

La «complicidad correspectiva» en el ordenamiento penal venezolano: ni complicidad ni correspectiva

«Correspective complicity» in the Venezuelan criminal
system: neither complicity nor correlative

Ángel ZERPA APONTE

Resumen: El instituto de la «complicidad correspectiva», artículo 424 del Código Penal venezolano es una figura paradójica del ordenamiento penal. Atiende más a un problema procesal, probatorio, que impide la real determinación de una verdad: quién, de los muchos que acudieron a matar o lesionar, fue el real causante de la muerte o de la lesión, de víctima singular o de plurales víctimas. Paradójico, porque la respuesta escogida por el legislador es la disminución de la responsabilidad penal a nivel sancionatorio, de todos los que intervinieron. Bajo una premisa lógica, racional, conduciría a la pregunta del porqué tal disminución de aspiración sancionatoria del Estado, si más bien la pluralidad de intervinientes en procura de la muerte de otro o de su lesión les generaría eficiencia comisiva y restaría defendibilidad a la víctima frente a la pluralidad de intervinientes.

Palabras clave: Coautoría penal, escasas probatoria. Recibido: 27-03-24. Aprobado: 24-04-24.

Abstract: «Co-respective complicity», 424, Venezuelan Penal Code is a paradoxical matter at the penal system. It is a procedural, evidentiary problem, which prevents the real determination of truth: who, of the many who came to kill and/or injure, was the real cause of the death or injury, whether singular victim or multiple victims. Law chooses the reduction of criminal responsibility at the sanctioning

level, of all those who intervened. Under a logical, rational premise, it would lead to the question of why such a decrease in the sanctioning aspiration, if the plurality of interveners seeking the death of another or their injury. It would generate commissive efficiency and would reduce the defensibility of the victim having plurality of participants. **Keywords:** Criminal prosecution and lack of evidence.

La «complicidad correspectiva» en el ordenamiento penal venezolano: ni complicidad ni correspectiva

Ángel ZERPA APONTE*

Revista FCJP, ISSN 0798-4456, ISSN-e 3007-4436,
N.º 140, 2024, pp. 215-245.

La unión constituye la fuerza, tanto en el bien como en el mal...
pero son muy pocos los que suelen recordar la segunda parte.
Por ejemplo, los legisladores parece que la han olvidado¹.

... existe en esta materia, una transacción probatoria,
en virtud de la cual, ante la posibilidad de individualizar al autor,
se aplica a todas las personas que han intervenido en la perpetración
del homicidio... una pena que quiere ser intermedia entre la del autor
y la del cómplice... no se evita la injusticia, sino solamente
los extremos de la injusticia...²

SUMARIO: Introducción 1. Presentación de la problemática: complicidad correspectiva y presunción de inocencia 2. Referencia normativa vs. referencia doctrinaria 3. Justificación teleológica del instituto 4. Paradojas sancionatorias de la complicidad correspectiva 5. «Teoría del

* **Universidad Central de Venezuela** (Caracas-Venezuela), Profesor de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal. **Universidad de Glasgow** (Reino Unido), Magister. Ex Juez Superior Penal Titular en Caracas.

¹ Escipió SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, trad. P. DORADO (Madrid: La España Moderna, 1908), p. 7.

² Hernando GRISANTI AVELEDO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial* (Caracas: 3.ª, Mobil-Libros, 1988), pp. 98 y 99.

codominio funcional del hecho» y la complicidad correspectiva 6. ¿Hay complicidad en la complicidad correspectiva? 7. Algunos criterios jurisprudenciales. Conclusiones

Introducción

El instituto de la «complicidad correspectiva», artículo 424 del Código Penal venezolano³, es una figura paradójica del ordenamiento no solo nacional, sino internacionalmente. Ubicado en los códigos penales, atiende más a un problema procesal, probatorio, que impide la real determinación de una verdad: quién, de los muchos que acudieron a matar o lesionar, fue el real causante de la muerte o de la lesión, de víctima singular o de plurales víctimas. Paradójico, porque la respuesta escogida por el legislador es la disminución de la responsabilidad penal a nivel sancionatorio, de todos los que intervinieron. Bajo una premisa lógica, racional, conduciría a la pregunta del porqué tal disminución de aspiración sancionatoria del Estado, si más bien la pluralidad de intervinientes en procura de la muerte de otro o de su lesión les generaría eficiencia comisiva⁴ y restaría defendibilidad a la víctima frente a la pluralidad de intervinientes.

