

## CAPÍTULO 3

### Art. 80 inc. 2

## Homicidio agravado por el modo de comisión

*Karen M. Montenegro y Jimena Rodríguez*

El art. 80 inc. 2do. del C.P. califica al homicidio cuando éste se cometiere con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso y le impone a quien resulte su autor la pena de prisión o reclusión perpetua y la accesoria del artículo 52 del Código Penal. O sea, que a la figura básica del artículo 79 del Código Penal, que estudiamos en el primer capítulo, el sujeto activo selecciona un modo de comisión y por ello, el legislador entiende que debe ser sancionado con la mayor reprochabilidad del sistema penal<sup>24</sup>.

Dentro de las opciones que plantea el inciso visualizamos un mayor análisis del Sujeto Activo para llevar adelante el delito contra la vida. Dentro del catálogo, plantea el ensañamiento, el cual podemos definir como la acción de inferir a la víctima lesiones, daños o tormentos innecesarios para la consumación del homicidio. Se configura el ensañamiento cuando al deliberado propósito del autor de dar muerte a la víctima, se agrega el de hacerlo causando sufrimientos físicos innecesarios. Existe una excesiva crueldad en el móvil determinante y en su concreta ejecución.

Dentro de la historia podemos encontrar antecedentes que nos servirán para analizar y comprender la figura.

En la antigüedad, los romanos utilizaban esta clase de muertes mientras conquistaban los pueblos, y el mecanismo utilizado era la **crucifixión**. Los condenados morían lenta y dolorosamente, en público, como forma de “aviso para navegantes”. Todos y todas recordamos, en nuestra cultura, la ejecución de Jesucristo a través de este procedimiento. Ese castigo ampliaba cruel y deliberadamente el sufrimiento de la víctima, que tardaba en morir no sólo por las estacas, la deshidratación al sol, y los tormentos sufridos, sino también por el propio desangramiento.

Las ejecuciones con ensañamiento también tuvieron lugar en Europa hasta finales del siglo XVIII. El verdugo, encargado de llevar adelante el acto público, primero les rompía a los condenados las extremidades (brazos y piernas) y las costillas haciendo uso de un mazo de madera, pero cuidándose de no matarlos para alargar el sufrimiento. Los espectáculos se llevaban adelante durante todo el día en plazas públicas, hasta que los condenados morían<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> ARTICULO 5º.- Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

<sup>25</sup> Sobre el punto <https://core.ac.uk/download/pdf/132462328.pdf>

Nuestro Código Penal recepta la figura del Código español<sup>26</sup>, siendo definido como el “aumento deliberado e inhumano del dolor del ofendido” (Buompadre, Jorge Eduardo. Derecho penal, parte especial. Edición 2018. . Pág 48), luego, los códigos de 1848 y 1870, variaron sensiblemente el concepto al describirlo como “matar aumentando inhumana y deliberadamente el dolor de la víctima” (artículos 333 inc. 5 y 418 inc. 5, según Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. David Baigún, Eugenio Raúl Zaffaroni. Editorial Hammurabi. Pág 157, 2012)

Estos conceptos fueron receptados en nuestra legislación, y aún hoy día siguen vigentes, con la salvedad de que, a diferencia de los antecedentes legislativos españoles, no se define al ensañamiento sino que lo deja librado a los antecedentes y la labor doctrinaria.

En el proyecto de Carlos Tejedor del año 1868 se “castigaba con la misma pena de homicidio al asesinato ejecutado con ensañamiento”, aunque la segunda parte que elevó el autor nunca tuvo éxito de ser aprobada por el Congreso. Años más tarde, una vez ya promulgado el Código penal argentino de 1920, y a diferencia de los proyectos anteriores, se determinaba como una agravante genérica en el artículo 84, estableciendo que “son circunstancias agravantes, salvo disposiciones especiales: 3) aumentar deliberadamente el mal, causando otros, innecesarios para la ejecución” (Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. David Baigún, Eugenio Raúl Zaffaroni. . Pág. 157, 2012).

El 6 de diciembre de 1967, se sancionó la ley 17.567, la cual modificaría una vez más esta agravante, quedando redactada de la siguiente manera: “se impondrá la reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 2) con ensañamiento” (Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. David Baigún, Eugenio Raúl Zaffaroni, págs. 112-115, 2012).

Al tratarse de una agravante del supuesto de homicidio establecido en el artículo 79 de nuestro código penal, el bien jurídico protegido es la vida humana.

Ensañar es irritar o enfurecer, deleitarse en causar el mayor daño y dolor posible a quien ya no está en condiciones de defenderse. El plus o agravación se verifica entonces por la elección de esta forma de provocar la muerte. Implica la adopción de un modo cruel de matar.

No debe confundirse el ensañamiento con la conducta de dar muchas puñaladas o efectuar muchos disparos de arma de fuego. Esto se trata de un acometimiento furioso, salvaje, ya que el autor quiere aniquilar a la víctima.

