

A-400841.

TUCH. DEB
F363 dh
1935
C.1.

MARIA FERNANDEZ TOLEDO

202. Derecho
T.P.-Rojo



"Del Delito de Homicidio"

MEMORIA DE PRUEBA
para optar al grado de
Licenciado en la Facultad
de Ciencias Jurídicas y
Sociales de la Universidad
de Chile

VALPARAISO

Imprenta ROYAL — Uruguay 543

1935

20027



Santiago, 22 de Mayo de 1935.

SEÑOR DECANO:

Tengo el agrado de informar la Memoria de Prueba, titulada "Del Delito de Homicidio", que presenta la Srta. María Fernández Toledo para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

La Srta. Fernández considera el problema relativo al homicidio únicamente desde el punto de vista jurídico. Su Memoria se distingue por el espíritu didáctico con que ha sido concebida, característica que hace de ella un buen texto de estudio, de suma utilidad para jueces, abogados y estudiantes, pues está, además, muy bien ajustada a nuestro derecho. Su estilo correcto, claro y conciso, la hace de fácil y agradable lectura. La autora dilucida los diversos problemas que se plantean en torno al delito de homicidio hasta agotar, puede decirse, las materias, siguiendo un plan metódico, muy bien concebido. Ninguna divagación perturba el desarrollo del tema, que es tratado con perfecta desenvoltura.

Consta el trabajo en cuestión de tres partes: la primera dedicada al homicidio en general; la segunda, al homicidio simple y al calificado; y la tercera, al homicidio en riña o pelea.

En la primera parte analiza los diversos elementos constitutivos del delito de homicidio, de acuerdo con la definición más comunmente admitida por los tratadistas. Al considerar la destrucción de una vida humana, estudia la existencia legal y natural de las personas; la destrucción de un cadáver, a propósito de lo cual trata del delito imposible, la destrucción de un monstruo y la destrucción de un moribundo; la relación entre el acto homicida y la muerte y la prueba de ésta.

El segundo elemento constitutivo del homicidio—la voluntad de matar—le proporciona ocasión para estudiar el dolo determi-

nado y el indeterminado, el homicidio por error en la persona o por equivocación en el golpe, el homicidio concausal, el preterintencional, el culposo o cuasidelito de homicidio y el producido por caso fortuito.

La injusticia del acto le da margen para echar una rápida ojeada al homicidio legítimo, considerando las diversas causales del art. 10 del Código Penal que se refieren a él; y el requisito de que el homicidio debe ser producido por un hombre, le permite extenderse sobre los medios que pueden emplearse para ocasionarlo: materiales, por acción u omisión y morales.

En la segunda parte, destinada al homicidio simple y al calificado, hace un completo, práctico e interesante estudio de las disposiciones pertinentes de nuestro Código Penal. La parte final está consagrada al homicidio en riña o pelea.

Basta una simple enumeración de las materias para darse cuenta del interés y de la importancia práctica que reviste la Memoria de la Srta. Fernández. Entre las fallas y vacíos que se observan en ella y que, por lo demás, no hacen desmerecer el conjunto del trabajo, pueden señalarse: la conveniencia de precisar las citas cuando alude a la legislación extranjera, indicando el texto de la disposición; la necesidad de recopilar una jurisprudencia más abundante y más reciente, si bien la que acompaña está perfectamente calculada para confirmar los diversos pasajes de la Memoria; y, por último, algunas conclusiones discutibles, como cuando niega la eficacia de los medios morales en la producción del homicidio, apoyándose en la doctrina defendida por los criminalistas franceses.

El Director que suscribe es de opinión que la Memoria presentada por la Srta. María Fernández Toledo constituye un aporte valioso a la literatura jurídica de nuestro país, y la aprueba con nota de distinción.

Saluda atte. al señor Decano

GUSTAVO LABATUT

Director del Seminario de Derecho
Penal y Medicina Legal.



Santiago, 25 de Junio de 1935.

SEÑOR DECANO:

Informo la Memoria "Del Delito de Homicidio", presentada por la señorita María Fernández Toledo para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Presentación y redacción

La presentación de la Memoria es correcta, y su redacción clara y cuidada.

División de la materia

La autora divide su materia en dos partes: la primera titulada "Del homicidio en general"; y la segunda, "Homicidio simple y calificado". Dicha división no guarda una relación estricta con el contenido de cada parte porque, en realidad, en la primera, trata la teoría del homicidio; y, en la segunda, el homicidio desde el punto de vista de nuestra legislación. La primera parte se divide, a su vez, en seis capítulos titulados respectivamente: Condición legal del homicidio. Sus variedades. Definición. Destrucción de una vida humana. Voluntad de matar. La muerte debe ser injusta. El homicidio debe ser producido por un hombre.—El orden y la titulación de dichos capítulos no llenan todas las exigencias didácticas y científicas, salvo el Capítulo relativo a la "Voluntad de matar" que está dividido, en forma muy acertada, en seis párrafos. La distribución de materias de la Segunda Parte no merece observación.

Bibliografía

La bibliografía penal es corriente; la médico-legal deficiente.

Jurisprudencia

El trabajo habría ganado considerablemente en interés con una investigación prolija y ordenada de nuestra jurisprudencia y su comparación con la de otros países, principalmente la de aquellos cuyos textos sirvieron de antecedente a nuestro Código. Dicha labor de investigación prácticamente no existe.

Juicio sobre el tema y su desarrollo

Dados la naturaleza del tema y la omisión apuntada en el párrafo anterior, el trabajo de la candidata no ha podido consistir en otra cosa que en una exposición, que juzgo correcta, de las opiniones de los autores en que se ha inspirado; y un comentario mas o ménos ordenado de nuestra ley, de relativa originalidad. Defectos son estos, por otra parte, comunes a la mayoría de las Memorias que se presentan.

También la candidata ha dado^s cabida en su trabajo en forma más o menos extensa, a materias que pudo omitir en obsequio de una consideración mas detenida del delito de homicidio propiamente dicho, por ejemplo, las relativas a la existencia legal de las personas (páginas 14 a 19;) a la existencia natural y al aborto (páginas 19 a 23, dentro de las cuales habría bastado con tratar el feticidio;) y a los monstruos (páginas 26 a 28.)

Las consideraciones hechas en los Capítulos II y V de la Primera Parte, sobre el homicidio legítimo, no parecen aceptables a juicio del suscrito. El homicidio es un delito, y un acto legítimo no puede constituir dicha figura jurídica.

Conclusión

No obstante los defectos señalados, la obra revela labor y, en concepto del protesor que suscribe, merece aprobación.

Queda del señor Decano A. y S. S.

J. RAIMUNDO DEL RIO C.
Profesor de Derecho Penal.

BIBLIOGRAFIA

Alimena Bernardino. *Principios de Derecho Penal*. Traducido por Eugenio Cuello Calón. Madrid, Suárez, 1915.

Bañados Espinosa Florencio. *Código Penal de la República de Chile concordado y comentado*. Santiago de Chile, Lagunas, 1920.

Cuello Calón Eugenio. *El Nuevo Código Penal Español*. Barcelona, Bosch, 1930. Libro 2.º, Parte Primera.

Escriche. *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*.

Fernández Pedro Javier. *Código Penal de la República de Chile concordado y explicado*. Santiago de Chile, Barcelona 1900. Tomo 2.º

Fuenzalida Alejandro. *Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno*. Lima, Comercial, 1883. Tomo 3.º

Gaceta de los Tribunales de Justicia.

García Huidobro Domínguez Fernando. *El aborto*. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago. Artes y Letras, 1925.

Garraud R. *Tratté Théorique et Practique du Droit Pénal Français*. Paris, Sirèy, 1924. *Troisième Edition*. Tome cinquième.

Groizard Alejandro y Gómez de la Serna. *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Madrid, García, 1912. Segunda edición. Tomo 4.º

Irureta Goyena José. *El delito de homicidio*. Montevideo. Peña, 1920.

Jiménez de Asúa Luis y José Antón Oneca. *Derecho Penal conforme al Código de 1928*. Madrid, Reus, 1929. Tomos 1.º y 2.º

Jiménez de Asúa Luis. *El derecho a morir*. Ercilla. Santiago de Chile, 1933.

Larraín Valdivieso Adolfo. *Del delito de lesiones*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, Nación, 1933.

Manzini. *Trattato di diritto penale*. Turín 1920-23. Segunda edición. Tomo 5.º

Proyecto de Código Penal Chileno. Año 1929.

Puga Borne F. *Compendio de Medicina Legal adaptado a la Legislación Chilena*. Santiago de Chile, Cervantes, 1893.

Vera Robustiano. *Código Penal de la República de Chile comentado*. Santiago de Chile, Cadot, 1883.

Viada Salvador y Rauret. *Código Penal reformado de 1870 concordado y comentado*. Madrid, Reus, 1927. Quinta edición. Tomo 5.º

Vidal Georges. *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*. Paris, Rousseau, 1928, Septième édition.



PRIMERA PARTE

Del Homicidio en general

CAPITULO I

Condición legal del homicidio. Sus variedades.

Todas las legislaciones han estado de acuerdo en clasificar el homicidio entre los "delitos contra las personas"; y lo han hecho con mucho acierto, ya que un delito como él, aunque altera el orden de la sociedad, viene a recaer directa y principalmente contra las personas.

Por esta razón, pues, el homicidio aparece en nuestro Código Penal en el título cuyo epígrafe es: "Crímenes y simples delitos contra las personas". (Libro II, Título 8.).

Entre los delitos contra las personas tratados en el Código Penal, figuran no sólo los que tienden a destruir la vida de las personas,—homicidio, parricidio, infanticidio y duelo,— sino también los que afectan a la moral y el honor del individuo, como los delitos de calumnia e injuria; y por último, figuran también las lesiones corporales que tienden a menoscabar la vida, atentando contra la integridad corporal de las personas.

El legislador al hablar del homicidio en el Libro II, título 8.º, párrafo 1.º, del Código Penal, no siguió un orden lógico. Trató primeramente del parricidio y del asesinato antes que del delito-eje, del homicidio simple, que es el género común del que aquellos son sólo sus especies. Así, ha definido y penado primeramente estas especies de homicidio, parricidio y asesinato, presentándonos ideas desconocidas y no explicadas, lo que ha venido a producir gran confusión en la calificación de los delitos. Ha considerado

primero los delitos más graves para ir descendiendo a los menos graves, quizás para darnos a comprender la mayor perversidad que aquellos revelan, y el daño extraordinario que engendran en la sociedad.

Mas lógico habría sido que nos hubiera presentado primeramente el homicidio simple o común, enseñándonos de este modo en primer lugar el género y después sus especies,—parricidio y asesinato.

Es sabido que para el mejor estudio y comprensión de una especie, es indispensable conocer previamente las cualidades comunes que presenta con las demás especies de un mismo género, es decir, conocer el género común.

Por esta razón, al estudiar el homicidio, deberemos alterar el orden seguido por nuestro código, comenzando por los caracteres generales de este delito.

El párrafo 1.º del título mencionado, bajo el rubro de "homicidio", nos habla del parricidio, del asesinato, del homicidio simple, del homicidio en riña o pelea y de la cooperación al suicidio ageno.

Materia de nuestro estudio será el homicidio simple o común y dos de sus variedades: homicidio calificado o asesinato, y homicidio en riña o pelea.

CAPITULO II

Definición

Nuestra ley no ha definido propiamente el homicidio, sino que siguiendo a la legislación española, nos ha indicado de un modo vago e impreciso en qué consiste.

En efecto, dice en el Art. 391, que comete este delito "el que mate a otro"; definición que sólo nos da una ligera noción, desde todo punto de vista insuficiente.

El homicidio, del latín "hominis caedes", en su acepción más lata, y según la opinión de célebres criminalistas, como Impallomeni, Alimena, etc, es "la muerte de un hombre causada por otro hombre". Mas, esta definición no nos sirve para nuestro estudio, pues comprende una serie de actos, exentos, por su naturaleza, de toda responsabilidad penal, que no pueden quedar incluidos en la expresión "homicidio" que emplea el Código Penal.

Así, la muerte de una persona en legítima defensa; la muerte que da el marido a su mujer que sorprende en flagrante delito de adulterio, o a su cómplice; la del que mata en cumplimiento de su deber obedeciendo a un mandato de la ley, y en virtud de una sentencia judicial, como la del condenado a muerte, por el verdugo, etc., quedan también comprendidas en esta definición. Es evidente que el homicidio, en su sentido legal, es decir, el homicidio penado por la ley, no puede extenderse a estos actos completamente justificados por el legislador.

Carece, pues, esta definición de todo sentido jurídico. Con ella no podemos determinar la responsabilidad moral y legal que afecta al individuo que priva de la vida a otro, por faltar en ella un elemento esencial que caracteriza a todo delito: la voluntad. Aplicando este elemento al homicidio, es necesario que haya existido en el autor la voluntad de matar; en otros términos, que al tiempo de cometer el delito haya tenido la intención de dar la muerte a su víctima.

El primer código español, el Fuero Juzgo, ya nos dió a entender claramente este elemento de la voluntad, al decir con bastante exactitud que “todo omne que mata a otro *por su grado e non por ocasión* debe ser penado por omzillo.» (1)

Algunas legislaciones han incluido la voluntad en la propia definición del homicidio. Así lo ha hecho por ejemplo, el Código Francés (art. 295), al decir: “Calificase de homicidio, la muerte dada *voluntariamente* por una persona a otra.” En esta misma forma lo definen el Código de Portugal (art 349): “Toda persona que *voluntariamente* mate a otra, será castigada”, etc; y el Código de Uruguay (art. 317) que nos habla de la intención de matar: “El que con *intención de matar*, diere muerte a alguna persona, será castigada”, etc.

El Código Penal nuestro, consideró innecesario referirse a este elemento al hablarnos del homicidio, porque consigna la voluntad, en la propia definición del delito, al decir en su art. 1.º: “Es delito toda acción u omisión *voluntaria* penado por la ley».

Con esta definición viene a indicarnos pues, que la voluntad constituye un elemento indispensable en todo delito, no siendo necesario en nuestro Código Penal referirse a este elemento, al tratar cada uno de los delitos en particular.

Por otra parte, ha establecido además, una presunción en el art. 1.º inciso 2.º, al disponer que: “Las acciones u omisiones penadas por la ley se *reputan siempre voluntarias*, a no ser que conste lo contrario».

Por consiguiente, toda vez que el homicidio se traduzca en una acción u omisión penada por la ley, deberemos presumir que su autor ha tenido voluntad o intención de matar, salvo que se pruebe que ésta no ha existido. Pero en el homicidio se requiere, no el dolo genérico del art. 1.º, sino un dolo específico: intención de matar (*animus necandi*).

Otro elemento que debemos considerar al definir el homicidio, es la injusticia con que éste se realiza. Algunos penalistas italianos, entre ellos Carrara, por ejemplo, incluyen en la noción de homicidio, este segundo elemento. “Homicidio, dice Carrara, es la muerte del hombre *injustamente* cometida por otro hombre». (2)

Impallomeni, que se refiere a este elemento al definir el homicidio, cree que es innecesario hacerlo, porque toda vio-

(1) Tomada de Alejandro Groizard y Gómez de la Serna.—“El Código Penal de 1870 concordado y comentado”. Madrid, García 1912. 2.ª edición. Tomo IV, página 462.

(2) Tomada de Eugenio Cuello Calón.—“El nuevo Código Penal Español”. Barcelona, Besch, 1930. Libro II. Pág. 473, nota 21.

lación de la ley es injusta; la injusticia, según este autor, es un elemento previo, que se supone en todo delito; es algo inherente al delito mismo.

En el homicidio, es indispensable que la muerte sea injusta, de otro modo incurriríamos en el error de calificar como homicidio, aquellos actos a que ya nos hemos referido, en que la muerte aparece absolutamente justificada por la ley.

Una definición más clara y comprensiva del homicidio, que comprende ambos conceptos de voluntad e injusticia, y que han aceptado unánimemente todos los tratadistas de Derecho Penal, es la siguiente:

Homicidio es la destrucción voluntaria e injusta de la vida de un hombre, por otro hombre.

De esta definición se deducen los cuatro elementos que constituyen el homicidio, y que iremos analizando separadamente:

Ellos son:

- 1.º—Destrucción de una vida humana.
 - 2.º—La voluntad de matar.
 - 3.º—La muerte debe ser injusta, y
 - 4.º—El homicidio debe ser realizado por un hombre.
-

CAPITULO III

Destrucción de una vida humana

PÁRRAFO I

Sujeto pasivo del homicidio

1.—Existencia legal (art. 74 del C. C.) 2.—Existencia natural—aborto y feticidio. 3.—Destrucción de un cadáver. 4.—Destrucción de un monstruo. 5.—Destrucción de un moribundo.

El sujeto pasivo del homicidio ha de ser siempre un hombre; tomando la palabra hombre en su sentido genérico de ser humano.

La ley extiende su protección sobre todo ser humano. No hace diferencias de ninguna especie según la condición o calidad de las víctimas, o según su edad, sexo, estado, etc. Tanto el rico como el pobre, el niño como el anciano, el hombre como la mujer, todos se encuentran igualmente protegidos por la ley. Impone a todos un mismo castigo sea cual fuere la víctima, con la sola excepción contemplada en el parricidio, que es un homicidio especial, que tiene lugar cuando la víctima es alguno de los parientes designados en el art. 390, que habla de este delito. En este caso, la ley ha impuesto una pena mayor, por constituir un atentado contra su propia familia, y porque el que se atreve a derramar la sangre de los suyos, revela una peligrosidad mucho mayor, pues, si no respeta ni a los miembros de su propia familia, mucho menos podrá respetar a un extraño.

1.—Existencia legal

El ser humano, sujeto pasivo del homicidio, debe tener *existencia legal*.

¿Cuándo el ser humano tiene existencia legal?

“La existencia legal de toda persona principia al nacer,

esto es, al separarse completamente de su madre». Así lo dice nuestro Código Civil en su art. 74, que agrega además:

“La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás».

Comienza, pues, la existencia legal de todo ser humano con un hecho fisiológico, el *nacimiento*. Y, como lo dice el art. 74, se verifica “al separarse la criatura completamente de su madre».

Dos condiciones se requieren para que el nacimiento importe un principio de existencia, según el citado art. 74:

Primera.—Separación completa de la madre.

Segunda.—Que la criatura sobreviva un momento siquiera a esta separación.

Con relación a la primera condición, *separación completa de la criatura del cuerpo de la madre*, se presenta el problema de si debe considerarse tal separación desde el momento en que el ser ha salido totalmente fuera del vientre materno, pero permaneciendo aún ligado a la madre por medio del cordón umbilical, o desde el momento en que se corta dicho cordón sea natural o quirúrgicamente.

A este respecto, se han sostenido dos doctrinas contrarias: una, que cree ajustarse más a la letra del Código en la interpretación del art. 74, y considera que la criatura queda completamente separada de su madre, desde el momento que se corta el cordón umbilical; y la otra, que sostiene que por el solo hecho de la expulsión total de la criatura, sin necesidad de seccionar posteriormente el referido cordón umbilical, debe entenderse que esa criatura ha nacido ya. Esta última parece ser más científica, pues, está de acuerdo con la fisiología y con la equidad natural.

Es sabido que el cordón umbilical es una de aquellas materias que produce la naturaleza, para la formación y desarrollo de la criatura mientras permanece en el vientre materno, junto con la placenta y con el saco amniótico, que son arrojados después del nacimiento, constituyendo los desperdicios del parto.

Nos referiremos someramente a cada una de estas materias.

La placenta es aquel órgano que en la vida intrauterina del feto, sirve para su nutrición y crecimiento. Es una masa blanda y esponjosa, rojiza, circular u ovalada de 15 a 20 cms. de diámetro a la época del nacimiento y de 3 a 4 cms. de grosor en el centro y mucho más delgada hacia los bordes; éstos se continúan con las envolturas fetales, que consisten

en diversas membranas que forman el saco amniótico, dentro del cual se encuentra el feto como nadando, en un líquido llamado licor amniótico.

Desde el centro de la placenta, nace una especie de ligadura, que es del grosor del dedo meñique y cuya longitud, aunque muy variable suele ser como de 50 cm. de largo a la época del nacimiento. Es el cordón umbilical que, como ya lo hemos expuesto, nace desde el centro de la placenta y remata en el vientre del feto mismo. Según el doctor Puga Borne, «es un anexo que no pertenece ni al cuerpo del niño ni al de la madre». (1)

Pues bien, se encuentran en un evidente error científico los sustentadores de la doctrina que exige el hecho de seccionar el cordón umbilical para que una criatura tenga existencia legal, alegando que sólo desde este momento queda completamente separada de su madre. El Sr. Ramírez Frías en sus «Elementos de Medicina Legal», hace la siguiente descripción que viene a confirmarnos este error: «Al nacer el niño, la placenta con la mayor parte de su espesor se desprende dejando el resto adherido al útero y sale junto con la criatura a la cual la une el cordón umbilical. La expulsión es entonces completa: pero suele también ocurrir que salga el niño y quede toda la placenta en los órganos de la madre; y en tal caso, o se corta espontáneamente el cordón umbilical o bien permanece intacto dejando así el cuerpo del niño ya expresado, sujeto al de la madre. Cuando acaece esto último, el cordón es seccionado quirúrgicamente cerca del ombligo. En todo caso, el resto del cordón, lo mismo que la placenta se espelen o extraen, y son desperdicios del parto, que se arrojan como las envolturas fetales no formando parte en nada, de ésto, como se ha dicho, ni del cuerpo del niño, que está completamente independiente de ello, ni del de la madre».

Por otra parte, la propia definición del nacimiento, contribuye también a rechazar esta doctrina.

Nacimiento, según Esriche, es «aquel hecho fisiológico, natural y espontáneo, en virtud del cual al cabo de cierto tiempo, esto es, después de obtenida la completa madurez en su evolución intra uterina, *sale a luz el cuerpo del niño en forma de no quedar parte alguna de él en el interior de los órganos maternos.*

Por consiguiente, lo natural y lógico es que la criatura deba considerarse completamente separada de su madre, desde

(1) F. Puga Borne, «Compendio de Medicina Legal adaptado a la Legislación Chilena». Santiago de Chile, Cervantes. 1893, pág. 194.

el momento en que el cuerpo *sale a luz*; desde el momento en que la expulsión sea total, sin que ningún miembro o porción de su ser queden dentro de los órganos de la madre.

La criatura debe pues, empezar a tener su existencia legal, desde el momento que el cuerpo sale a luz, debiendo considerársele con vida propia y en aptitud de efectuar sus funciones fisiológicas por sí sola.

Es inadmisibles aceptar que el espíritu de la ley haya sido entregar el nacimiento de la criatura, que es un fenómeno natural, a la realización de un hecho material, artificial, subordinado al arbitrio de un tercero, como lo es el hecho de seccionar el cordón umbilical, y no a una circunstancia biológica, natural, precisa, ajena a la voluntad humana.

De aceptar esta doctrina, dejaríamos subordinado el nacimiento de un niño, a la voluntad de los padres, del facultativo mismo o de cualquiera otra persona que tuviera interés en su prolongación.

Una razón que podemos agregar todavía para rechazar esta doctrina en nuestra legislación, es la que ésta se ha inspirado en otras legislaciones que no exigen para nada el corte del cordón umbilical. Tenemos, pues, también una razón histórica.

En consecuencia, un recién nacido tiene existencia legal, cuando está todo a luz, sin que sea necesario para nada, seccionar el cordón umbilical; adquiriendo en este instante biológica y legalmente su personalidad.

Que sobreviva un momento siquiera a la separación completa del vientre materno.

