

# EL HOMICIDIO

Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

## CONCEPTO DEL DELITO

El homicidio es la muerte de un hombre injusta o ilegítimamente ocasionada por otro. "La muerte de un hombre ocasionada por el ilícito comportamiento de otro hombre" (Carmignani-Vannini).

La injusticia en la conducta no puede excluirse de la definición del delito, como lo hacen Impallomeni y otros, por cuanto es la nota que distingue la infracción de los casos de legítima defensa, estado de necesidad, ejecución de la pena capital y aún las muertes ocasionadas en circunstancias fortuitas.

Agente activo del delito puede ser cualquiera persona natural, menor o mayor de edad, sana o insana de mente, según la sistemática de nuestro código, conforme al cual y en virtud de lo dispuesto en el art. 11 "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este código". En el ordenamiento jurídico colombiano, conviene recordar, cualquier individuo puede ser destinatario de la norma penal. Las condiciones personales del responsable pueden ser circunstancias agravantes o degradantes del delito o determinar la imposición de distintas clases de sanción (penas o medidas de seguridad).

Paciente del homicidio es la persona humana, sin distinción alguna por razón de edad, raza, sexo, condición de salud, normalidad o anormalidad.

La destrucción del producto de la concepción en el útero materno, así se trate de un feto maduro y viable, caracteriza un aborto y no un homicidio. Sin embargo, si la acción criminal se ejecuta sobre el llamado "feto naciente" (feticidio), salido ya del claustro materno y en la etapa de transición a la vida extrauterina, el delito que se integra es el de homicidio. Durante el parto la muerte intencional del que nace, aunque no sea viable, es decir, aunque fueren muy precarias sus condiciones de vida,



excluye el título de aborto por el de homicidio, delito éste que será específicamente un asesinato o un infanticidio, según la índole de los motivos determinantes de la acción. (Carrara, Manzini, Altavilla, Soler, Maggiore, Irureta Goyena, Camaño Rosa).

Tampoco puede haber homicidio por actos ejecutados sobre un cadáver. La acción exteriorizante de un dolo homicida aplicada sobre una persona muerta, en la creencia errónea de que está viva, constituye un delito imposible, punible en nuestra legislación conforme a las previsiones del art. 18. Faltaría en tal caso el objeto de la infracción, puesto que no se puede matar a quien no vive| "Pero sí se puede dar muerte, como observa Maggiore, a un moribundo, y hasta a un condenado a muerte, aunque haya la certeza de que morirán dentro de poco, o aunque apenas gocen ya del último aliento de vida. Esta es sagrada, aun cuando sea momentánea (como en el recién nacido sin viabilidad y en el moribundo), y únicamente a Dios le es dado abreviarla".

El objeto jurídico amparado por la ley, con la conminación de pena para el homicidio, es el derecho a la vida humana, derecho que se reconoce en todas las personas sin ninguna discriminación, como bien supremo del cual no puede disponer arbitrariamente el hombre.

El objeto material es el individuo sobre el cual recae la acción criminal. Se confunde en este caso con el sujeto pasivo.

Con relación a los medios comisivos, la muerte de un hombre puede ocasionarse por medios materiales o morales, directos o indirectos, positivos o negativos. Lo importante es que sean idóneos para el fin, idoneidad que se define ex-post.

Medios materiales son todos aquellos objetos o instrumentos físicos aptos para la realización del fin criminal, como acontece con las armas.

Medios morales son, como enseña Irureta Goyena, "los que obran psíquicamente sobre el sujeto, como un susto, una mala noticia, una injuria y también los llamados indicios judiciales". Se mata el cuerpo a través de su alma, dice poéticamente Maggiore.

Los medios son directos cuando el agente del reato los aplica de una manera inmediata sobre el cuerpo del ofendido.

Los medios son indirectos cuando el sujeto activo no ejecuta el hecho valiéndose de sus propias energías, sino que se vale de fuerzas o energías ajenas, de animales o personas, como cuando se excita o azuza a un animal bravío o a un demente, o se obliga al suicidio.

Los medios son positivos cuando el infractor manifiesta el propósito por medio de una acción física dirigida a la ejecución del hecho, como ocurre cuando se clava el puñal homicida en el cuerpo de la víctima.

Medios negativos son aquellos que envuelven una conducta pasiva, un no hacer, con violación de un deber jurídico de obrar. Vr. gr., no ligar el cordón umbilical a la criatura, o dejar de alimentarla, para que perezca. (Delito de comisión por omisión o de omisión impropia).

El homicidio se consuma o perfecciona cuando se produce la muerte de la víctima, como consecuencia de la acción homicida, no importa el lapso transcurrido entre la agresión y el deceso, en cuanto se conserve el proceso causal. Es un delito instantáneo, aunque en algunos casos la acción pueda considerarse como continuada, por ej., envenenamiento por dosis sucesivas.

Si la muerte del paciente de la agresión no se produjere, por circunstancias ajenas a la voluntad del agresor, a pesar del empleo de medios aptos dirigidos a ocasionarla, se tiene la tentativa o el delito frustrado.

Cuando el homicidio se cometiere por el concurso de acciones e intenciones, son aplicables al homicidio las reglas generales de complicidad, previstas en los artículos 19 y ss. del Código Penal.

La pluralidad de homicidios causados por un mismo agente genera siempre un concurso real o material, punible conforme a lo prescrito en el art. 33 del mismo estatuto, sea que aquellos se causen con una sola acción, como cuando se da muerte a varias personas con un tiro de fusil o mediante un descarrilamiento, o que se realicen en momentos y con acciones diversos.

La modalidad de la continuidad es incompatible con la estructura de este delito, por cuanto que el bien que se protege es la vida, y los bienes personales como ese no admiten aquella figura, como que en cada violación se consume un designio.

El error esencial que recayere sobre el hecho constitutivo del delito, como sería el caso tan mentado por los autores del cazador que mata al hombre escondido en un matorral en la creencia de que es su presa, excluye el dolo y a lo sumo permitiría una acriminación de homicidio por culpa, en cuanto se pudiese afirmar un obrar con precipitación, vale decir, imprudencia o descuido en el comportamiento, pues siendo disculpable el error no habría lugar a ninguna imputación penal.

Los errores meramente accidentales, como serían el dar muerte a Juan en la creencia de que era Diego, o el ultimar al transeúnte en vez del enemigo, por torpeza en el uso del revólver o por obra del azar, dejan intacta la voluntad criminal y el homicidio se considera como cometido en la persona contra la cual se proyectó la acción, de conformidad con lo establecido en el art. 14 del Código Penal.



## TIPOS DE HOMICIDIO

Dentro de la denominación genérica "homicidio", contempla la ley diversas especies de este delito, conocidas en doctrina como homicidio simplemente voluntario o intencional, asesinato, homicidio piadoso, consentido, infanticidio, inducción al suicidio, ultraintencional, concausal y culposo.

### HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

El homicidio simplemente voluntario, llamado también ordinario o común, se configura cuando con el propósito de matar se ocasiona la muerte a otro. Está contemplado en el art. 362 del Código Penal, que dice:

"El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio".

En consecuencia, concurren en la figura los siguientes elementos: a) Propósito de matar; b) muerte de un ser humano; c) relación de causa a efecto entre la actividad criminosa y el fallecimiento de la víctima; y, d) antijuridicidad de la acción.

**Propósito de matar.** - La intención homicida constituye el factor psicológico específico de este tipo de delito, y consiste en la dirección consciente de la voluntad a producir la muerte del semejante. Los clásicos la denominaron "animus necandi" o "animus occidendi".

Sin el propósito de matar, la muerte de un hombre causada por otro hombre puede constituir otra variedad de homicidio (ultraintencional o culposo) o caer en el caso fortuito, ajeno a toda represión.

Pero el dolo no tiene que ser necesariamente deliberado o premeditado. Puede presentarse en cualquiera de las formas que se predicán de ese elemento moral de las infracciones: de ímpetu, deliberado, premeditado, determinado, indeterminado o eventual.

Sabido es que cuando se obra con dolo indeterminado, dentro del cual cabe el llamado dolo de ímpetu, la intención se afirma conformándola al resultado realmente obtenido, según la máxima: "dolus indeterminatus, determinatur eventu" (el dolo indeterminado, se determina por el resultado). Por manera que cuando se ocasiona la muerte con un dolo de esta índole - el agente dirige su acción a matar o a herir - se afirma judicialmente la intención homicida, supuesto que es la que se ajusta al acto consumado.

Por ser el propósito un elemento interno, es difícil en la práctica su demostración en muchos casos. Los autores coinciden en el señala-

miento de algunos criterios de inducción, advirtiendo que ninguna regla satisface a plenitud las necesidades de la justicia. Tales indicios son: las manifestaciones del inculpaado, anteriores, concomitantes o subsiguientes al hecho a probar; la naturaleza de los móviles; la potencia ofensiva del arma o medio empleado en la agresión; el número, la intensidad y localización de los golpes; la personalidad más o menos peligrosa de los sujetos de la relación, etc.

No debe confundirse la intención con los móviles o fines del acto. Estos son la causa de aquella, y su demostración interesa para juzgar la personalidad del agente y, según su importancia, para agravar o atenuar el delito.

**Muerte de un ser humano.** - El fallecimiento del ofendido, como antes se dijo, perfecciona o consuma el delito de homicidio, bien que se produzca inmediatamente después del ataque, o que ocurra tras algún tiempo pero ligado siempre a la acción del imputado.