La figura no necesita características especiales en relación a los intervinientes, por lo cual, los sujetos activo y pasivo se denominan de “delicta comunia”, vale decir, que cualquier persona puede ser autor o víctima de este delito.

Con respecto al aspecto objetivo, este consiste en el dolor o sufrimiento excesivo e innecesario que se le produce a la víctima con el fin de ocasionarle la muerte. Se puede actuar con ensañamiento mediante sufrimientos tanto físicos como psíquicos, tortura y simulación de padecimiento a seres queridos.

---

<sup>26</sup> artículo 609 del código de 1822

Ahora, lo cierto es que, pese a la aparente simplicidad de la afirmación de que no hay ensañamiento si el mal que causa el autor no es innecesario, la concreción de esta máxima está plagada de problemas. La incerteza que acompaña a la interpretación de este requisito no es de extrañar si se repara en que es el propio legislador quien parece abonar la discusión sobre la exigencia de como realizar el homicidio, como producir la muerte, necesariamente cruenta o dolorosa para la víctima. Son infinitas las situaciones en las que la producción de la muerte pueda tener lugar empleando medios que desde una estricta comprensión objetiva provocan sin lugar a dudas un mayor sufrimiento como las torturas y, sin embargo, no puede decirse que el empleo de ese mayor sufrimiento sea una finalidad gratuita provocada desde el punto de vista subjetivo de los planes del agente. No cabe duda de que para producir la muerte no hace falta someter a la víctima a padecimientos o torturas previas; sin embargo, desde la perspectiva del autor, difícilmente podría decirse que el procedimiento utilizado por un torturador que antecede a la muerte sea un método arbitrario. En los planes del autor, es algo necesario e irrenunciable para realizar el plan delictivo global que persigue, ya que sin él probablemente la víctima nunca confesaría, meta directa de la actuación de aquél.<sup>27</sup>

Lo cierto es que, no sólo la lógica sino el espíritu mismo de la ley fuerza a enfocar su comprensión desde la perspectiva objetiva, no del plan o finalidad subjetiva del autor, sino desde la óptica más estricta de la realización del concreto resultado delictivo sobre el que recae; en el caso que ahora interesa, la muerte de otra persona.

Ahora bien, desde el aspecto objetivo se requiere un doble resultado, por un lado indudablemente la muerte y, por el otro, el dolor excesivo e innecesario que le provoca a la víctima para obtener ese fin<sup>28</sup>.

No perdamos de vista que el fundamento del homicidio por ensañamiento es el padecimiento, ese es el elemento subjetivo, la intención, el dolo del sujeto activo. Es una forma deliberada de matar haciendo sentir el dolor; o en el momento de la muerte o en un momento inmediato anterior<sup>29</sup>, y por ello, para establecer si hubo ensañamiento, hay que determinar el momento final de la muerte. Para ello, es fundamental el análisis de autopsia, y los dictámenes del médico forense. A través de la operación de autopsia se establecen una serie de elementos fundamentales en relación con el hecho. Si la víctima murió como consecuencia de la primera o segunda puñalada, o luego de una serie de las mismas, ya que como adelantamos, si fueron realizadas a un cadáver que no siente, no se establece el supuesto de “inhumana y deliberadamente el sufrimiento de la víctima”.

Es indudable que nos encontramos ante un delito doloso consistente en aumentar el sufrimiento de la víctima de manera innecesaria, lo que nos lleva a dilucidar que, no se dará la

---

<sup>27</sup> Varias de estas discusiones se han llevado adelante en los delitos cometidos durante la dictadura con las personas privadas ilegalmente de su libertad, en los centros clandestinos de detención.

<sup>28</sup> Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Zaffaroni y Baugún. Editorial Hammurabi. Pág. 159.

<sup>29</sup> Es claro que si los ataques se producen luego de fallecida la persona, no estaríamos frente a un delito contra la vida y menos aún, de su versión calificada.

agravante en los casos de error, esto es, cuando el autor crea que no está ocasionando el sufrimiento o crea que esos dolores son indispensables para poder lograr sus propósitos homicidas, pero situaciones como ser el descuartizamiento del cuerpo de la víctima, no pueden entrar en la agravante que estamos estudiando, si la persona está muerta.

El Profesor Jorge Buompadre en su libro (Derecho Penal, parte especial. especial. Jorge Eduardo Buompadre. Edición 2018. Pág. 48). se remite al autor Fontan Balestra quien afirmaba:

El ensañamiento requiere una idea, una circunstancia SUBJETIVA que, precisamente, consiste en ese propósito deliberado de causar daño de más por crueldad, causando el mayor dolor posible a la víctima. Por ello es un modo cruel de matar. La importancia de caracterizar el ensañamiento desde un punto de vista subjetivo radica en que excluye toda posibilidad de imputación a título de DOLO EVENTUAL.