Es la segunda condición que exige nuestro Código Civil para que una criatura tenga existencia legal.

Se han presentado divergencias entre las diversas legislaciones sobre la manera de interpretar el alcance de esta condición.

Nuestra legislación en este punto se ha pronunciado por la doctrina de la *vitalidad*, que es la que informa también el espíritu de muchas otras legislaciones, como la alemana, la inglesa, la argentina, etc.

Esta doctrina exige como condición de existencia de la personalidad humana, que la criatura nazca viva y que tenga un principio de existencia posterior al nacimiento.

Nuestro Código Civil, siguiendo abiertamente esta doctrina, así lo ha establecido en su art. 74 inciso 2.º al decir: "La criatura que muere en el vientre materno o que perece

antes de estar completamente separada de su madre, o *que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera*, se reputará no haber existido jamás". Y de acuerdo con este artículo, dispuso en el art. 77: "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno si hubiese nacido y viviese estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye *un principio de existencia* entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defrieron. En el caso del art. 74 inciso 2.º, pasarán estos derechos a otras personas como si la criatura no hubiere existido."

Se presenta aquí la cuestión de determinar con toda precisión si en realidad la criatura ha vivido, y en consecuencia qué signos pueden servir para manifestar que nació viva.

Tanto las legislaciones como la jurisprudencia, han venido indicando ciertos hechos o señales de vida, cuya comprobación pueda servir para establecer la vitalidad de un recién nacido. Han considerado como señales de vida de mayor importancia los gritos, los movimientos, los latidos del corazón y la respiración del recién nacido.

En el Derecho Romano, encontramos dos doctrinas al respecto: la de los Proculeyanos y la de los Sabinianos. Los proculeyanos exigían como condición indispensable, como la manifestación más cierta de vida que podía dar un recién nacido, el grito. Por su parte, los sabinianos, no exigían el grito sino que aceptaban cualquiera otra señal de vida.

Esta última opinión fué la que acogió Justiniano al suprimir del derecho, como medio de prueba de vitalidad, el grito de la criatura, y al disponer que la criatura adquiría capacidad de derecho tan luego como se verificare el nacimiento y diere cualquier manifestación de vida.

Nuestra legislación no ha consignado en el Código Civil, ninguna disposición encaminada a probar la vitalidad del recién nacido; se atiende únicamente al hecho del nacimiento con vida de la criatura. Sin embargo, la Ley del Registro Civil en la última parte del inciso 2.º de su art. 37, al referirse a la inscripción de las defunciones, dice: "Tratándose de un recién nacido se anotará también en el certificado la circunstancia de si hubiera respirado o nó". Con ésto, ha venido a determinar, pues, que para la ley *la respiración es el signo de vida*.

Nos referiremos brevemente ahora a la doctrina de la *viabilidad*, que requiere no sólo que la criatura nazca viva, sino que además tenga las aptitudes necesarias para seguir viviendo fuera del claustro materno; y para explicarnos mejor, insertaremos la definición que de élla, nos da Tardieu, cuando

dice: "Haber nacido viable es a la vez haber nacido vivo y gozado otra vida que la intrauterina, presentando, además un desarrollo general, una conformación y un estado de salud que no sean incompatibles con la continuación definitiva de la vida."

Siguen esta doctrina algunas legislaciones como la francesa, la española, la mejicana, la peruana, etc.

Nosotros no nos extenderemos en el estudio de la viabilidad, por no ser del tema de nuestra memoria.

2.—Existencia natural. Aborto y feticidio.

Decíamos que una condición indispensable para que exista el homicidio es que el sujeto pasivo de este delito, el ser humano, tenga existencia legal.

Nos preguntamos entonces: La muerte de un ser durante su existencia natural, esto es, la muerte de un feto, ¿constituye un delito de homicidio? Es evidente que nó, ya que en este caso el ser solo tiene existencia natural y no la existencia legal que requiere el homicidio.

La existencia natural de todo ser humano comienza con la concepción y termina con el nacimiento de la criatura, época en que se da principio a la existencia legal. Comprende, pues, toda la vida intrauterina de una criatura, esto es, todo el tiempo que ésta permanece en el vientre materno.

Todas las legislaciones unánimemente, han cuidado con especial interés de la vida del que está por nacer, velando por su existencia desde el instante mismo de la concepción.

Así, en nuestra ley tenemos varias disposiciones que conducen a este fin. El art. 75 del Código Civil, por ejemplo, contiene una disposición en este sentido. Dice, en efecto: "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento".

Guardando armonía con este artículo, tenemos lo que dispone el Código Penal en su art. 85: "No se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga, hasta que hayan transcurrido cuarenta días después del alumbramiento".

Y no sólo ha querido velar por su existencia, sino también por sus intereses y derechos. El art. 77 del Código

Civil ordena: "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del art. 74 inciso 2.º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido." El inciso 2.º del art. 74 se refiere a la criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de ella o que no haya sobrevivido un momento siquiera a la separación.

Y el art. 343 dice: "Se llaman curadores de bienes los que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente, y a los *derechos eventuales del que está por nacer*".

¿Es posible, entonces, que al excluir del homicidio la muerte de un feto, haya querido dejarla impune?

Nó, porque de ser así no tendrían objeto todas aquellas disposiciones que hablan de su protección.

En este caso, la ley ha contemplado un delito con características especiales, que se denomina *aborto*.

Jurídicamente la muerte de un feto no puede constituir un delito de homicidio, porque en un ser concebido pero no nacido como el feto, no hay propiamente vida, sino esperanzas de vida, puesto que "la vida de toda criatura comienza al nacer (art. 74). Como en el homicidio se opera la destrucción de una *vida* humana, es evidente que no habiendo propiamente vida, no puede haber tampoco homicidio cuando se da muerte a un feto.

En términos generales, podríamos llegar a la siguiente conclusión: Hay aborto cuando se opera la destrucción de un ser durante su existencia natural; y hay homicidio, cuando la muerte recae en un ser que tiene existencia legal.

Pero decimos "podríamos", porque lo que constituye el aborto, no es propiamente la destrucción del feto, sino su *expulsión*, siendo para la ley indiferente que aquel quede muerto o nó.

El célebre profesor de Medicina Legal de la Universidad de Chile, Dr. Puga Borne, nos hace una definición bastante comprensiva del aborto. Dice en efecto: «Aborto es la *expulsión* prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, cualesquiera que sean las circunstancias de edad, de viabilidad y de conformación.» (1)

(1) F. Puga Borne. «Compendio de Medicina Legal adaptado a la legislación Chilena», pág. 127.

Para la ley, aborto es la *expulsión* prematura y provocada del producto de la concepción en cualquier tiempo de su vida intrauterina.

Concuerdan, pues, ambas definiciones en declarar que lo que caracteriza al aborto es la *expulsión del feto*.

Ahora bien, cuando se da muerte a una criatura dentro del vientre materno, sin que se efectúe su expulsión, ¿hay jurídicamente aborto? A simple vista se ve que no puede haber, puesto que no ha habido expulsión, que es lo que le caracteriza.

Entonces, ¿que delito se comete? El delito de *embriotomía* o *feticidio*, cuya diferencia esencial con el aborto es la que dice relación con la *expulsión del feto*, elemento constitutivo del aborto, y que no es necesario en aquel. Por otra parte, el feticidio exige como condición de existencia, la *muerte del feto*, en tanto que en el aborto, no se requiere que de la expulsión de la criatura se siga su muerte.

Es como se ve, un delito completamente distinto que no puede quedar comprendido en el aborto.

La mayor parte de las legislaciones, incluyendo la nuestra, no castigan el feticidio. Tan solo las legislaciones de Italia y Alemania la contemplan y castigan separadamente del aborto y del infanticidio.

El Código Alemán en su artículo 218 dispone que «la mujer embarazada que provoca su aborto de propósito ó mata el feto en su vientre, será castigada, etc.

Nuestro Proyecto de Código Penal presentado a la aprobación del Congreso Nacional el año 1929, no queriendo dejar en la impunidad este delito, lo ha contemplado al referirse al aborto. Dice el art. 89 de dicho proyecto: «La mujer que mate a su feto en el vientre, o durante el parto o por medio del aborto, será castigada, etc.

En la Jurisprudencia española se suscitó un caso que se relaciona con el feticidio, citado por Legrand du Saulle: «El Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Marzo de 1876, declaró que el hecho de la muerte de un feto en el seno materno, como consecuencia de asesinato u homicidio, no podía ser calificado legalmente de aborto. Una sentencia posterior de 17 de Junio de 1880, modificó la Jurisprudencia en sentido contrario, condenando como autor del delito de aborto, además de un parricidio, a un marido que mató a su mujer entrada ya en el noveno mes del embarazo; esta doctrina fué confirmada el 1.º de Febrero de 1887 en que se declaró que la muerte de un feto, como consecuencia de la muerte violenta dada a la madre, aunque gramaticalmente no puede calificarse de aborto, por faltar la *expulsión extemporánea del feto*, en el sentido jurídico hay que darle esa significación; se declaraba, pues, que al dar

muerte a la madre embarazada se cometían dos delitos: uno de parricidio y otro de aborto. (1)

Consideramos que esta doctrina no es fundada ni está de acuerdo con las disposiciones legales del Código Español de 1870, bajo cuyo imperio fué sentada, y que asemejándose mucho a nuestras disposiciones relativas al aborto (art. 343 del C. P.), no cabría dar entre nosotros una interpretación semejante; no se da en esos fallos el verdadero sentido a la palabra aborto, o sea «expulsión del feto del vientre materno, antes de que tenga la edad necesaria para vivir independientemente». En estos casos, no puede haber aborto, por cuanto no ha existido tal expulsión; ha habido, sí, un delito distinto, de embriotomía o feticidio, que no castigan ni el Código Español, ni el nuestro.

En consecuencia, nuestro Código Penal no ha castigado en forma especial el feticidio, ni tampoco en ninguna otra forma, ya que no puede asimilarse a ninguno de los delitos con que presenta semejanzas.

Desde luego, ya vimos que no puede pensarse como aborto. Tampoco puede serlo como infanticidio, porque el art. 394 dispone que: «Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos que *dentro de las 48 horas después del parto*, matan al hijo o descendiente, etc.» Al decir «después del parto», el Código nos está indicando que el infanticidio requiere que el niño haya sido expulsado ya del vientre materno, y con esto solo, basta para rechazarlo.

Si no puede castigarse como infanticidio, mucho menos podría serlo como homicidio, por cuanto este delito exige como el anterior la existencia legal de la víctima.

Sin embargo, hay quienes sostienen que el feticidio es una modalidad del homicidio, y se basan para hacer esta afirmación en el artículo 75 de nuestro Código Civil, que dice: «La ley protege la *vida del que está por nacer*». Si esta disposición nos habla de la «*vida del que está por nacer*», y el homicidio es la *destrucción de una vida*, es lógico, pues, que el legislador ha querido incluir el delito de feticidio en el homicidio, ya que se opera la *destrucción de una vida*. Así razonan los partidarios de esta doctrina que están en un evidente error jurídico. El artículo 75 al referirse a la «*vida del que está por nacer*», ha querido referirse lógicamente y necesariamente a la *vida intrauterina*, que queda a todas luces excluida del homicidio.

(1) Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, de Fernando García Huidobro Domínguez "El Aborto", Santiago de Chile, Imprenta Artes y Letras, 1925, pág. 21.

Por último, queda todavía otra situación que no contempla nuestro Código Penal, y a la cual se refiere el Proyecto de Código Penal del año 1929, en su art. 89 ya citado. Es «la muerte del feto durante el parto». Como el caso en cuestión se trata de la muerte producida durante un parto natural, sin violencias de ninguna especie y de una criatura hasta cierto punto desarrollada, no puede haber por consiguiente aborto. Tampoco puede haber infanticidio, ni homicidio, porque todavía ese ser es un feto, puesto que «la existencia legal comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre». (Artículo 74 del C. C.)

Alejandro Fuenzalida en sus «Comentarios del Código Penal Chileno, al tratar esta cuestión, dice: «Hay, a no dudarlo, un vacío y una inconsecuencia en la ley que castiga el aborto, en garantía del feto, y que deja impune la muerte de la criatura mientras está naciendo». (1)

3. Destrucción de un cadáver

El sujeto pasivo del homicidio ha de ser siempre un hombre vivo.

Un individuo que con plena intención de matar ejerciere violencias y diere de golpes a un cadáver, en la creencia de que es un ser vivo, no cometería delito, aun cuando dichas violencias y golpes fueran de tal naturaleza que de haber sido ejercidas sobre una persona viva, le hubieran causado la muerte. Hay aquí un caso de imposibilidad legal.

Cuando un sujeto realiza todos los actos necesarios para la ejecución de un homicidio, como en el caso propuesto, concurriendo además en él la voluntad de matar, y la muerte no se verifica por ser su realización imposible, surge la figura jurídica que los tratadistas denominan «delito imposible».

Un delito puede ser imposible, ya por ser *inidóneos los medios* puestos en práctica para cometerlo, como si un sujeto para envenenar a otro, le suministra una substancia absolutamente inofensiva, sal común o azúcar en vez de arsénico, por ejemplo; ya por *imposibilidad del fin* perseguido por el delincuente, como sería el caso antes citado: ejercer violencias y golpear a una persona muerta que se cree con vida.

Pero el delito imposible requiere además otra circunstancia. Es necesario que su autor ignore, desconozca absolutamente la imposibilidad material en que se encuentra para ejecutar el hecho criminal. Así, el que va a envenenar a otro

(1) Alejandro Fuenzalida.—«Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno».—Lima. Comercial. 1883. Tomo III, pág. 113.

con sal o azúcar debe desconocer esta circunstancia; debe tener la certeza de que a su víctima va a suministrarle un veneno. El que quiere matar a un cadáver debe estar convencido de que el ofendido está vivo.

Ahora bien, nos preguntamos: ¿qué responsabilidad legal incumbe al autor de un delito imposible de homicidio?

Para contestar esta pregunta, vamos a considerar las doctrinas que se ocupan de determinar la responsabilidad penal del delito imposible.

Hay al respecto dos doctrinas contrarias. Una, sustentada por los autores clásicos, con un criterio puramente objetivo; y otra doctrina de carácter subjetivo, propuesta por el jurisconsulto alemán von Buri y seguida por los positivistas.

La doctrina objetiva de la Escuela Clásica, parte de la base de considerar la gravedad del daño inferido a la sociedad, la alarma social producida por el delito. Si un hecho no ocasiona ningún daño a la sociedad, aunque su ejecución manifieste que ha habido intención criminal en el agente no acarrea responsabilidad penal alguna. Las manifestaciones criminales sólo han de castigarse cuando de ellas se siga un perjuicio efectivo.

Como de la ejecución de un delito imposible, no se deriva ningún daño a la sociedad, ya que no ha podido realizarse el fin que se proponía su autor, es lógico, declaran los autores clásicos, que un delito de esta naturaleza no debe ser sancionado.

Pero, es preciso hacer una distinción entre imposibilidad absoluta y relativa, porque de seguirse estrictamente el criterio clásico no podría penarse el delito frustrado; y cada una de éstas hay que referirla al objeto y a los medios empleados.

Hay imposibilidad absoluta en cuanto al objeto cuando éste falta o carece de algún elemento esencial para que el delito se ejecute, por ejemplo, matar un cadáver. En relación a los medios empleados por el actor, el delito es absolutamente imposible cuando éstos son completamente ineficaces para producir el resultado deseado; por ejemplo, envenenar a otro con sal o azúcar. Disparar a la víctima con un arma descargada.

En estos casos de imposibilidad absoluta, no hay delito; sólo hay una simple manifestación de voluntad criminal, de la intención de cometer un delito, que los autores clásicos unánimemente han dejado exenta de responsabilidad penal.

Veremos ahora la imposibilidad relativa concerniente al objeto. Tiene lugar cuando no obstante reunirse todos los elementos esenciales para la ejecución del delito, ésta no puede lograrse, porque se presenta alguna circunstancia impre-

vista, desconocida por el agente. En cuanto a los medios empleados, la imposibilidad es relativa cuando siendo éstos por sí mismo eficaces, se han hecho ineficaces, por no haber sido hábilmente empleados o por otras circunstancias imprevistas.

Ejemplo del primer caso: si el delincuente, después de observar por varios días a su víctima, dispara al sitio en que ésta acostumbra entrar habitualmente en ese momento; pero por una circunstancia imprevista, la posible víctima en ese momento estaba ausente.

Del segundo caso: si un ladrón se ha valido de instrumentos apropiados para abrir una caja de fondos, y no consigue, por no haberlos utilizado con habilidad.

Cuando sólo existe imposibilidad relativa, dice la Escuela Clásica, el autor de un delito imposible se hace acreedor a una sanción penal, debe ser castigado como autor de un delito frustrado.

Más razonable parece ser la doctrina expuesta por el célebre juriconsulto alemán von Buri y por la Escuela Positiva Italiana en general, que no mira ya al delito sino al delincuente, que estudia la personalidad de éste, su peligrosidad. Lo más importante para esta doctrina es considerar la intención criminal que ha tenido un individuo al cometer su delito. El acto imposible, en sí mismo, no es peligroso: pero revela el peligro que su autor representa para la sociedad. Si el que comete un delito imposible, no realizó el fin que perseguía, no fué por desistimiento espontáneo de su parte, sino por causas ajenas a su voluntad. En consecuencia, en defensa de la sociedad estos individuos deben ser castigados, no hay ninguna razón para eximirlos de responsabilidad penal.

Conforme con estas ideas, Carófalo estima que un acto de esta naturaleza no sólo debe reprimirse, sino aún más, debe equipararse al delito consumado, tomando en cuenta la peligrosidad de su autor.

Pero es preciso considerar, dicen los positivistas, la elección de los medios empleados por el sujeto para ejecutar su delito; esto nos servirá para apreciar el grado de su peligrosidad.

Por ejemplo, si un individuo cree que puede envenenar a otro dándole una dosis de sal; o que puede matar a otra persona con un arma descargada, la elección de estos medios nos estará indicando en forma inequívoca su debilidad de espíritu, su estupidez. Y siendo estos hechos por demás inofensivos, esta escuela estima que toda sanción sería absurda.

Muy distinto es el caso en que el agente emplea sal de cocina para envenenar a su víctima, creyendo que lo que le suministra es arsénico. Aunque el acto en sí mismo, no es

tampoco peligroso, el error en la elección de los medios, el hecho de que ignoren que estos medios son inidóneos, es precisamente el motivo por el cual estos individuos ofrecen un mayor peligro a la sociedad y deben ser sancionados.

Sigue esta doctrina la jurisprudencia alemana, que entre otros casos, castigó como reo del delito de infanticidio frustrado a un individuo que pretendió dar muerte a un recién nacido, ignorando que éste había nacido muerto.

Otras legislaciones, como la española, por ejemplo, califican siempre como punibles estos actos, dejando al arbitrio del juez determinar si han de reprimirse como delito frustrado o como tentativa.

Nuestro Código Penal no se ocupa de esta cuestión. Puede inferirse que el delito imposible queda impune, atendiendo a la definición de delito del art. 1.º (Delito es toda acción u omisión voluntaria, penada por la ley) que se refiere a hechos posibles del hombre. En cuanto a la jurisprudencia de nuestros tribunales, acompañamos la siguiente sentencia, que mirando el delito imposible con un criterio clásico, lo deja exento de responsabilidad penal:

“Si el reo hizo todo lo necesario para disparar su revólver contra el agredido, sin que el arma diera fuego y no habiéndose comprobado que estuviera cargado, hay que admitir o que el revólver no tenía cápsulas o que teniéndolas, se encontraba descompuesto y en ambos casos, el delito de homicidio o de lesiones fué radical y absolutamente imposible, según las leyes de la naturaleza física y, de consiguiente, por más evidente que haya sido la intención del reo de herir o de matar; y aunque haya realizado todos los actos que creyó propios y adecuados para delinquir, no por eso se ha hecho responsable de tentativa de homicidio, puesto que solo existió en la imaginación del hechor y ya que un delito imaginario y sin realidad física no ha podido comenzarse”.

(Gac. 1925, t 1, pág. 669 s 107.)

4.—Dstrucción de un monstruo

¿Es penalmente responsable el que da muerte a un monstruo?

Ante todo diremos previamente qué es un monstruo. El monstruo es un ser nacido de mujer, y en consecuencia un ser humano, que presenta ciertas deformaciones orgánicas ya por exceso o falta de miembros (monstruos hipergenésicos o agenésicos), ya por aparecer en forma de individuos dobles (monstruos diplogenésicos).

Partiendo de la base de que todo monstruo es un ser humano, es evidente que el que mata a uno de estos desgraciados, comete un homicidio penado por la ley, puesto que el derecho actual protege igualmente a todo ser humano, sin ninguna distinción.

Mas, la historia nos ha venido a demostrar que los monstruos no han quedado siempre bajo la protección del derecho. Así, por ejemplo, en Roma eran excluidos de la especie humana por representar una carga para la sociedad, ya que no le prestaban ninguna utilidad.

Además se había generalizado en la antigüedad, la creencia que atribuía la procedencia de estos seres a posibles uniones entre personas y animales. Y más tarde, en la Edad Media, se dió margen a la supersticiosa idea de admitir la posibilidad de la intervención del demonio en la formación de estos monstruos.

Como consecuencia jurídica de esta creencia, se negaba a estos seres el carácter de personas, excluyéndolos de la especie humana, y privándolos en muchos casos del derecho mismo a existir; los padres quedaban autorizados para dar muerte al hijo que naciera de una conformación monstruosa. Y este el origen de las historias tan conocidas de la Roca Tarpeya en Roma y del Taijeton en Grecia, en donde se ponía fin a la vida de estos desgraciados.

En el siglo 19 aparece la doctrina de Pessina que distingue entre el *monstruo* y el *monstruosum*. Es *monstruo*, dice Pessina, todo ser nacido de mujer, pero de tal naturaleza deforme, que no tenga nada de forma humana; y es *monstruosum*, aquel ser que aunque es defectuoso y anormal, tiene por lo menos forma humana, la que según este autor, debe manifestarse en la cabeza.

Pessina declara que la muerte del monstruo debe permitirse, no constituyendo por consiguiente homicidio alguno, mas, nó la del monstruoso, que debe castigarse.

En la actualidad, existe un concepto completamente distinto de los monstruos. Ya no se atribuyen a posibles uniones entre personas y animales, pues la ciencia ha venido a demostrarnos que ésto es imposible, y nos ha determinado al mismo tiempo las causas precisas que motivan su existencia.

Todo ser nacido de mujer es un ser humano; es la presunción aceptada en las legislaciones del mundo entero. En consecuencia, siendo el monstruo un ser humano, la ley se encuentra en el deber de prestarle su amparo y protección. La muerte ejecutada en un monstruo es un homicidio de tanta gravedad como la que se ejecuta en cualquier otro individuo de la especie humana.

Así lo ha dado a entender Garraud, al decir que: "Los monstruos pertenecen más bien al dominio de la fábula y de la superstición que al de la ciencia y de la ley. El derecho moderno no tiene por qué ocuparse de ellos; las defectuosidades físicas o morales, no privan de la condición de hombre y no modifican el carácter igualitario de la protección legal." (1)

Con respecto a los monstruos dobles, esto es, a los que se conocen con el nombre de hermanos siameses; y que son los gemelos unidos inseparablemente uno al otro, con órganos o partes del cuerpo comunes, la cuestión no se presenta tan sencilla como parece, en lo referente al homicidio.

Es lógico que el individuo que sólo da muerte a uno de estos seres, comete un "homicidio doble", puesto que la muerte de uno produce necesariamente la muerte del otro, por más que su intención haya sido matar a uno sólo de ellos.

