a errores, pues la exigencia de varios elementos de juicio facilita el convencimiento (RCED: I-482).

PIÑERO CHAIN sostiene el criterio de la reflexión maquinada, expuesto en los siguientes términos por MANZINI:

«La premeditación es una actividad psíquica compleja, por la cual, al propósito de cometer el delito, subsigue una coordinación de ideas y una elección

de medios que da lugar a un *proyecto de ejecución*. En otras palabras: *la premeditación es la maquinación del delito*.

«Esta no debe confundirse con la resolución criminal, la cual se refiere exclusivamente a la ejecución del proyecto, y no al período anterior constitutivo de la premeditación. Esta se cumple en el lapso comprendido entre la fijación de la idea de cometer el delito (propósito) y la resolución de cometerlo. Puede darse que en tal intervalo el culpable hubiera debido superar motivos inhibitorios o el arrepentimiento; pero esto no es esencial, ya que la premeditación consiste en la maquinación, (hecho psíquico revelable mediante las modalidades exteriores de la acción), y no ya en las incontrolables vacilaciones psicológicas del agente.»

«La premeditación, como que constituye una circunstancia agravante, debe necesariamente consistir en algo extraordinario respecto del delito que agrava.»

«Ello no es simplemente lo contrario de la impulsividad; si así fuera representaría una condición psíquica normal respecto del delito de homicidio (no pudiendo, ciertamente, afirmarse que, normalmente, el homicidio sea determinado por la impulsividad) y no una circunstancia que acrecienta el dolo del delito.»

«Dado que el dolo del homicidio puede ser impulsivo o reflexivo, la premeditación como circunstancia agravante, resulta de una intensificación del dolo reflexivo, dependiente de la unión de la reflexión ordinaria con la maquinación del delito. Por tanto:

premeditación = reflexión + maquinación.»

“Ni la reflexión ni la maquinación requieren necesariamente calma y frialdad de ánimo: la agitación psíquica producida por una pasión, o aún por una emoción, podrá viciar el proceso intelectual de la reflexión, podrá hacer difícil o confusa la maquinación, pero no la excluye. Si la pasión o la emoción no se desahoga súbitamente con la acción, es evidente que, retenida en el espíritu, no sólo consiente, sino que también puede excitar la premeditación del delito.» (*Trattato di diritto penale italiano secondo il Codice del 1930*, ed. 1937, t. VIII, núm. 2.883, págs. 39 a 41).

Partiendo de esta noble exposición, PIGNARO CITAUX descarta acertadamente los demás criterios propuestos:

El cronológico, porque el tiempo, elemento común a todos, no es suficiente para concretar la premeditación. La fijación de un plazo, cualquiera que fuese, había de ser arbitrario.

El ideológico puro, por que tiende a consustanciar la reflexión con el tiempo transcurrido, fundándose tan sólo en una presunción.

El psicológico, por que la frialdad de ánimo no es más que una modalidad de la premeditación, que sólo puede hacerla más grave o repudiable.

El de los motivos determinantes, incluso el eciético, por que tratan de integrar su concepto con la ayuda de elementos extraños (RDPP: 25-213 a 219).

53. *La jurisprudencia nacional*.—Nuestros tribunales oscilan entre el criterio psicológico (JAS: 1.294, 2.187; LJU: 2.529) y el cronológico-ideológico del codificador (JAS: 4.844; LJU: 1.492, 1.568, 2.854): Para éstos es compatible

con la pasión, salvo casos extremos (LJU: 2.612). Otros fallos establecen que la aplicación de cualquier criterio sólo procede cuando está probado el aplazamiento de la ejecución (LJU: 2.533), que consiste en la persistencia de la voluntad homicida (LJU: 930); obrar conforme a un plan deliberado (LJU: 2.553); no debe confundirse con la deliberación (JAS: 1.206), ni con los motivos anteriores (LJU: 2.786).