Si el deceso no se produjere, por causas extrañas al atacante y a pesar del empleo de medios idóneos para ese fin, el principio de acción caracteriza la tentativa.

Si la muerte del sujeto pasivo llegare a producirse, sin interrupción del proceso causal, cualquier arrepentimiento intermedio entre la acción y el resultado sería jurídicamente irrelevante, pues cuando se obra con dolo antecedente o inicial el desistimiento sólo tiene eficacia en cuanto el sujeto obtenga la evitación del efecto nocivo inicialmente querido, al tenor de lo prescrito en el art. 15 del Código Penal.

**Relación de causalidad.** - Para la estructuración del homicidio, en el tipo de que se trata, es preciso que la muerte de la víctima aparezca vinculada a la acción o omisión del culpable de manera que pueda afirmarse un nexo causal directo e ininterrumpido. Porque si la relación de causa a efecto no es directa, vale decir, si a la causa puesta por el reo para la ejecución del propósito homicida se suma posteriormente otra causa, dependiente de la actividad del agredido o de un tercero, produciéndose por su concurso la muerte, resultado para el cual habría sido insuficiente la acción delictuosa, se desintegra el homicidio común y el hecho se desplaza al homicidio concausal, modalidad de la cual se hablará posteriormente.

En los homicidios por acción, la relación de causalidad es material. En los por conducta omisiva - no hacer u obrar cuando se tiene ese deber legal - la causalidad es más propiamente jurídica o ideológica. En estos últimos, es decir, en los homicidios por omisión, la muerte del ofendido se ocasiona desde el punto de vista meramente físico por un hecho ajeno al delincuente, vr. gr., la inanición, la anemia, el frío, pero que el



delincuente pudo y debió evitar actuando como era su deber para impedir la fatal consecuencia.

La prueba técnica o científica para demostrar el proceso causal en el homicidio es la peritación médico legal (diligencia de necropsia), y a ella debe recurrirse en cuanto sea posible su práctica. No obstante, no es el único medio probatorio autorizado por la ley para tal comprobación. En su defecto puede acudir a los indicios, testimonios y demás elementos de convicción reconocidos en la ley procesal.

"En caso de muerte, los facultativos deben declarar sobre la verdadera causa de ella y el funcionario de instrucción ordenará que se practique la autopsia. También se agregará a los autos la partida de defunción o la declaración de los testigos acerca de este hecho". (Art. 308, inciso 4º, C. de P. P.).

**Antijuridicidad de la acción.** - El homicidio, como todo delito, supone en su esencia un acto contrario a derecho. De tal suerte que si un hombre ultima a otro en circunstancias justificadas por la ley, como ocurre, por ej., en la legítima defensa, el hecho no es homicidio; la realización así cumplida quedaría excluida de toda acriminación. Por ello muchos expositores prescinden, al dar la noción del homicidio, de este último factor, por la consideración de que el delito es siempre una acción típicamente antijurídica y culpable.

### CAUSALES DE ATENUACION

Conforme a los ordenamientos de la parte general del código, el homicidio de propósito puede revestir una forma atenuada, por provocación y dentro de las condiciones del art. 28, o por exceso en la ejecución de la ley, en el cumplimiento de la orden superior, en el ejercicio de la defensa o en la acción necesaria, de acuerdo con lo previsto en los arts. 25 y 27.

También en la parte especial o descriptiva de las ilicitudes penales contempla el código calificantes específicas de atenuación para la infracción que se estudia. A ellas se refieren principalmente los arts. 382, que sanciona el homicidio o las lesiones cometidos por emoción violenta determinada por la injuria del ilegítimo acceso carnal de un pariente, y 384, que reprime el homicidio y las lesiones cometidos en riña imprevista, hipótesis que examinaremos más adelante.

### HOMICIDIO ASESINATO

El asesinato es la especie más grave de homicidio y lógicamente la que acarrea más severa represión. Los elementos componentes son los

mismos del homicidio simplemente voluntario, pero la ejecución del hecho aparece rodeada de particulares circunstancias que lo califican agravándolo, vr. gr., la violación de estrechos vínculos de parentesco, la mayor densidad del dolo, la abyección de los motivos determinantes, la felonía en el ataque, la excesiva crueldad, etc.

Esta modalidad delictiva está contemplada en el art. 363, que reza:

"El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere:

"1º) Contra la persona del ascendiente o descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del hermano o la hermana, padre, madre o hijo adoptivo, o afín en línea recta en primer grado;

"2º) Con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos;

"3º) Para preparar, facilitar o consumir otro delito;

"4º) Después de haber cometido otro delito, para ocultarlo, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables;

"5º) Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento;

"6º) Valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido;

"7º) Con sevicia;

"8º) Por medio de incendio, inundación, siniestro ferroviario u otro de los delitos previstos en el título VIII de este libro;

"9º) Por precio o promesa remuneratoria".

Analizaremos someramente las diversas circunstancias contenidas en la disposición.

**Causal primera. - Violación del vínculo de parentesco.** - El homicidio de parientes próximos se ha conocido tradicionalmente como parricidio y a través del tiempo se le ha considerado como delito atroz. Se cuenta que en Roma el parricida era arrojado al mar dentro de un saco. En Egipto se obligaba al padre que mataba a su hijo a permanecer tres días abrazado a su cadáver; y si el hijo ocasionaba la muerte del padre debía morir en una hoguera de espinas.

La ley protege de igual modo el parentesco legítimo y el natural. También extiende la especial protección a la adopción y al parentesco de afinidad en línea directa en primer grado, lo que no acontece en otras legislaciones.



El fundamento de la agravación del delito es la mayor peligrosidad o asociabilidad revelada por el quebrantamiento de las obligaciones legales, morales y sociales impuestas por el nexo familiar, con un hecho irreparable y tan alarmante como el homicidio. Quien con fines perversos, sin justificación alguna, elimina al padre, al hijo, al cónyuge o a otro de los parientes indicados en la disposición que se comenta, es indudablemente un sujeto temible, por carencia de sentido moral y de inhibición para el delito.

Mas no basta la existencia objetiva del parentesco para elevar el homicidio a la categoría de asesinato. Requiere el conocimiento del vínculo por parte del agente al tiempo de obrar, esto es, la voluntad dirigida conscientemente contra la persona del allegado. Tal conocimiento se establece en la práctica mediante los medios ordinarios de prueba (testimonios, indicios, confesión, etc.).

Por excepción se puede ser parricida sin estar unido a la víctima por parentesco alguno. Esto puede suceder por el fenómeno llamado comunicabilidad de circunstancias, al cual se refieren los arts. 21 y 22 del Código Penal. Así, el que da muerte al padre del mandante, a sabiendas, es reo de asesinato por la causal de que se trata, conforme al apartado segundo del art. 21.

Si la acción homicida se despliega hacia una de las personas enumeradas en el ordinal 1º del artículo 363, y por confusión del sujeto o accidente de cualquier índole recibe muerte un tercero, el autor es también tratado como asesino, siguiendo las previsiones del art. 14, según el cual "Cuando por error o accidente se cometa un delito en persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción, no se apreciarán las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí las que se habrían tenido en cuenta si el delito se hubiese cometido en la persona contra quien se dirigía la acción".

Eventualmente el homicidio de las personas a que se refiere la mencionada disposición no es asesinato, por una particular relevancia del motivo determinante. Tal sucede en los casos contemplados en los arts. 364, que reprime el homicidio piadoso; 369, que prevé el infanticidio; 367, que castiga la inducción al suicidio; 368, referente al homicidio consentido, y 382, que contempla el homicidio por impulso emocional determinado por acciones lujuriosas extramatrimoniales.

**Causal segunda. - Premeditación acompañada de motivos innobles o bajos.** - Acorde con la noción clásica, la premeditación es un designio intenso, un propósito firme, una resolución decidida y serena de cometer un delito, mantenida durante algún tiempo antes de la acción. Así la entendió Carmignani, cuyas huellas siguió muy de cerca Carrara. Aquél la

definió como "el propósito de matar formado con ánimo frío y calmado, buscando y esperando la ocasión, para que el crimen logre el fin que se desea".

Maggiore, con muy buen criterio, sostiene que la frialdad y tranquilidad de ánimo no son elemento esencial de la premeditación, "pues, aún en estado de agitación emocional o pasional puede premeditarse un delito. Y aún más, a veces la pasión aguza sobre manera el ingenio para preordenar los medios y escoger las ocasiones. Es célebre en la literatura criminalista - sigue diciendo - el caso ocurrido a Nicolini, y que él pone como ejemplo, de la joven seducida, hecha madre por su amante, que al verse injuriada y denunciada como prostituta, en el orgasmo de la pasión y del ímpetu de la ira, se arma de pistola, se pone en acecho y da muerte al causante de sus desdichas". Más adelante expresa que ni siquiera el intervalo de tiempo es factor decisivo del delito premeditado, aunque se presente así ordinariamente, y que más que una nota específica de la premeditación sería un indicio para juzgar acerca de la tenacidad y firmeza del propósito criminoso. Y agrega: "Una sola cosa es esencial en la premeditación: el propósito, es decir, la firme y deliberada voluntad de cometer el delito. No puede hablarse de premeditación mientras la cabeza del culpable oscila entre sí y el no, como sentenció Nicolini". Concluye luego: "la premeditación, por lo tanto, es el propósito maduro, deliberado y constante de cometer un delito, acompañado ese propósito de la predisposición de los medios", pues que no se concibe un designio intenso de matar sin que se piense en el revólver, veneno, puñal, etc., y en el apuntamiento de uno cualquiera de esos medios.