Así también lo cree Manzini cuando dice "en el caso de individuos dobles, aun cuando el golpe homicida se dirija contra uno solo, hay doble homicidio, pues la voluntad de matar uno, implica, por necesidad lógica y biológica, la de matar a ambos, ya que la muerte de uno determina la del otro". (2)

Un caso práctico que se relaciona con esta cuestión es el de las hermanas Violeta y Daisy Hilton cuando se trató de castigar a una de ellas que había huído con las joyas con que se las exhibía. Aunque se comprobó su culpabilidad en el robo de esas joyas, tuvo que ser absuelta porque el castigo que se le impondría, recaería necesariamente sobre ambas extendiéndolo a la otra hermana inocente.

5. Destrucción de un moribundo.

La ley no toma en cuenta el grado de vitalidad de la víctima para extender su protección, protege igualmente a toda vida humana, aún cuando la víctima fuere un moribundo, un hombre próximo a morir.

En consecuencia, el médico que lleno de compasión ante un enfermo incurable que sufre terribles dolores, le propina, una dosis de veneno para acortar sus sufrimientos, comete legalmente un homicidio.

En la misma situación del moribundo, está el condenado a muerte, a quien sólo quedan unos pocos momentos de vida.

(1 y 2) Eugenio Cuello Calón.—"El nuevo Código Penal Español". Libro 2.º, pág. 475, nota 37.

Está tan protegido por la ley, como el verdugo que haya de poner fin a su vida o como el juez que dictó la sentencia condenatoria. Por consiguiente, el individuo que le diera muerte, se haría reo de homicidio, y como reo de tal delito debería ser castigado.

Con respecto a la muerte de los moribundos, se ha planteado el problema de determinar si el consentimiento de la víctima sería causal suficiente para justificar el homicidio cometido en uno de estos enfermos incurables.

La práctica nos ha venido a demostrar que son numerosísimos los casos de homicidios cometidos en estas circunstancias, esto es, de homicidios consentidos. Uno de los casos más recientes es el del escritor polaco Juan Zinowsky, que cita el penalista español Jiménez de Asúa en su obra "El Derecho a morir", que insertamos a continuación: "Encontrándose atacado de cáncer y tuberculosis en el último grado en un sanatorio de París, el escritor polaco Juan Zinowsky, y comprendiendo que su muerte segura se acerca, llama a su lado a su novia, Stanislaw Uminska, una joven y bella actriz polaca. Desde su país natal acude ésta y le prodiga no sólo las más solícitas atenciones sino que aun le ofrenda su propia vida, ofreciéndole su sangre para salvarlo. Se transforma en su enfermera fiel y varias veces rechaza horrorizada la solicitud de su novio que le pide ponga término a sus sufrimientos. Un día en que el enfermo reposa adormecido por los analgésicos, Stanislaw se decide y tomando el revólver con que el propio paciente no ha tenido valor para matarse, le dispara un tiro y lo deja sin vida. Stanislaw Uminska es juzgada en París y el propio Fiscal tiene para ella palabras de conmiseración y respeto, y presumiendo lo que los jueces populares declararon, solicita que si sale absuelta de la sala, no subraye el público, con sus aplausos, el ademán piadoso de la justicia. El Jurado del Sena proclama la impunidad de la acusada. "La actriz vacilante, dice al terminar: lo habría dado todo, comenzando por mi vida, por salvarlo. Por lo menos he tratado de darle el reposo." (1)

Otro caso de homicidio consentido que ha tenido lugar en nuestro propio país, es el de la muerte de aquel infortunado cadete Sr. Perry de nuestra Escuela Militar, ocurrida en aquella espantosa catástrofe, conocida con el nombre de catástrofe de Alpatagal, el año 1927. En este suceso cabe recordar la angustia y desesperación del infeliz cadete que sin poder salvar su vida, y sintiendo que las llamas le devoraban sus

(1) Luis Jiménez de Asúa, "El Derecho a morir". Ercilla, Santiago de Chile, 1933. Pág. 5.

carnes en medio de atroces dolores, pide a gritos la muerte. Ante este cuadro horrible, un teniente movido de compasión y vencido por los ruegos insistentes del Sr. Perry saca su pistola y pone fin a la vida y a los sufrimientos del desgraciado cadete. Aunque este hecho reunió todos los caracteres de un homicidio, pues se produjo la muerte de un ser humano con intención de matar, la muerte del cadete Perry fué un acto heroico y humanitario que hizo merecer a ese teniente, no sólo la justificación de sus jefes, sino de la sociedad entera.

Muchas y variadas son las doctrinas que tienden a resolver este problema de la responsabilidad en que incurre el que comete un homicidio con el consentimiento de la propia víctima. Mientras unas ven en él un hecho que reúne todos los elementos del homicidio y lo equiparan por tanto al homicidio común, otras, considerando el consentimiento de la víctima, llegan a proclamar la impunidad de este delito. Y por último, otras de carácter ecléctico aconsejan castigar este hecho como un homicidio atenuado, fundándose para éllo en la consideración de los móviles nobles y elevados que inducen a su autor a cometerlo y que lejos de revelar peligrosidad en el sujeto, revelan los sentimientos de compasión y piedad que ha tenido al verificar el homicidio.

No entraremos a comentar cada una de estas doctrinas, porque por su enorme extensión éllas solas servirían para desarrollar otra memoria.

PÁRRAFO II

Destrucción de una vida humana.

1. Relación entre el acto homicida y la muerte.
2. Prueba de la muerte.

1. Relación entre el acto homicida y la muerte

Uno de los elementos constitutivos de todo delito de homicidio es la *“destrucción de una vida humana”*.

En otros términos, para que haya delito de homicidio, se requiere la existencia de un acto que produzca la muerte de una persona, pues, sin que haya un hecho de muerte que ponga fin a la vida de un ser humano, no puede haber homicidio consumado.

Si un sujeto con intención de matar sólo produjera lesiones a la víctima, no cometería un homicidio consumado, sino una tentativa de homicidio o un homicidio frustrado.

Por otra parte, es necesario, además, que exista una relación directa de causa a efecto entre el acto realizado por el homicida y la muerte misma, es decir, que el acto imputable al homicidio sea la causa directa e inmediata de la muerte.

No obstante hay algunos casos en que la muerte no puede atribuirse única y exclusivamente al hecho del acusado. Concurren muchas veces una serie de circunstancias que si bien no son la causa misma, la causa precisa de la muerte, contribuyen a ella de tal manera, que de no haber existido, posiblemente no se hubiera producido la muerte. Aparece entonces un homicidio con caracteres especiales que en Derecho Penal toma el nombre de «homicidio concausal», del que trataremos al referirnos a la voluntad de matar, como segundo elemento del homicidio.

2. Prueba de la muerte

Para que pueda establecerse una relación directa e inmediata entre el acto homicida y la muerte, se presenta como una cuestión previa y de absoluta necesidad, la prueba misma de la muerte.

Algunos autores clásicos, como Carrara por ejemplo, sostienen que para que pueda imponerse a un sujeto la pena de homicidio, es imprescindible que se haya dejado previamente establecida la existencia del cadáver de la víctima. Sin que se tenga la prueba física del homicidio, es decir, el cadáver de la víctima, no se puede admitir legalmente la ejecución del homicidio.

De la misma opinión es Groizard que en su obra "El Código Penal Español de 1870", declara: "La certeza física de la muerte de un ser humano es condición precisa para que el homicidio exista. Ni la desaparición de un hombre, ni testimonios que afirmen que presenciaron su muerte, ni la misma declaración del procesado que se manifieste autor del delito, basta para que los Tribunales puedan hacer en justicia la declaración del homicidio y basar sobre élla una grave condena". (1)

No todos los criminalistas aceptan estas ideas en cuanto a la prueba de la muerte. Todos en su mayor parte sostienen que no siempre es necesaria la existencia del cadáver, ya que puede suplirse por otros medios de prueba tan eficaces y tan convincentes como ésta, y que no dejan la menor duda al respecto.

Para demostrar esta verdad, don José Irureta Goyena, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Montevideo, cita el caso en que un sujeto pretenda matar a otro prendiendo fuego a la casa en donde recién se le ha visto entrar. Si se deja constancia en el proceso que la víctima entró a la casa y que fué vista por el reo, no cabe la menor duda de que al incendiar la casa, su intención fué darle muerte; y que ésta sucumbió quemada por el fuego, aunque no aparezca después su cadáver.

Nosotros nos inclinamos por esta última doctrina que nos parece más lógica que la anterior. Podemos además citar en su apoyo, la siguiente sentencia de nuestros tribunales de justicia: "Se puede acreditar el cuerpo del delito de homicidio, aunque no se encuentre el cadáver del occiso, si por otros medios no queda duda acerca de su muerte. (Gac. 1928 t 2, pág. 1057, s 239).

(1) Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, "El Código Penal de 1870 concordado y comentado". Tomo IV, pág. 469.

CAPITULO IV

Voluntad de matar.

PÁRRAFO I

Dolo determinado y dolo indeterminado

Nos corresponde referirnos ahora al segundo elemento integrante del homicidio, que constituye, a la vez, un elemento esencial en todo delito: *la voluntad*.

La voluntad, como elemento esencial de todo delito, emana de la propia definición que nuestro Código Penal nos hace del delito en su art. 1.º, al decir que: "Es delito toda acción u omisión *voluntaria* penada por la ley".

El autor de un homicidio ha debido tener pues, la voluntad de matar, de poner fin a la vida de una persona. Ha debido tener plena *conciencia* del acto que iba a ejecutar, esto es, de la muerte que iba a producir; y entera *libertad* para ejecutar dicho acto. Solo ejecutando consciente y libremente un homicidio podemos decir que es un *homicidio voluntario*; de otro modo sería *involuntario*.

De esto se deduce que este elemento voluntad nos sirve para distinguir el homicidio voluntario o común de otras formas del homicidio, tales como el preterintencional, el culposo, el producido por caso fortuito, que en cierto modo quedan comprendidos dentro del homicidio involuntario.

También nos permite este elemento hacer una diferencia entre el homicidio frustrado y el delito de lesiones. Así, si el autor de lesiones a un individuo ha tenido intención de causarle la muerte, y no simplemente de atentar contra su integridad corporal, no podemos hablar entonces de un delito de lesiones sino de una tentativa de homicidio o de un delito frustrado; y en consecuencia, deberá imponérsele la pena asignada a este delito, y no la correspondiente a las lesiones producidas. Y a la inversa, el autor de un homicidio, que

solo ha tenido intención de producir una lesión a la víctima, ha cometido un delito de lesiones que produjo la muerte, y que los criminalistas han venido designando bajo el nombre de homicidio preterintencional; pero, no es un homicidio común, ya que no ha habido voluntad de matar. Sin embargo, prácticamente en nuestra legislación, que sigue en todo las doctrinas clásicas, se atiende a la gravedad del hecho producido, a los efectos materiales del hecho, para graduar la responsabilidad y aplicar la pena correspondiente, y nó a la intención que ha tenido el agente criminal. Y en consecuencia, el que tuvo intención de matar y solo produjo lesiones, se castiga como autor de lesiones; y por el contrario, al que sin intención de causar la muerte, se sobrepasa en el golpe y la produce, se castiga como autor de homicidio común.

Esta es la doctrina aceptada por nuestros tribunales en numerosos casos, que podemos comprobarlo con las siguientes sentencias:

“Aunque la intención del hechor haya sido causar la muerte de la víctima, si solo causó lesiones graves, se castiga el delito en consideración a éstas y nó como homicidio frustrado”. (Gac. 1909, t. 1, pág. 231, s. 836).

Y el caso inverso: “Constituye delito la acción involuntaria del reo, hecha con intención manifiesta de causar un mal al ofendido, sin que modifique el hecho delictuoso para convertirlo en cuasidelito la circunstancia de que el propósito del ofensor no haya sido causar el daño con la gravedad que lo produjo”.

“Comete en consecuencia delito de parricidio el marido que dándole de golpes a su mujer, le causa lesiones que le producen la muerte, aunque su intención no haya sido causarle un daño de esa gravedad”. (Gac. 1909, t. 1, pág. 764, s. 587).

¿Cómo se determina la intención de matar?

La intención de realizar un hecho criminoso es un elemento interno, de la propia conciencia del individuo, que puede manifestarse por hechos externos.

Para constatar la voluntad homicida, los penalistas antiguos fijaban una serie de normas o signos exteriores reveladores de esta voluntad.

En la actualidad, el juez debe apreciar en conciencia todos aquellos hechos exteriores que nos revelan la intención de matar, a fin de determinar su existencia o ausencia.

Como hechos que exteriorizan la voluntad homicida, consideraremos:

Primeramente, los medios utilizados por el autor de un homicidio para cometerlo. Así, si se ha valido de un arma de fuego o de cuchillos, navajas, etc., no hay duda que su intención era dar muerte a la víctima.

Luego podemos considerar el lugar en que se ha inferido la lesión. Se presume la intención de matar si la herida se ha inferido en la cabeza; o si la lesión se produjo en el pecho, vientre u otras regiones delicadas del cuerpo humano, en que, por lo general, las heridas producen la muerte.

Son también causas reveladoras de esta intención la importancia de las lesiones producidas; la distancia entre la víctima y el victimario, por ejemplo, un disparo a corta distancia. Y por último, las relaciones entre ofensor y ofendido, la existencia de enemistades anteriores al hecho, y las amenazas y manifestaciones hechas por el culpable.

Todos estos hechos en conjunto servirán al juez para determinar la intención del sujeto criminal. Cada uno de ellos, aisladamente no sería suficiente para comprobar la existencia de voluntad homicida. Es de suma gravedad, determinar la existencia de un estado de ánimo que el sujeto no solo pretenderá ocultar, sino aún desvirtuar.

Al hablar de la voluntad, como parte esencial del homicidio, debemos hacer presente que éste puede realizarse tanto por *dolo directo o determinado* como por *dolo eventual o indeterminado*.

Hay dolo directo cuando el autor de un homicidio ha tenido intención de matar a una persona *determinada*: ha previsto y querido la muerte de esa persona, ej. envenenar a Fulano de Tal.

El dolo eventual e indeterminado tiene lugar cuando el autor de un homicidio, aunque no haya tenido intención de matar al dar muerte a una persona, ha podido preverla; y no obstante haberla previsto, no se ha desistido, ejecutando siempre el hecho que ocasionó la muerte. En otros términos, el autor de un homicidio por dolo indeterminado ha previsto la muerte; pero no la ha querido. Un caso de homicidio por dolo indeterminado tendríamos en el homicidio preterintencional, que estudiaremos oportunamente, y del que ahora daremos un ejemplo: Un sujeto queriendo castigar a otro le asesta una bofetada, que lo arroja al suelo. Al caer choca con una piedra, produciéndole este golpe una conmoción cerebral que le origina la muerte.

Es evidente que en el ejemplo en cuestión, el culpable ha previsto las consecuencias del hecho, pero no se ha desistido y teniendo solo la intención de castigar a la víctima, le ha causado la muerte.

PÁRRAFO II

Homicidio por error en la persona o por equivocación en el golpe

Hay homicidio por error en la persona, *error in persona*, cuando el autor de un homicidio, queriendo dar muerte a una persona determinada, la confunde con otra, matando a esta última.

El homicidio por error en el golpe, *aberratio ictus*, se efectúa cuando el agente criminal, queriendo también matar a una persona determinada, mata a otra distinta, a causa de que el golpe homicida no recae sobre aquella, sino sobre esta última. Por ejemplo, se traba una iucha entre dos personas, alguien se interpone entre ellas, con el fin de avenir a los que luchan, en el momento preciso en que uno de ellos va a asestar al otro un golpe mortal, que viene a recaer sobre esta última persona, produciéndole la muerte.

En ambos casos; error in persona y *aberratio ictus*, concurren los elementos propios del homicidio. Se ha producido la muerte de una persona con plena intención de matar. Hay, pues, un homicidio voluntario. Para la ley, es indiferente la persona de la víctima, puesto que protege igualmente a toda vida humana; debe, por tanto, reprimir estos hechos con la pena correspondiente al homicidio común.

Al hablar del homicidio, nuestro Código Penal no se ha referido a ellos en una forma especial, pero sí lo ha hecho en el art. 1.º inciso 3.º, indirectamente, cuando dice que «el que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponta ofender.»

Un criterio semejante al nuestro han seguido las demás legislaciones, en su gran mayoría, con excepción de la legislación alemana que en estos casos considera que existen dos delitos: una tentativa de homicidio, y un homicidio por imprudencia o casual.

Sin embargo, no es esta la forma más jurídica de solucionar esta cuestión. Desde luego, no puede haber tentativa de homicidio, porque toda tentativa de un delito, cualquiera que ésta sea, se compone de un elemento material y otro moral.

Pues bien, en el homicidio, el elemento material estaría formado por todos aquellos actos dirigidos contra la persona a quien se pretende matar y que importarían un principio de ejecución. Aquí no existe tal elemento material, pues el golpe va dirigido sobre una persona distinta a la que se quiere matar. Solo habría entonces el elemento moral, constituido por la intención de matar; que no es suficiente para producir una tentativa de cualquier delito.

Hay responsabilidad penal aún cuando el acto realizado fuere más grave o menos grave que el que se pretendía ejecutar. Por ejemplo, un individuo queriendo matar a otro, mata por error a su propio padre; o vice-versa, siendo como es de suponer, mucho más grave el primer caso que el segundo.

Cabría aplicar aquí entonces, la otra parte del inciso 3.º, art. 11.º, que dice: «En tal caso, (cuando el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender) no se tomarán en consideración las circunstancias no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad, pero sí aquellas que la atenúan.»

En los ejemplos propuestos, cuando el individuo cometió el delito de parricidio matando a su padre, sin quererlo, jurídicamente no responde de este delito, sino de un homicidio simple.

Y en el caso inverso, cuando con intención de matar a su padre, mata a otra persona, se hace reo también de un homicidio simple, aún cuando lo que pretendía era quitar la vida a su padre.



PÁRRAFO III

Homicidio concausal

Nos habíamos referido ya al homicidio concausal, cuando tratamos aquella relación directa e inmediata que debe haber entre el acto ejecutado por el homicida y el resultado producido, esto es, la muerte.

Habíamos considerado que muchas veces la muerte no es el efecto producido por el acto que ejecutó el culpable, porque puede ocurrir que los medios empleados por éste, no sean suficientes para producir la muerte; sino que ésta resulte de la concurrencia de circunstancias ajenas al hecho mismo e independientes de la voluntad del hechor.

Por ejemplo, un sujeto recibe una herida en un lugar despoblado. Por no recibir atención médica oportuna, se desangra y a causa de esta gran pérdida de sangre, muere.

Los tratadistas de Derecho Penal denominan a esta forma de homicidio, "homicidio concausal".

Tiene lugar, pues, el homicidio concausal toda vez que el agente criminal, con intención de matar ejecuta un acto que por sí solo no es suficiente para producir la muerte; pero, que sin embargo, la muerte sobreviene por la concurrencia de circunstancias ajenas a la voluntad homicida, que le son completamente desconocidas e independientes de su voluntad.

Cuatro elementos son necesarios para que exista este homicidio:

1.—Voluntad de matar.

Parece redundancia referirse a ella, siendo éste un elemento esencial en todo homicidio. Pero en verdad no lo es, porque de no hacerlo así, podríamos incurrir en el error de confundirlo con el homicidio preterintencional o con el homicidio culposo en los que este elemento no concurre propiamente. Ya hemos hablado algo del homicidio preterintencional en que hay por parte de su autor intención de dañar, intención de causar una lesión; mas, no de producir la muerte. Respecto al homicidio culpable, no solo no existe intención de matar, sino que ni siquiera hay en su autor, intención de inferir un daño; la muerte se debe a una imprevisión, imprudencia e impericia de su parte.

- 2.—La muerte no debe prevenir exclusivamente de los medios utilizados por su autor para producirla, sino que de esos medios y de ciertas circunstancias o concausas.

Los medios que pone en práctica el delincuente equivalen a una especie de causa inicial de la muerte; son los que ponen en movimiento, los que hacen que se desarrolle la causa misma, la causa directa de la muerte. Por ejemplo, un epiléptico recibe una agresión de golpes y muere. La muerte no fué el resultado de los golpes que recibió, sino de un ataque de epilepsia, que éstos le provocaron. La causa inicial de la muerte serían los golpes recibidos; causa directa, el ataque de epilepsia. La circunstancia o concausa que contribuyó a la muerte sería la enfermedad de epilepsia de que padecía el agredido.

- 3.—Las concausas deben ser desconocidas por el culpable

No basta que la muerte sobrevenga a consecuencia de una concausa para que exista el homicidio concausal. Se requiere, además, que esta concausa sea ignorada por el agente criminal. De otro modo, es evidente que éste se habría valido de ella para conseguir su intento.

Tendríamos una concausa desconocida por el culpable, en el caso siguiente: un sujeto infiere a otro una puñalada en el costado derecho, que lo hace caer muerto instantáneamente, por haberle traspasado el corazón; porque después de verificada la autopsia, se comprobó que tenía el corazón inclinado hacia la derecha. Como, por regla general, el corazón queda situado al lado izquierdo, es natural que esta circunstancia especial de la víctima haya sido desconocida por su victimario. De no haber concurrido esta concausa, la herida solo habría constituido una lesión más o menos grave, y nó un homicidio.

Otro caso sería el siguiente: inferir una herida aunque leve a un diabético, sin tener conocimiento el agresor de la enfermedad que aquejaba a su víctima. Esta muere, no por la herida que recibió sino a consecuencia de la gangrena que le produjo la diabetes.

- 4.—La concausa debe ser independiente del hecho criminal

Es condición indispensable para que exista un homicidio concausal, que la concausa sea independiente del acto realizado por el ofensor. Si fuere inherente al hecho mismo, no se admitiría la concausa, y el hecho no constituiría más que un homicidio común.

Un ejemplo; un individuo que tiene antiguos resentimientos con otro, encuentra a éste en un lugar despoblado. Ante el enemigo, reviviendo todo su antiguo rencor, no vacila

en sacar una navaja y asestarle una puñalada. La herida no fué muy grave, y si hubiera recibido una atención médica oportuna habría podido curarse. Pero la circunstancia de estar completamente aislado, sin tener quien le predigara un auxilio oportuno, hace que se desangre y muera. No hay duda, que hay aquí una concausa independiente de la voluntad del agresor, cual es la de haber encontrado a su enemigo en un lugar despoblado. En consecuencia, se ha hecho reo de un homicidio concausal.

Ahora bien, si en vez de encontrarse casualmente en un lugar despoblado, ofensor y ofendido, aquel conduce a éste hasta ese lugar con ánimo de matarlo y teniendo conocimiento de la falta absoluta de asistencia médica, le infiere una herida semejante a la del caso anterior, la concausa ya no es independiente, y el homicidio ya no puede ser concausal, sino que en este caso sería un homicidio calificado. Concorre al acto una nueva circunstancia muy distinta a la anterior, la alevosía, puesto que el culpable obró a traición y sobre seguro.

¿Qué responsabilidad penal incumbe al autor de un homicidio concausal?

Hay que determinar aquí si solamente es responsable de homicidio el que ejecuta un acto que produce directa y necesariamente la muerte, o si lo es también, el que causa una muerte, no por la acción directa e inmediata del medio empleado para realizarla, sino por este medio y por una serie de circunstancias o concausas.

Sobre esta materia, hay opiniones muy diversas entre los autores.