El objeto de este proyecto es relacionar los delitos penales con series o películas así facilitamos su comprensión. Los y las invitamos a mirar el séptimo episodio de la temporada segunda de la serie *Vikingos*<sup>30</sup> donde se puede apreciar claramente lo que hemos desarrollado hasta el momento.

En el capítulo citado, Ragnar Lodbrok, (protagonista de la serie) le realiza a Jarl Borg delante de una multitud un ritual conocido en su cultura como el “águila de sangre”. Este último era un ex líder vikingo destituido luego de haberse enfrentado en combate con Ragnar.

Nos referimos a uno de los más grandes castigos que se les impartía a aquellos que hayan traicionado a sus dioses o a su cultura y, a su vez, para el ofendido era una forma dolorosa de morir, pero necesaria para poder acceder al “Valhala”, lo que equivalía a una especie de paraíso vikingo. El tormento consistía en violentar con un machete la espalda del ofendido, con ambos brazos distendidos, hasta lograr separar cada vertebra del cuerpo y así poder abrir su espalda cuan águila con sus alas, ocasionándole una muerte larga y desmesuradamente dolorosa para el sujeto en quien recaía esta forma cruenta de morir.

Ahora bien, analizando estos hechos desde una perspectiva jurídica, podemos afirmar que Ragnar (sujeto activo) realiza la conducta típica de matar a Jarl Borg (sujeto pasivo), y lo realiza con ensañamiento, vale decir, lo realiza con dolo directo, con intención de generar en el sujeto pasivo un sufrimiento innecesario e inhumano, configurándose así este tipo penal con sus requisitos tanto objetivos como subjetivos.

Otra película que algunos y algunas recordarán, allá por el año 1995, es el film estadounidense llamado *Seven*<sup>31</sup>, donde se muestran una serie de acometimientos brutales propiciados por un asesino serial con aparentes patologías psicológicas. Estos homicidios se vinculan

---

<sup>30</sup> *Vikingos* es una serie irlandesa de acción y drama ambientada en el S.IX. Fue creada y escrita por Michael Hirst. En ella cuentan las hazañas de un vikingo llamado Ragnar y de su familia.

<sup>31</sup> Película de drama y suspenso dirigida por David Fincher, escrita por Andrew Kevin Walker.

directamente con los siete pecados capitales<sup>32</sup> y serán investigados por los detectives David Mills y Somersert. Son llamados pecados capitales porque generan otros pecados, otros vicios; según la corriente del cristianismo los siete pecados capitales serían la soberbia, la avaricia, la envidia, la ira, la lujuria, la gula y la pereza. El autor de los acometimientos se basa en dichos pecados para cometer sus homicidios con diversas formas de ensañamiento. Les recomendamos la observación del film para su análisis y comprensión, no obstante ello, tal vez el análisis global del asesino John Doe (Kevin Spacey) los lleve a otro de los incisos de este artículo 80 del Código Penal.

El segundo supuesto que prevé el inciso es la Alevosía, entendida como sinónimo de perfidia o traición, toda vez que se causa la muerte a la persona que confía en uno o eligiendo el modo, tiempo o circunstancia de realización evitando que el sujeto pasivo se pueda llegar a defender. El agresor estudia la situación, para poder colocarse en ventaja, valiéndose de distintos medios, dirigidos a evitar que la víctima perciba sus intenciones y por ello el legislador lo ubica como un supuesto de homicidio calificado.

Dentro de los Antecedentes históricos encontramos en la Inglaterra medieval, registros donde se consideraban estos hechos con mayor penalidad ya que tomaban por sorpresa a su víctima y sin provocación.

La muerte a traición, en el antiguo derecho anglosajón consistía en la que se cometía mediante el uso de veneno, emboscada o algún otro medio de ataque sorpresivo<sup>33</sup>.

Los códigos penales españoles de 1848 y 1850 entendían que un hecho se ejecuta con alevosía cuando se “obra a traición o sobre seguro” (*Código penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Zaffaroni Eugenio, Baigún David. Pág. 175, 2012*).

El código español de 1870 define a la alevosía indicando que:

(...) hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas, empleando medios, modos o formas de ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido (*Código penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Zaffaroni Eugenio, Baigún David. Pág. 176, 2012*).

Dentro de nuestra legislación encontramos en el proyecto Tejedor de 1867, el antecedente de esta figura, el cual menciona al artículo 298 del código francés y al código peruano, entre otros. Así, en el artículo 207 se establecía para la figura de alevosía: “es calificado asesinato y tiene la pena de muerte, el homicidio cometido con premeditación o alevosía”, y el artículo 209 definía a la alevosía como “dar muerte segura, fuera de pelea o riña, de improviso y con cautela,

<sup>32</sup> El número 7 fue dado por el Papa Gregorio Magno y se mantuvo por la mayoría de los teólogos durante la edad media, bajo la fuerte influencia política y social de la religión cristiana durante la Edad Media.