La doctrina clásica hace consistir la razón de la agravante en la persistencia del dolo, que aumenta lo que Carrara denominó "fuerza moral subjetiva del delito".

Los positivistas condicionan la agravante a la perversidad del móvil en quien premedita, pues que es el motivo antisocial el que da la medida de la peligrosidad y no la premeditación per se, ya que hay hombres temperamentalmente premeditativos, que reflexionan y ponderan las consecuencias de todos sus actos sean éstos buenos o malos, y puede ser más temible un impulsivo que un premeditativo. Esa teoría, llamada ecléctica, sostenida por Garófalo, Ferri, Zanardelli, Alimena y otros, fue la adoptada por nuestro código. En la ley colombiana la premeditación tiene que estar asociada a motivos innobles o bajos, para que califique el homicidio como asesinato.

**Causal tercera. - Comisión del homicidio para preparar, facilitar o consumir otro delito.** - En este caso el homicidio es un delito medio de



otro delito proyectado en la mente del agente, por ej., el robo, (Conexidad ideológica o de medio a fin).

Para que opere la agravación no es necesario que el delito fin se cumpla realmente, ni se exige siquiera su iniciación. Basta que se tenga la intención de cometerlo, y que con ese propósito se realice el homicidio para remover el estorbo que representaría el sujeto pasivo.

Si el delito fin llegare a perpetrarse, se tiene un concurso real, siendo agravado el delito medio. El tiempo que mediere entre las dos infracciones es indiferente. Lo importante es que se conserve la vinculación intelectual.

El delito fin debe ser ciertamente una infracción penal, no meramente putativa, como sería el matar para propiciar un adulterio, creyendo que este hecho es delito cuando en realidad no está sancionado en nuestra legislación.

**Causal cuarta. - Realización del homicidio después de haber cometido otro delito, para ocultarlo, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables.** - Hay en esta hipótesis un verdadero concurso material, con conexidad consecuencial. El fundamento de la agravación del homicidio aparece de manifiesto. Quien da muerte a otro para encubrir en alguna forma otro delito revela una excepcional peligrosidad y total rebeldía al ordenamiento jurídico.

**Causal quinta. - Ejecución del homicidio con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento.**

La insidia puede definirse, siguiendo de cerca al eximio Carrara, como un ocultamiento moral del propósito homicida, mediante procedimientos engañosos o fraudulentos tendientes a sorprender a la víctima, haciéndole imposible la defensa, como cuando el enemigo finge amistad o disimula la enemistad, tendiendo el brazo en aparente cordialidad para acometer sorpresivamente.

Al homicidio así cometido se le denominó "proditorio" en la antigua legislación italiana.

Asechanza es todo engaño o artificio de que se puede valer una persona para hacer daño a otra. Es, podríamos decir, la circunstancia genérica, de las contempladas en el ordinal de que se trata. En ella caben perfectamente la insidia, la alevosía y el envenenamiento, que son especies del ardid.

La alevosía, palabra que deriva del gótico *levian*, que quiere decir traición, es aquella cautela empleada por el delincuente, buscando deslealmente y con cobardía la mayor eficacia en la comisión del delito con el menor riesgo para el ejecutor, como ocurre en la emboscada.

Hay alevosía, dice el código uruguayo, "cuando se obra a traición o sobre seguro". En forma muy parecida la definía el Código Español de 1.850.

Envenenamiento es el homicidio ocasionado por medio del veneno. Y veneno es toda sustancia - sólida, líquida o gaseosa - que introducida en pequeña cantidad por cualquier vía en el organismo puede causar la muerte o grave daño en la salud, por mecanismo químico o bioquímico.

Algunos autores, entre ellos Groizard, opinan que por veneno debe entenderse no sólo aquellas sustancias de naturaleza tóxica, sino también las que puedan producir daños al organismo, actuando física o mecánicamente, como ocurre con el vidrio molido y las agujas. Nosotros creemos, con Carrara, Irureta y Maggiore, que estos medios son indudablemente insidiosos o alevosos, y como tales califican con agravación el homicidio, pero no son, *strictu sensu*, venenosos, aunque sean igualmente idóneos para matar.

La sustancia venenosa, para que por este medio se eleve el homicidio a la categoría de asesinato, debe ser suministrada o aplicada a la víctima con perfidia, no de una manera violenta y con conocimiento de la víctima sobre el tóxico, pues la mayor gravedad del delito se fundamenta no propiamente en la calidad objetiva del medio comisivo sino en lo insidioso o aleve del procedimiento, asegurativo de la indefensión del ofendido y de la empresa criminal. Esta es la opinión más generalizada, sostenida entre otros por Carrara, Groizard y Manzini. No la comparte Maggiore, no obstante reconoce éste que "la razón de esta agravante, está en la segura eficacia del medio empleado, en la calidad insidiosa de dicho medio y en la facilidad de ocultar el reo y el delito".

El veneno se puede suministrar al sujeto pasivo por vía oral, nasal, venosa, muscular, rectal, vaginal, etc. Y se puede dar de una vez o en pequeñas dosis continuadas.

La tentativa del envenenamiento comienza en el momento en que se coloca el veneno al alcance de la víctima, en circunstancias que hagan inminente su ingestión, si esa fuere la vía escogida por el delincuente, o en todo caso cuando se da comienzo a la ejecución del delito, no siendo suficientes los meros actos preparatorios, al menos en nuestra legislación, al tenor de lo establecido en el art. 16, que exige para el conato un principio ejecutivo de la infracción.

El desistimiento eficaz se concibe perfectamente en el caso a estudio, y en tal evento habría que estarse a lo dispuesto en el art. 15 del Código Penal, que dice:



“Al que voluntariamente desista de la consumación de un delito iniciado, se le aplica solamente la sanción establecida para los actos ejecutados, si éstos constituyen por sí mismos delito o contravención”.

Si se suministra una substancia inocua o inofensiva, en la errónea creencia de que es veneno y con propósito de matar, se presenta el delito imposible, por inidoneidad del medio. Lo mismo sucede cuando siendo tóxica la substancia se da en cantidad notoriamente insuficiente para el fin criminoso (inidoneidad relativa del medio). En nuestro derecho el delito imposible se reprime en la forma indicada en el art. 18 del Código Penal, disposición que autoriza al Juez para disminuir discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado, y aún prescindir de ella, teniendo en cuenta los distintos criterios propios para la individualización de la responsabilidad. Adoptó, pues, nuestro código, el llamado criterio subjetivo, propuesto por el jurista alemán Von Buri y seguido por los doctrinantes alemanes, en virtud del cual el delito imposible, que es una de las manifestaciones frustradas del designio criminal, debe ser sancionado por necesidad de defensa social, por cuanto la voluntad criminal inequívocamente revelada es índice seguro de peligrosidad. Los hechos jurídicos, como expresa el expositor Irureta Goyena, valen más por lo que significan que por lo que son.

Si por error del delincuente o accidente de cualquier naturaleza pereciere alguien distinto de aquel contra el cual se hubiere dirigido la acción de envenenamiento, (aberratio delicti), no se desvirtúa el delito, tal como atrás se explicó.

Si por imprudencia, descuido o cualquiera otra hipótesis de culpa, se ocasiona mediante un veneno la muerte de otro, se tiene un simple homicidio culposo, conforme a lo establecido en los arts. 12 del Código Penal y 1º de la Ley 164 de 1.938, que sustituyó el art. 370 de aquel estatuto, y en manera alguna un asesinato, como que este tipo de homicidio exige necesariamente el animus necandi.

Ordinariamente el homicidio por veneno va acompañado de la premeditación, pero esta no es de su esencia. Carrara cita un caso de las Cortes de Lucca, en el que un subalterno indignado, al ser degradado, en un ímpetu de súbito enojo, echó ácido sulfúrico que halló cerca, al vino del patrón.

Por lo general el envenenamiento obedece a móviles abyectos. Pero puede presentarse por otra clase de motivos. Ricardo Levene trae un ejemplo de envenenamiento por fanatismo religioso: Una joven de Zaragoza dio veneno a una amiga suya porque se negó a desistir de contraer matrimonio y dedicarse a la religión, después de tratar inútilmente de convencerla.

Lo que importan para calificar el homicidio como asesinato, en las diversas circunstancias previstas en el numeral quinto del art. 363, es la indefensión en que el agente coloca a su víctima, para llevar a término el designio criminal con las mayores seguridades, en forma cobarde y feroz. Ese aspecto subjetivo, de calculada traición para sorprender al ofendido sin oportunidades de defensa, es indispensable para la configuración del asesinato por la causal que se estudia, pues la indefensión objetivamente considerada puede ser jurídicamente intrascendente.

**Causal sexta. - Empleo de menores, deficientes o enfermos de la mente, para ejecutar el homicidio, o abuso de las condiciones de inferioridad personal del ofendido.** - Dos situaciones se contemplan aquí: a) El valerse el delincuente de incapaces, para el cumplimiento de su fin perverso; y b) el aprovechamiento deliberado de una condición de inferioridad de la víctima. En ambos casos hay indudablemente una sobresaliente peligrosidad en el sujeto, mayor perversidad y cobardía y una mayor cantidad en el delito, lo cual explica la agravación de la infracción.