54. *Otras cuestiones.*—La premeditación puede ser condicionada, siempre que el delito se haya ejecutado o tentado, así dependa de un hecho justo o injusto de la víctima; si es injusto, resultará atenuado por la provocación. Pero la resolución de matar debe ser cierta, quedando incierta sólo la ejecución. Es condicional, cuando se ha subordinado la ejecución a la constatación de un hecho (LJU: 1.492, 2.612).

No es necesario que la maquinación sea completa, ni conclusiva, ni que el delito se haya realizado de acuerdo con ella.

Subsiste aunque se haya premeditado la muerte de una persona indeterminada, o aunque medie error de persona, por que la ley protege la vida humana en general y no la de un hombre determinado.

Los motivos del delito, aunque puedan concurrir a probar la premeditación, no bastan por sí solos para demostrarla. Así, no puede afirmarse premeditado el homicidio sólo porque resultó cometido por venganza (LJU: 2.786), y no se puede excluir la premeditación sólo porque se trató de una reacción colérica (LJU: 2.612).

Tampoco son suficientes por sí solas, para probar la premeditación, las modalidades ejecutivas del delito, como la alevosía (JAS: 1.930, 2.581; LJU: 35) y el mandato, pues su apreciación depende de los casos.

Actualmente no constituye problema la incompatibilidad de la premeditación con el vicio parcial de la inteligencia, porque tanto la locura parcial como la total son causas de inimputabilidad (art. 30 CP).

La premeditación, que supone un grado mayor de dolo, es incompatible con la embriaguez plena, cualquiera que sea su origen, porque la equiparación de ese estado, voluntario o culpable, al hecho dólido, aunque atenuado (art. 40, inciso 4.º CP), teniendo carácter excepcional, no puede ser extendida. En cambio, es perfectamente conciliable con la embriaguez semiplena.

La premeditación es compatible con la piedad, los móviles jurídicos altruistas o sociales y la provocación.

b) *Por los móviles*

55. *Generalidades.*—Así como la intención corresponde a los fines inmediatos del hecho (muerte), el motivo o móvil es la causa determinante de la intención (lucro, venganza, etc.). El móvil no se considera como elemento extraño ni integral del dolo, sino complementario, sintomático de la peligrosidad. Nuestro Código, eminentemente subjetivista, concede importancia a todos los móviles que obran de diversas maneras. Así agravan específicamente el homicidio los móviles brutales, interesados o conexos. Fuera de estos casos, subsistiendo la intención de matar, los demás móviles del hecho, sólo servirán para elevar abstractamente la responsabilidad penal (art. 47, inciso 9.º CP) o para apreciar la peligrosidad.

BRUTAL FEROCIDAD

56. *Textos y fundamentos.*—Constituye una agravante muy especial del homicidio cometerlo «con impulso de brutal ferocidad» (art. 312, inc. 1.º CP), porque tal circunstancia ocasiona enorme alarma social y demuestra extraordinaria peligrosidad.

57. *Confrontación.*—Se suprime el giro «por el solo impulso» (art. 320, inciso 1.º CA), conforme a las enseñanzas de IRURETA GOYENA, para ampliar el sentido de la agravante.

En su redacción actual concuerda con los artículos 519, inciso 6.º C. Español de 1928, y 80, inciso 2.º C. argentino de 1921, que dicen «perversidad» en vez de «ferocidad». Y parcialmente con la fórmula italiana «el haber obrado por motivos abyectos o fútiles» (arts. 61, inc 1.º y 577, inc. 4.º C. italiano de 1930).

58. *Concepto.*—Ahora comprende tanto el homicidio cometido sin causa aparente o presunta como el cometido por una causa nimia, absurda, etc.

La primera hipótesis corresponde a los homicidios verificados por odio a la humanidad, lujuria de sangre, vanidad criminal, espíritu de prepotencia, etcétera.

La segunda corresponde al que mata por motivos abyectos o fútiles, como bien dice el C. italiano. Cabe descartar la agravante cuando media un motivo de otra índole.