1. Presentación de la problemática: complicidad correspectiva y presunción de inocencia

Con la garantía constitucional de la presunción de inocencia, su desvirtuación –como derecho esencial de todos– solo se hará con pruebas.

³ Ley de reforma del Código Penal (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5763 extraordinario, del 13-04-05).

⁴ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, pp. 7 y 8, «Nadie duda de que si dos hombres reúnen sus energías para emprender un trabajo cualquiera, lo realizarán más fácilmente, más pronto y mejor que si aquel trabajo lo hubiera acometido uno solo de ellos (...) un fin que ha de realizarse, dada una acción que debe llevarse a cabo, puede, en tesis general, afirmarse que las probabilidades de que el primero se consiga y la segunda se ejecute crecen en proporción directa del número de las personas que concurren a aquel fin y a dicha acción».

En la complicidad correspectiva, precisamente, lo que falta es eso, pruebas, en contra de alguien por un hecho del que no estaba realmente –y demostrado con pruebas– apartado. Un hecho que, casi como un juego de palabras o una chanza, culpabilísticamente quiso hacer pero que «quizás» no hizo, porque la persona a la que se fue a matar o lesionar, ya estaba muerto o lesionado antes de haber actuado el que lo quería afectar... aunque fuese en milésimas de segundo. La eficiencia letal fue obtenida por otro que, en comunicabilidad de intereses *necandi*, todos propiciaban dicha muerte⁵.

Lo extraño y bizarro de la figura se ubica también en su necesaria comparación con la «coautoría perfecta» en homicidio o en lesiones personales, en hipótesis donde los plurales autores al unísono, ellos sí ejecutan la muerte de uno o de varios con eficiencia de complementación entre lo hecho por uno y el otro⁶. En esta última, la circunstancia los hace autores plurales de esa aflicción a las personas, sin rebaja de pena por indeterminación de pruebas, ya que la atribución del hecho lesivo es causalmente atribuible a la acción u omisión de los plurales agentes (por ejemplo, los que, al grito de 1, 2, 3, deciden lanzar a alguien desde la terraza de una vivienda, uno asiéndolo por las extremidades y el otro por el torso).

Por si lo extraño no terminare de acabar, surge también la necesaria comparación con respecto al llamado «homicidio concausal», en donde también, en principio, hay varios autores (a menos que la causa subsidiaria no fuere de origen humano), pero entre ellos no hay comunicabilidad alguna: el primero que intervino para matar, con toda la intención para

⁵ Ídem., «preciso es admitir que “la unión de los delincuentes constituye la fuerza en el delito”; o, lo que es igual, hay que admitir que “el delito en que intervienen varios delincuentes tiene más probabilidades (*caeteris paribus*) de ser ejecutado que el delito ideado y realizado por uno solo”. De donde resulta que el delito de varios delincuentes es más peligroso para la sociedad que el delito de un solo delincuente».

⁶ Ídem., «Dos asesinos que amenazan mi vida me ponen, evidentemente, en peores condiciones que si la amenaza proviniera de un solo asesino».

ello, su medio no era eficiente para agotar el delito, pero dejó su *iter criminis* en tal estadio, que fue de inmediato sustituido por otro, que sí ultimó a la víctima.

Por lo demás, la mencionada presunción de inocencia de origen constitucional debe tener su efecto en el *quantum* de la rebaja por la figura que nos ocupa, ya que su regulación asigna límites inferiores y superiores de pena. Entonces, si no hay determinación probatoria de la eficiencia lesiva, dicha garantía constitucional orienta a una rebaja extrema, dada la problemática constitucional que el instituto genera. Disertemos sobre ello.

2. Referencia normativa vs. referencia doctrinaria

Establece el Código Penal:

Artículo 424.- Cuando en la perpetración de la muerte o las lesiones han tomado parte varias personas y no pudiere descubrirse quién las causó, se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas de una tercera parte a la mitad.