<sup>33</sup> Código penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Zaffaroni Eugenio, Baigún David. Editorial Hammurabi. Pág. 173.

tomando desprevenido al paciente“ (Código penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Zaffaroni Eugenio, Baigún David. Editorial Hammurabi. Pág. 176, 2012)

Luego de varias modificaciones y de forma similar a lo que sucedió con el ensañamiento, esta figura fue considerada por el proyecto de 1886 como una agravante genérica en el artículo 84, en él se determinaba que “son circunstancias agravantes, salvo disposición en contrario 3) ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sin peligro para el agresor“. Así mismo en su artículo 95 inc. 1 establecía que “el que mata a otro, no estando comprendido en el artículo anterior, será castigado... con la pena de muerte, si el homicidio se perpetra con alevosía...”

La ley 18.567, modificó finalmente este supuesto, quedando redactado de la siguiente manera: “se impondrá la reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art.52, al que matare con 2) alevosía... (Código penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Zaffaroni Eugenio, Baigún David. Editorial Hammurabi. Pág. 176, 2012)

Carlos Creus entiende que, en realidad, no hay que recurrir al derecho comparado, ya que la antigua fórmula española acuñada en los primeros antecedentes patrios, describe con precisión los alcances de la alevosía. Así, “traición” se entiende como el aprovechamiento de la indefensión de la víctima y “sobre seguro”, la intención del autor de obrar sin riesgos (Código penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Zaffaroni Eugenio, Baigún David. Pág. 176, 2012)

Claus Roxin, al comentar el derecho penal alemán, define a la alevosía cómo “el aprovechamiento de la falta de sospecha y la indefensión de la víctima debido a una dirección de voluntad hostil”, por eso el aprovechamiento es un elemento del tipo (Código penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Zaffaroni Eugenio, Baigún David. Editorial Hammurabi. Pág. 177, 2012)

Sin dudas, la alevosía es sinónimo de *traición* toda vez que se causa la muerte a la persona que confía en uno o eligiendo el modo, tiempo o circunstancia de realizando evitando que el sujeto pasivo se defienda.

Al igual que el ensañamiento, éste homicidio es calificado por el modo de comisión que elige el autor. Lo realiza cobardemente, al acecho, por la espalda.

Existe consenso en la doctrina en reconocer como elementos básicos de esta figura: la indefensión de la víctima, la falta de riesgo del autor y el ocultamiento moral o material, asegurando así, sin riesgos, la ejecución de la muerte por parte del sujeto activo.

Señala Nuñez:

(...) objetivamente la alevosía exige una víctima capaz que no esté en condiciones de defenderse, o una agresión no advertida por la víctima capaz y en condiciones de hacerlo. Subjetivamente, es donde reside su esencia, la alevosía exige una acción preordenada para matar sin peligro para la persona del autor, proveniente de la reacción de la víctima o de un tercero, la incapacidad

o inadvertencia de la víctima puede ser provocada por el autor o simplemente aprovechada por él (Código Penal comentado. Carlos Parma.. Pág. 49, 2005).

Este tipo penal tiene una naturaleza mixta, compuesta por elementos objetivos –vinculados con la **forma** o **modo** utilizados para perpetrar el homicidio- y otro subjetivo, que tiene que ver con el ánimo del autor de **aprovecharse**, mediante ese modo o forma de la **indefensión** de la víctima<sup>34</sup>.

La mayor punibilidad se justifica entonces por la forma que elige el autor para lograr su objetivo; el sujeto opta por cometer el homicidio a traición y sobre seguro, es decir, sin riesgo para sí<sup>35</sup>.

Se habla de preordenación, en tanto el sujeto se motiva en esa situación especial que se da de indefensión lo que no implica –necesariamente- que se constate premeditación por parte de quien decide matar. Basta con que el sujeto aproveche la indefensión de la víctima<sup>36</sup>.

El Profesor Gabriel Vitale explica en sus clases, que no puede ser un aprovechamiento casual, mínimamente tiene que ser preordenado, lo que exige, un estudio previo, sin llegar a la profundización que importa la premeditación.

Para Bacigalupo, la gravedad de la alevosía deriva del hecho de que la indefensión de la víctima es producto de la confianza que ella depositó en el autor. Es decir, no sólo hay un aprovechamiento de la indefensión del sujeto pasivo, sino que se quebranta la confianza que le brindó, poniéndose prácticamente en sus manos.

Luego de acreditarse la situación **objetiva** de indefensión debe verificarse también el aspecto **subjetivo** del delito, es decir, este ánimo especial que moviliza a actuar al autor.