El ilustre criminalista italiano Francisco Carrara opina que un individuo responde de un homicidio cuando éste ha sido el resultado de los medios de que se ha valido su autor para producirlo.

Participan de las ideas de Carrara otros criminalistas no menos importantes como Impallomoní, Garraud y Garçon.

Impallomoní llega a la siguiente conclusión: «Es autor de un homicidio el que ejecuta un hecho cuya consecuencia es la muerte de un hombre; y, por otra parte, no es autor de un homicidio, el que ejecuta un hecho que por sí solo no habría producido la muerte.» (1)

Otros autores como Holzendorff y von Lizst opinan de distinta manera. Para ellos es responsable de homicidio el que con intención de matar, ejecuta un acto que pone en movimiento ciertas circunstancias o concausas que ocasionan a su vez la muerte.

(1) Eugenio Guello Calón. «El nuevo Código Penal Español», Libro 2.º, pág. 486, nota 52.

Pero no hay homicidio, dicen esos autores, cuando al inferir una herida más o menos grave, susceptible de curación, sobreviene la muerte, ya debido a negligencias o imprudencias de la víctima, que no sigue las prescripciones médicas en la curación de las heridas, ya a causa de un error del médico sometiéndolo a un tratamiento inadecuado o a una operación equivocada o innecesaria.

Gran parte de las legislaciones han entregado a la jurisprudencia la resolución de este problema. Sin embargo, algunas legislaciones como la italiana, la uruguaya, la brasilera, etc., contemplan especialmente el homicidio concausal, imponiéndole una pena menor.

Las legislaciones italiana y uruguaya hacen distinción entre concausas preexistentes y supervinientes.

Hay homicidio por causas preexistentes, cuando concurren todas aquellas causas que se encuentran en el individuo como en estado latente y que mediante el hecho del agresor, se ponen en movimiento, cooperando a su muerte. Como ejemplo, citaremos aquel que ya dimos en otra ocasión del individuo que recibe una puñalada al lado derecho, y que por tener el corazón inclinado hacia ese lado, muere.

Tiene lugar el homicidio por causas supervinientes cuando a consecuencia del hecho inicial ejecutado por el culpable se presentan ciertas circunstancias independientes del hecho mismo que originan la muerte. Por ejemplo, se infiere una herida a una persona, que muere no a consecuencia de la herida que recibió, sino de una infección.

Nuestro Código Penal no contiene ninguna disposición al respecto; pero el Código de Procedimiento Penal ha aclarado esta situación en el artículo 147, que dice:

“Los médicos deben expresar en su informe las causas inmediatas que hubieren producido la muerte y las que hubieren dado origen a éstas.

Si existen lesiones, deben manifestar su número, longitud y profundidad, la región en que se encuentran, los órganos ofendidos y el instrumento con que han sido hechas, especificando:

1.º Si son resultado de algún acto de tercero.

2.º Si en tal caso, la muerte ha sido la consecuencia necesaria de tal acto, o si han contribuido a élla alguna particularidad inherente a la persona, o un estado especial de la misma, o circunstancias accidentales, o en general cualquiera otra causa ayudada eficazmente por el acto del tercero.

3.º Si habría podido impedirse la muerte con socorros oportunos y eficaces.

Los informes deben redactarse en cuanto sea posible, en lenguaje vulgar, y responder a las cuestiones precedentes y a las que el juez propusiere sobre todas las circunstancias que interesen para formar juicio cabal de los hechos”.

PÁRRAFO IV

Homicidio preterintencional

Nos encontramos ante una nueva modalidad del homicidio, que se ha establecido tomando en consideración la forma como se presenta el factor voluntad.

Daremos primeramente una definición. Se entiende por homicidio preterintencional la muerte cometida por un individuo *sin intención de matar*, con sólo la intención de producir un daño a la víctima. En otros términos, hay homicidio preterintencional, cuando el ofensor queriendo atentar solamente contra la integridad corporal y *nó contra la vida del ofendido*, le produce la muerte.

Los elementos esenciales que deben concurrir para su existencia son los siguientes:

1.º *Intención o ánimo de dañar*. El autor de un homicidio preterintencional ha debido tener únicamente el ánimo de inferir un daño a la víctima; de producirle una lesión; mas, nunca de causarle la muerte.

En ésto estriba la diferencia principal con el homicidio concausal, en el cual es indispensable que exista la voluntad de matar.

Ya que estamos haciendo diferencias entre esta modalidad del homicidio y el homicidio concausal, nos referiremos también a otra gran diferencia que existe entre ambos. Es la que se relaciona con los medios puestos en práctica por el agente criminal. En el homicidio preterintencional, la muerte resulta única y exclusivamente de los medios empleados por su autor. En cambio, el homicidio concausal se caracteriza porque estos medios no son suficientes por si solos para originar la muerte, y ésta es el resultado de éstos medios y de la concurrencia de ciertas circunstancias o concausas.

La ausencia de voluntad de matar nos está indicando también una gran diferencia que existe con el homicidio común, en el que figura este elemento como parte integrante.

Para calificar un hecho como homicidio preterintencional se requiere, por consiguiente, probar la ausencia de voluntad homicida; prueba por demás difícil, ya que sabemos que la voluntad es un elemento interno, sujeto a la propia conciencia del individuo. Es el juez quien deberá apreciar la clase de

armas empleadas por el culpable; si fuere cuchillo, por ejemplo, no podría alegarse preterintención. Si se trata de un palo o de una piedra, deberá tomarse en cuenta su tamaño y la forma en que fué dirigido el golpe, pues según estas circunstancias, el hechor pudo haber o no tenido intención de matar. Deberá considerar además las relaciones entre ofensor y ofendido; si ha habido enemistad, amenazas, etc. Todas estas circunstancias, en conjunto, le permitirán al juez conocer la existencia o ausencia de voluntad homicida.

2.º Es indispensable que la muerte, no solamente no se haya querido, sino más aún *que no haya sido prevista*, siendo esta previsible.

Deben, pues, concurrir dos elementos distintos: el dolo y la culpa. Hay *dolo* si se mira este delito desde el punto de vista de la lesión que se quiso inferir a la víctima. Hay *culpa*, tomando en consideración que la muerte de la víctima fué producida sin intención de matar, por imprevisión, pudiendo haber sido prevista.

Con respecto a la culpa, presenta semejanzas con el homicidio culposo, que tiene lugar cuando sin intención de dañar ni de matar, se produce la muerte, por imprevisión, imprudencia o impericia.

Decíamos que la muerte aunque no debe ser prevista por el culpable, debe ser previsible. De otro modo, nos encontraríamos en presencia de un caso fortuito, pues por nuestro Código Civil, artículo 45, sabemos que se denomina *caso fortuito*, el "imprevisto al que no es posible resistir".

¿Cómo se castiga un homicidio preterintencional? Tenemos dos doctrinas al respecto que tienden a fijar la pena que debe corresponder a este delito.

Algunos penalistas clásicos, como Carrara y Pessina, sostienen que el homicidio preterintencional debe considerarse como una forma del homicidio voluntario o común. Establecen una presunción en contra del autor de un homicidio de esta clase: si la muerte ha podido preverse, se presume que el que ha ejecutado un acto queriendo sólo inferir un daño, ha tenido que prever sus consecuencias, esto es, ha tenido que prever la muerte. Y si, no obstante haberla previsto, ha ejecutado siempre el acto, y aún cuando sea sin intención de producirla, ésta se produce, debe hacerse responsable a su autor como reo de un homicidio común por dolo indeterminado, ya que ha previsto la muerte, pero no la ha querido.

Entre las legislaciones que siguen esta doctrina, tenemos la italiana, la austriaca, la portuguesa y también la nuestra, que al no contemplar en forma especial este homicidio en su Código Penal, en su silencio, ha querido comprenderlo en el homicidio voluntario o común.

Nuestra Jurisprudencia acoge también este mismo criterio. Dice la siguiente sentencia:

“Es responsable de homicidio el que dá un puñetazo a otro cerca de la oreja derecha, haciéndole caer de bruces sobre unos tranqueros en los que azota la cabeza, golpes que según el informe médico legal, le han producido una parálisis del corazón que le ocasionó la muerte. (Gac. 1911, t.º, pág. 432, 2 235”).

Por el contrario, von Lizst sostiene que el individuo que comete un homicidio preterintencional sólo debe responsabilizarse como autor de un delito de lesiones que han producido la muerte. Ciertos códigos como el alemán, el francés y la ley penal suiza han acogido las ideas de von Lizst. El Código Penal Español de 1928, reaccionando en contra de las doctrinas clásicas, tomaba en consideración también la intención del delincuente para determinar la responsabilidad del culpable, estableciendo así una diferencia entre el delito de lesiones y el de homicidio.

Asimismo lo ha hecho nuestro proyecto [de Código Penal del año 1929, cuya disposición pertinente, insertamos a continuación: Art. 83: “En los casos del artículo precedente (artículo que habla del homicidio), si las circunstancias del hecho revelaren inequívocamente que el agente obró sin la intención de causar la muerte, se impondrá la pena de prisión o la correspondiente a la lesión o daño en el cuerpo o en la salud que se quiso causar si constare.”

Nosotros nos inclinamos a aceptar la doctrina de von Lizst y creemos que en esta materia nuestro Proyecto de Código Penal ha procedido con mucho más acierto que el Código mismo.

PÁRRAFO V

Homicidio culposo

Cometemos un homicidio culposo cuando de la ejecución de un acto lícito y voluntario, cuyas consecuencias aunque previsibles, no fueron previstas por su autor, se sigue involuntariamente la muerte de un hombre.

En consecuencia, para que exista un homicidio culposo, se requiere:

1.º—La ejecución de un acto lícito y voluntario.

2.º Que la muerte, como consecuencia de este acto sea involuntaria, y

3.º—Que la muerte no haya sido prevista, siendo ésta susceptible de previsión.

PRIMER ELEMENTO: 'Ejecución de un acto lícito y voluntario.—El acto ejecutado que causa la muerte de una persona debe ser lícito, es decir, debe tratarse de la ejecución de un acto permitido, no sancionado por la ley penal.

En la licitud del acto, está la principal diferencia entre esta clase de homicidio y el homicidio preterintencional. Mientras en este último, el acto que se ejecuta es ilícito y delictuoso, en el homicidio culposo se ejecuta un acto lícito e inocente que de no haber producido la muerte, no habría caído bajo la sanción penal.

Este acto debe también ser voluntario; pero no deberemos confundir la voluntariedad de este acto, causa inicial de la muerte, con la muerte misma, su efecto, pues ésta tiene que ser siempre involuntaria. Esta característica es lo que constituye el

SEGUNDO ELEMENTO: 'La muerte debe ser involuntaria.—Es de la esencia del homicidio culposo que la muerte no haya sido querida por el agente. La existencia de cualquiera intención dolosa, transformaría el hecho de un homicidio voluntario, aún cuando no haya querido producir un mal de tanta gravedad.—La mejor prueba de la ausencia de intención dolosa es la licitud del acto; pero deberá tomarse también en consideración todos los antecedentes y circunstancias del caso.

TERCER ELEMENTO: Que la muerte no haya sido prevista, siendo susceptible de previsión.—Este elemento reviste

tanta importancia como los dos anteriores.—Para la existencia del homicidio culposo, es indispensable la falta de previsión de las consecuencias del hecho.—Su autor ha debido realizar el hecho en una forma por demás irreflexiva, sin prestar el más mínimo cuidado y la prudencia que la ejecución de todo acto requiere.

Pero no basta que la muerte no se haya previsto, el homicidio culposo requiere además que la muerte haya sido susceptible de previsión, es decir, previsible. Si no fuera previsible, ya no habría culpa por parte del que lo cometió; habría un verdadero caso fortuito, ya que la ley a nadie obliga a responder de lo que no ha podido prever.

La diferencia esencial entre el homicidio culposo y el homicidio cometido por caso fortuito está, pues en la previsibilidad de la muerte.—En tanto que en aquél la muerte puede ser prevista por su autor, en éste es imposible preverla.

La muerte puede sobrevenir, ya como consecuencia de un acto lícito y voluntario, indiferente desde el punto de vista jurídico, ejecutado con imprudencia o negligencia, ya de una lesión de derecho, de una infracción a una disposición de orden administrativo, ejecutada también con imprudencia o negligencia.

Un ejemplo del primer caso, sería el siguiente: un sujeto está examinando un revólver sin tomar las debidas precauciones; se le escapa un tiro, y mata a una persona.

Comete homicidio culposo por infringir una disposición administrativa, el individuo que dirige un automóvil por una de las calles centrales de la ciudad a una velocidad mayor que la permitida por los reglamentos del tránsito, y que atropella a una persona, muriendo ésta instantáneamente.

¿Debe castigarse el homicidio culposo?

En doctrina, hay dos opiniones diversas que resuelven esta cuestión.

Una es la de la Escuela Clásica, que ve en la culpa un *vicio de la voluntad*.—El sujeto omite voluntariamente de tomar las precauciones necesarias al ejecutar su acto, sin desear ni tampoco prever sus consecuencias.—La culpa para la doctrina clásica, es una especie de inercia de la voluntad que consiste en no haber previsto lo que se podía prever.

De acuerdo con esta tendencia, debe reprimirse la culpa; pero su sanción dependerá de la gravedad del daño producido. Y en estos casos, en que éste no alcance a producirse, debe quedar impune.

Almendingen y otros autores clásicos también, han sostenido que los delitos culposos deben quedar impunes. Se apoyan para ello, en que la culpa revela un *vicio de la inteligencia y de la memoria*, por falta de reflexión. Y razonan más o menos así: El individuo que comete un homicidio culposo, no lo ha querido, porque de haberlo querido ejecutar, habría cometido un homicidio voluntario y doloso. Tampoco lo ha previsto, por que si lo hubiera previsto, cometería un homicidio por dolo indeterminado o preterintencional. En consecuencia, no hay pues en él ni voluntad, ni intención, ni aún conciencia o previsión del delito que ejecutó.

Tosti dice que en la culpa hay un defecto de la inteligencia, en tanto que en el dolo, hay un defecto de sentimiento.

Jurídicamente, dicen ellos, no hay pues razón suficiente para reprimirlo mediante una pena; basta con aplicar una sanción civil que tienda a reparar el daño que el delito haya inferido a la víctima.

La Escuela Positiva Italiana razona de una manera diferente: Declara que el homicidio culposo debe sancionarse; y se funda para ello en la peligrosidad que este hecho representa para la sociedad. La ley debe, pues, castigar el homicidio culposo en defensa de la sociedad. Es preciso atender a la temibilidad del sujeto y no al resultado material de la culpa, para determinar su responsabilidad y la sanción penal que merece. La pena debe fijarse considerando la personalidad del actor, que se manifiesta por su imprudencia, negligencia o impericia.

Impallomeni nos dá una razón más a favor de la doctrina de los positivistas. Dice que la intimidación, la coacción moral que la pena ejerce en el autor de un homicidio culposo, servirá para que evite en el futuro otras acciones culposas, tomando toda clase de precauciones al ejecutar un acto, pues el omitir estas precauciones le puede acarrear una sanción penal.

Pasando ahora al derecho positivo, diremos que hay formas muy diversas de reglamentar el homicidio culposo entre las legislaciones vigentes. Algunos códigos como el francés, el belga, el italiano, el alemán, etc., lo castigan en una forma especial. Otros, como el austríaco, por ejemplo, establecen una noción de la culpa aplicable al homicidio.

Por su parte, nuestro Código Penal en su artículo 2.º ha dispuesto: "Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si solo hay culpa en el que las comete.

Conforme con esta disposición, si la muerte de un hombre cometida con dolo o malicia importa un delito de homicidio,

la que se ha debido solo a culpa del que la cometió, constituye ante nuestra ley penal un cuasidelito de homicidio o lo que hemos venido llamando homicidio culposo.

Además, el Código Penal consagra un título especial a los cuasidelitos (título X del Libro III), que transcribiremos en su parte pertinente.

Art. 490.—«El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que si mediara malicia constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

1.º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimo a medio cuando el hecho importare crimen.

2.º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimo a multa de ciento a mil pesos, cuando importare simple delito.»

Se ejecuta un hecho por imprudencia temeraria cuando el agente obra con negligencia inexcusable, sin tomar ni siquiera las precauciones más necesarias que toda persona prudente está obligada a tomar al ejecutar cualquier acto.

Como vemos, nuestra legislación penal castiga en forma más benigna el homicidio culposo o cuasidelito de homicidio. El artículo 391 en su N.º 2.º asigna al homicidio común la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio (de 5 años y un día a 15 años). El art. 490 en su N.º 1.º fija una pena diferente, más suave: «reclusión o relegación menores en sus grados mínimo a medio» (de 61 días a 3 años). Esta diferencia no solo existe en lo relativo a la extensión de la pena, sino también con respecto a su naturaleza. El homicidio común exige la pena de presidio que según el art. 32 «sujeta al reo a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal.» En cambio, el cuasidelito de homicidio solo exige reclusión, que de acuerdo con el mismo artículo ya citado, «no impone al reo trabajo alguno.»

Por último, la pena de relegación es también menos rigurosa que la de presidio. El artículo 35 nos la define de la siguiente manera: «Relegación es la traslación del reo a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad.»

Art. 491. «El médico, cirujano, farmacéutico, hebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.»

«Iguales penas se aplicarán a los dueños de animales feroces que por descuido culpable de su parte causaren daño a las personas»

Habla este artículo de la responsabilidad de los médicos, cirujanos, farmacéuticos, etc., por las faltas en que incurran en el ejercicio de su profesión, imputables a negligencia culpable.

Desde muy antiguo se ha hecho responder a los médicos y demás personas que menciona este artículo de sus faltas profesionales. En la actualidad esto ya no se discute; y toda vez que por imprevisión, imprudencia o impericia inexcusable un médico, cirujano, etc., causa la muerte o lesiones graves al paciente, debe responder penal y civilmente de este hecho.

La misma naturaleza de la profesión que desempeñan les exige un mínimo de conocimientos, de preparación científica, de práctica profesional. Si éstas son insuficientes no podrán desempeñar correctamente su profesión, con grave perjuicio para el paciente, perjuicio que tienen la obligación de reparar.

Pero no siempre es posible esta responsabilidad. Tropezamos con la dificultad que muchas veces se presenta a los jueces de poder apreciar técnicamente el hecho que causa la muerte al paciente; pero probada la negligencia o la impericia culpable, queda establecida la responsabilidad, y si se ha llegado hasta causar la muerte, se deberá responder de un cuasidelito de homicidio.

Claro está que esta responsabilidad desaparece cuando ha sido imposible prever el resultado, como por ejemplo, si durante una operación, el paciente muere a pesar de haberse tomado todas las precauciones debidas. Hay aquí un caso fortuito, del cual, como ya lo hemos expuesto, no hay obligación de responder. Art. 492.—“Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho e incurrieren una omisión que, a mediar malicia constituiría un crimen o un simple delito contra las personas”.

Contempla los casos de infracción de una disposición administrativa, de un reglamento, a que ya nos habíamos referido.

La siguiente sentencia fue dictada de acuerdo con lo que dispone el Código Penal en estas disposiciones relativas a los cuasidelitos:

“Comete cuasidelito de homicidio el que al probar un revólver no toma las precauciones necesarias para evitar consecuencias desgraciadas, y produce la muerte a otro. (Gac 1920, 2, pág. 707, a 172).

PÁRRAFO VI

Homicidio por caso fortuito

Entendemos por homicidio casual o por caso fortuito el que se comete cuando al ejecutar con el cuidado y la prudencia debido a este acto lícito y voluntario, cuyas consecuencias perjudiciales no fueron previstas ni eran previsibles, se produce involuntariamente la muerte de un hombre.

Tiene semejanzas con el homicidio culposo en lo que se refiere a sus dos primeros requisitos: la ejecución de un acto voluntario lícito, y la ausencia de voluntad de matar. Pero se diferencia de aquél que es imposible prever las consecuencias dañosas que se derivan de la ejecución del acto lícito, es decir que en este caso la muerte es imprevisible.

Un ejemplo de homicidio por caso fortuito es el siguiente: un maquinista divisa a escasa distancia un hombre que intenta atravesar la vía; y no obstante sus esfuerzos desesperados para evitar atropellarlo, no alcanza a detener el tren, causando la muerte de ese hombre.

La doctrina de los autores y todas las legislaciones unánimemente han declarado inimputable el homicidio cometido por caso fortuito.

Las legislaciones han contemplado una circunstancia eximente especial, para que puedan acogerse aquellos individuos que se vean envueltos en un homicidio casual, quedando de este modo exentos de responsabilidad penal.

Nuestro Código Penal contiene una disposición semejante en su artículo 10 No. 8.º. Dice en efecto:

Art. 10.—“Están exentos de responsabilidad criminal:

No. 8.º—El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.”

En consecuencia, tres son los requisitos que nuestra ley penal exige al homicidio para que se declare inimputable.

1.º—Ejecución de un acto lícito;

2.º—Que este acto se haya ejecutado con la debida diligencia; y

3.º—Que se causa la muerte por mero accidente.

A propósito del homicidio por caso fortuito, nos referimos a la situación que se produce en caso de muerte en el curso de un espectáculo deportivo. (box, foot-ball, rugby).

Los tratadistas y las legislaciones en general están de acuerdo en considerar que hay exención de responsabilidad criminal por tratarse de un caso fortuito, toda vez que se trate de deportes permitidos y que se hayan observado lealmente las reglas del juego.

Se ha estimado que el ejercicio de dichos deportes constituye un *acto lícito*, y que siempre que se observen las reglas del juego, se procede *con la debida diligencia*.

Pero si se prueba que uno de los deportistas tuvo intención de matar o de lesionar a su adversario, y que aprovechándose de la ocasión que se le presentaba, le produjo la muerte o una lesión, habría cometido un homicidio o un delito de lesiones voluntario o doloso, del cual estará obligado a responder.

Asímismo, si aunque se prueba la ausencia de dolo o inalicia, se comprobare que se han quebrantado las reglas del juego, como, por ejemplo, por dirigir a su adversario golpes prohibidos, y a consecuencias de éstos se causa la muerte o lesiones graves, habrá delitos de homicidio o de lesiones imputables a culpa, o culposo.



CAPITULO V

La muerte debe ser injusta

Homicidio legítimo

Nos corresponde referirnos al tercer elemento integrante de todo homicidio, «la muerte debe ser injusta».

Para que el homicidio constituya un hecho punible, se requiere además de la intención de matar en el agente criminal, que la muerte se haya producido injustamente, es decir, sin derecho o motivos que la excusen o justifiquen.

Sin embargo, hay ciertos casos de homicidio que no caen bajo la sanción penal, que lejos de constituir un delito penado por la ley, constituyen un acto perfectamente lícito y justificado por el legislador. Así, por ejemplo, la muerte cometida cuando se obra en legítima defensa, o cuando se obra en el ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo, etc.

Los autores, al estudiar el delito de homicidio, han estudiado también estos casos especiales de homicidio, denominándolos *legítimos* o *justificados*.

Algunas legislaciones contemplan en una forma especial el homicidio legítimo, declarándolo inimputable, y consignando las causas que lo justifican.

Otras, por el contrario, que forman la gran mayoría, aceptan también su inimputabilidad, pero no declaran especialmente. Se limitan a indicar en la parte general de sus códigos las causas o circunstancias de justificación y de inimputabilidad; y en consecuencia el que cometa un homicidio legítimo deberá, pues, invocar alguna de estas circunstancias para quedar exento de responsabilidad.

Nuestro Código Penal, siguiendo este último sistema, consagra en su artículo 10 varias circunstancias eximentes de responsabilidad penal que sirven para justificar el homicidio.