En el evento del ordinal 5º la inferioridad de la víctima es provocada por una conducta del victimario, *vr. gr.*, el empleo de un narcótico. En la hipótesis del ordinal 6º, la inferioridad existe en el ofendido y de ella se aprovecha maliciosamente el agresor. Esta inferioridad puede obedecer a un estado permanente, como la minoridad, la decrepitud, la invalidez etc., o meramente transitorio, por ejemplo, el sueño, la embriaguez, un desvanecimiento, etc.

**Causal séptima. - La sevicia.** - La sevicia se conoce también en doctrina y en otras legislaciones como ensañamiento moral, y consiste en un exceso voluntario en la ejecución del homicidio, para irrogar padecimientos innecesarios con relación al fin perseguido por el agente, como cuando se mutila o desholla al sujeto pasivo, hasta causarle cruelmente la muerte.

No puede identificarse la sevicia con la pluralidad de golpes, lo que es muy frecuente en los raptus emotivos. Aquella exige voluntad y conciencia de que los actos de sufrimiento no se requerían para la consumación del delito.

Para la existencia de la sevicia precisa que la acción que la constituye se ejercite sobre una persona viva. Un cadáver puede ser objeto de profanación, que es una figura delictiva autónoma, mas no de sevicia.

**Causal octava. - Comisión del homicidio por medio de incendio, inundación, siniestro ferroviario u otro de los delitos contra la salud y la integridad colectivas.** - Son todos estos medios catastróficos que envuelven perfidia, aseguran la indefensión, crean un peligro común y revelan mayor capacidad criminoso e insensibilidad moral.



Cuando se cometiere el homicidio por uno cualquiera de dichos medios, se presenta un concurso criminoso, de índole material, siendo agravado el delito fin.

**Causal novena. - Homicidio por mandato remunerado.** - El homicidio por dinero o cualquiera otra dádiva o promesa de dádiva se conoció en el derecho romano como crimen sicariorum. Requiere el ilícito la intervención de dos personas: una que manda, dando un precio o prometiendo una remuneración, y otra que ejecuta el hecho, estimulada por el precio o utilidad objeto de la promesa.

Tanto el autor intelectual como el ejecutor son, en la hipótesis del ordinal de que se trata, reos de asesinato, al tenor de lo prescrito en el art. 19 del Código Penal, según el cual el mandante incurre en la sanción establecida para el delito, en el mismo plano del mandatario o agente material.

Ordinariamente el homicidio por mandato es premeditado, al menos por lo que respecta al autor intelectual. Pero puede cometerse el hecho sin premeditación.

o o o

No se refiere expresamente nuestra ley penal al llamado asesinato por instinto de brutal perversidad, que es aquel que se comete sin un móvil que lo explique, "por voluptuosidad o placer de la sangre, el matar por matar, el crimen por la muerte misma", como enseña Juan Pablo Ramos. Como ejemplo cita Filangieri el caso de un individuo que para probar la calidad de su pólvora, disparó contra el primero que pasó frente a él, sin conocerlo siquiera. Muchísimos homicidios de este tipo alarmante se han cometido en Colombia en los últimos tiempos por las hordas de la violencia, que han sembrado de luto y cenizas nuestros campos, con el exterminio inmisericorde de familias enteras, sin motivo alguno o al menos por móviles completamente fútiles y antisociales.

## HOMICIDIO PIADOSO

Esta clase de homicidio, grandemente atenuada, está contemplada en el art. 364, que dispone:

"Si se ha causado el homicidio por piedad, con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales, reputados incurables, podrá atenuarse excepcionalmente la pena, cambiarse el presidio por prisión o arresto y aún aplicarse el perdón judicial.

Integran, en consecuencia, la figura, estos dos elementos:

1º-Móvil compasivo.

2º-Fin de apresurar una muerte inminente o de poner término a graves padecimientos o lesiones corporales del sujeto pasivo, considerados incurables.

Lo que caracteriza el homicidio piadoso es el motivo determinante; el sentimiento altruista de conmiseración hacia la víctima.

Por lo que toca con el otro elemento, la ley no fija por anticipado ningún requisito específico para saber cuándo se debe tener una muerte como próxima o como insanables los padecimientos o lesiones a los cuales se pretende poner fin. Estas circunstancias se valoran en las situaciones concretas, teniendo en cuenta la personalidad del reo, su grado cultural, el concepto general sobre las enfermedades, el medio ambiente de la infracción, etc. De ahí que lo más importante sea precisar la buena fe con que hubiere obrado el agente. Puede acontecer que el diagnóstico sobre el estado del paciente resulte a la postre equivocado, no desapareciendo por ello la atenuación para el delito.

El homicidio piadoso puede ocasionarse a cualquiera persona, sea pariente o no. El parentesco en tal caso no tendría carácter agravante por el carácter ético de la acción o, mejor, por la bondad o generosidad de la causa determinante.

Los medios comisivos pueden ser de cualquier naturaleza, aún de aquellos que en otras circunstancias y por móviles distintos a la piedad elevarían el homicidio a la categoría de asesinato, *vr. gr.*, el veneno.

No se requiere tampoco para la existencia de la figura en cuestión el consentimiento de la víctima, que puede mediar o no. En otras legislaciones, ese consentimiento es un presupuesto necesario para la estructuración del homicidio piadoso.

El homicidio piadoso se nombra también como eutanásico (au, que significa bien o bueno; tanathos, que quiere decir muerte). Sin embargo, la eutanasia tiene una significación más restringida, por cuanto que supone el empleo de medios científicos, aplicados por facultativos, para ocasionar la muerte sin dolor, aunque también con un fin piadoso.

No puede confundirse la eutanasia con la eugenesia. Esta se refiere a la eliminación de individuos tarados, inválidos o deficitados orgánica o mentalmente, incapaces de existir por sí mismos. El móvil es completamente egoísta, por cuanto que se la quiere justificar exclusivamente por "selección de la especie".

Referente a la represión del homicidio piadoso, la ley consagra un excepcional arbitrio judicial. El fallador puede disminuir, conforme a su



razonable criterio, la pena establecida para el homicidio voluntario, sustituir el presidio por prisión o arresto y aún aplicar el perdón judicial, que consiste en prescindir de la aplicación de la sanción, al tiempo de proferir la sentencia, siempre que se reunieren los requisitos del art. 80, reveladores de poca peligrosidad.

## HOMICIDIO ULTRAIINTENCIONAL

El homicidio ultraintencional consiste en ocasionar la muerte de otro, con una acción dirigida a cometer el simple delito de lesiones personales. Hay en él una desproporción entre el resultado querido (lesiones) y el realmente producido (muerte).

Está previsto en el art. 365, que dice:

“El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasiona la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad”.

Conforme a esta noción, configuran el delito los siguientes elementos:

- a) - Propósito de perpetrar una lesión personal;
- b) - Muerte de una persona; y,
- c) - Relación de causalidad entre las lesiones inferidas por el agente y la muerte de la víctima.

De acuerdo con la teoría general del derecho, hay que agregar a los anteriores un cuarto elemento: la no previsión del resultado muerte al tiempo de la acción. Porque si tal previsión se presenta, estaríamos entonces frente a un dolo indeterminado con preferencia de resultado (lesiones) y con la contingencia de la muerte, riesgo éste corrido por el agente y que de llegar a ocurrir determinaría la intención homicida, como sucede en todos los casos de dolo indeterminado o eventual, y el hecho habría que catalogarlo como homicidio simplemente voluntario o de propósito.

Muchos autores, entre ellos los nacionales, sostienen que para la existencia del homicidio ultraintencional se exige no sólo la no previsión del resultado, sino también que éste hubiera sido previsible para el sujeto responsable. A nuestro parecer tal tesis no se puede sostener frente al texto y a la historia del art. 365, que no exige en parte alguna el elemento de la previsibilidad. Y si nos atenemos a las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal, en las que consta que se descartó, tras larga deliberación, toda atinencia de las llamadas concausas en el homicidio preterintencional, que de ordinario son condiciones imprevisibles, especialmente las antecedentes al hecho, sale avante la tesis de que la posi-

bilidad por parte del reo de prever la muerte del ofendido no es presupuesto del delito en estudio. Y esta es también, dicho sea, la opinión de expositores tan calificados como Impallomeni y Manzini, quienes sostienen que en el homicidio ultraintencional no es necesario que el agente hubiera podido prever el resultado muerte.

La jurisprudencia ha dicho reiteradamente que para la configuración del homicidio ultraintencional se requiere un nexo de causalidad directa y perfecta entre la lesión y la muerte, pues que si ésta no se debe exclusivamente a la lesión, sino que es el efecto de la lesión y otra causa - concausa - desaparece aquel tipo de homicidio y el hecho debe catalogarse como meras lesiones personales, cuya naturaleza se determinaría por las probabilidades, según la regularidad estadística, y mediante el dictamen médico legal.