La valoración del móvil determinante debe hacerse por el juez en forma objetiva y aplicando la regla de la moralidad o normalidad medias, no de acuerdo con la monstruosidad del reo (LJU: 2.410).

Un fallo antiguo reputa homicida *per libidine di sangue* al que, después de ultimar a un matrimonio, degüella a la hija por no saber qué hacer con ella (JAS: 4.932).

Motivos *abyectos* son los que inspiran horror, repugnancia u otra repulsión profunda. Así el que asfixia a un niño porque se niega a satisfacer sus instintos homosexuales (LJU: 2.410).

Motivos *fútiles* son aquellos estímulos lejanos, insignificantes, desproporcionados con relación al delito cometido. Así, quien mata a raíz de un incidente sin importancia (LJU: 35), por apuesta, por probar un arma, para vengarse de un tercero (*vendetta trasversale*), por un inapreciable interés económico o social (antipatía), etc.

No debe confundirse esta agravante con la simple ejecución torpe, crue! o brutal, porque el impulso se refiere a la determinación y no a la ejecución.

En todos los casos se impone un examen psiquiátrico del agente, pero sobre todo cuando obró sin motivo aparente. Esta hipótesis es frecuente en los criminales locos, mientras que las demás son propias de los instintivos.

La agravante es incompatible con el vicio total o parcial de la inteligencia y con la embriaguez plena por las mismas razones expuestas respecto de la premeditación (*supra*: 54). Pero es compatible con la embriaguez semiplena, aunque algún fallo haya entendido lo contrario, considerando erróneamente a la ebriedad como móvil del crimen (LJU: 3.157), cuando la ebriedad no es un móvil, sino un estado anormal de la conciencia.

La agravante es incompatible con la atenuante de la provocación, pues

ésta exige implícitamente proporción entre el hecho provocante y el delito cometido.

PRECIO O PROMESA REMUNERATORIA

59. *Texto y fundamentos.*—Constituye una agravante muy especial del homicidio cometerlo «por precio o promesa remuneratoria» (art. 312, inc. 2.º CP). El ejecutor material mata sin un fin propio, por móviles mezquinos; el determinador procura su seguridad y aun su impunidad, apelando a ese medio artero y generalmente premeditado.

60. *Concepto.*—Se trata de un caso de coautoría (art. 61, inc. 1.º CP), supone la intervención de dos partes, autores morales y materiales, ligadas por un pacto criminal que generalmente asume la forma de mandato, pudiendo consistir también en una apuesta. En doctrina se llama asesinato.

61. *Extensión.*—IRURETA GOYENA enseñaba que la agravante se aplica al mandatario, basado en los siguientes argumentos: a) El que comete el delito por precio es el sicario (art. 320, inc. 2.º CA); y b) La circunstancia es personal e incommunicable (art. 68 CA).

En cambio, la doctrina y la jurisprudencia de las fuentes españolas entienden que la agravante se aplica tanto al mandante como al mandatario. Aparte de ello actualmente es la interpretación exacta, porque ahora también se comunican las circunstancias personales que, siendo conocidas por los partícipes, contribuyeren a facilitar la ejecución del hecho (art. 52 CP). Además la palabra «mediante», empleada en la disposición correlativa del artículo 47, inciso 2.º CP, comprende ambas situaciones.

62. *Requisitos.*—El mandato debe ser oneroso y expreso.

Tanto el precio como la promesa remuneratoria deben consistir en dinero u otro beneficio apreciable económicamente (casa, joya, empleo), aunque algunos autores comprenden cualquier retribución o ventaja. El precio puede ser grande o pequeño; la peligrosidad del sicario está en razón inversa con el monto.

Se requiere estipulación expresa de precio (JAS: 2.653), no presunta o esperada por el asesino; pero no es necesario que el precio se pague ni que la promesa se cumpla.

Es indiferente de quién haya partido la propuesta.

Se necesita la prueba del pacto. Pero cuando conste la determinación misma no se requiere la individualización del mandante (JAS: 1.045) ni del mandatario.