Conforme con este artículo, están justificados los homicidios que se producen haciendo uso del derecho de legítima

defensa, los producidos en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, el homicidio causado por el marido a la mujer adúltera o a su cómplice, y por último el que se produce por omisión, cuando el que debiera obrar se hallare impedido por causa legítima e insuperable.

En todos los tiempos y por todos los pueblos se ha reconocido, si bien con diferente amplitud, que la legítima defensa es no sólo un acto punible, sino un acto perfectamente lícito.

Franz Von Liszt, en su Tratado de Derecho Penal, define la legítima defensa diciendo: "es aquella fuerza que se estima necesaria para repelar una agresión actual contraria al Derecho, por medio de una lesión contra el agresor." (1)

Todos los países han legislado sobre la legítima defensa indicando las condiciones que debe reunir para que sea un hecho lícito.

El artículo 10 de nuestro Código Penal se refiere a ella en sus números 4, 5 y 6, que dicen:

Art. 10.—"Están exentos de responsabilidad criminal:

No. 4.—El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera.—Agresión ilegítima;

Segunda.—Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla:

Tercera.—Falta de provocación suficiente de parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa o de un departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño que ocasione al agresor;

No. 5.—El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive; de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurren la primera y segundas circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor;

(1) Adolfo Larrain Valdivieso. «Del delito de lesiones». Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.—Santiago, Nación. 1933. pág. 33.

No. 6.—El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.»

En resumen, tenemos que el que mata a otro haciendo uso del derecho de legítima defensa, siempre que concurren en dicho acto las circunstancias expresadas en los números 4, 5 y 6 del artículo 10 del Código Penal, no comete delito alguno, es irresponsable.

Los siguientes fallos de nuestros tribunales de justicia, han sido dictados en conformidad a lo que dispone este artículo 10, con respecto a la legítima defensa:

«No puede existir legítima defensa sin que haya una agresión actual, de modo que el acto defensivo responda en realidad y racionalmente a la necesidad imperiosa de repeler un ataque simultáneo e inminente.» (Gac. 1929, t. 2, pág. 636, s. 135.)

«Si los reos fueron atacados por el occiso y su compañero, dándole de caballazos y azotes, estando aquellos de a pié y resultando ambos heridos, es suficiente para dar por establecido que hubo agresión ilegítima de parte de la víctima y necesidad racional del medio empleado para impedirlo y repelerlo.» (Gac. 1926, t. 1, pág. 214, s. 52).

Nos referiremos ahora a la muerte producida en «el cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo», circunstancia que contempla el artículo 10 No. 10, para eximir de responsabilidad al que obra en alguno de esos casos.

Quedan comprendidos en esta circunstancia y, por consiguiente, son actos perfectamente lícitos, la muerte que da el verdugo a un condenado a muerte, las muertes producidas por los funcionarios policiales en el ejercicio legítimo de su autoridad, etc.

Así, si un representante de la autoridad, un carabiniere, un detective o un gendarme, por ejemplo, se ve obligado a dar muerte a un delincuente, lejos de cometer un hecho punible, cumpliendo con su deber habrá realizado un hecho lícito.

Pero es evidente, que si abusando de su carácter de tal mata a un delincuente sin que haya causa suficiente para ello, comete sin más ni menos un homicidio común y como reo de tal delito debe ser castigado.

Pasaremos ahora a ocuparnos brevemente de la muerte causada por el marido a la mujer adúltera o a su cómplice.

Es también un homicidio legítimo. Ha sido mirado con un criterio muy favorable para el marido.

Algunos códigos, como el nuestro, por ejemplo, estimando que el marido ofendido obra en defensa de su honor, consideran este hecho como un acto perfectamente lícito, que exime al marido de toda responsabilidad criminal.

Y, en efecto, el art. 10 en su No. 11 así lo dispone:

Art. 10.—«Están exentos de responsabilidad criminal:

11.—El marido que en el acto de sorprender a su mujer infraganti en el delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella y a su cómplice, con tal que la mala conducta de aquel no haga excusable la falta de ésta.

Si sólo diere muerte, hiriere o maltratase a uno de ellos, sin causar daño al otro u ocasionándole una menor, subsistirá no obstante la exención de responsabilidad criminal respecto del marido, a menos de constar que intencionalmente obró así o que las circunstancias del hecho lo revelen.»

Con la frase «con tal que la mala conducta de aquel no haga excusable la falta de ésta», se exceptúan aquellos casos en que el adulterio sea una consecuencia de los malos procedimientos del marido, como cuando él mismo corrompe o prostituye a su mujer.

Así por ejemplo, no podría invocar esta eximente, el marido que sorprende a su mujer en flagrante delito de adulterio y que mata, hiere o maltrata a ella o a su cómplice, cuando él mismo le proporciona un amante, o la abandona, corrompe o prostituye.

Es de notar en esta disposición, la injusticia que se comete al no otorgar este derecho a la esposa ofendida que, en iguales circunstancias, mate a su marido o a su cómplice.

Si la fidelidad es una obligación moral y legalmente recíproca para ambos cónyuges, muy justo habría sido que nuestra ley penal hubiera hecho extensiva a la mujer esta circunstancia eximente de que sólo goza el marido; y porque, además, es evidente que tanto el marido como la mujer ofendidos que ejecutan un acto semejante no obran con entera voluntad, sino impulsados por el ímpetu de sus pasiones. Tenemos que reconocer que la ley ha sido injusta al negar este derecho a la mujer.

Por último, otro caso de homicidio legítimo es el que contempla el mismo artículo 10 en su No. 12, cuando dice:

Art. 10.—«Están exentos de responsabilidad criminal:

12.—El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima e insuperable.»

El individuo que por omisión, causa la muerte de una persona, no comete, pues, delito alguno, si por una causa legítima e insuperable, le ha sido imposible llevarle la salvación.

CAPITULO VI

El homicidio debe ser producido por un hombre

1. Medios para su producción, materiales o morales; de acción o de omisión.

El sujeto activo del delito de homicidio debe ser un ser humano, lo mismo que el sujeto pasivo. No se concibe un homicidio cometido por un animal.

Los medios empleados para cometer este delito pueden ser numerosos.

Debemos distinguir los medios materiales y los medios morales, ya sea por actos de acción u omisión.

Los más frecuentes son los medios físicos o materiales que constituyen la forma corriente, común y ordinaria que se emplea para matar a un individuo.

La forma de los medios físicos o materiales puede ser infinita y los instrumentos, armas u objetos que se emplean para su perpetración de la más variada naturaleza.

Así, se puede dar muerte a un individuo asestándole una puñalada, disparándole un arma de fuego, suministrándole una sustancia venenosa, y aún hasta dándole un puntapié o una bofetada, que si va dirigida al estómago, por ejemplo, tiene que producirle necesariamente la muerte.

La clase de arma o instrumento que se emplea para causar la muerte a un individuo es indiferente para el legislador; es tan grave el homicidio cometido con un puñal o con un arma de fuego, instrumentos que se han considerado como peligrosos, como utilizando objetos aparentemente no peligrosos, un palo, por ejemplo. Es evidente que la clase de arma empleada para cometer este delito nos servirá para establecer la verdadera intención del agente.

En general, podemos afirmar que los medios materiales siempre pueden ser eficientes para obtener el resultado propuesto por el agente criminal, sea por actos de acción o de omisión.

Nuestro Código Penal consagró la acción y la omisión como medios de generar un delito en la propia definición que de él nos da en su artículo 1.º, al decir: «Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley».

La acción como acto humano, es un movimiento de nuestro organismo encaminado a producir un cambio o modificación en el mundo exterior, mejor dicho, a causar un resultado. Realiza una acción todo el que ejecuta cualquier movimiento corporal, como el que toma un arma de fuego y dispara un tiro, por ejemplo.

De esto se deduce claramente que la acción ha de ser externa; ha de manifestarse por un acto positivo y material.

Los actos internos, los pensamientos, las ideas, las intenciones solas pertenecen al fuero interno del individuo, y mientras no se traduzcan en actos externos, jamás podrán constituir delito, y no caen, por tanto, bajo la sanción de la ley positiva.

La omisión, en cambio, consiste en no ejecutar el movimiento corporal que debía haberse realizado; en otros términos, consiste en la abstención de un hecho que se tiene el deber de ejecutarlo.

Este deber puede emanar según el jurisconsulto francés Garraud, ya de una obligación legal, como es la obligación de la madre de alimentar a su hijo, ya de una obligación libremente aceptada, como la del guardavías que está obligado a dar las señales de peligro.

Habría omisión punible, capaz de producir un homicidio, en los ejemplos propuestos, si la madre se niega a alimentar a su hijo, causándole la muerte, en el primer caso; o en el segundo, si el guardavías no dá las señales de peligro, ocasionando la muerte de una persona con su omisión.

Habíamos dicho anteriormente que, por regla general, los medios materiales pueden ser siempre eficientes para obtener el resultado propuesto por su autor. Respecto a los medios morales, hay una oposición bien marcada entre los criminalistas; mientras unos aseguran su eficacia en la producción del homicidio, otros la niegan abiertamente.

Se entiende por medios morales, aquellos medios que obrando psíquicamente sobre el sujeto, como un susto, una mala noticia, por ejemplo, pueden, mediante una fuerte impresión, llegar a producir la muerte.

Los autores franceses, casi unánimemente con la sola excepción de Rauter, opinan que no se puede cometer el delito de homicidio por medios morales.

La opinión de los autores franceses se basa en la dificultad de la prueba.

“Razonan más o menos así, dice don José Irureta Goyena: Cuando a un sujeto se le mete una bala en el cuerpo o se le infiere una lesión material de cualquier género, los expertos están en condiciones de saber si la muerte es o nó la resultante de la lesión recibida; pero cuando la muerte sobreviene a raíz de un insulto, de un susto o de cualquier otro acto que ha obrado psíquicamente, los expertos no pueden llegar más allá de la simple presunción, y sobre presunciones no se puede en manera alguna fundar una sentencia condenatoria de carácter jurídico.» (1)

Los autores italianos, en cambio, sin otra excepción que la de Pessina, opinan en sentido contrario, esto es, declaran admisible la producción del homicidio por medios morales.

Los comentaristas alemanes, por su parte, admiten la producción del homicidio mediante acción psíquica.

Efectivamente, hay casos de homicidio como el siguiente, citado por Groizard en sus «Comentarios al Código Penal Español de 1870», en que no podemos negar la eficacia del medio moral: «Un malvado sabe que una persona a quien aborrece o a quien quiere heredar se encuentra enferma del corazón, y con el propósito de producirle la muerte, le anuncia sin preparación de ningún género el repentino fallecimiento de su hijo. La noticia hace en el enfermo los mismos efectos que la herida de un puñal, y muere». (2)

Claramente se ve en este ejemplo, que la noticia, el medio moral ha sido la causa de la muerte.

Nosotros, no obstante reconocer la evidencia del medio moral en el caso citado, participamos de las ideas de los autores franceses, esto es, declaramos conjuntamente con ellos que los medios morales no son bastante eficientes para producir un homicidio, aduciendo para éllo las siguientes razones:

1.º La dificultad de la prueba del medio [moral], ya que en gran parte de los casos sólo se establecerán presunciones, que nunca llegarán a constituir una prueba suficiente en que fundar la sentencia condenatoria.

2.º Por la imposibilidad de que exista la relación de causa o efecto entre el medio moral empleado y el homicidio producido.

De este modo, aunque no negamos que quedarán impunes, talvez muchos crímenes producidos por la influencia de un medio moral, se evitarán nuestros jueces de llevarse el grave peso de castigar a seres inocentes, contra los que sólo podrán existir presunciones.

(1) José Irurete Goyena. “Del delito de homicidio”, Montevideo. Peña. 1920, pág. 23.

(2) Alejandro Groizard y Gómez de la Serna: “El Código Penal Español de 1870 concordado y comentado”. Tomo IV, página 463.

SEGUNDA PARTE

Homicidio Simple y Homicidio Calificado

CAPITULO I

El homicidio simple y el calificado ante nuestro Código Penal.—Sus penas

Nuestra legislación nos presenta en el artículo 391 del Código Penal, una definición negativa y algo incompleta, que comprende ambas clases de homicidios.

El artículo en referencia dice así:

“El que mata a otro y no está comprendido en el artículo anterior será penado:

1.º—Con presidio mayor en su grado medio o muerte, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:

Primero.—Con alevosía.

Segundo.—Por premio o promesa remuneratoria.

Tercero.—Por medio de venenos.

Cuarto.—Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.

Quinto.—Con premeditación conocida.

2.º—Con presidio mayor en sus grandes mínimo a medio en cualquier otro caso“.

La primera parte de este artículo, o sea, su inciso primero, nos da una definición aplicable tanto al homicidio simple como al calificado.

Empieza por darnos una ligera idea de lo que debe entenderse por homicidio, al decir, "el que mate a otro". Estas palabras no nos permiten formarnos un concepto bien claro y preciso del homicidio, pues no está de acuerdo con el significado que jurídicamente debe darse a la palabra homicidio. Mas, nos ocuparemos de esto, por haberlo comentado ya al hacer una definición del delito de homicidio.

Seguiremos examinando el artículo 391. Dice después: "Y no esté comprendido en el artículo anterior". El artículo a que hace alusión es el 390, que trata del parricidio.

¿Qué entendemos por parricidio? El parricidio es también un homicidio; pero un homicidio de carácter especial que la ley reprime con una pena mayor que la que corresponde al homicidio simple o común. Ha sido establecido tomando en cuenta el parentesco que existe entre el ofensor y el ofendido. Se ha estimado que se debe castigar en una forma especial, más severa, porque el parricida no sólo viola el deber general de respeto a la vida humana, sino también los deberes especiales que tiene para sus parientes.

El parricidio es, pues, un homicidio común con la agravante del parentesco existente entre él autor y su víctima. Conforme al artículo 390, se castiga con la pena más alta que contempla nuestra ley penal, con la pena de muerte.

Nuestro Código Penal debió haber sido más lógico, empezando por hablar primeramente del homicidio simple o común, para referirse después a sus formas agravadas. De este modo no tendríamos ahora una definición negativa del homicidio.

El artículo 391 en sus inciso 1.º nos ha querido decir, pues, que cuando se mate a una persona sin que exista ningún lazo de parentesco, de los que indica el artículo 390, entre ofensor y ofendido, se comete el delito de homicidio, simple o calificado.

A continuación, en el N.º 1 del artículo 391, nuestro Código Penal nos indica la pena que debe corresponder al homicidio calificado o asesinato, como también se le denomina. Y luego, nos señala las circunstancias especiales que deben concurrir en el homicidio para que tome el nombre de homicidio calificado. Estas circunstancias son las cinco primeras circunstancias agravantes que enumera el artículo 12, a saber, alevosía o promesa remuneratoria, veneno, ensañamiento y premeditación conocida.

El No. 2.º del mismo artículo 391 viene a completar la definición del homicidio simple, indicándonos que "en cualquier otro caso" de homicidio, en que no concurren las cinco circunstancias del No. 1.º, que califican el asesinato, habrá homicidio simple.

En consecuencia, conforme con el artículo 391, comete homicidio simple: El que mata a otro que no sea su padre, madre o hijo, legítimo e ilegítimo, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, o su cónyuge, y siempre que no concurren alguna de las cinco circunstancias siguientes: alevosía, premio o promesa remuneratoria, veneno, ensañamiento y premeditación conocida.

La pena que se impone en este delito está indicada en el N.º 2.º del artículo 391 y es “presidio mayor en sus grados mínimo a medio”. Según la tabla demostrativa del artículo 56, la extensión de esta pena es de 5 años y un día a 15 años, y comprende además las penas accesorias del artículo 28, que son: las de inhabilitación absoluta perpétua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares, mientras dure la condena. Además el reo queda obligado a suministrar alimentos a la familia del occiso de acuerdo con lo que establece el artículo 410 en su No. 1.

Por último, no debemos olvidar que: “Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables”, (art. 24 C. P.) El autor de un homicidio debe pues, pagar también las costas del juicio criminal.

Nos referimos ahora al homicidio calificado o asesinato.

De acuerdo con el artículo 391 No. 1.º, es un homicidio simple cometido con alguna o algunas de las cinco circunstancias indicadas en el mismo No. 1 de este artículo, y a las cuales ya nos hemos referido.

Todas estas circunstancias califican el homicidio de asesinato, de modo que debe aplicarse la regla del artículo 63, que dispone que: “No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

No puede, por consiguiente, aumentarse por dos veces la pena por su concurrencia. Cualquiera de ellas que concorra, basta para calificar el homicidio como asesinato. Si concurren dos o más, tampoco puede apreciarse el exceso de agravantes genéricas y aumentar la pena, pues, todas ellas califican el delito.

La pena que corresponde aplicar al homicidio calificado o asesinato nos la indica el mismo artículo 391 en su N.º 1.º; y es la de «presidio mayor en su grado medio a muerte.» Esta

pena equivale a 10 años y un día a 20 años, presidio perpetuo y muerte. Además, comprende las penas accesorias del art. 28, las obligaciones que indican los artículos 410 y 24 del Código Penal, como en el homicidio simple.

Entraremos a estudiar separadamente cada una de las circunstancias del artículo 391 „N.o 1.º

CAPITULO II

Homicidio con alevosía

La alevosía, según el Código Penal, es una circunstancia agravante de responsabilidad penal, que aparece definida en el artículo 12 N.º 1.º, al enumerar dichas circunstancias, de la siguiente manera: «Son circunstancias agravantes, dice el artículo 12: 1.º Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro.» Es la única circunstancia agravante que define el Código Penal.

Para su existencia se requieren dos condiciones:

- 1.—Que el delito se cometa contra las personas, y
- 2.—Que se obre a traición y sobre seguro.

Con respecto a la primera condición, la alevosía solo tiene lugar en los delitos de aborto, homicidio, infanticidio, lesiones y duelo; en una palabra, en los delitos contra las personas, previstos y penados en el artículo 342 al 345 inclusive, y los contenidos desde el artículo 390 a 409 inclusive, de nuestro Código Penal.

La alevosía es, pues, una circunstancia agravante en todo delito contra las personas. Pero a veces es una circunstancia constitutiva de un delito como sucede en el homicidio calificado; y ésta es la razón por la cual no debe estimarse como agravante en un homicidio cometido con alevosía, aumentando la pena que se le ha fijado a este delito, porque ésta se ha fijado tomándola en cuenta previamente, y ya se le ha impuesto una pena mayor.

Nuestros tribunales así lo han entendido también. Insertamos la siguiente sentencia: «La alevosía a que se refiere el presente artículo es la misma que define el artículo 12 N.º 1.º, por lo que no debe considerarse separadamente esta circunstancia agravante en el homicidio en que concurre.» (Gac. 1911, t. 2, pág. 531, s. 1048.)

Segunda condición.—«Que se obre a traición y sobre seguro».

Es también una condición indispensable de la alevosía, Hay una sentencia de la Corte de la Serena que así lo afirma:

«Para que se estime que hay alevosía en el homicidio, es menester que el reo haya procedido a traición y sobre seguro.» (Gac. 1912, t. 1, pág. 599, s. 410).

Analizaremos ambas expresiones por separado.

¿Que se entiende por traición en la alevosía? Para contestar a esta pregunta, nos remitiremos a lo que de ella dice el Diccionario «Modo adverbial que significa obrar *alevosamente*, con deslealtad, o desconfianza, con violación, con violación de la lealtad, con cautela o recelo»,

Pero, no conseguiremos gran cosa por consultar esta definición, pues nos encontramos en un círculo vicioso; mientras el diccionario nos define la traición por alevosía, el Código Penal, nos define la alevosía por la traición.

Recurrimos entonces al Derecho Español, en donde encontramos por primera vez esta agravante, que ha sido después adoptada bajo la influencia del Código Español, por algunos Códigos Americanos, como los de Honduras, Paraguay, Uruguay, Nicaragua, Chile, etc.

Las Partidas definen así la traición: «Traición es la más vil cosa et la peor cosa que puede caer en corazón de home... et trayción tanto quiere decir como traer un home a otro se semejanza de bien a mal.» (1)

Los elementos que caracterizan a la traición, según esta definición, parecen ser la perfidia y la deslealtad.

Algunos criminalistas se han basado en la expresión que emplean ciertas leyes españolas al hablar de esta agravante, como el Fuero Real, la Novísima Recopilación, que hablan de «traición o aleve», por considerar como sinónimas estas palabras, siendo a su vez aleve, sinónima de alevosía.

Pero el mismo Fuero Real nos está indicando que traición no era lo mismo que aleve. Se empleaba la palabra traición, cuando se atentaba en contra del rey, pasando en este caso todos los bienes del delincuente a poder del rey. Había alevosía o aleve, cuando el atentado iba dirigido contra los particulares, en cuyo caso sólo la mitad de los bienes del delincuente eran para el rey, y la otra mitad para la familia del delincuente.

Los códigos italianos antiguos hacían también diferencias entre el homicidio cometido a traición, que llamaban «omicidio preditorio» y el homicidio cometido con alevosía u «omicidio per agguato».

El criminalista Carrara nos ha hecho ver la diferencia que existe entre estas dos expresiones.

(1) Tomada de Alejandro Groizard y Gómez de la Serna. «El Código Penal Español de 1870 concordado y comentado». Tomo IV, pág. 397.

Se entiende por prodizione u omicidio proditorio, dice Carrara, la ocultación moral, es decir, cuando el delincuente simula respecto de la víctima sentimientos de amistad que en realidad no tiene; o cuando disimula sentimientos de enemistad que tiene para con ella. Y equivale al concepto de traición.

Puede haber también deslealtad, dice este autor, cuando en la ejecución de un homicidio hay ocultación física, que es lo que es lo que llama omicidio per agguato. Hay ocultación física cuando el agresor se oculta a la vista de la víctima para sorprenderla y asegurar la comisión del delito.

El Código Francés y algunas otras legislaciones solo se refieren a este último, esto es, al omicidio per agguato o alevosía. El Código Francés emplea la expresión "guet-apens", que significa acecho; expresión sumamente restringida que consiste sencillamente en acechar a la víctima para matarla.

El Código Brasilero habla de "emboscada" para indicar este mismo concepto.

En cambio, la legislación española y los códigos americanos que la han imitado, dan mayor amplitud al concepto alevosía, comprendiendo además de la traición, el guet-apens de los franceses.

Bajo el término "sobre seguro", debe comprenderse entonces el ocultamiento físico de que nos habla Carrara, o sea, el homicidio per agguato y el guet-apens, y en general todo aquello que tienda a asegurar la ejecución del homicidio sin peligro para el ofensor.

Y por "traición", debe entenderse, la deslealtad en los sentimientos, la perfidia, es decir, lo que según Carrara, constituye el ocultamiento moral.

Hay también alevosía, conforme con nuestro Código Penal, cuando el delincuente tiene la absoluta seguridad de ejecutar el crimen, por no haber temor de que la víctima se defienda. Por ejemplo, aquellos casos en que se da muerte a un anciano indefenso o a un niño de corta edad; y también cuando se da muerte a un individuo mientras está durmiendo. Las siguientes sentencias sirven para confirmarlo:

"Comete homicidio con alevosía el que da de martillazos a la víctima mientras está acostado y sin permitirle defensa alguna, ocasionándole así heridas que le producen la muerte". (Gac. 1911, t 2.º, pág. 531, s 10 s 1048),

"Envuelve alevosía el homicidio cometido mientras se hallaba acostado el occiso". (Gac. 1911, t 1, pág. 1173, s 695).

Nos preguntamos qué razones habrá tenido en cuenta el legislador para imponer una pena mayor al homicidio cometido con alevosía.