Deben coexistir ambos aspectos puesto que aún el autor decidido ante la posibilidad de actuar sin riesgo para sí, de no verificarse la situación de indefensión no se constituirá la agravante en análisis. Esta, tampoco se constituirá si –por el contrario- comprobado el estado de indefensión de la víctima este no fue por lo menos aprovechado por el sujeto activo<sup>37</sup>.

El elemento subjetivo de este injusto es la situación anímica del agresor, la alevosía no necesita premeditación, pero si siempre preordenación, como señalamos anteriormente. Ello significa que el sujeto activo debe haber medido la situación, en la preordenación hay necesariamente un mínimo de estudio por parte del sujeto activo, a ello, se le suma el ocultamiento físico o del verdadero propósito del autor, así, quien espera oculto a que pase su víctima para apuñalarla o quién lleva engañada a su víctima a una supuesta fiesta y se desvía del camino actuará de forma segura y sin riesgos<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Código Penal comentado. Carlos Parma. Editorial Mediterránea. Pág. 51.

<sup>35</sup> Código penal comentado. Pensamiento penal. Homicidio calificado por el modo de comisión. María E. Riusech y María E. Klappenbach. Página 9.

<sup>36</sup> Código penal comentado. Pensamiento penal. Homicidio calificado por el modo de comisión. María E. Riusech y María E. Klappenbach. Pág. 11.

<sup>37</sup> Código penal comentado. Pensamiento penal. Homicidio calificado por el modo de comisión. María E. Riusech y María E. Klappenbach. Pág. 12.

<sup>38</sup> Código Penal y leyes complementarias. Arias Omar y Gauna Omar. Editorial Astrea. Pág. 682

A continuación, les relataremos un homicidio realizado con alevosía en un episodio de la serie española *Vis a Vis*<sup>39</sup>. En el film distinguimos un sujeto activo y un sujeto pasivo, Zulema y Yoli, respectivamente, ambas mantienen una relación de amistad dentro de un centro penitenciario de España. Una noche Zulema busca a Yoli por su celda, y la invita a ir a fumar un cigarrillo al baño. Horas más tarde, dos guardias cárceles encuentran el cuerpo sin vida de Yoli, en un lavadero ubicado en dicha unidad, atado en una silla con aparentes signos de haber sufrido heridas con algún artefacto que emanaba calor, hasta su deceso.

Podemos configurar la conducta realizada por Zulema (sujeto activo) en este supuesto, argumentando que la misma ha obrado sobre segura, aprovechándose de la confianza de su amiga Yoli, atándola para asegurar su indefensión y consecuente a ello le provocó heridas en el cuerpo hasta darle muerte.

Con el objetivo de una mayor comprensión, avanzamos sobre un capítulo de la serie llamada *El marginal*<sup>40</sup>, donde en uno de sus episodios podemos observar un homicidio realizado con alevosía. En el mismo Barney (Sujeto Pasivo de la lesión del bien jurídico protegido) es sorprendido en el baño de la unidad penitenciaria donde se encontraban privados de su libertad, por dos sujetos (Sujetos activos que despliegan la conducta delictual), quienes a sabiendas de que Barney estaba padeciendo dolencias intestinales graves, deciden realizar varios cortes sobre el cuerpo del sujeto pasivo en cuestión, utilizando como medio para valerse de su fin de un objeto punzante conocido en el lenguaje carcelario como “faca”, aprovechándose que los guardias habían liberado la zona para aquel acometimiento. Vemos en este punto, llevarse a cabo la acción típica que configura este tipo, vale decir, el sujeto activo se aprovecha de la indefensión de la víctima, obrando así sobre seguro y produciéndose como resultado su muerte.

Otro film que es menester traerles y darle mención es *Acusada*<sup>41</sup>. La consideramos importante porque en esta película, basada en hechos reales, podemos distinguir a lo largo de breves escenas, algunos elementos del tipo, aunque algunos otros pueden hacer dudar sobre la calificación legal que corresponda dar al mismo. La idea de este abordaje es poder distinguir no sólo los elementos que tipifican la figura, sino también, y tal vez, más aun, cuando no queda desechada.

Durante el film se narra la historia de un homicidio a una joven, ocurrido dentro de una vivienda donde convivían dos amigas. La acusada es Dolores Dreier, quien fue la última persona que tuvo contacto con su amiga Camila Nievas antes de que esta fuera encontrada sin signos vitales, boca abajo, mientras dormía en su habitación. Aquí podemos señalar el sujeto activo y el sujeto pasivo, respectivamente.

Dolores le propone a Camila organizar una fiesta en su casa, y esta accede. Luego de algunos indicios que muestran en la película acerca de la culpabilidad de los hechos a Dolores, podríamos

---

<sup>39</sup> Vis a vis, es una serie de española que se basa en la historia de una mujer llamada Macarena, quien es engañada por su amante para cometer evasiones al fisco y por tanto se le adjudica una condena que cumplirá en una cárcel situada en España. Fue creada en el año 2015 por: [Daniel Écija](#); [Álex Pina](#); [Iván Escobar](#) y [Esther Martínez Lobato](#).