63. *Grados de ejecución.*—El mandante comienza a responder desde que el sicario, empieza la ejecución del homicidio (art. 5, ap. 1.º CP); no estando castigados en este caso la proposición, la conspiración y el acto preparatorio (art. 7 CP), por ejemplo: mandato rechazado, simplemente aceptado, procuración de medios para cumplirlo.

El desistimiento del mandante sólo tiene eficacia si ha llegado a conocimiento del sicario. Si éste desiste voluntariamente queda exento de responsabilidad, pero el mandante responde de tentativa (art. 5, ap. 2.º CP).

64. *Delito distinto del concertado.*—El delito cometido por el sicario puede ser más o menos grave que el concertado. En estos casos la responsabi-

lidad del mandante se rige por el artículo 63 CP. Si fuere más grave responderá por el delito concertado y cometido y sólo por el cometido sin concierto, en cuanto hubiere podido ser previsto, de acuerdo con los principios generales. Si fuere menos grave que el concertado, responde sólo por el primero; la menor entidad del resultado criminoso aprovecha al mandante (I:JU: 3.164).

65. *Error de persona.*—Por efecto de un error de hecho el sicario puede matar a una persona distinta de la indicada por el mandante. En tal caso la responsabilidad de ambos es la misma por el asesinato. Tanto vale una vida como otra, sin perjuicio de los vínculos de parentesco, cuya situación, si concurren, se rige por el artículo 23 CP (*supra*: 41).

HOMICIDIO. MEDIO Y HOMICIDIO. CONSECUENCIA

66. *Textos y fundamentos.*—Constituyen agravantes muy especiales del homicidio cometerlo:

- «para preparar, facilitar o consumar otro delito aun cuando éste no se haya realizado» (art. 312, inc. 4.º CP);
- «inmediatamente después de haber cometido otro delito para asegurar el resultado, o por no haber podido conseguir el fin propuesto, o para ocultar el delito, para suprimir los indicios o la prueba, para procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delincuentes» (art. 312, inciso 5.º CP).

Estas agravantes se fundan en que el criminal atenta contra un bien supremo como es la vida para servir otras finalidades. Por eso el eje de la infracción es el homicidio, desplazando los tipos concurrentes.

67. *Confrontación.*—Antes decía: «Como medio para ejecutar uno de los delitos previstos en las secciones I y II del título XI, en el acto de cometerlo o inmediatamente después, para transportar la cosa sustraída, procurarse la impunidad o por no haber podido realizar el fin propuesto» (art. 320, inciso 4.º CA).

El Código vigente divide en dos incisos y amplía la disposición anterior, traduciendo literalmente el artículo 366, incisos 5.º y 6.º C. italiano de 1889, que IRRIGATA GOYENA consideraba como la fórmula más sabia y completa.

Las diferencias fundamentales son las siguientes: a), el delito final o causal puede ser cualquiera; antes se refería al hurto y robo, encarando sólo el *latrocinio*; b), el delito-medio puede ser también anterior al delito-fin; antes debía ser concomitante.

68. *Requisitos.*—Se trata en ambos casos de una conexión jurídica que escapa a la regla del artículo 56 CP, unificándose varios delitos en otro complejo. Tienen que existir dos o más delitos, pero no, hasta el concurso, se requiere la conexión. Para que proceda la agravante debe haber una relación psíquica entre el homicidio cometido o intentado y los fines perseguidos. Esto presenta dos modalidades:

a) Unas veces el homicidio es un *medio* anterior a otro delito o concomitante con otro delito, y se *comete* con los *finés* de prepararlo, facilitarlo o consumarlo (inc. 4.º) El otro delito constituye el fin del homicidio. La conexión reviste los caracteres de ideológica.

b) Otras veces el homicidio, como posterior a otro delito, es una *conse-*

ciencia del mismo y se comete ora con los fines de asegurar el resultado, ocultar el delito, suprimir los indicios o la prueba, procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delincuentes; ora por la causa de no haber podido conseguir el fin propuesto (inc. 5.º). El otro delito constituye la causa ocasional del homicidio. La conexión reviste los caracteres de consecuencial.