Hay dos teorías que nos explican la agravación de la pena: una objetiva sustentada por la Escuela Clásica y otra subjetiva, de la Escuela Positiva.

Carrara, ardiente partidario de la doctrina clásica, lo explica diciendo: "Del enemigo que amenazador nos acomete podemos ponernos en guardia y hasta defendernos; pero del enemigo que se nos acerca con la sonrisa en los labios es imposible protegernos." (1)

Nos quiere indicar que el homicidio con alevosía, dada la facilidad que tiene el autor para realizarlo, por la imposibilidad en que se encuentra la víctima para defenderse, resulta mucho más eficaz. Esta eficacia, esta extrema facilidad con que cuenta el agresor para cometer el homicidio, repercute en la sociedad, que cada día se ve más amenazada por esta clase de delitos. Es lógico que esto produzca cierta intranquilidad, cierta alarma en la sociedad, que nos obliga a gravar la pena que se aplica al homicidio, cuando concurre a él la alevosía.

La Escuela Positiva razona en forma muy diferente. Mira más bien al delincuente que al delito cometido. El autor de un homicidio con alevosía revela una perversidad mucho mayor que aquel que simplemente mata a otro. La sociedad debe protegerse en forma especial de estos individuos tan temibles; y la mejor medida de protección que se puede aconsejar, es la de imponerles una sanción agravada, mayor que la correspondiente al homicidio simple,

La alevosía puede existir aun cuando el homicidio no quede consumado. Aunque el medio de que se valga el delincuente no haya producido el resultado deseado, siempre que éste sirviere para asegurar su ejecución, debe haber alevosía. Si el homicidio no llega a consumarse, habría tentativa de homicidio alevoso o un homicidio alevoso frustrado. Por ejemplo, cuando el agresor aprovechando que su enemigo está durmiendo, se acerca con un puñal, y al dar el golpe homicida, éste va a recaer sobre las ropas de la cama, y no sobre la víctima por haber errado el golpe. Ha habido alevosía, ya que tenía la absoluta seguridad de que la víctima no podría defenderse; pero como no acertó en el golpe homicida, el homicidio alevoso no se consumó, y fué por tanto frustrado.

¿Concurre siempre la premeditación con la alevosía? Daremos previamente una ligera idea sobre la premeditación. La premeditación tiene lugar cuando el autor de un delito

(1) Eugenio Cuello Calón "El nuevo Código Penal Español". Libro 2.º pág. 542.

medita de antemano su ejecución; acoge primero la resolución, manifestándose ésta por actos exteriores y persistentes y por el trascurso de un lapso de tiempo entre dicha resolución y la ejecución del delito.

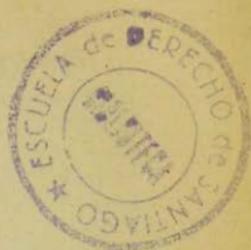
Ciertas legislaciones estiman que la alevosía no puede existir sin premeditación. Esta es la razón por la que la alevosía no califica al asesinato en aquellas legislaciones, Consideran que sería agravar dos veces la responsabilidad penal del homicidio cometido con alevosía. Si toda alevosía implica forzosamente la premeditación, basta con reprimir el hecho como homicidio premeditado.

El Código Francés, por ejemplo, califica de asesinato al homicidio cometido con premeditación y aceho o guet-apens. No consagra, pues, por separado el guet-apens de la premeditación. Y esto parece desprenderse de la misma forma en que define el guet-apens, que consiste en: "esperar más o menos tiempo en uno o en diversos lugares, a un individuo, sea para darle muerte, sea para ejercer sobre él actos de violencias" (art. 299). Esta espera indica forzosamente el trascurso de un lapso de tiempo entre la resolución de cometer el delito y su ejecución, circunstancia que basta para que exista premeditación.

Influenciado por las ideas del Código Francés, el Código Italiano (art. 576 N.º 2) no ha establecido tampoco la alevosía como circunstancia calificativa del asesinato, variando el concepto amplio que tenían los códigos anteriores que hablaban de omicidio proditorio y de omicidio per agguato.

En nuestra legislación que tiene un concepto mucho más amplio de la alevosía, no se piensa en la misma forma. Se admite la existencia de la alevosía, desprovista de toda premeditación, como en el siguiente caso por ejemplo: Un sujeto encuentra dormido a su enemigo; en su presencia reviven todos sus odios, y aprovechándose que éste no puede defenderse, le da muerte de una sola puñalada. El agresor concibió el crimen en el momento de ver a su víctima, y en ese mismo momento también le dió muerte. No pudo haber, por tanto, premeditación. En cambio hubo alevosía, puesto que se aprovechó de que la víctima por estar dormida, no podía defenderse.





CAPITULO III

Homicidio por precio o promesa remuneratoria

Este homicidio era conocido en la antigüedad con el nombre de *asesinato*. Y era el único concepto que se tenía de la voz *asesinato*. Las Partidas nos lo demuestran en forma evidente cuando dicen que: «asesinos son una manera de hombres desesperados que matan a furto a otros hombres por algo que les dan».

Es el crimen «inter sicarios» de los romanos; el homicidio por mandato, que requería por lo menos dos personas; una que deseaba la muerte y la otra que la ejecutaba por encargo de la primera.

En la Escuela Clásica Penal se conoció también por primera vez este crimen con el nombre de asesinato. El mismo Carrara llama asesinato el homicidio cometido por *orden y cuenta de otro*.

Pero este concepto restringido del asesinato ha ido variando a través de los tiempos, siendo en la actualidad mucho más amplio.

En el Derecho Frances, por ejemplo, se comprende, además, el homicidio con premeditación y con guet-apens.

En nuestro Derecho y en el Derecho Español, se emplea para designar el homicidio con alevosía, el homicidio por precio o promesa remuneratoria, etc., en otras palabras el homicidio cometido con alguna de las cinco agravantes indicadas en el artículo 391 N.º 1.º, siendo todavía mucho más extenso en el Código Español, que contempla además otras circunstancias, como cometer el homicidio por medio de explosivos, inundación, incendio, etc.

El homicidio por precio o promesa remuneratoria requiere tres condiciones para su existencia:

Primera.—Que existan dos personas.

Segunda.—Que se estipule un precio o promesa remuneratoria; y

Tercera.—Que se haya realizado el homicidio.

Primera condición:

«Existencia de dos personas»

Es requisito esencial en este delito, la existencia de dos personas que celebren un pacto explícito, un verdadero contrato. El mandante, que es aquel sujeto que con toda cobardía, no teniendo el valor suficiente para ejecutar por sí mismo el crimen, ni para tomar bajo su responsabilidad las consecuencias de éste, comisiona a otro para la ejecución del homicidio, mediante el pago de cierta cantidad de dinero o de cualquiera otra recompensa. Este sujeto que induce a otro al crimen, es el autor moral del asesinato.

El mandatario es, pues, el agente físico del crimen; aquel individuo que se presta para ser el instrumento del crimen, ejecutando él mismo el homicidio, previa la aceptación de la oferta del precio o recompensa hecha por el mandante. De este modo, se arrastra a la delincuencia por la ambición y la codicia.

Pero, para que el mandato sea válido, se requiere que el mandatario acepte en forma explícita la comisión de ejecutar el delito. No podría responsabilizarse a ambos como autores del delito si no existe la certeza, la seguridad absoluta de la existencia de este mandato; y solo respondería ante la justicia el autor material, el ejecutor del crimen.

Segunda condición:

«Que se estipule un precio o promesa remuneratoria»

Para que el asesinato exista, no basta que haya un mandato, y que éste haya sido aceptado por el mandatario; se requiere además que se estipule un precio, una recompensa por la ejecución del homicidio.

El asesinato ejecutado mediante un mandato y sin que se fije un precio o recompensa, no existe ante la ley. La ley no concibe, que haya personas que arriesgándole todo se lancen a cometer un delito tan grave como el homicidio, que afecta a la propia vida de las personas, desinteresadamente, por pura simpatía o amistad con el mandante.

Sin embargo, nuestra ley se ha puesto en el caso de que ocurra un homicidio por mandato, sin precio o promesa alguna, y a fin de responsabilizar a ambos autores, tanto físico como moral, castiga al mandante como autor por inducción, y al mandatario, como autor del homicidio cometido; pero ya no se le castiga como autor del asesinato, pues éste no existe.

¿Qué se entiende por precio?

El precio es toda cantidad o dinero que se estipula y se le paga anticipadamente, o después de realizado el homicidio.

Lo que constituye la promesa remuneratoria es que haya sido ofrecida para después de cometido el delito. Se refiere a cualquiera otra remuneración o recompensa que no sea dinero, por ejemplo, una joya, una casa, etc., y, según Cuello Calón, puede referirse hasta al amor de una mujer, su posesión.

Pero este precio o promesa debe ser real y efectivo. Si un individuo comete un homicidio bajo la esperanza de que será recompensado sin que medie una promesa cierta y efectiva, no se hace reo de asesinato sino de un homicidio simple, a no ser que medien otras circunstancias de las que califican el asesinato. La responsabilidad por el delito cometido corresponde exclusivamente a él, por faltar el precio o promesa.

Es indiferente la cantidad y calidad del precio o promesa remuneratoria, basta con que haya sido estipulado en forma efectiva. Pero es claro que será mucho más peligroso el individuo que se convierte en instrumento de un crimen mediante una suma insignificante, que aquel que para realizar el homicidio, exige una fuerte recompensa.

Tercera condición:

“Que se haya realizado el homicidio”.

Para la consumación del asesinato, es necesario además que el homicidio se haya realizado. Antes, solo habrá mandato, pero no asesinato.

Aún cuando haya proposición por parte del mandato al mandatario, y aceptación por parte de éste, no puede decirse que haya delito. Cuando más habrá proposición y conspiración, conforme al art. 8.º del Código Penal, que dice:

«La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un crimen o un simple delito, propone su ejecución a otra u otras personas. La conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución del crimen o simple delito.»

Por último, este artículo dispone:

«La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, solo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente».

Pues bien, en el homicidio, la ley no ha penado especialmente la proposición y conspiración; por consiguiente, no constituye acto punible.

Para establecer la consumación del asesinato, debemos aplicar las reglas generales del homicidio.

¿Cuándo queda consumado en homicidio? Cuando se ha suprimido una vida humana, cuando se ha producido la muerte de la víctima. Si no ha habido la destrucción de una vida humana, si todavía no se ha causado la muerte, es evidente que el asesinato no ha quedado consumado todavía.

¿Puede haber tentativa en el homicidio por premio o promesa remuneratoria?

Cuando el mandatario ha dado principio a la ejecución del homicidio, y éste es suspendido por hechos ajenos a la voluntad de ambos agentes, mandante y mandatario, hay tentativa en este delito.

Habrá asesinato frustrado, es decir, homicidio por premio o promesa remuneratoria frustrado, cuando habiéndose verificado todos los actos necesarios para que el delito se consuma, éste no ha podido consumarse por causas independientes de la voluntad de ambos agentes. Deben responder igualmente mandante y mandatario.

Responsabilidad del mandante y del mandatario en el asesinato consumado

Nuestro Código Penal reprime el homicidio cometido por la concurrencia del premio o promesa remuneratoria, castigando tanto al mandante como al mandatario, pero les aplica una pena diferente.

En tanto que el mandante responde como autor de un homicidio simple, el mandatario debe responder como autor de un homicidio calificado por la segunda circunstancia del artículo 391 No. 1, esto es, debe responder como autor de un asesinato, siendo esta pena mayor que la que corresponde aplicar al mandante.

Se consideran autores de un crimen o simple delito, dice el artículo 15 No. 2º: Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo. "Pues bien, esta disposición debe aplicarse al mandante.

En cuanto a la responsabilidad del mandatario, nuestro Código Penal hace responsable de asesinato, única y exclusivamente al mandatario, al decir en el artículo 391 N.º. 1.º que "el que mate a otro, etc., será castigado con la pena de, etc., si se ejecutare el homicidio: 3.º Por premio o promesa remuneratoria".

Esa palabra *por*, nos está indicando claramente que a quien se castiga, como autor de asesinato es al mandatario, y no al mandante.

Las razones que ha tenido en vista el legislador para imponer un castigo más severo al mandatario son las siguientes:

1.º—El mandatario al cometer un crimen persigue un fin de lucro; manifiesta sus sentimientos de codicia, de ambición, que no se revelan en el mandante. Es un sujeto que ante la expectativa de recibir una recompensa, no vacila en atentar contra la vida misma de las personas, lo más sagrado de todo ser humano, cometiendo el más grave de los delitos al matar una persona. Ha sido arrastrado al crimen por móviles bajos, mezquinos y miserables, que revelan en él una gran peligrosidad.

Por el contrario; si bien notamos en el mandante sentimientos no menos dignos de reprobación, como la cobardía física y moral para ejecutar el crimen y afrontar la situación ante la justicia, notamos también que no ha obedecido a móviles tan bajos y egoístas como el mandatario, sino a sentimientos de venganzas, de odios, a deseos de reparar una ofensa, etc.

2.º—El mandante *solo ha querido* la ejecución del crimen, en tanto que el mandatario *no solo ha querido, sino que también lo ha ejecutado*.

3.º—Por último, podemos agregar la opinión de Beccaria que dice que el hecho de aplicar penas diversas al mandante y al mandatario, dificulta el concierto; y dificultándose el concierto, se dificulta también los delitos y la gravedad de los mismos.

«Matar por robar o por venganza, dice Robustiano Vera, es cosa que se concibe; pero aquello de constituirse en instrumento de la venganza ajena o ayudar a un cobarde para que realice su intento, es tan grave delito que, si no se aplica en este caso la última pena, la de muerte, no sabemos para cuándo se tiene reservada.» (1)

¿Desde qué momento comienza la responsabilidad del mandante?

El mandante asume la responsabilidad del homicidio desde el momento que se da principio a su ejecución. De manera que si después que ha comenzado la ejecución de un homicidio el mandatario se desiste espontáneamente, y suspende su ejecución, el mandante debe responder de tentativa de este delito. El homicidio se ha suspendido por causas ajenas a la voluntad del mandante, luego, hay tentativa por su parte. En cambio, el mandatario que espontáneamente, por su propia voluntad, suspende su ejecución, es irresponsable.

(1).—Robustiano Vera.—Código Penal de la República de Chile comentado. Santiago. Cadot. 1883, pág. 601.

Veremos ahora el caso inverso. El mandante se arrepiente de cometer el delito; pero después que el mandato fué aceptado. ¿En qué situación se encuentra ante la ley? Tendremos que distinguir, si el mandante ha puesto su resolución, es decir, su arrepentimiento en conocimiento del mandatario, este acto que importa una verdadera revocación del mandato, deja exento de toda responsabilidad al mandante. Si a pesar de la revocación, el mandatario siempre ejecuta el hecho criminal, como ya no existe mandato alguno, ha obrado por cuenta propia y sólo debe responder de este delito.

Nos pondremos ahora en el caso en que el mandante, a pesar de haberse desistido de su intento homicida, no alcanza a dar aviso oportuno a su mandatario antes de que ejecute el crimen, y éste se ejecuta. Como no ha habido revocación efectiva por parte del mandante sino una revocación interna, dentro de su propia conciencia, debe responder del homicidio ejecutado en la misma forma que si lo hubiera querido, es decir, en la misma forma que antes de su desistimiento. No puede ponerse la ley a considerar el arrepentimiento del mandante mientras no se traduzca en actos exteriores que lo pongan de manifiesto, ya que la voluntad pertenece al fuero interno del individuo, y el arrepentimiento no puede presumirse. En cambio, ante la existencia de un mandato, que no se ha revocado hasta el momento de la ejecución del delito, la ley presume que el mandante persiste en su ejecución.

Otra situación interesante es la que se presentaría en el caso en que el mandatario por error en la persona o en el golpe, mate a una persona distinta de la que su mandante le ha indicado. El error del mandatario no puede influir en lo más mínimo en la responsabilidad de su mandante. Ha resultado la muerte de un ser humano; ha habido por tanto, un delito de homicidio; luego, mandante y mandatario deben responder de la muerte de esa persona. Nuestra legislación, como ya lo hemos expresado en otras ocasiones, protege la vida de todo ser humano, sin distinción de ninguna especie.

Por último, si el mandatario no ejecuta el homicidio en la misma forma que le ha sido indicada por su mandante, sino en forma más grave o menos grave, ¿qué responsabilidad incumbe al mandante?

Si el mandatario ejecuta el homicidio en forma menos grave, como sería si ordenando la muerte de una persona, le infiriere sólo heridas, el mandante sólo responde de las lesiones verificadas, ya quien quiere lo más, quiere lo menos.

Pero si en vez de ejecutarse el delito en forma menos grave, se cumple el mandato en forma más grave que lo ordenado, como si habiéndose ordenado una lesión, se produce la muerte, habrá que hacer una distinción:

1.º—Cuando el mandatario sólo ha tenido la intención de inferir una lesión y sobreviene la muerte, se ha producido un homicidio preterintencional, del cual deben responder mandante y mandatario.

2.º Si, no obstante ordenar el mandante a su mandatario que sólo infiriera una lesión a su víctima, como cortar una oreja, por ejemolo, y el mandatario por su propia cuenta mata a la víctima, el mandante sólo responderá de la lesión que quería causar a la víctima, pero nó del homicidio. De esto solo responderá el mandatario.

Por último, y antes de terminar, nos referiremos al siguiente problema: ¿Puede existir homicidio por mandato sin que concorra la premeditación?

Algunos criminalistas estiman que como la ejecución de un homicidio por mandato supone la concurrencia de más de una persona, esta concurrencia nos hace presumir que se ha previsto previamente el delito. Y este acto de prever el delito, importa la existencia de la premeditación.

Impallomoni opina que la premeditación es indispensable en el mandante, aunque bien puede no existir en el mandatario. Por el contrario, otros opinan que la premeditación debe concurrir siempre en el mandatario; pero bien puede no concurrir en el mandante.

El Código Italiano, estimando que el homicidio por premio o promesa remuneratoria no puede existir sin premeditación, elimina esta circunstancia del "premio o promesa remuneratoria", de las formas agravadas del homicidio. Basta con castigar en forma más severa el homicidio con premeditación, sin que sea necesario castigar en forma especial el homicidio por mandato.

Carrara nos da una doctrina más acertada. Cree que el homicidio mediante premio o promesa remuneratoria puede perfectamente existir sin premeditación ni en el mandante ni en el mandatario. Y a fin de probarlo, nos cita el siguiente ejemplo: "Un sujeto se ve acosado por los insultos de una persona más fuerte que él, contra la cual no se anima a reaccionar por las vías de hecho. En esa situación acierta a pasar otra persona por el lugar del incidente y en el estado de exasperación en que se encuentra, le grita prácticamente: mátalos, que si lo matas te doy tal suma de dinero. El exhortado, bajo el estímulo de la promesa, realiza el homicidio en el acto". (1)

En este caso no ha podido haber premeditación ni en el mandante ni en el mandatario; ya que fué resuelto y ejecutado súbitamente por ambos agentes; y, sin embargo, se ha consumado la muerte de una persona mediante una promesa remuneratoria.

(1) José Irureta Goyena. «El delito de homicidio». Página 245.

CAPITULO III

Homicidio por medio de veneno

El Código Penal califica también de asesinato el homicidio cometido por medio de veneno.

El artículo 12 al enumerar las circunstancias agravantes de responsabilidad contempla el veneno en su N.º 3.º, que dice: «Son circunstancias agravantes: 3.º Ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno, etc.»

Este crimen se conoce también con el nombre de envenenamiento,

En Medicina Legal, el envenenamiento puede definirse como todo atentado a la vida de una persona por medio de ciertas sustancias que, ingeridas o absorbidas, pueden producir rápidamente la muerte.

«El envenenamiento, dice Jiménez de Azúa y Oneca, es el crimen de la debilidad física, por eso el crimen de las mujeres que no tienen fuerza suficiente para manejar el cuchillo, que ignoran el manejo de las armas de fuego, y sobre todo, que temen ver a la víctima en el momento de sufrir el golpe.» (1).

Y en verdad no se ha equivocado este eminente jurisconsulto al indicar el envenenamiento como un crimen de carácter femenino. Las estadísticas nos han venido a demostrar hasta la evidencia que de diez casos de envenenamientos, siete de ellos son producidos por mujeres.

Se ha dicho que la mujer se vale de este medio para atentar contra la vida humana, porque no tiene el valor físico suficiente para matar a una persona por otro medio. Tampoco tiene la fuerza física necesaria para el empleo del arma homicida, ni aquella habilidad o destreza requerida para utilizar con éxito el instrumento que va a servir para dar el golpe homicida.

(1) Luis Jiménez de Azúa y José Antón Oneca. «Derecho penal conforme al Código Español de 1928.» Madrid, Reus. 1929. Primera edición, Tomo 2.º, pág. 136.

Como el envenenamiento no requiere ninguna de estas condiciones, es natural que sea el medio más fácil de atentar contra la vida humana y que llegue a ser preferido de las mujeres.

Por otra parte, dado el carácter tímido de las mujeres, no tienen tampoco el valor suficiente para contemplar los efectos del delito, oyendo los gemidos de la víctima y los estremecimientos desesperados de dolor. En cambio, el envenenamiento permite a su autor realizar el crimen sin contemplar ninguno de sus efectos.

Una última razón es la que se funda en que la mujer muchas veces tiene mayores oportunidades que el hombre para cometer este delito; pues, por lo general este delito lo ejecutan personas a quienes la víctima tiene a su lado, en quienes ha depositado su confianza, y es natural que por la misma condición de la mujer, sea ésta quien tenga más ocasiones de cometerlo.

Se ha observado que los envenenadores hombres tienen un temperamento muy semejante al de la mujer. Así fué comprobado en el envenenador francés Antonio Francisco Desrués, que tenía rasgos y gustos femeninos y se hizo célebre por sus numerosos crímenes. Fué condenado a muerte y ejecutado en París el 6 de Mayo de 1777.

Por la estadística se ha comprobado también que el envenenamiento se produce con más frecuencia en los campos que en las ciudades. La causa de esto la encontramos observando la vida misma de la gente campesina, encerrada en el marco de sus propias necesidades, por lo general muy reducidas, sin que sientan aspiración alguna a instruirse. Desconociendo, por tanto, los grandes progresos que continuamente viene haciendo la ciencia y en especial la toxicología, que es la que aquí nos preocupa, emplean el medio que está más a su alcance para conseguir el fin deseado; sin reflexionar sobre la cuenta que de ello deberán rendir a la justicia, ni sobre la forma de ocultar su delito. Todas estas circunstancias son consideradas detenidamente por un delincuente de la ciudad.

Sistemas de calificación del envenenamiento

Las diversas legislaciones se han agrupado alrededor de cuatro sistemas diferentes al calificar el envenenamiento.

Algunos códigos consideran el envenenamiento como un delito especial, que, en consecuencia, debe también tratarse en forma especial, independiente del delito de homicidio.

Hacen especial mención del envenenamiento los códigos francés, alemán, belga y portugués.

Los códigos hispanoamericanos, como los de Chile, Ecuador, Salvador, Honduras, etc., califican este delito como una de las modalidades del homicidio calificado o asesinato.

Un tercer sistema, seguido por los Códigos austriaco e italiano, lo consideran como un homicidio simple, agravado por la circunstancia agravante del veneno.

Queda todavía un último sistema que no hace mención del envenenamiento, ni como delito especial, ni como homicidio calificado o asesinato, ni tampoco como homicidio agravado. Es el sistema que existe en las legislaciones noruega, holandesa, húngara, inglesa y norteamericana.