Nosotros creemos que tal solución no es correcta, pues todo tiende a demostrar que el legislador colombiano acogió en esta materia la teoría de la causalidad denominada de la “*conditio sine qua non*”, propuesta por el jurista alemán Von Buri y que es, dicho sea, la seguida por el moderno código italiano, que abolió la institución de las concausas en materia de homicidio, teoría según la cual se niega toda distinción entre causa, condición y ocasión (equivalencia de las condiciones), de tal modo que se debe considerar como homicida a todo el que con su acción u omisión creare un antecedente sin el cual la muerte no se habría verificado. Así, *vr. gr.*, si el herido fallece por una infección de la herida, jurídicamente se debe afirmar el proceso causal, por cuanto que el delincuente puso con la lesión una condición sin la cual no se concebiría la muerte, pues por ella penetró la infección. La tesis brevemente esbozada encuentra un sólido respaldo en el elemento histórico de la interpretación de la ley, ya que, como se expresó anteriormente, los redactores del código negaron toda relevancia de las concausas, tanto antecedentes como subsiguientes, en la configuración del homicidio ultraintencional y en su penalidad.

Para determinar el propósito de lesionar, hay que acudir a las mismas reglas de que se habló atrás, como indicadas para justipreciar el propósito homicida. Y debe tenerse en cuenta que toda duda que existiere acerca de si el procesado obró con propósito de matar o únicamente de perpetrar una lesión personal, se debe resolver afirmando la intención menos perversa.

Por lo que respecta a la represión, la sanción para el homicidio ultraintencional es, por disposición del art. 365, la prevista para el homicidio simplemente voluntario en el art. 362, “disminuída de una tercera parte a la mitad”. El art. 365 ha debido referir también a la penalidad



contemplada en el art. 363, por cuanto que en la ejecución del hecho pueden mediar las circunstancias de agravación señaladas en esta última disposición, máxime si se considera que tales circunstancias se previeron también en el art. 379 como calificantes de agravación para el delito de lesiones personales, y el homicidio ultraintencional ocupa un lugar intermedio entre las lesiones y el homicidio de propósito o simplemente voluntario.

## HOMICIDIO CONCAUSAL

“Homicidio concausal - enseña Irureta Goyena - es aquel en que la muerte no es resultado exclusivo de los medios puestos en práctica por el agente criminal. A la causa puesta en juego por el homicida, se viene a agregar otro factor preexistente o superviviente generando entre ambos el fenómeno muerte”.

La concausa es un hecho o circunstancia independiente del obrar del sujeto activo y que concurre con la acción de aquél a producir la muerte del ofendido. Alimena la define como una condición sin la cual la lesión no habría podido causar la muerte.

En teoría, las concausas pueden ser antecedentes o subsiguientes al acto del procesado. Antecedentes o preexistentes son aquellas particulares y especiales circunstancias patológicas o fisiológicas existentes en el sujeto pasivo al momento de la acción criminal, *vr. gr.*, la hemofilia, la tuberculosis, la diabetes, la epilepsia y las lesiones cardíacas. Subsiguientes o supervinientes son condiciones que aparecen con posterioridad a la lesión, dependientes de la víctima, de terceros o de circunstancias ocasionales o fortuitas, por ejemplo, la infección provocada por descuido del médico o por imprudencia del herido.

Para que pueda hablarse de concausa es menester que la circunstancia sea ajena al hecho del agresor y no una secuela propia de su acto. Por lo tanto, las consecuencias naturales o comunes de las heridas, que pueden sobrevenir a pesar de un adecuado régimen terapéutico, no obstante la diligencia, oportunidad y competencia de los médicos y cuidados del lesionado, como ocurre con el tétano, la gangrena, la peritonitis, las embolias pulmonares, los shocks anestésicos o de otra índole, no son concausas y, en consecuencia, no afectan en lo más mínimo el proceso causal del homicidio.

Lo mismo puede decirse cuando por razón de las circunstancias del lugar en que se hubiere inferido la lesión no fuere posible una prestación de ayuda oportuna al herido, como acontece en los sitios despoblados (heridas circunstancialmente mortales). No existe en tal caso la con-

causa, por tratarse de una condición prevista por el agente de la agresión y cuya influencia en el resultado sería imputable a éste.

“Siempre que por la naturaleza de la lesión, por el lugar en que se ejecutó el delito, o por las condiciones del sitio en que deba verificarse la asistencia, la concausa colabore ordinariamente con la lesión, jurídicamente procede el rechazo del homicidio concausal”. (Irureta Goyena).

El homicidio concausal está contemplado en el art. 366 de nuestro código, que dice:

“Si existiendo de parte del agente el propósito de matar, la muerte no se produjere sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, la sanción podrá ser disminuída hasta en la tercera parte”.

Conforme a esta disposición, integran la figura del homicidio concausal en nuestro derecho los siguientes elementos:

- a) - Propósito de matar;
- b) - Muerte del ofendido; y,
- c) - Imperfecta relación de causalidad entre la acción criminal y el deceso de la víctima.

El propósito homicida es el dolo específico de la infracción, sin el cual el homicidio concausal no podría existir. Ese elemento es común al homicidio simplemente voluntario y nota distintiva con el homicidio preterintencional, en el que, como se vio anteriormente, el agente sólo obra con intención de lesionar.

La muerte del sujeto pasivo también es un requisito de la esencia del homicidio concausal, cuya estructura no es compatible con la tentativa. Si con propósito de matar se hiere a otro y por causas ajenas al delincuente no se produjere la muerte, se estará frente a una tentativa de homicidio común, pero en ningún caso se configurará el conato de homicidio concausal, que es una infracción de resultado cierto (la muerte).

Por lo que respecta al tercer presupuesto, en el homicidio concausal, en nuestro código, conviene repetirlo, la muerte no es el efecto directo y exclusivo de la lesión ocasionada por el reo, sino que es la resultante del concurso de ella y un hecho posterior, imputable a la propia víctima o a un tercero, por conducta activa u omisiva de éstos. Ni la lesión, por sí sola, ni la concausa, aisladamente consideradas, son causa de la muerte. Este resultado se desprende de la concurrencia de las dos causas, es decir, de la puesta en acción por el procesado y de la sobrevenida atribuible a la víctima o a otra persona. Porque si el deceso es determinado por una causa posterior, totalmente inconexa con la lesión, procedería jurídicamente el rechazo de la concausa y el hecho criminal constituiría ape-



nas una tentativa de homicidio, por ejemplo, cuando el herido en vía ya de curación sufre un derrame cerebral o es arrollado por un vehículo, produciéndose de este modo su fallecimiento.

En el Código Colombiano, las concausas preexistentes o concomitantes, carecen de relevancia, es decir, no modifican el homicidio, y lo mismo ocurre con las supervinientes dependientes de circunstancias fortuitas, es decir, no atribuibles a la víctima o a terceros. Así, si alguien, con intención de matar, hiere a un hemofílico y éste fallece por hemorragia incontenible, por cooperación de su anormalidad, no se modifica por ello la denominación jurídica específica del delito, que será un homicidio ordinario o un asesinato, según el caso.

La razón de lo anterior estriba en que la ley debe proteger por igual la vida de todas las personas, cualesquiera sean las condiciones de su existencia.

En otras legislaciones, como la uruguaya, se contemplan como atenuantes toda clase de concausas, sean antecedentes o supervinientes. Y en otros códigos, como el moderno de Italia, las concausas carecen de toda significación, esto es, no rompen jurídicamente el nexo causal ni atenuan en forma alguna el homicidio (teoría de la *conditio sine qua non* o equivalencia de las condiciones).

### INDUCCION AL SUICIDIO

El suicidio no es delito en la ley colombiana, ni en la mayoría de los países. Que tengamos noticia se castiga en Inglaterra, Nueva York y Sudán. La tentativa se reprime, además, en el Canadá.

Muchas razones han sido aducidas para la no incriminación penal del suicidio. Entre ellas se destacan la falta de ofensa al derecho ajeno y la completa inutilidad de la sanción, pues a quien no intimida la muerte mucho menos puede atemorizar la amenaza de una medida represiva.

Sin embargo, nuestro código castiga a quien de modo eficaz determinar a otro al suicidio. En efecto, el artículo 367 prescribe:

“El que eficazmente induzca a otro al suicidio, estará sujeto a la pena de tres meses a dos años de arresto. Cuando el agente haya procedido por motivos innobles o antisociales, se duplicará la pena”.

Inducir quiere decir formar en otro un propósito que no tenía o reforzar una idea vacilante haciéndola definitiva, es decir, ser el motor psicológico de una acción.

La mera insinuación o consejo no bastan para que se pueda afirmar la responsabilidad penal. Es forzoso que la inducción sea eficaz, vale decir, que se pueda afirmar de ella la fuerza determinante del suicidio.

La inducción al suicidio es un delito *sui generis*, por no ser delito el suicidio en sí. Y el objeto de la protección penal sigue siendo la vida humana, contra la cual a nadie le es dable intentar en forma alguna, ni siquiera con el consentimiento del sujeto pasivo.

La fórmula aprobada en la Comisión Redactora del Código contemplaba, además de la inducción, la prestación de ayuda al suicida para la ejecución del hecho (suministrarle el arma, facilitarle el veneno etc.). Pero inexplicablemente ese aspecto quedó por fuera de la disposición. En otras legislaciones, como la Italiana y la Uruguaya, se reprime, al lado de la inducción al suicidio, la ayuda para cometerlo.