<sup>40</sup> El marginal es una serie argentina creada por Ortega Sebastián, correspondiente al género drama policial, la misma fue estrenada en el año 2016.

<sup>41</sup> Acusada es un film argentino, estrenado en el año 2018. Fue coescrita y dirigida por Tobal Gonzalo.



arribar a la conclusión de que esta obró con alevosía, atacando con un cuchillo por la espalda a su amiga mientras dormía. El sujeto activo entonces, se aprovecha de la confianza y la agrede cuando esta se encuentra descansando, con lo que asegura su resultado. Luego aparecen diferentes elementos que el espectador podrá evaluar a los efectos de analizar la figura.

Y con esto, ingresamos a las últimas agravantes previstas en este inciso, el Veneno u otro procedimiento insidioso.

El veneno es la sustancia que incorporada a un ser vivo en pequeñas cantidades es capaz de producir graves alteraciones funcionales e incluso la muerte, nociva a la salud.<sup>42</sup>

Los romanos llamaron “venenum” a todo aquello que aplicando una sustancia cambia su naturaleza, clasificándolo en bueno (si provocaba una mejora) o en malo (si deterioraba).

El empleo de veneno tuvo preferencia en tiempos pasados, consecuente a la dificultad de la prueba, que tornaba impune este delito, motivo por el cual tenía una gran significación en la vida social y política de esa época, pero el progreso de las ciencias le ha restado esa característica. Este ha sido uno de los motivos por los cuales la mayoría de la doctrina considera que esta agravante no se aplicará cuando los medios de empleo del veneno se hagan abiertamente o por medio de la violencia.

Según Maggiore, el envenenamiento como instrumento para causar la muerte es un delito que exige premeditación: “la razón del agravante”, continúa, “está en la segura eficacia del medio empleado, en la calidad insidiosa de dicho medio y en la facilidad de ocultar el delito”<sup>43</sup>.

Conforme al código comentado

El motivo de la agravante se ha inclinado esencialmente a la forma de su administración. Resultará indistinto si el autor elige para cometer el delito la utilización del veneno o como dice la ley se vale de “otro procedimiento insidioso”. Siendo así, el incremento de la escala penal no pasa ya por la sustancia sino por la forma o modo en que se la aplica (Código penal comentado Pensamiento Penal. Homicidio calificado por el modo de comisión. María E. Riusech y María E. Klappenbach. Pág. 16, 2018)

Dentro de los Antecedentes Históricos, encontramos el artículo 210 del proyecto Tejedor, el mismo establecía: “el calificado también de asesinato y tiene la misma pena (de muerte)...3) la muerte Dada por el medio de veneno”. En su nota correspondiente, el doctor Carlos Tejedor invocaba al Derecho Romano, el Fuero Juzgo, las Partidas, las Recopilaciones, el Código Penal Francés, napolitano, brasilero y el de Baviera, y decía que

(...) según este último cuando un individuo administra a otro en cantidad suficiente para dar la muerte, y esta tiene lugar, el culpable será tenido por autor

---

<sup>42</sup>Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo II, Ed. Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires, 2001

<sup>43</sup> Código Penal comentado. Carlos Parma Editorial: Mediterránea. Pág. 54.

de envenenamiento, a menos que pueda asignar con certidumbre precisión al resultado mortal otra causa más inmediata (art. 148). Además, todo el que con intención ilícita de la muerte a otra persona haciéndole tomar veneno, no será oído si para justificarse dijese que su intención no fue cometer un homicidio, sino causar una lesión simple (art 149) (Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Zaffaroni y Baigún. Pág. 196, 2012)

El código penal en su versión original hablaba de “veneno” como medio para matar agravadamente. La fórmula actual habla de “veneno u otro procedimiento insidioso” (Código penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Arias Omar, Gauna Omar. Editorial Astrea. Pág. 685, 2001)

Dentro de la acción típica requerida para configurar el tipo–matar con veneno u otro procedimiento insidioso-, vemos que el legislador pone el acento nuevamente en el aspecto subjetivo, siendo este el modo en el que el sujeto activo despliega su accionar, a través del ocultamiento.

El maestro Buompadre señala al respecto que

(...) la razón de ser de la agravante se determina por las menores defensas de la víctima ante la insidia que constituye la utilización de los particulares medios a los que se refiere la ley y NO a la efectividad letal de ellos (Derecho Penal. Parte especial. Carlos Creus y Buompadre. Págs. 21/22, 2007)

Dicho esto, configuraremos la conducta que despliega el Cuis (sujeto activo), en la serie *El Marginal*, episodio en el cual envenena a el Sapo (sujeto pasivo), introduciendo veneno en su comida con el fin de matarlo. Ambos se encuentran en una unidad carcelaria de Bs. As. El primero de ellos, preso por haber matado anteriormente por envenenamiento a su productor musical y cansado del hostigamiento de su compañero el Cuis, decide envenenarlo.