No se aplicará esta rebaja de pena al cooperador inmediato del hecho⁷.

Lo primero a advertir es que el nombre con el que se conoce doctrinaria y jurisprudencialmente el instituto antes transcrito, «complicidad correspondiente», si se analiza la simple redacción de la norma, en realidad, no alude a lo que técnicamente, en el ordenamiento penal, es la «complicidad» —el

⁷ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 77, «¿se escriben acaso los Tratados de Derecho Penal para cretinos, hasta el punto de que haya necesidad de decir que, si un homicidio, que se castiga, supongamos, con treinta años de reclusión, es cometido por tres individuos, la pena no debe ser para cada uno de diez años, sino de treinta?».

llamado *contubernium* del viejo Derecho romano⁸—, como relación de participación en un delito, pero no de perpetración del mismo o, como se dice clásicamente, «realizar el verbo rector del tipo». El cómplice realiza una actuación subsidiaria, de colaboración, con el autor material que ejecuta la aflicción del bien jurídico protegido por el ilícito y ello al margen que en cuerpos de ilicitud penal colateral venezolanos, existan formas un tanto extrañas de la complicidad. La versión clásica de la misma surge del Código Penal:

Artículo 84.- Incurrir en la pena correspondiente al respectivo hecho punible, rebajada por mitad, los que en él hayan participado de cualquiera de los siguientes modos:

1. Excitando o reforzando la resolución de perpetrarlo o prometiendo asistencia y ayuda para después de cometido.
2. Dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo.
3. Facilitando la perpetración del hecho o prestando asistencia o auxilio para que se realice, antes de su ejecución o durante ella...

Como se evidencia, si los cómplices penales actúan o «para después» de cometido el hecho, o facilitando, asistiendo o auxiliando para la realización del mismo, pero no «ejecutando» dicho hecho punible (siguiendo la redacción del artículo 83 del Código Penal que define, entre otros, al autor), lejos estarían de llamarse cómplices los que, a decir del citado artículo 424 del Código Penal arriba transcrito, «toman parte», «en la perpetración de la muerte o las lesiones».

Dicho sin rodeos, los responsables de matar o lesionar en «complicidad correspondiente» —como los llama la doctrina y la jurisprudencia—, en realidad, en la perspectiva dogmática, son autores materiales, uno perfecto,

⁸ Aun cuando en el Derecho romano no respondía de homicidio más que aquel a cuya acción debía atribuirse el evento.

y el o los otros, imperfectos⁹. Pero la inidoneidad de la acción de los imperfectos no es porque se vea frustrada dicha acción, interrumpida para evitar su perfeccionamiento por causa externa, entre ella la humana, asumida por otro para impedir su consumación; o que dicha acción se vio tentada por la inviabilidad esencial del medio afflictivo (tomando la distinción entre frustración y tentativa de nuestro ordenamiento, en artículos 80 y 82 del Código Penal). No, no es un problema de *iter criminis*. El asunto es la exigida incolumidad¹⁰ del bien jurídico que espera ser cambiado o afligido por el delito. La vitalidad o integridad corporal de la víctima afligida por ese hecho ya no existe como tal, es decir, ya no es incólume, ya está dañado, ya está lesionado. Y lo está causalmente por quien se avino con otro para, entre ambos, hacerlo al mismo tiempo, en unidad de hecho o de acción¹¹. Pero hay un pequeño detalle: el otro se anticipó en la aflicción, con el consiguiente problema de que la causalidad de uno como causante, o la casualidad que el otro no haya sido, en nada se puede demostrar en el proceso con pruebas. Es decir, salimos de

⁹ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 9, «... el delito de varios delinquentes es más peligroso que el delito de uno solo, claro está que la sociedad deberá oponer al delito de varios delinquentes una defensa más enérgica que la que opone al delito de un solo delincuente. ¿Han aplicado este principio los legisladores y los cultivadores de la ciencia penal? Hasta el presente solo lo han aplicado en (...) una mínima parte».