En cuanto a los motivos del determinador, si fueren antisociales, la sanción se duplica. Ello porque no revela igual peligrosidad el que induce al suicidio por un móvil humanitario o altruista, que el que procede por un móvil perverso, como lo advirtió Ferri.

La inducción al suicidio es una modalidad criminosa esencialmente dolosa, incompatible con la culpa. Exige siempre en el agente la voluntad consciente de determinar al suicidio.

El inducido debe ser una persona con capacidad de discernir. Porque si se induce al suicidio a un niño o a un demente no habría en éste resolución voluntaria y el hecho sería un verdadero y propio homicidio.

El agente del reato debe obrar por persuasión y no por coacción, pues si alguien obliga a otro a suicidarse, sin su voluntad, sería responsable de un simple homicidio, cuya individualidad jurídica dependería de las circunstancias de cada caso. En tal evento el suicida sería un mero instrumento ejecutivo del designio criminoso del agente.

La inducción al suicidio, en nuestro derecho, es un delito de resultado, lo que quiere decir que para que sea punible la conducta del instigador es necesario que el instigado se quite en efecto la vida. En algunos códigos se dice expresamente que basta la tentativa del inducido para el nacimiento del delito del inductor (Argentina). En otras legislaciones se prevén distintas penas para el determinador, según que el suicidio se consume o solamente se intente con daño para la salud o el cuerpo (Italia).

### HOMICIDIO CONSENTIDO

El homicidio consentido es una especie de homicidio consumado por mano o acción ajena. Está contemplado en el art. 368, que dice:

“El que ocasione la muerte a otro con su consentimiento, estará sujeto a la pena de tres a diez años de presidio.”



No todas las legislaciones sancionan como figura especial el homicidio perpetrado con consentimiento de la víctima. En el Uruguay<sup>3</sup> por ej., el hecho se trata como un homicidio común de propósito.

El consentimiento del ofendido degrada el homicidio, mas no le quita su carácter de ilicitud, por cuanto que la vida no es un derecho de libre disposición. Esta no pertenece exclusivamente al individuo, sino también a Dios, a la sociedad y a la familia. Por otra parte, no obstante el asentimiento de la víctima, el hecho lesiona los sentimientos ético-religiosos de la comunidad, causa agitación en ésta y revela cierta capacidad criminal en el agente.

Al igual que la inducción al suicidio, el homicidio consentido precisa para su configuración la específica intención de matar, por parte del sujeto activo.

Para que el consentimiento de la víctima tenga eficacia diminuyente de la responsabilidad del homicida, es indispensable que se preste por persona capaz, en forma libre y espontánea. El aparente consentimiento de un menor, de un ebrio o de un alienado, carecería de todo valor. De igual manera no tendría ninguna eficacia el consentimiento de persona capaz obtenido por fraude o cualquier otro vicio; debe ser expresado en forma reflexiva, seria y con anterioridad al hecho, no a manera de ratificación de una agresión ya perpetrada.

En cuanto a los móviles o razones íntimas que pueda tener el responsable, tal como está redactado el artículo, es indiferente, para efectos de la penalidad, que sean o no antisociales. Ha debido hacerse la distinción, como en el caso de la inducción al suicidio. Pero el Juez debe estar siempre atento a los motivos determinantes, al individualizar las sanciones (Art. 36 C. P.).

### INFANTICIDIO POR HONOR

Está previsto en el art. 369, que establece:

"La madre que, para ocultar su deshonra, en el momento del parto o dentro de los ocho días subsiguientes, causare la muerte de su hijo, no inscrito todavía en los registros del estado civil, incurrirá en prisión de dos a seis años.

"En igual sanción incurrirá el que cometa el hecho previsto en el inciso anterior, para ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana".

Agentes de la infracción pueden ser:

a) La propia madre de la criatura, sea soltera, casada o viuda, para ocultar el propio deshonra;

- b) El hijo, para encubrir la deshonra de la madre;
- c) El ascendiente, para salvaguardar el honor de la descendiente;
- d) El hermano, en guarda de la honra de su hermana;
- e) Los padres adoptantes, para ocultar la deshonra de la hija a-

doptiva.

La disposición no menciona al cónyuge, esto es al marido que realizare el hecho para evitar la deshonra de su mujer, caso que bien puede ocurrir y que ha debido prever aquel artículo. El proyecto de la Comisión comprendía al marido entre las personas que podían cometer esta figura atenuada de homicidio, y se ignora por qué no aparece en el artículo 369. La omisión se hace más notoria si se repara que en los delitos de aborto y abandono y exposición de niños, por móvil de honor, infracciones harto afines al infanticidio ex-impetu pudoris, se incluye al cónyuge entre los sujetos activos (arts. 389 y 395). En otras legislaciones se enumera al marido como una de las personas que pueden ser favorecidas con la atenuación en el homicidio de que se trata.

Maggiore sostiene que los parientes próximos interesados en salvar el honor de la madre, para que puedan ser beneficiados con la atenuación, deben obrar en concurso con la madre de la criatura, o al menos con su consentimiento, pues que el honor le pertenece a ella y si prefiere la vergüenza a la muerte de su hijo, ese consentimiento es sagrado y merece protección legal. Manzini no lo cree así, y a nuestro juicio la razón está de parte de éste, al menos en lo que respecta al derecho penal colombiano. No es rigurosamente exacto que el honor sea propiedad exclusiva de la madre y bien de que ésta pueda disponer a su antojo. La reputación de la mujer interesa a toda su familia, y su pérdida afecta en consecuencia a todos sus allegados. En este caso el honor es un bien comunitario de la familia, en cuya protección o defensa tienen interés todos los componentes de aquélla. De otra parte la ley no ha impuesto la condición sugestivamente ideada por Maggiore.

Los terceros, distintos a los parientes próximos, que concurren a la ejecución del hecho, no pueden ser amparados por la atenuación estatuida para el infanticidio por honor, pues en este caso la calidad de madre o de pariente cercano es una circunstancia personal incommunicable, al tenor de lo prescrito en el art. 21, inciso 1º, del Código Penal, que reza:

"Las circunstancias personales que disminuyan o excluyan la responsabilidad, no se tendrán en cuenta sino respecto del autor o del cómplice en quien concurren".

Soler considera injusta esa solución, que dicho sea es la de la doctrina mayoritaria, afirmando que el infanticidio es un tipo delictivo autónomo y que, en consecuencia, el factor subjetivo - propósito de ocultar la



deshonra - de uno de los partícipes primarios - madre o pariente próximo - favorece a los cómplices, como sería el caso de la amiga que ayudara a la madre a matar a su hijo para no ser deshonrada.

Paciente del reato tiene que ser una criatura en proceso de expulsión, aunque no se hubiere separado completamente de la madre, o un recién nacido no inscrito aún en los registros del estado civil y no mayor de ocho días.

La exigencia de la no inscripción en los registros del estado civil descansa en la consideración de que mediante ella se divulgaría el nacimiento y con éste la deshonra.

El término de ocho días, igual al señalado por el código portugués, dentro del cual debe ejecutarse el hecho para que prospere la degradación del homicidio, se explica porque vencido ese lapso se supone que la madre y sus deudos han recobrado ya la estabilidad psicológica, la emoción ha pasado y, además, muy posiblemente el alumbramiento ha trascendido al público. En consecuencia, si se da muerte a la criatura al noveno día del nacimiento, el suceso deja de ser un infanticidio para convertirse en asesinato por la concurrencia en el homicidio de las causales primera y sexta del art. 363, aunque subsistieren el motivo de honor y la omisión de la inscripción en los mencionados registros. Otros códigos, como el italiano, exigen como condición para la configuración del homicidio infanticidio, que la muerte se ocasione inmediatamente después del parto. Y otros, como el argentino, señalan para el evento el término del puerperio.

El móvil del reato que se estudia no puede ser otro que el de evitar la deshonra de la madre del recién nacido. La honra, en este caso, se refiere a la buena fama, a la reputación en la conducta sexual, aunque por otros aspectos el comportamiento de la mujer fuere censurable. El honor que se pretende amparar es el social. Ese factor subjetivo de evitación de la vergüenza es el que caracteriza la atenuación del homicidio y el que demarca la separación con el parricidio. Por lo tanto, no se configuraría la infracción cuando la madre de la criatura fuere una mujer públicamente deshonrada o cuando no hubiere ocultado el embarazo, pues éste sería suficiente motivo para el deshonor.

Si la causa determinante del hecho no fuese la salvaguardia del honor, se tendría un asesinato, salvo que se obrare por piedad y en las demás circunstancias expresadas en el art. 364, caso este último en el cual se trataría de un homicidio piadoso.

En muchas ocasiones la madre elimina a su hijo, no con el fin de encubrir la deshonra, sino constreñida por apremiantes urgencias econó-

micas, ya que la criatura proporcionaría serias dificultades para el trabajo y la manutención propia y de los suyos, sintiendo repugnancia por el hecho y contrariando difícilmente los sentimientos maternos. En esas circunstancias la ley debería tratar a la procesada con un poco menos de rigor, por cuanto que el móvil no se podría calificar propiamente de egoísta y perverso. Sin embargo, el código no prevé atenuación alguna para esos casos, no justificables desde luego pero sí explicables y parcialmente excusables por el aspecto psicológico y social.