Una vez ingerida la comida, el Sapo comienza sentir una obstrucción respiratoria consecuente al veneno introducido por el Sujeto Activo de forma oculta. Seguidamente a ello, otros individuos que estaban dentro de la misma unidad advierten que su compañero posee dificultades para respirar y piden la asistencia de algún personal de salud que pueda o intente salvar la vida de la víctima. Una vez asistido, y tras una traqueotomía de urgencia, el Sapo logra recomponerse, lo que llevaría el delito al grado de conato según lo previsto por el art. 42 del Código Penal.

Asimismo, Buompadre por su parte alude al respecto:

La fórmula otro procedimiento insidioso posibilita la siguiente interpretación: las muertes provocadas por sustancias que actúan químicamente en el cuerpo humano y han sido propinadas de manera oculta, configuran HOMICIDIO AGRAVADO POR VENENO; toda otra circunstancia con capacidad letal, empleada del mismo modo, encuadraría a la agravante procedimiento insidioso (Buompadre. Derecho Penal, parte especial. Edición 2018. Pág. 53)

Entonces, consideramos relevante distinguir entre veneno y otro procedimiento insidioso:

El veneno puede ser suministrado vía oral, rectal, vaginal, respiratoria, epidérmica, hipodérmica, subcutánea, mediante ingestión, inyección, unción e inhalación.<sup>44</sup>

Por lo tanto, también están comprendidas en el concepto de veneno las toxinas orgánicas y los cultivos de bacterias o gérmenes que pueden causar la muerte.

Buompadre por su parte lo define como:

toda sustancia animal, vegetal o mineral, sólida, líquida o gaseosa, que, introducida en el cuerpo humano mata cambiando su naturaleza por acción química o bioquímica”, y párrafos después agrega que “no tienen la categoría de veneno aquellas sustancias que, aun cuando poseen capacidad de matar y pueden ser usadas insidiosamente, sólo actúan en el cuerpo bajo efectos físicos, mecánicos o térmicos, tales como el vidrio molido, el plomo derretido, los alfileres, etc. , ni aquellas generalmente inocuas, o que producen daño a la salud por la condición especial de la víctima (Jorge, Eduardo Buompadre. Derecho Penal, parte especial. Edición 2018. Pág. 52)

En relación al procedimiento insidioso, es el método de ejecutar o modo de obrar que sin constituir administración de veneno implica un engaño o artificio que no permite a la víctima conocer el riesgo. La agravación radica en la insidia del medio con que se mata. Son otras modalidades, ya sea mediante engaños u otro tipo de artimañas, que vienen a cerrar las posibilidades de matar traicioneramente<sup>45</sup>.

Si bien tiene elementos comunes con la alevosía en esta última se tienen que dar además del ocultamiento de la agresión la indefensión de la víctima.

Dentro del aspecto subjetivo concurre para Soler un desdoblamiento intencional dirigido tanto al fin de matar como al medio para lograrlo. El conocimiento de que se emplea veneno o de la cualidad de la sustancia empleada con relación al sujeto pasivo. No es necesaria en principio una específica premeditación<sup>46</sup>.

La agravante existe cuando la acción es pre ordenada para matar, aunque no sea premeditada. La preordenación conlleva al sujeto a asegurarse que la conducta que va a desplegar será sin riesgo para sí mismo, vale decir, “matar sin peligro”.

En referencia al modo insidioso que configura al tipo, nos detendremos un momento. La insidia es asechanza, emboscada, engaño. En español fue definida como “trampa dispuesta para

---

<sup>44</sup> Breglia Arias, ob cit

<sup>45</sup> Código penal comentado Pensamiento Penal. Homicidio calificado por el modo de comisión. María E. Riusech y María E. Klappenbach. Pág. 20.

<sup>46</sup> Código penal comentado Pensamiento Penal. Homicidio calificado por el modo de comisión. María E. Riusech y María E. Klappenbach. Pág. 20.

engañar o disimular“ (Código penal y sus normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Zaffaroni Eugenio, Baigún David. Pág. 203, 2012)

El fundamento del incremento de sanción, radica en la naturaleza fraudulenta del medio que, por un lado, facilita la concreción del homicidio y, por el otro, obstaculiza la defensa de la víctima.