Condiciones que debe reunir el envenenamiento

Tres son las condiciones que requiere el envenenamiento para que se repunte consumado.

Primera.—Ingestión del veneno en el organismo de la víctima;

Segunda.—Intención de matar; y

Tercera.—Muerte de la persona envenenada.

Primera condición:

Ingestión del veneno en el organismo de la víctima.—Ante todo deberemos establecer qué se entiende jurídicamente por veneno. Nuestro Código Penal no lo define; tampoco lo hacen la mayor parte de las demás legislaciones.

Pero se han dado muchas definiciones sobre el veneno desde el punto de vista jurídico, que es el que a nosotros nos interesa. Una de las primeras definiciones, que remonta a los tiempos antiguos, es la que tenían los romanos. Definían el veneno diciendo: "veneno es toda sustancia capaz de modificar la naturaleza de otra". Y hacían cierta distinción entre las sustancias que denominaban veneno, según el efecto que producían. Si estos modificaban la naturaleza de otra sustancia, para mejorarla, la llamaban veneno bueno—*venenum bonum*;—si la modificaban para empeorarla, era veneno malo—*venenum malum*.—Y denominaban envenenamiento, la muerte de una persona por medio de un veneno malo.

Es indudable que esta definición es desde todo punto de vista imperfecta. Sabemos que toda sustancia es buena o mala según la dosis en que se suministre. Así el alcohol, por ejemplo, sin ser veneno, al ingerirse en grandes cantidades puede llegar a producir la muerte. Por el contrario, si se usa con moderación, no produce este efecto. Por otra parte, el veneno más activo puede emplearse muchas veces con fines medicinales, sin que produzca los terribles efectos del envenenamiento.

Garraud define el veneno como "toda substancia que ingerida en el interior o aplicada al exterior del cuerpo humano, en pequeñas dosis, puede alterar o destruir la vida sin obrar mecánicamente. (1)

Excluye las substancias que pueden alterar o destruir el organismo, por vías mecánicas, indicándonos con esto que sólo aquellas substancias que químicamente producen la muerte, son venenos.

Liszt y Holtzendorff no opinan en esta forma. No sólo aceptan los medios químicos, sino también los medios mecánicos, como productores del envenenamiento; por ejemplo, el vidrio molido, el polvo de diamante.

El Código Español de 1928 hacía distinción entre venenos y substancias gravemente peligrosas para la salud. (Art. 519 N.º 7). Ambas son calificativas del asesinato; pero se diferencian en que mientras aquél ejerce su acción por vía química, éstas pueden obrar por vía química y mecánica.

Como nuestra ley habla solamente de veneno, deberemos entender que ha querido comprender a ambas substancias. Y así por ejemplo, comete asesinato por la concurrencia del veneno, el sujeto que mata a otro, haciéndole ingerir vidrio molido mezclado en las comidas, porque esta substancia, alterando el aparato gastrointestinal, tiene que producir la muerte.

Se entiende, pues por *veneno* en nuestra legislación penal, no solo las substancias químicas que ingeridas en pequeñas cantidades producen la muerte, sino también, toda substancia, que sea capaz de producirla, aunque químicamente, no sea un veneno.

Comprende esta definición toda clase de substancias: sólidas, siempre que sean solubles, líquidas y gaseosas.

El veneno debe ser ingerido en pequeñas dosis, para eliminar aquellas substancias que propinadas en considerables cantidades, como el alcohol por ejemplo, pueden producir la muerte.

Liszt participa de este criterio, al sostener que no debe considerarse como veneno una bebida alcohólica. Idéntico criterio tiene la jurisprudencia francesa, que en una ocasión declaró que la mujer que aprovechándose de la pasión alcohólica de su marido, le hace beber con intención homicida una gran cantidad de aguardiente, no es responsable de envenenamiento sino de homicidio premeditado.

La forma de administrar el veneno para introducirlo en el organismo es indiferente. El modo más frecuente es la ingestión; unas veces formando parte de una bebida, otras,

(1) R. Garraud. *Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français*. Paris, Sirey, 1924. Troisième édition. Tomo V, pág. 237.

adicionándolo a los alimentos. Puede también administrarse por inyección, por inhalación, por simple contacto o por cualquiera otra manera.

La ley no toma en cuenta si el acto de propinar el veneno se hace ocultamente o en forma abierta o manifiesta. Por lo general, la ingestión del veneno, sea a las bebidas o en los alimentos, es voluntaria y consentida por la víctima. Los casos en que el veneno se propina a la víctima en forma forzada son muy raros; solo se observan en los infanticidios, o cuando se envenena a un niño o a una persona débil que no puede defenderse. Pero para la ley, hay envenenamiento en uno y otro caso.

Sin embargo, Carrara considera que cuando se ingiere abiertamente, como por ejemplo, obligando a la víctima a tomar el veneno, no hay envenenamiento, porque falta en él un elemento que considera esencial: la insidia. En este caso, dice Carrara, el veneno no es más que un simple instrumento de muerte, como lo es cualquier arma de fuego, por ejemplo.

Para Carrara en todo envenenamiento, además del dolo debe necesariamente concurrir la insidia. Acepta el envenenamiento con mera violencia; pero cree que para que jurídicamente constituya envenenamiento, debe concurrir además la insidia, y aún más que ésta prevalezca sobre la violencia.

Es evidente, que la insidia ha de concurrir en la mayoría de los envenenamientos; pero esto no quita que puede cometerse un envenenamiento con solo la violencia, como por ejemplo: si el autor del envenenamiento a fin de despistar a la justicia su crimen, obliga violentamente a su víctima a beber el veneno que le había preparado, para que se pueda pensar que ha sido un suicidio.

Un eminente jurisconsulto, comentador del Código Alemán, Leffler, llega a la siguiente conclusión en esta materia: de que no solo puede haber un envenenamiento manifiesto, como en el ejemplo citado, sino un envenenamiento realizado en un ímpetu de pasión o de cólera. Cita el caso de Hamlet, que obliga al rey a beber el veneno que éste le había preparado.

Primera condición:

Intención de matar. El segundo elemento esencial que debe reunir todo envenenamiento para que constituya un asesinato, es *la intención de matar.*

Con respecto a este elemento nos remitiremos a lo que se dijo sobre este punto al estudiar las partes integrantes del homicidio.

Como el envenenamiento no es más que un homicidio calificado, es lógico que para su consumación, se requiera también la intención homicida.

Consideraremos algunos casos que pueden ofrecer ciertas dificultades.

¿Es responsable de asesinato el que suministra a otro una substancia tóxioca, sin intención homicida, sino simplemente con el ánimo de hacerla dormir algunas horas, y le causa la muerte?

Desde luego, falta en este caso la intención de matar, requisito indispensable en el asesinato, y en todo homicidio. Sin embargo, ha habido aquí una intención dolosa, la intención de sumir en el sueño a la víctima por algunas horas. Esta intención de perjudicar a la víctima, de lesionar en cierto modo los órganos cerebrales, hace de este acto un homicidio preterintencional, en que ha habido dolo, por esta parte, y también culpa, por no haber previsto la muerte a consecuencia del tóxico o narcótico que propinó a su víctima pudiendo preverla.

Como nuestra ley castiga el homicidio preterintencional como homicidio simple por dolo indeterminado, hay aquí un homicidio simple, que por haberse ejecutado por medio del veneno, debe reprimirse como asesinato. En justicia, debería castigarse en forma atenuada o por lo menos como homicidio simple ya que no ha existido en su autor la voluntad homicida.

Una situación que guarda cierta analogía con la anterior, se produciría en el caso de un envenenamiento culpable; por un médico que mata a su enfermo, por suministrarle una substancia tóxica en cantidad excesiva, ignorando el efecto mortífero que ella produce cuando se suministra en exceso.

No se hace reo de asesinato, sino que es responsable de un cuasidelito, porque ha cometido un homicidio culposo, puesto que debió tener conocimiento del efecto mortífero que produce ese tóxico cuando se ingiere en exceso.

Otro caso semejante de asesinato culposo o cuasidelito de asesinato, sería la muerte ocasionada por un sujeto que habiendo preparado un veneno con un fin inofensivo, lo dejara por imprevisión o por negligencia al alcance de un niño, que se lo bebe y muere.

Tercera condición:

Muerte de la persona envenenada. El homicidio calificado por medio del veneno se consuma con la muerte de la persona envenenada.

Ha seguido nuestro Código Penal el criterio acogido por la legislación española.

Sobre la consumación de este delito se han promovido ciertas divergencias entre los penalistas y también entre las legislaciones.

Carrara y otros criminalistas clásicos franceses, como Chaveau et Helie, Garraud y también algunos criminalistas alemanes, entre ellos Helzenderff, Bending y Lizst, sostienen que para que el envenenamiento quede consumado, basta con que se haya suministrado el veneno a la víctima, sin que sea necesario esperar los efectos que éste ha de producir.

Contrariamente a esta doctrina, tenemos la que sostiene Pessina, en el sentido de que el delito de envenenamiento solo queda consumado desde el momento en que se produce la muerte de la persona envenenada.

Como es de suponer, la legislación francesa ha adoptado la doctrina de Carrara. El artículo 301 del Código Penal francés castiga: "*Todo atentado a la vida de una persona mediante sustancias que pueden ocasionar la muerte más o menos rápidamente, y de cualquiera manera que hayan sido empleadas o administradas y cualquiera que sean sus consecuencias.*" Basta, pues, con que se propine el veneno a la víctima para que haya delito de envenenamiento, puesto que pena *todo atentado a la vida*.

El Código Alemán, al definir el delito de envenenamiento como "*el hecho de suministrar veneno o sustancias nocivas a la salud,*" (art. 229) nos está indicando que acepta también esta misma doctrina.

Acogiendo las ideas de Pessina, la legación española dispone que sólo la muerte viene a consumir el envenenamiento.

Es el mismo criterio seguido por nuestro Código Penal y por gran parte de los códigos americanos. Y es así, como castiga como *homicidio frustrado*, por medio de veneno, el hecho ocurrido cuando habiéndose propinado veneno con intención de matar a una persona, ésta no muere.

Lo que según la legislación penal chilena constituye un *homicidio frustrado*, de acuerdo con la doctrina de Carrara, en el Código Francés y en el Alemán, viene a constituir un *delito consumado* de envenenamiento.

Consideraremos la situación jurídica de aquel individuo que después de propinar veneno a la víctima, se arrepiente y le da a tiempo un contraveneno, que le alcanza a salvar la vida. ¿Habrá aquí un delito frustrado?

Para contestar esta pregunta recurriremos al artículo 7 inciso 2.º que nos define el delito frustrado de la siguiente manera: «Hay delito frustrado cuando el delincuente pone de

su parte todo lo necesario para que el crimen se consume y éste no se verifica por causas independientes de su voluntad.»

En el caso en cuestión, el agente homicida ha puesto de su parte todo lo necesario para que el delito quedara consumado. Pero, como luego se arrepiente, puso también de su parte todo lo que encontró a su alcance para impedir la consumación del homicidio, para evitar que se produjera la muerte.

El delito no se consumó; pero nó por causas independientes a la voluntad de su autor, sino por causas que provienen directamente de su propia voluntad, por efecto del contraveneno que él mismo le suministró a la víctima.

No puede haber en consecuencia, delito frustrado, ni siquiera tentativa. La única responsabilidad que afectaría a su autor, sería la que se relacionara con posibles daños que hubiera podido causar el veneno en el organismo de la víctima, respondiendo en este caso solo como autor de lesiones.

Ahora bien, ¿qué responsabilidad tendrá este sujeto en la legislación francesa? Conforme con la legislación francesa que castiga el simple atentado a la vida de una persona, sin atender a sus efectos, este hecho ha constituido un delito consumado de envenenamiento, puesto que el sujeto le ha propinado el veneno a la víctima, y desde este momento el delito queda consumado. El contraveneno que éste mismo le proporciona después para salvarle la vida, y que se la salva, no puede influir en nada en la situación jurídica de este hecho, por tratarse ya de un delito consumado. Cuando más, podría estimarse como una circunstancia atenuante de responsabilidad que le disminuiría la pena correspondiente.

Hemos hablado ya del homicidio consumado y del homicidio frustrado por medio del veneno; nos referiremos a la tentativa de este delito.

¿Hay tentativa, en el hecho de adquirir veneno para suministrarlo a una persona con la intención de matarla?

Nó; hay aquí un simple acto preparatorio semejante al que habría en cualquiera otra forma de homicidio, al comprar el arma homicida, un revólver, por ejemplo.

No deberemos confundir los actos preparatorios de un delito con la tentativa del mismo.

Hay tentativa según el artículo 7 inciso 3.º del Código Penal, cuando «el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos; pero faltan uno o más para su complemento.»

En el homicidio por medio de veneno, se ha considerado que hay tentativa desde el momento en que el delincuente

ejecuta hechos directos, dirigidos a hacer ingerir a la víctima el veneno, dando principio desde este momento a la ejecución del delito. El acto de mezclar el veneno en el alimento o bebida que en pocos momentos debe servirse la víctima, constituiría una tentativa.

Algunas legislaciones consideran que no existe tentativa desde este momento; de la misma opinión son algunos criminalistas. Garraud afirma que no hay principio de ejecución en el solo hecho de mezclar el veneno en el alimento o en la bebida; y no habiendo principio de ejecución, es claro que no hay tentativa. La tentativa comienza cuando los alimentos mezclados con el veneno son puestos a disposición de la víctima, para que ésta los ingiera.

Por el contrario, otros autores como Rossi y Pezzina piensan y aceptan el criterio seguido por nuestro Código, es decir, aceptan que la tentativa comienza desde que se mezcla el veneno con el alimento o la bebida que debe tomar la víctima.

Carrara ha sustentado sobre esta cuestión una doctrina intermedia. Declara que en gran parte de los casos no puede haber tentativa en el solo hecho de mezclar el veneno con los alimentos o con la bebida; pero admite la tentativa, cuando las circunstancias mismas del hecho revelen en forma inequívoca la voluntad de matar mediante el veneno.

Un problema que ha mantenido acaloradas discusiones entre los tratadistas del Derecho Penal es el siguiente: ¿Puede haber envenenamiento sin premeditación?

Por regla general, podemos afirmar que el envenenamiento va casi siempre acompañado de la premeditación; pudiendo prescindirse de esta circunstancia en ciertos casos.

Los antiguos criminalistas sostenían que era indispensable en todo caso la concurrencia de la premeditación, en el homicidio por medio del veneno. No podía concebirse este delito sin premeditación.

Posteriormente, los criminalistas han cambiado de opinión, y sostienen que aunque es algo difícil que se presenten casos de envenenamientos sin premeditación, admiten la posibilidad de que pueda ejecutarse un delito de envenenamiento espontáneamente, sin reflexión, sin la meditación necesaria que exige la premeditación.

El eminente penalista italiano Rossi, ha sido uno de los primeros en idear un caso para comprobar la existencia de un homicidio por medio de veneno sin premeditación. Dice en

efecto: "No es difícil representarse un envenenamiento sin premeditación en el acto de un criado que gravemente provocado por su amo en el momento en que iba a presentarle una porción, y encontrando a mano una substancia cuya dosis exagerada puede causar la muerte, échase en la copa lo que estaba destinado a ser tomado en 5 o 6 días". (1)

Carrara ha logrado citar después un caso práctico, que fué juzgado por la Corte Regia de Luca, en Italia:

Entre los autores que se oponen a esta doctrina, tenemos al célebre Impallomoni, que declara que es inconcebible un delito de envenenamiento sin premeditación. Para él, la premeditación es un elemento esencial en el envenenamiento. El hecho de adquirir veneno y de estudiar la forma de propinarlo, supone en el agente homicida la reflexión necesaria que requiere la premeditación, debiendo por tanto existir premeditación de este delito,

(1)—Eugenio Cuello Calón. El nuevo Código Penal Español. 2.º tomo, pág. 567.

CAPITULO V

Homicidio con ensañamiento

Otra circunstancia agravante contemplada en el artículo 12 N.º 4 de nuestro Código Penal, que califica al asesinato, es el ensañamiento.

El Novísimo Diccionario de la Lengua define el ensañamiento como la acción y efecto de ensañarse y ensañar. Según el mismo Diccionario, significa: "Deleitarse en causar a la víctima del crimen, o al enemigo ya rendido, el mayor daño y dolor posible prolongando su agonía".

El artículo 391 N.º 1.º del Código Penal, dice que hay ensañamiento cuando el delincuente "aumenta deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido."

Un ejemplo de homicidio con ensañamiento sería el siguiente: un individuo mata a otro lentamente; para causarle un mayor sufrimiento, comenzando por cortarle las manos, luego las orejas, en seguida lo azota, y por último termina dándole puñaladas de tiempo en tiempo hasta dejarlo muerto.

Uno de los crímenes más repugnantes, de mayor perversidad que puede concebir criatura humana, es el homicidio que se comete con ensañamiento.

Lo que caracteriza al ensañamiento son dos condiciones:
Primera.—Que se proceda en forma deliberada e inhumana para aumentar el dolor del ofendido.

Segunda.—Que se ejecuten males innecesarios para su ejecución.

Con respecto a la primera condición, el ensañamiento requiere que el delincuente ejecute su delito fría y deliberadamente, sin dejarse impresionar por los quejidos de la víctima; por el contrario, lejos de impresionarse, sus quejidos le induzcan a martirizar más a la víctima, para aumentarle su dolor.

Además de la intención de matar, debe existir en el criminal la intención deliberada de "aumentar el dolor del ofendido", como lo dice la ley.

En cuando a la segunda condición, «causar males innecesarios para su ejecución», está consignada en el No. 4 del artículo 12 al contemplar el ensañamiento como una circunstancia agravante. No basta el mero propósito del asesino de aumentar deliberada o inhumanamente el dolor del ofendido, sino que además se requiere la ejecución de actos innecesarios para la consumación del delito que tiendan a producir un sufrimiento mayor que el propio del delito.

Son actos que revelan el ensañamiento, por ejemplo los golpes repetidos inferidos a la víctima.

Pueden servir también para establecer este agravante el número y clase de heridas causadas a la víctima. Pero no siempre pueden estimarse como señal segura de que ha habido ensañamiento, porque hay que determinar previamente el fin que se propuso su autor al inferirlas. Si su fin fué dar muerte a la víctima, no puede haber ensañamiento, por el contrario, si solo perseguía aumentar los sufrimientos, y si las heridas fueren innecesarias para producir la muerte, es lógico que debe existir ensañamiento.

Para establecer si ha habido ensañamiento el juez deberá apreciar la naturaleza de las heridas, su clase, su número, y la forma como han sido hechas a la víctima.

No constituye ensañamiento el hecho de atacar furiosamente a la víctima causándole numerosas heridas, pues, no hay aquí deliberación.

El sucesivo número de disparos contra el ofendido no es suficiente tampoco para probar esta circunstancia, porque los disparos pueden haber sido encaminados a evitar que la víctima quedara con vida, y nó a aumentar inhumanamente su dolor.

Un indicio de ensañamiento puede constituirlo el hecho de hacer andar a la víctima durante largo tiempo, cuando ya le quedan solo momentos de vida.

No son males innecesarios los hechos que tienden a la ocultación del delito, como sería un descuartizamiento de la víctima, siempre que éste fuera hecho cuando la víctima sea ya cadáver. Si se hace mientras la víctima está con vida, revela en forma inequívoca el ensañamiento, ya que no puede ser acto más innecesario para causar la muerte.

Para que sea admisible el ensañamiento se requiere que sea probado suficientemente, por la existencia de hechos concretos que demuestren en forma indubitable la intención del agresor, de aumentar inhumanamente el dolor del ofendido.

Así lo han declarado expresamente nuestros tribunales en algunos de sus fallos que insertamos a continuación:

«No basta que el informe médico pericial asegure que la forma de la herida que causó la muerte revela ensañamiento, para que se considere concurrir la circunstancia cuarta de este artículo (art. 12), sino la constancia de que al causar tal herida, aumentara el hechor deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. (Gac 1912, t. 2. pág. 209, s. 869).

«El hecho de que el cadáver de la víctima aparezca con numerosas y horribles lesiones, no hace que el homicidio pueda estimarse calificado, como que se trata de aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, si del informe médico pericial aparece que gran parte de ellas le fueron causadas después de la muerte.»—(Gac. 1912, t. 1, pág. 998, s. 604).

Nos referiremos ahora a los diversos criterios que han tenido los criminalistas para apreciar el ensañamiento.

Mientras que unos opinan que debe ser una circunstancia de atenuación de la responsabilidad, otros, abiertamente opuestos, aconsejan castigar el homicidio con ensañamiento, con una pena mayor que la que se impone al homicidio simple.

Para Pacheco, el ensañamiento debe constituir más bien una circunstancia de atenuación de la responsabilidad. El culpable de ensañamiento es un individuo que tiene su ánimo extraviado, que no obra en su sano juicio, sino inducido por sentimientos de cólera o de pasión que perturban su espíritu y vienen a recaer directamente sobre la víctima, representándose en estas manifestaciones de crueldad, que fría y reflexivamente no habría sido capaz de hacer.

Por esta razón, las manifestaciones de crueldad revelan más que todo un estado anormal de la mente del agresor, un trastorno mental que la ley debe tomar en consideración al fijar la pena, imponiéndole una pena menor que la correspondiente al delito cometido. Opinan de este mismo modo, otros criminalistas no menos importantes, como Carrara y Lizst.

Por el contrario, piensan en sentido inverso, es decir, calificando el ensañamiento como una circunstancia agravante de responsabilidad, otros penalistas como Alimena, Ritter von Lizst y Groizard.

Estos autores sostienen que el ensañamiento no comprende aquellos males que aunque innecesarios, realiza el agresor impulsado por ímpetus de cólera o de pasión, en que probablemente pueda perder el control de sí mismo y acometer ciegamente a la víctima; sino aquellos males, también innece-

sarios, pero que ejecuta el agresor con toda frialdad de ánimo y reflexivamente con el fin de aumentar el sufrimiento de la víctima, revelando en esta forma sus instintos de crueldad.

El individuo que en estas condiciones ejecuta un crimen, manifiesta toda su perversidad y representa para la sociedad un grave peligro, del cual debe defenderse, imponiéndole un severo castigo. En justicia, pues, la ley ha debido agravar la pena al homicidio cometido con esta circunstancia.

CAPITULO VI

Homicidio con premeditación conocida

Hablaremos ahora de la circunstancia calificativa por excelencia del asesinato: la premeditación.

La premeditación, a la vez que aparece en la enumeración que hace el artículo 391 N.º 1 de las circunstancias que califican el asesinato, figura también entre las circunstancias agravantes de responsabilidad penal del artículo 12 de nuestro Código Penal.

En nuestra legislación penal, no se define la premeditación. Ha seguido con respecto a esta circunstancia el sistema del Código Español de 1870 que admite la premeditación como circunstancia agravante general o especial, pero no la define.

Otros Códigos han definido la premeditación siguiendo el ejemplo del Código Francés, que la define de la siguiente manera: "el designio formado antes del acto de atentar contra la persona de un individuo determinado, o del hallado o encontrado, aun cuando dicho designio dependa de cualquier circunstancia o cualquier condición". (Art. 297)

El Código Penal Español de 1928 define también la premeditación, diciendo que existe: "cuando la resolución anterior para delinquir y su persistencia, se revelan por el intento de ejecutar la infracción, o por la índole de los medios preparados para realizarla, o por el tiempo transcurrido entre la resolución, demostrada por actos exteriores y su ejecución. (Art. 66).

Algunos códigos, como el de Portugal y el Brasilero, al definirla han llegado hasta establecer expresamente el tiempo que debe transcurrir entre la resolución para delinquir y la ejecución del delito, a fin de que los jueces puedan admitir la premeditación.