Por lo que toca con los medios comisivos, en el infanticidio por causa de honor, la muerte del recién nacido se puede ocasionar por cualquier procedimiento activo (sofocación, estrangulamiento, sumersión, golpes, etc.) u omisivo (dejar sin ligadura el cordón umbilical, no suministrar alimento, abandono, etc.).

## HOMICIDIO CULPOSO

El homicidio culposo consiste en ocasionar, por culpa, la muerte a otro. Está reprimido en el artículo 1º de la Ley 164 de 1.938, que sustituyó el art. 370 del Código Penal, y que dice:

“El que por culpa cause la muerte a otro, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y privación del ejercicio del arte, profesión u oficio por medio de los cuales se ocasionó la muerte, hasta por cuatro años.

“Parágrafo - En este caso, podrá el Juez prescindir de la aplicación de la sanción accesoria señalada en el inciso anterior cuando del estudio de la personalidad del responsable resulte, de acuerdo con las reglas generales fijadas en los artículos 36 a 40 de este código, que es poco peligroso para la sociedad, pero sin que sus condiciones personales sean suficientemente satisfactorias para justificar la condena condicional o el perdón judicial (artículos 80 y 91)”.

La culpa se define en el artículo 12 de la ley penal como la no previsión de un efecto nocivo que se ha debido prever (culpa por negligencia o culpa inconsciente), o la confianza imprudente en evitar un resultado dañino previsto (culpa por imprudencia, llamada también temeraria o consciente).

En el homicidio culposo el agente quiere la acción mas no el resultado. La muerte de la víctima se produce sin el querer del responsable, por un comportamiento desatento y lesivo del deber general de cautela a que está obligado el hombre en sociedad. El sujeto no prevé algo normalmente previsible, o confía imprudentemente en la evitación del mal representado.



En el homicidio intencional o doloso se prevé y se quiere, al menos eventualmente, la muerte del ofendido. En el homicidio preterintencional se quiere ocasionar únicamente el delito de lesiones personales, sin prever siquiera la muerte, que resulta como consecuencia de la acción, superando la intención. En el homicidio culposo no se prevé ni se quiere ocasionar la muerte o siquiera una lesión personal, y si se prevé uno de estos efectos dañinos se confía en poder evitarlo; la conducta inicial del agente es negligente o imprudente, pero es ordinariamente ajena a toda intención criminal.

El delito se consuma con la muerte del sujeto pasivo. La tentativa no es compatible con el homicidio culposo, por cuanto que el delito imperfecto (tentado o frustrado) requiere siempre como condición esencial el designio criminoso en el agente.

La concurrencia de culpas o la cooperación en el delito culposo son posibles, de acuerdo con los principios normativos de ese elemento subjetivo.

Las muertes de varias personas, así se ocasionen por una sola acción culposa, genera un concurso material o real de infracciones, pues la pluralidad de resultados físicos da nacimiento a tantos hechos jurídicos cuantos sean aquellos, como muy bien lo explica Soler, y con pluralidad de hechos no puede haber concurso ideal (véase arts. 31 y 33 del Código Penal).

Por lo que toca a la penalidad, la sanción principal para el homicidio culposo es de prisión de seis meses a cuatro años. Y se deja al arbitrio del Juez el imponer o no como medida accesoria la privación del ejercicio del arte, profesión u oficio en el cual se ocasionó el delito, hasta por cuatro años, arbitrio que debe ser usado racionalmente, consultando la gravedad del hecho, la personalidad del culpable y los demás factores de responsabilidad. Se autorizan también en la disposición de una manera expresa los subrogados penales de la condena condicional y el perdón judicial, para casos reveladores de una mínima peligrosidad y siempre que se reunieren las condiciones del art. 80 del C. P.

Es de anotar aquí que se observa en nuestro estatuto una incongruencia en la represión de los delitos de homicidio y lesiones personales cometidos por culpa, consistente en que puede darse el caso de que resulten sancionadas algunas lesiones, como son las que causaren pérdida de un órgano o miembro, con pena más alta que la establecida para el homicidio, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 7º de la Ley 164 de 1.938 y 375 del Código Penal, en relación con el art. 1º de la precitada ley.

Esta disposición no contempla una forma de homicidio "per se", de tipo autónomo, sino una especialísima atenuación para el homicidio y las lesiones intencionales, cuando se cometieren por emoción violenta, determinada por la injuria del ilegítimo concúbito de la víctima. Dice así el artículo:

"Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta, a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal o contra el copartícipe de tal acto se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuídas de la mitad a las tres cuartas partes.

"Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa, cometa el homicidio o cause las lesiones en las personas mencionadas, aún cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal.

"Cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a éste el perdón judicial y aun eximirse de responsabilidad".

La disposición está complementada por el artículo siguiente, el 383, que prescribe:

"Las atenuantes previstas en el artículo anterior no se aplicarán cuando se trate de cónyuges separados o divorciados o cuando el padre, el marido o el hermano hubieren abandonado el hogar".

En el examen de los artículos transcritos interesa estudiar varios aspectos:

Agente activo de la infracción puede ser cualquiera de estas personas: a) El marido con respecto a su mujer o al cómplice del adulterio; b) la mujer con respecto a su marido o a la cómplice del adulterio; c) el padre o la madre con respecto a la hija o al cómplice de la unión sexual; y d) el hermano o la hermana con respecto a la hermana o al copartícipe del acto. Ninguna otra persona, por fuera de esos grados de parentesco, podría invocar la especialísima excusa del art. 382, que no sería aplicable, *vr. gr.*, al hijo por la muerte de la madre o del copartícipe del dañado ayuntamiento; ni a los abuelos con relación a la nieta, ni al hermano o hermana por acciones lujuriosas del hermano; ni al concubino por las acciones de infidelidad de la concubina, ni al novio, por la deslealtad de su novia.

En el sujeto del reato deben concurrir algunas condiciones particulares. No basta para acordar la aminorante de la responsabilidad la de-



mostración del vínculo legal y la afrenta del coito extramatrimonial. Requiere, además, la existencia de otros presupuestos relacionados con el comportamiento familiar, social y ético de los protagonistas del drama. Así, no podría favorecerse con la excusa al rufián ni a quien hubiere hecho dejación de los deberes materiales y morales que impone la familia. En estas situaciones, mal estaría reconocer como afrentoso e injusto el acceso carnal a que alude el art. 382.

Víctima del delito, según los casos, puede ser: a) el cónyuge o la cónyuge; b) la hija o la hermana; y, c) el coparticipe de la relación sexual con una de esas personas.

La mujer debe ser, como lo dice el art. 382, "de vida honesta", entendida aquí la honestidad como buena fama o reputación. Para la valoración de ese elemento se debe atender especialmente al factor subjetivo o sea al criterio que al respecto hubiere podido tener el agente del ilícito. Porque sobre la mujer puede haber recaído ya un juicio público de desfavor, ignorándolo el esposo, padre o hermano, hipótesis en la cual no sería justo negar al reo la excusa atenuante. Contrario sensu, si el sujeto activo tenía previo conocimiento del irregular comportamiento de la mujer, e imperturbablemente se había manifestado conforme con su impúdica conducta, no sería cuerdo aminorarle la responsabilidad, aunque socialmente la mujer conservare su honra.

El motivo degradante del delito es objetivo (provocación del adulterio o ilegítimo acceso carnal) y subjetivo (estado de ira o de intenso dolor o descarga afectiva por aquella afrenta).

La emoción es, pues, la fuerza excusante de la sanción, en cuanto hubiere sido motivada por la ofensa conocida.

El término sorprender, empleado en la disposición que se comenta, no debe interpretarse en el sentido de coger desprevenidos, in flagranti, a los adúlteros o coparticipes de la acción lujuriosa, sino en la acepción más amplia de descubrir. No es necesario y así lo ha entendido la jurisprudencia colombiana, que el agente vea por sus propios ojos el ilícito apareamiento. Basta que tenga de él noticia fidedigna por cualquier medio (cartas, confesiones, testimonios, indicios) y que adquiriera el íntimo y racional convencimiento de la ofensa.

Por lo que respecta al acceso carnal, para los efectos de la disposición que se examina, no debe exigirse tampoco la realización y demostración efectiva de la unión sexual, entendiendo el acceso como lo entiende la medicina legal o como se define para otros fines penales, *vr. gr.*, para la estructuración del delito de violencia carnal. Al acceso carnal, propiamente, deben ser asimilados todos aquellos actos lujuriosos equi-

valentes para la satisfacción de la libido, susceptibles de exponer a la deshonra y que excitan y afrentan en la misma medida que el acceso carnal.

Con más sabiduría, el Código Penal italiano emplea, al tratar de esta figura degradada del homicidio, en vez del término "sorprender" el de "descubrir", que es más amplio; y en lugar de "acceso carnal" usa la expresión "relación carnal ilegítima" (art. 587).

El homicidio, en el evento del art. 382, se puede cometer en el acto mismo de la sorpresa en el acceso carnal, en un impulso colérico súbito, o transcurrido algún tiempo y siempre que se mantenga el vínculo psicológico. Expresamente dice aquel artículo en su apartado 2º que la disposición se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa - acceso carnal ilegítimo - cometa el homicidio o cause las lesiones en las personas mencionadas, aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acceso carnal. Ello tiene su fundamento en que no todos los hombres reaccionan de la misma manera ante los estimulantes externos; unos se determinan a la acción intempestivamente, al ser ofendidos; otros oponen su recia voluntad al impulso, reflexionan, pesan las consecuencias de su conducta, en angustioso balanceo, y de pronto, por una reminiscencia, se aviva la emoción inicial y se produce el desbordamiento psicológico y con él el delito.