Si el sujeto activo no obrara bajo el ocultamiento, o bajo el engaño, y le brindase “a sabiendas” al sujeto pasivo alguna sustancia letal para que esté ingiriéndose con el fin de causar su muerte, estaríamos frente a otro supuesto legislado en el código penal tal como es “la instigación o ayuda al suicidio” donde el deceso puede darse pero de una forma ya no oculta, es decir, el sujeto pasivo lo hace a sabiendas de que ello le ocasionará probablemente la muerte y decide desplegar de igual forma esa conducta.

Esperamos que hayan disfrutado de esta lectura.

## **Art. 80 inc. 2 Cód. Penal**

Hay alevosía cuando la falta de peligro para el autor y la indefensión de la víctima causadas o no por el sujeto activo hubieran sido condición subjetiva del ataque (SCBA, causa P 134772, 2022)

La pretensión de que se modifique el encaje normativo -dejando sin efecto la agravante de alevosía- debido a que el estado de indefensión de la víctima habría encontrado sustento exclusivamente en la comprobación del ardid con que ella fue citada al lugar, es insuficiente para demostrar la arbitrariedad alegada. Es que la parte deja incontrovertidos los fundamentos expuestos por la casación para estimar acertada la calificación legal, los que no se circunscribieron únicamente a la comprobación de que el occiso fue citado a la escena del crimen mediante mensajes engañosos tendientes a concertar una falsa cita amorosa, sino que a ello se añadió el carácter sorpresivo del ataque hasta el mismo inicio de su ejecución y la cantidad de disparos efectuados. Tal déficit resulta revelador de la insuficiencia recursiva (art. 495, CPP) (SCBA, causa P 132814, 2021)

(...) Para que se configure el homicidio agravado por ensañamiento no hace falta demostrar que quien lo hizo lo realizó para satisfacer una tendencia sádica o particularmente perversa o de especial "gozo" por el sufrimiento de la víctima [...] Corresponde calificar el hecho como homicidio agravado por ensañamiento si el ataque en el contexto, duración y modo en que fue llevado a cabo, implicó un aumento inhumano del dolor y sufrimiento de la víctima, pues se le infligieron padecimientos innecesarios para el logro del resultado típico (muerte)... (SCBA, causa P 134707, 2021)

Para que se configure el homicidio alevoso del artículo 80 inciso 2 del Código Penal, no alcanza con la consideración objetiva de la indefensión de la víctima, sino que se requiere un plus, un vínculo anímico en el homicida de

deliberación, preordenación y aprovechamiento de esa situación (TCP Sala II, causa 73785, 2016)

Admitir la validez del tipo agravado del homicidio previsto en el inciso 2° del artículo 80 del Código Penal que releva la utilización de un medio particular para matar por el procedimiento insidioso que supone, no mereciendo objeción alguna que se prevea una agravante de calificación -de consecuencias punitivas más leves- del homicidio simple que se relacione con el empleo de un arma de fuego, desde que ello implica ni más ni menos que relevar a nivel de tipicidad una circunstancia que -tradicionalmente- se consideró atrapada por la pauta de mensuración de la pena prevista en el inciso 1° del artículo 41 del mismo cuerpo legal, vinculada con los medios empleados para ejecutar la acción (TCP Sala II, causa 69882, 2015)

## Referencias

- Buompadre, Jorge Eduardo. Derecho penal, parte especial. Edición 2018. Editorial ConTexto. Pág 48
- Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. David Baigún, Eugenio Raúl Zaffaroni. Editorial Hammurabi. Pág 157.
- Código Penal comentado. Carlos Parma. Editorial Mediterránea.
- Código penal comentado. Pensamiento penal. Homicidio calificado por el modo de comisión. Maria E. Riusech y María E. Klappenbach.
- Código Penal y leyes complementarias. Arias Omar y Gauna Omar. Editorial Astrea.
- Diccionario de la lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Tomo II, Ed. Espasa Calpe, S.A., Buenos Aires, 2001
- Código Penal comentado. Carlos Parma Editorial: Mediterránea. Pág. 54.
- Derecho Penal. Parte especial. Carlos Creus y Buompadre. Edición 7ma. Editorial Astrea. Págs. 21/22.
- SCBA, causa P 134772, “MONTIEL, NESTOR MAXIMILIANO S/ QUEJA EN CAUSA N° 96.727 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA I”, sent. de 06-5-2022.
- SCBA, causa P 132814, “FIGUEREDO, PABLO ALEJANDRO S/ RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA N° 82.467 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA I”, sent. de 14-10-2021.
- SCBA, causa P 134707, “TORANCIO, JUAN AGUSTIN S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE INAPLICABILIDAD DE LEY EN CAUSA N° 99.343 DEL TRIBUNAL DE CASACION PENAL, SALA II.-”, sent. de 24-09-2021.
- TCP Sala II, causa 73785, “A., J. C. s/ Recurso de Casación”, sent. de 8-11-2016.
- TCP Sala II, causa 69882, “Q., L. E. s/ Recurso de Casación”, sent. de 20-10-2015.