En homenaje a la claridad, el carácter de la conexión debe clasificarse en función del otro delito. En cambio, SOLER lo hace exclusivamente en función del fin o de la causa, dividiendo las hipótesis del artículo 80, inciso 3.º, C. argentino (similar al art. 312, incs. 4.º y 5.º CP), en homicidio *final o causalmente conexo*. De acuerdo con este criterio, existe un sólo caso de homicidio causalmente conexo y es el hecho de matar por no haber podido conseguir el fin propuesto.

El «otro delito» puede ser de cualquier naturaleza: un hurto, una violación, etcétera, común o especial, perseguible de oficio o a instancia del ofendido. Es discutido si puede consistir también en otro homicidio o en una falta. Lo relativo al homicidio carece de valor práctico, pues el hecho caería de todos modos en la premeditación o en el concurso. En cuanto a la falta, es sabido que cuando nuestro Código se refiere a delito utiliza una expresión genérica. Tratándose de delitos-fines corresponde excluir los culposos, porque éstos no puede proponérselos nadie.

Cuando intervienen varios partícipes con actos diferentes es preciso el concierto para unificar la responsabilidad, que se rige por los artículos 52 y 63 CP. Así, incurrn en latrocinio los concertados que dan muerte a la víctima para robarla, incluso el que se limita a facilitarles la entrada (JAS: 2.401); los complicados que asaltan un Banco, dando algunos muerte al gerente, incluso los que no intervinieron directamente en el homicidio (JAS: 2.864); el inductor de una rapiña, cuando el ejecutor material excediéndose da muerte a la víctima, aunque no responde de la muerte posterior de un policía, en cuanto la primera muerte pudo ser prevista y la segunda no (IJU: 3.314; RDPP: 23-209).

69 *Homicidio-medio*.— Requiere que el autor, en el momento de matar, tuviera otra finalidad delictuosa. Los casos más frecuentes son los de matar para hurtar (JAS: 2.401, 2.864, 4.941). Basta que mate o intente hacerlo para lograr dicha finalidad, aunque no la consiga, o los medios empleados no sean idóneos (IJU: 77).

Por tanto, es indiferente el grado de ejecución del delito-fin. Es suficiente que el plan; tal como había sido concebido por el delincuente, pueda ser calificado como delictivo. La responsabilidad se determina por el grado de ejecución del delito-medio.

Si falta el nexo psicológico indicado habrá una reiteración real de delitos. Así, responden de homicidio y hurto los que después de dar muerte incidentalmente a una persona le sustraen mercaderías (JAS: 3.035) o ropas (IJU: 2.327). El hecho encuadra únicamente en el artículo 310 CP, si no se prueba que el motivo determinante del homicidio fuera el hurto (JAS: 4.952).

70. *Homicidio-consecuencia*.— Esta forma requiere que el autor, después de cometer o intentar otro delito, matara con alguna de las finalidades o causas taxativamente indicadas en la ley. Así, matar al propietario para llevarse la cosa sustraída; a un testigo del hurto para no ser descubierto; al que se in-

tenta despojar por resentimiento debido a no encontrarle nada encima; a la víctima de una violación por despecho debido a su resistencia, etc. En estos dos últimos ejemplos el motivo impelente es el *fracaso*; en los otros, es una *esperanza* ilícita.

No basta una secuencia puramente objetiva de hechos. Esta es necesaria, pero no suficiente. Así no configura esta agravación matar al cómplice de un hurto por discrepancias en el reparto de lo sustraído.

Esta forma se diferencia también de la anterior en dos aspectos:

a) Es preciso que se haya cometido o intentado efectivamente otro delito, atento a las palabras de la ley.

b) Además del nexo psicológico se requiere una relación *cronológica*, o sea, que el homicidio se cometa «inmediatamente después», aunque por ello racionalmente debe entenderse durante el ciclo de ejecución y agotamiento.

REVISTA DE LIBROS