La sanción básica, de la cual debe partirse para hacer la disminución de pena en la proporción fijada en el art. 382, cuando se obrare en las circunstancias allí previstas, debe ser la contemplada en el art. 362 para el homicidio simplemente voluntario, no obstante la presencia material de una de las causales de asesinato, cual es la del ord. 1º del art. 363, por cuanto que la misma condición - el parentesco - no podría jurídicamente recibir una doble y contradictoria valoración: de una parte exigida para atenuar (art. 382), y de otra para agravar (art. 363).

Para aquellos casos indicadores de una mínima peligrosidad en el agente, prevé el art. 382, en su inciso 3º, la facultad de otorgar el perdón judicial y aun de eximir de responsabilidad, que consiste, aunque la ley no lo dice, en librar de las consecuencias que acarrea la comisión de un delito, de las cuales la más importante es la pena.

Mucho se ha discutido acerca del momento procesal para hacer la declaración judicial de exención de responsabilidad y sobre la ritualidad del proveimiento. Creemos que para ello hay dos oportunidades: Al tiempo de la calificación de fondo del sumario, o al momento de dictar la sentencia. Y la fórmula debe ser la de un auto motivado, que una vez ejecutoriado tendrá el valor del sobreseimiento o del fallo.



El fundamento de la excusa o atenuación para el homicidio realido en las condicones del art. 382, consiste, como diría Altavilla, en la disminución o imperfección del dolo, por la entidad de la ofensa y la turbación anímica sobrevenida, anarquizante del intelecto y de la capacidad reflexiva. Merece indulgencia, expresa algún autor, quien delinque en un impulso que arrastraría a muchos hombres.

Antes de finalizar este capítulo, conviene hacer un deslinde entre el uxoricidio por móvil de adulterio y la legítima defensa del honor.

Existe el prejuicio social, arraigado desde remotas épocas, ya superadas, en las cuales las leyes reconocían expresamente a los maridos el derecho de ultimar a sus mujeres infieles, de que "el uxoricidio por adulterio es lícito y caracteriza una verdadera defensa de la honra". Conforme a las previsiones del Código Penal colombiano, que en esta materia recoge la doctrina jurídica predominante, tal tesis no podría sostenerse en forma alguna por el criminalista. Desde el punto de vista de la ley es evidente que, si expresamente, como sucede en el art. 382, se contempla tal caso como infracción asociando a él una pena, aunque basante atenuada, el hecho no puede considerarse en modo alguno como carente de antijuridicidad por legítima defensa del honor.

Y es que existen poderosas razones para separar de la justificante el uxoricidio de la adúltera. La legítima defensa supone siempre la presencia actual y amenazante de un mal, y la reacción es siempre de evitación del daño y de protección del derecho en peligro; en el uxoricidio por la causa expresada, en cambio, el agravio se ha consumado ya y no existe ninguna necesidad defensiva, por lo cual el homicidio constituye una verdadera represalia. En la legítima defensa tiene que haber peligro para un derecho, bien o interés jurídico, que para el caso sería el honor; y en el homicidio por adulterio la relación adulterina es un hecho ajeno que, racionalmente, no afecta la dignidad personal del cónyuge inocente o burlado, pues las acciones amorales sólo pueden manchar a quienes las realizan; la honra del cónyuge inocente puede ponerse a salvo con expedientes menos violentos como sería *vr. gr.*, la separación. Si el Estado ha renunciado a la pena de muerte, aún para los delitos más atroces, no sería cuerdo legitimarla para el adulterio, que ni siquiera es delito, y dejando en manos del uxoricida la ejecución de su propia sentencia. El uxoricida ordinariamente obra por un verdadero y propio impulso emocional y sin calcular que la muerte de la mujer es necesaria para la salvaguardia del honor; la sensación de desposesión del bien amado, el amor contrariado, es lo que psicológicamente lo perturba y arrastra al homicidio, con el cual, como decía en la Comisión el Dr. Carlos Lozano y Lozano, "no se defiende ningún honor, sino que antes por el contrario, se da al acto del

adulterio una publicidad trágica". Un último argumento de valía, para negar la legítima defensa, en el caso expresado, es el que se desprende de la consideración de que hechos similares a los que entre los hombres se califican como homicidios emocionales se presentan aún en las especies animales, en las que se explica por egoísmo sexual. (Para mayor información puede consultarse la enjundiosa obra de José Peco, intitulada "El Uxoricidio por Adulterio").

## HOMICIDIO EN RIÑA IMPREVISTA

Establece el art. 384:

"Cuando el homicidio o las leiones se cometieren en riña que se suscite de un modo imprevisto, las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad".

La riña, sinónimo de pelea, reyerta, contienda, puede definirse como un combate o acometimiento entre dos o más personas, con agresiones de obra y con ánimo en cada uno de los contendores de inferir daño al adversario.

No constituye riña el simple altercado con palabras. Aquella exige las vías de hecho, cuerpo a cuerpo o a distancia (empleando piedras, pistolas, etc.).

La riña es imprevista, como su nombre lo indica, cuando se promueve de una manera súbita, casual o por accidente fortuito, como decía el anterior código, con respecto a todos los contendores o para uno o algunos de ellos. En tal supuesto, si el contrincante que ha entrado a la pelea sin provocarla, sin preverla, sin quererla en ninguna forma, ocasiona la muerte del contrario, es acreedor a la atenuante de que trata el artículo 384, que tiene su razón de ser en la menor peligrosidad del agente y en la menor agitación social que el hecho despierta.

Varias veces ha dicho la Corte Suprema de Justicia que "si no consta con evidencia quién ha sido el causante de la riña, si no aparece el provocador configurado de manera patente, entonces habrá que concluir que la riña es imprevista".

## HOMICIDIO EN COMPLICIDAD CORRESPECTIVA

A él se refiere el art. 385, que dispone:

"En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuía de una sexta parte a la mitad".



De acuerdo con esta disposición, para la complicidad corresponsiva o correlativa se requiere:

1º - Que se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales. En otras legislaciones, dicho sea de paso, es posible aquella figura también en otra clase de infracciones;

2º - Que sean varias personas las que toman parte en la comisión del hecho;

3º - Que no se pueda determinar con certeza al autor, que ha de estar fatalmente confundido entre los cómplices; y,

4º - Que no se pueda afirmar una participación propia entre los sindicados, según las reglas que rigen esta institución.

Tomar parte, como bien lo ha dicho nuestra Corte Suprema, "no significa tan sólo estar presente en la ejecución del hecho, sino colaborar en la intención y en la actividad que llevan al común designio criminal".

En consecuencia, no se podría afirmar la calidad de cómplice correlativo sin la demostración completa de que el sujeto participó en el hecho, es decir, que concurrió a él con aportaciones morales o físicas, en forma activa, determinando o ejerciendo violencia sobre la persona del ofendido, y que por razón de esa participación pudo ser el verdadero autor del homicidio y en todo caso cómplice del mismo.

Si por testimonios, indicios o cualquier otro medio probatorio se llegare a descubrir al autor del delito, esto es, a quien ejecutó los actos consumativos de la infracción, hay que ceñirse a las normas generales reguladoras de las diversas formas de cooperación criminosa, previstas en los artículos 19 y 20 del Código Penal. Mas si fuere imposible esa individualización de responsabilidades, procede entonces la fórmula de la complicidad correlativa, prevista en el art. 385.

Existe, pues, en esta especie de complicidad, una duda probatoria insuperable, no en cuanto que cada uno de los cómplices participó en el hecho, cuestión que debe demostrarse plenamente, sino respecto a cuál o cuáles consumaron el delito. Tal duda se resuelve por la ley aplicando a todos los participantes la sanción correspondiente al delito "disminuída de una sexta parte a la mitad". De este modo el oculto autor resultará favorecido, pues se le reprimirá con una pena menor a la que le hubiera correspondido de haber sido descubierto, y los que hubieren sido meros cooperadores o cómplices saldrán sancionados en la misma medida establecida para los cómplices secundarios, conforme al art. 20, que prevé una disminución de pena de una sexta parte a la mitad, o sea igual a la contemplada en el art. 385.

Algunos autores se han pronunciado contra la complicidad corresponsiva, tildándola de injusta, pues que la dificultad de prueba se resuelve con una sanción igualitaria para todos los cómplices o partícipes, en una especie de transacción inadmisibles. La verdad de esta crítica es sólo aparente. La fórmula sería injusta si con ella pudiesen quedar sancionadas personas inocentes, es decir, que no hubieren participado en el delito. Pero ya hemos dicho que para la operancia de la complicidad de que se trata es indispensable acreditar fehacientemente la participación de cada uno de los reos en el evento. Si es verdad que con la figura jurídica salen favorecidos los autores, no se puede afirmar que salgan perjudicados los meros cómplices, puesto que para éstos la sanción es la misma que correspondería si se hubiere descubierto a aquéllos. Siendo ello así, la norma no es intrínsecamente peligrosa ni encierra ninguna injusticia. Las injusticias se pueden cometer mediante una incorrecta aplicación, contingencia que corren todas las disposiciones del ordenamiento jurídico.