Por último, hay algunas legislaciones como la inglesa y la norteamericana que ni siquiera mencionan la premeditación.

La condición esencial que requiere esta circunstancia calificativa del asesinato, es *el transcurso de cierto lapso de tiempo entre la resolución y la ejecución.*

Son por consiguiente, elementos que integran la premeditación:

- 1.º La resolución de cometer un delito,
- 2.º La ejecución de dicho delito, y
- 3.º El transcurso de tiempo entre la resolución y la ejecución.

No debemos confundir la resolución de cometer un delito con los motivos que ha tenido en vista el delincuente para formar la resolución de cometer el homicidio, esto es, con la causa misma que induce al individuo a acoger una resolución criminal.

El tiempo que debe transcurrir para que haya premeditación, debe preceder a la ejecución, nó a la resolución.

El tiempo transcurrido antes que el delincuente tome la resolución de cometer el delito, es decir, el tiempo que el delincuente ha empleado en meditar, en reflexionar sobre el delito que quiere ejecutar, hasta decidirse a llevarlo a efecto, no debe tomarse en cuenta para establecer la premeditación, porque es anterior a la resolución.

Por lo general, la ejecución de todo acto que revista cierta gravedad, como el homicidio por ejemplo, supone por parte de su autor cierta meditación previa, que necesita de cierto espacio de tiempo, en que se acepta y rechaza sucesivamente el acto que se quiere ejecutar. Pero esta meditación que precede a toda resolución, no puede llegar a constituir jurídicamente la premeditación, que exige una meditación mucho más reflexiva.

Todas las Escuelas han estado de acuerdo en aceptar como elementos constitutivos de la premeditación, los tres elementos que ya citamos, a saber: resolución, ejecución y transcurso de cierto lapso de tiempo.

No obstante, algunos criminalistas sostienen que en la premeditación debe existir además la reflexión del hecho criminal. Prácticamente, podemos asegurar que la concurrencia de la reflexión en la premeditación es absolutamente necesaria. No podemos admitir el transcurso del tiempo entre la resolución y la ejecución, sin que vaya acompañado de la reflexión; y vice-versa, tampoco es posible reflexionar sobre la ejecución de un acto sin que se disponga del tiempo necesario para ello. Es así como ambos conceptos, tiempo y reflexión, que en doctrina parecen ser distintos, en la práctica se presentan en tal forma unidos, que llegan a ser inseparables.

En nuestra jurisprudencia, hay una sentencia que define la premeditación de la siguiente manera:

“Se entiende por premeditación el designio formado antes del acto de atentar contra un individuo, lo que supone en el agente una meditación reflexiva y fría, que aunque sea imposible medirla con el tiempo, requiere el período necesario para que la conciencia pueda sobreponerse a la idea del delito, meditación que debe, además, manifestarse por actos persistentes y severamente calculados al efecto de cometerlo; disposición espiritual del delincuente que no debe confundirse con la resolución de cometer el hecho. No obra, pues, con premeditación quien se encuentra casualmente con el interfecto y aunque lo siguió para herirlo, por el corto tiempo transcurrido entre el encuentro y el ataque, puede afirmarse que no concurre en el hecho la serenidad de juicio, elemento esencial de la premeditación”:—(Gac. 1926, t. 1, pág. 168, s. 46.)

Otra sentencia que nos habla de los elementos de la premeditación, es la que dice:

«Es anulable por medio del recurso de casación, la sentencia que aplica el No. 1º en vez del 2.º del artículo estimando que en un homicidio ha habido premeditación conocida, si no determina en qué consisten los hechos que comprueban esa circunstancia, ni los antecedentes del proceso alcanzan a constituirla, porque no aparece que el culpable preparara fría y razonadamente su delito, elemento indispensable de la premeditación.» (Gac 1910, t. 1 pág 862, s 505).

La premeditación puede recaer no solo sobre el fin (en un homicidio, la muerte de la víctima), sino también sobre una serie de circunstancias, como la naturaleza de los medios que deberán emplearse en su ejecución, el día, la hora y el lugar en que se verificará el homicidio, la manera de mantener en secreto el hecho criminal y de eludir la acción de la justicia, etc. Pero lo esencial es que se haya resuelto la muerte de un hombre; basta: con esta circunstancia para que exista la premeditación, sin que sea necesaria la presencia de las demás.

La premeditación debe ser *conocida*. Así lo declara nuestro Código Penal. Esto quiere decir que la premeditación no debe presumirse o suponerse, sino que *debe ser probada*.

Y así también lo entienden nuestros tribunales. El siguiente fallo sirve para comprobarlo:

La premeditación, para que contituya circunstancia agravante, debe ser “conocida”, es decir, no basta que haya antecedentes que permitan sospecharla, sino que debe haberlos suficientes para tener por cierto que hubo una meditación de-

tenida, reflexiva y preexistente del delito. El simple concierto para cometer el delito no importa premeditación conocida". (Gac. 1923, t. 1, pág. 634, s. 121).

Dada la imposibilidad de conocer la conciencia del individuo, para que exista la premeditación es necesario la existencia de actos externos reveladores de la premeditación, y no bastan meras sospechas.

Los antiguos criminalistas consideraban como signos reveladores de la premeditación, el hecho de llevar arma, el proferir amenazas contra la víctima, la irreconciliable enemistad con el ofendido, etc.

Las amenazas previas pueden ser signos reveladores de la premeditación, si van acompañadas de otros signos más seguros, pues solo revelan una predisposición del ánimo.

Una cuestión de gran importancia que ha dado margen a acaloradas discusiones entre los criminalistas es la de saber si debe estimarse la premeditación como una circunstancia agravante.

Anticipando la solución de este problema, diremos que la premeditación ha sido aceptada como circunstancia agravante de responsabilidad penal por casi todos los juristas y por casi todas las legislaciones.

La Escuela Clásica, que cuenta entre sus partidarios al ilustre penalista Carrara, declara que en el acto ejecutivo con premeditación, el delincuente procede con entera libertad a realizar su intento, pues, estima que el acto premeditado es el acto libre por excelencia. Esta razón, pues, debemos tomar en consideración para agravar la responsabilidad del delincuente en quien concurra.

Además, sostiene Carrara que la premeditación debe estimarse como circunstancia agravante porque contribuye a dificultar la defensa de la parte ofendida, ya que el homicidio premeditado nos lleva a suponer que el delincuente ha de haber tomado todas las medidas que fueren necesarias para asegurar la eficacia de su acción y siendo así, es evidente, que para la víctima sea mucho más difícil oponer resistencia.

Un autor inglés Bentham participa en los principios de la Escuela Clásica, estimando también que debe imponerse al homicidio premeditado una pena más severa que la que se aplica al autor de un homicidio común. Declara, en efecto, que la premeditación revela en el individuo una perversidad mucho mayor, que le hace acreedor a un mayor castigo.

Un sujeto puede delinquir impulsado por una pasión violenta; pero un sujeto que obra premeditadamente, esto es, que

deja transcurrir cierto tiempo antes de ejecutar el homicidio y después que ya ha resuelto la comisión del delito, con el objeto de meditar detenidamente la muerte que va a ejecutar, ya no obra bajo los impetus de su pasión, que no le permitan comprender la gravedad del acto que quiere llevar a efecto, sino con toda serenidad, demostrando de este modo su mayor perversidad.

El gran jurisconsulto Alimena, aunque no desconoce la influencia que los móviles del delito puedan tener en la apreciación de la moralidad del sujeto, acepta la doctrina de Bentham. Y declara que la premeditación revela mejor que nada el fondo del carácter del sujeto, su perversidad mucho mayor que la del delincuente que comete un homicidio simple, y que en consecuencia esta mayor perversidad obliga a la sociedad a tomar medidas de represión más enérgicas que las destinadas al autor de un homicidio simple, medidas que se traducen en un aumento de la pena correspondiente al autor de este último delito.

Contra la opinión de casi la totalidad de los autores que aceptan la premeditación como circunstancia agravante, se han levantado ciertas protestas de autores de no menor importancia.

Holzendorf fué el primero en aconsejar que la premeditación coma circunstancia agravante del homicidio o de cualquier delito, debe substituirse a los motivos que impulsaron al sujeto a la ejecución del acto criminal, que son los únicos que nos permiten determinar la verdadera moralidad del sujeto.

Posteriormente, Impallomoni ha venido haciendo una gran campaña en contra de la premeditación como circunstancia agravante.

Mediantè un examen de las estadísticas criminales, ha podido comprobar que los homicidios frustrados son más frecuentes en los casos en que concurre la premeditación, que en aquellos que se desarrollan en forma rápida, como los homicidios pasionales, por ejemplo.

Llegó a la conclusión de que es menos peligroso un sujeto que premedita, ya que las estadísticas nos están indicando en forma evidente que los homicidios premeditados en su gran mayoría, no alcanzan a llegar a su consumación. De este modo, se opone abiertamente a las ideas sustentadas por Carrara y en general por los partidarios de la Escuela Clásica, que aseguran la eficacia del homicidio premeditado, a causa de que la víctima tiene menos posibilidad de defenderse.

Una cuestión planteada por Carrara es la de saber si es admisible la premeditación condicional o condicionada.

Llábase premeditación condicionada, según este autor, aquella en que la resolución se hace depender de un hecho futuro e incierto.

Este hecho futuro e incierto puede ser ejecutado por la víctima, y en consecuencia puede depender de su propia voluntad, o bien, puede ser absolutamente independiente de ella. Si depende de la víctima, Carrara dice que hay que distinguir, si el acto ejecutado por la víctima fué justo o injusto.

Un acto justo realizado por la víctima que dé origen a un homicidio premeditado, sería el siguiente: A dice: el primer día que encuentre a B en la calle, lo mato.

Carrara admite en este caso, la premeditación, porque desde el momento que A hizo tal declaración, se ha formado en su mente la resolución de matar a B, con la sola condición de que se encuentre con B en la calle. La resolución es cierta, en tanto que lo incierto es la ejecución.

Por el contrario, cuando la premeditación depende de la ejecución de un acto injusto, ejecutado por la víctima contra su victimario, Carrara declara que no debe admitirse la premeditación como agravante. Por ejemplo, A que ha sido violentamente injuriado por B, se resuelve a matarlo en la primera oportunidad que éste lo insulte nuevamente.

En este caso, dice Carrara, no puede haber premeditación porque el sujeto criminal deja subordinada la resolución de matar a la víctima al cumplimiento de una condición, que si se cumple representa un acto injusto de la víctima, que le obligó a matarlo.

Esta doctrina sustentada por Carrara es a todas luces falsa, porque, como dice Impallomeni, cuando la muerte de una persona depende de una condición, sea justa o injusta, la resolución ha sido ya tomada por el ofensor y lo que en realidad se hace depender del cumplimiento de la condición es la ejecución. Nada tiene que ver que el acto sea justo o injusto, pues siempre existe la premeditación.

El Código Penal Francés ha resuelto esta cuestión declarando que hay premeditación aun cuando el propósito de atentar contra una persona «dependa de cualquier circunstancia o cualquiera condición». (Art. 297).

Nuestra legislación no contempló la premeditación condicionada; en esta situación debe entenderse que si no se ha referido a ella, es porque debe considerarse siempre como agravante, sea condicionada o nó.

¿Puede coexistir la premeditación con el ímpetu pasional? Algunos criminalistas consideran que la premeditación requiere

cierta deliberación fría y reflexiva del homicidio, declaran que es inadmisibles aceptar la coexistencia de ésta con la pasión. Siendo la pasión completamente opuesta a la premeditación, es imposible que puedan concurrir ambas en un mismo delito.

Por el contrario, aquellos autores que estiman que la premeditación no es más que el transcurso de cierto espacio de tiempo entre la resolución y la ejecución, aceptan la existencia de la premeditación en los delitos pasionales.

Otra cuestión que puede presentarse en el homicidio premeditado es la de saber si concurre siempre la premeditación en el caso de un homicidio cometido por error en la persona (error in persona), o por error en el golpe (aberratio ictus).

Los penalistas antiguos sostenían que si al ejecutar el delito no se obtenía el fin perseguido por el delincuente de matar a una persona determinada, matándose a otra, ya sea por error en la persona o por equivocación en el golpe, no ha habido premeditación; solo se ha cometido un homicidio simple.

Pero posteriormente, los autores más modernos han declarado que esta doctrina es completamente falsa, porque desde el momento en que se ha producido la muerte de un hombre, aunque no sea de la persona que el delincuente se proponía matar, si se prueba la existencia de premeditación, se comete un homicidio calificado por esta circunstancia, y no un homicidio simple. La ley protege igualmente a todos los individuos de la sociedad y por consiguiente, impone el mismo castigo sea cual fuere la víctima, con la sola excepción ya contemplada del parricidio, que se castiga con una pena mayor.

Por último, ¿debe extenderse la premeditación a los coautores y a los cómplices de un homicidio premeditado?

Para contestar a esta pregunta, se presenta como cuestión previa de la determinar si la premeditación es una circunstancia real o personal.

Hay doctrina en uno y en otro sentido; pero la que nos parece más acertada es la que sostiene que es una circunstancia de carácter estrictamente personal.

Siendo la premeditación un agravante personal, es lógico que solo debe agravar la responsabilidad de aquellos individuos en quienes concurra; si solo ha existido en el ánimo del autor de un homicidio, no puede extenderse a los coautores y cómplices de este delito, que solo han participado en la ejecución de un homicidio simple.

Por el contrario, si aceptamos la teoría de que la premeditación es una circunstancia real, bastaría con que existiera en el autor de un delito para que se extendiera a todos sus coparticipes, sean coautor o cómplices.

TERCERA PARTE

Homicidio en riña o pelea

En la última parte de nuestra tesis, nos referiremos a una clase especial del homicidio: el *homicidio en riña o pelea*.

¿Qué es riña? Carrara define la riña como "una repentina lucha surgida entre dos o más personas por razón privada." (1)

Analizando esta definición, empezaremos por determinar primeramente, desde qué momento hay lucha.

La lucha comienza desde el momento en que existen violencias, golpes, etc., en una palabra desde que existen vías de hecho; las ofensas puramente verbales, las simples disputas no dan nacimiento a una lucha.

Como una consecuencia de esta forma de apreciar la lucha, no responden penalmente de una riña, aquellos individuos que solo toman parte en ella, mientras ésta se prepara, mientras sólo hay ofensas verbales, y que una vez que comienzan las violencias se retiran. Aunque moralmente estos individuos tienen sobre sí una grave responsabilidad por ser muchas veces los que más contribuyen a exaltar el ánimo de los que participan en la riña, ante la ley no tienen ninguna responsabilidad porque no han intervenido en ella, desde el momento en que jurídicamente comenzó.

La lucha debe nacer en forma repentina. Para la ley son indiferentes los motivos que la hayan provocado, sea por una causa imprevista, sea a consecuencia de antiguos rencores o enemistades.

No debe confundirse con el duelo en que sus participantes se conciertan de antemano, se ponen previamente de acuerdo para fijar el momento de la lucha; ni tampoco con la agresión, en que el agredido o agredidos que ejercen violencias

(1).—Eugenio Cuello Calón.—"El nuevo Código Penal Español". Libro 2.º pág. 522.

contra el agresor o agresores, lo hacen en legítima defensa, ejecutando un acto lícito y sin caberles ninguna responsabilidad, aunque dieran muerte a uno de sus agresores.

La riña debe surgir entre dos o más personas, dice Carrara. Jurídicamente, para que haya riña se precisa la concurrencia de más de dos personas. Si la lucha fuere entre dos personas solamente, no habría riña en su sentido legal; y la muerte de uno de ellos sería imputable al otro combatiente, aplicándosele las reglas del homicidio común.

La última condición de la riña, es la que debe tener por causa un motivo de carácter privado. Las luchas de carácter político o social deben excluirse; así, una lucha producida por el alzamiento de varias personas contra los poderes públicos, por ejemplo, constituiría el delito de rebelión. Si la lucha surgiere de un ataque violento a una determinada autoridad, a una determinada clase social, no habría lucha legalmente habiendo, sino un delito de sedición.

Un elemento esencial en toda riña, es la existencia de la intención de reñir, el ánimo de luchar en los que en ella participan. El sujeto que interviene en una riña, con el propósito de ponerle fin, no tiene ninguna responsabilidad. Asimismo, el que se mezcla en la riña para defender a uno de los luchadores que está próximo a sucumbir, no es tampoco responsable.

El artículo 392 de nuestro Código Penal, se refiere al homicidio producido en riña o pelea. Dice en efecto:

Art. 392.—«Cometiéndose un homicidio en riña o pelea y no constando el autor de la muerte, pero si los que causaron lesiones graves al occiso, se impondrá a todos éstos la pena de presidio menor en su grado máximo. Si no se constata tampoco quienes causaron lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencias en su persona la de presidio menor en su grado medio.»

Para que tenga lugar la aplicación de este artículo, se requiere:

1.º *Que el homicidio se haya cometido en riña o pelea.* Si no ha habido riña, el homicidio quedará sujeto a las reglas del homicidio común. Con respecto a este requisito, nos atenderemos a lo que ya dijimos sobre la riña.

2.º *Que no conste quien haya sido el autor de la muerte.* Si se tiene conocimiento de quien fué el autor de la muerte, en un homicidio producido durante una riña o pelea, la responsabilidad deberá recaer sobre dicho autor, sin que tenga aplicación la disposición del artículo 392. Este artículo ha sido establecido con el fin de castigar la muerte cometida en

una riña, cuando no se conozca su autor, cuando fuere imposible castigar con la pena de homicidio al autor de este delito por ignorarse quien lo haya cometido.

En este caso, para guardar la pena que corresponda al homicidio cometido, la ley se pone en dos situaciones:

1.º—Castiga a los que causaron lesiones graves a la víctima. ¿Qué se entiende por lesiones graves? Según Pacheco, lesiones graves son los golpes, las heridas, el arrojar al suelo al ofendido, etc.

Nosotros tenemos una definición de lesiones graves en el artículo 397 del Código Penal, complementado por el artículo 398.

Son lesiones graves, conforme con estos artículos, las heridas, los golpes u otros maltratos de obra, el suministro de substancias o bebidas nocivas y el abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima, siempre que el ofendido quede demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme, enfermo o incapacitado para el trabajo por más de 30 días.

En consecuencia, para determinar en el cadáver de la víctima, cuales son las lesiones graves que se le infirieron, deberemos consultar el artículo 397 ya citado.

La pena que el artículo 392 inciso 1.º impone al autor de las lesiones graves es la inmediatamente inferior a la que se aplica al autor de un homicidio simple: presidio menor en su grado máximo (de tres años y un día a cinco años).

2.º Cuando no se haya dejado constancia en el proceso sobre el autor de las lesiones graves, la ley ha fijado otra pena menos rigurosa para los que hubieren ejercido violencias en la víctima. No sería justo dejar en la impunidad a los que sin causar la muerte al ofendido, intervinieron también en la riña, ejerciendo violencias sobre su persona. Y si no se ha logrado establecer quien fué el autor de la muerte o de las lesiones graves, hay fundadas sospechas para creer que los que ejercieron violencias en el ofendido, le han causado la muerte.

Acerca de lo que debemos entender por violencias, la opinión predominante es la que sostiene que las violencias no solo comprenden las lesiones menos graves, sino también todo género de vías de hecho ejercidas contra el ofendido. Y al autor de dichas violencias la ley impone la pena de presidio menor en su grado medio, esto es, de un año y un día a dos años.

El Proyecto de Código Penal de 1929, se refiere a la riña en su artículo 100, que dice: "Cuando en riña o pelea en que tomen parte más de dos personas resultare muerto o se causaren lesiones y no constare su autor, se impondrá a todos los que hubieren ejercido sobre la persona del ofendido actos de violencias que pudieran haber causado o concurrido a producir aquellos hechos, la pena de prisión en caso de muerte; la de prisión hasta 3 años si se causaren lesiones que alteren la integridad anatómica o funcional del organismo de un individuo o el que infringiendo a otro un daño en el cuerpo o en la salud de una persona la expusiere a perder la vida.



INDICE

	Página
INFORMES.....	3-5
BIBLIOGRAFIA.....	7

PRIMERA PARTE

Del homicidio en general.

CAPITULO I.— Condición legal del homicidio. Sus variedades.	9
CAPÍTULO II.— Definición.....	11
CAPÍTULO III.— Destrucción de una vida humana.....	14
PÁRRAFO I.—Sujeto pasivo del homicidio.....	14
1.—Existencia legal (art. 74 C.C.).....	14
2.—Existencia natural, aborto y feticidio	19
3.—Destrucción de un cadáver.....	23
4.—Destrucción de un monstruo.....	26
5.—Destrucción de un moribundo.....	28
PARRAFO II.—Destrucción de una vida humana.	31
1.—Relación entre el acto homicida y la muerte	31
2.—Prueba de la muerte.....	32
CAPÍTULO IV.— Voluntad de matar.....	33
PARRAFO I.— Dolo determinado y dolo indeterminado. ..	33
PARRAFO II.— Homicidio por error en la persona o por equivocación en el golpe.....	36
PARRAFO III.— Homicidio concausal.....	38
PARRAFO IV.—Homicidio preterintencional.....	42
PARRAFO V.— Homicidio culposo.	45
PÁRRAFO VI.— Homicidio por caso fortuito.	50
CAPITULO V.— La muerte debe ser injusta. Homicidio legítimo.	53
CAPÍTULO VI.— El homicidio debe ser producido por un hombre. 1.—Medios para su producción, a) materiales: por acción o por omisión. b) Morales.....	57

SEGUNDA PARTE

Homicidio simple y homicidio calificado.

	<u>Página</u>
CAPÍTULO I.— El homicidio simple y el calificado ante nuestro Código Penal. Sus penas.....	61
CAPÍTULO II.— Homicidio con alevosía.....	65
CAPÍTULO III.— Homicidio por precio o promesa remuneratoria,	71
CAPÍTULO IV.— Homicidio por medio de veneno.....	79
CAPÍTULO V.— Homicidio con ensañamiento,	89
CAPÍTULO VI.— Homicidio con premeditación conocida...	93

TERCERA PARTE

Homicidio en riña o pelea.....	101
--------------------------------	-----

"CURRICULUM VITÆ"

Maria Fernández Toledo, hija de don Miguel Fernández de la Jara y de doña Emilia Toledo de Fernández.

Cursó sus estudios completos de humanidades en el Liceo N.º 1 de Niñas de Valparaíso; y se graduó de Bachillera el año 1927.

Hizo sus estudios de Leyes en el "Curso Fiscal de Leyes" de Valparaíso.

Ha practicado sus estudios de Derecho, y trabaja actualmente en el Departamento de Habitación de Valparaíso.



FÉ DE ERRATAS

PÁGINA	LÍNEA	DICE	DEBE DECIR
12	17	Penado	Penada
25	30	Carófalo	Garófalo
27	22	Y este el	Y este es el
27	23	Taijeron	Taijetos
31	19	homicidio	homicida
45	31	el hecho de	el hecho en
45	36	sido provisto	sido prevista
49	30	ejecure	ejecutare
49	31	incurrieren una	incurrieren en una
50	5	debido a este	debidos a un
61	22	en sus grandes	en sus grados
62	6	Más, nos	Más, no nos
66	40	preditorio	proditorio
73	28	mandato	mandante
84	46	legación	legislación
79	1	Capítulo III	Capítulo IV
85	6	Bending	Binding
88	16	de este delito	en este delito
99	31	de la	la de
99	45	coautor	coautores

el tea, por el sistema y roles del del P.