¹⁰ El llamado «derecho a la incolumidad corporal o personal» es el «Derecho a estar o permanecer sano, sin lesión ni menoscabo o sin lesiones o menoscabos de los que ya se sufran». Vid. *Diccionario panhispánico del español jurídico*, <https://dpej.rae.es/lema/derecho-a-la-incolumidad-corporal-o-personal#:~:text=Pen.,los%20que%20ya%20se%20sufran>.

¹¹ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 9, «El fenómeno de la unión o de la asociación de los delinquentes adquiere, como todos los fenómenos, diferentes grados de intensidad, recorriendo en sus varias manifestaciones una especie de trayectoria, a un extremo de la cual está su forma más sencilla, y al otro extremo la forma más compleja. Desde la simple connivencia de un autor con su cómplice, hasta la reunión de varios coautores o varios cómplices; desde la sociedad criminal formada para cometer un solo delito, hasta la asociación de malhechores formada con el fin de cometer, no un solo delito, sino toda una serie de ellos».

un tema de incolumidad del bien jurídico afligido por delito, tema formal-dogmático este, a un tema en la otra banda, probatorio, de práctica forense.

La justificación de la sanción por este hecho tan imposible de demostrar, siquiera es porque la culpabilidad fuera culposa, por un actuar negligente o imprudente, ya que hubo efectivamente intención y acción, querer y hacer. Por cierto, un querer o hacer no para hacer menor el daño, preterintencionalmente, sino para lograr el querido resultado último –matar así a ese, o lesionar así a ese–, en dolo directo.

Razón por la cual asumir que lo que justificare la sanción fue la ejecutada intención de «poner en peligro» el bien jurídico, se queda corto, puesto que no solo hubo tal puesta en peligro del bien, sino que se ejecutó una acción u omisión conducente al deseado resultado, por cierto, obtenido, pero no individualizado en origen. Este corolario, este resultado, ciertamente es demostrable con pruebas idóneas, necesarias, lícitas y pertinentes, no cuestionables; pero pruebas estas también impertinentes e inidóneas, *ergo*, no fiables, para demostrar la perfecta relación de causa-efecto-atribución de un agente solo. Las pruebas más bien demuestran plurales agentes y que todos pudieron ser eficientes, pero la causa físico-químico-biológica de la aflicción es, en el mundo de las realidades, solo una.

Por ejemplo, todos los proyectiles eyectados cuyas conchas se hallan en el piso provinieron de armas similares blandidas por todos, pero el solitario disparo en la aorta es la causa indudable de la muerte y es imposible demostrar¹² de cuál de las varias armas en manos de muchos fue el disparado. Ello afecta el entendimiento natural de las cosas, porque no se

¹² «En la actualidad, el supuesto de hecho de la complicidad correspectiva o correlativa es de difícil e infrecuente actualización, en virtud de los progresos de la Criminalística o Policía Científica», GRISANTI AVELEDO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, p. 98.

puede matar a quien ya está muerto o lesionar al que, de esa lesión querida por todos, ya se efectuó.

Conforme al Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas¹³, el actual artículo 424 del Código Penal (2005) ingresó a nuestro ordenamiento en el ahora derogado artículo 385 del Código Penal de 1897, por vía del artículo 378 del italiano *Codice ZANARDELLI* de 1889:

*Quando piú persone prendano parte alla esecuzione di alcuno dei delitti preveduti negli articoli (...) e non si conosca l'autore dell'omicidio o della lesione, ese soggiacciono tutte alle pene rispettivamente stabilite diminuite da un terzo alla metà (...) Questa diminuzione di pena non si applica al cooperatore immediato del fatto*¹⁴.

Frente a la figura, GRISANTI AVELEDO, en su insustituible *Manual* afirma: «... no es menester que haya concierto previo entre las personas que han tomado parte en la comisión del homicidio o de las lesiones; pero, en cambio, sí es preciso que, entre tales personas, haya acuerdo de voluntades»¹⁵.

Ante ello, como lo afirmaba allá en 1929, el uruguayo IRURETA GOYENA, «... la distinción entre concierto previo y acuerdo de voluntades es sutil. El concierto previo supone la premeditación; en cambio, el acuerdo de voluntades puede ser instantáneo, inmediatamente anterior a la consumación del

¹³ *Código Penal venezolano comentado* (Caracas: UCV, 1983), t. IV, *passim*.

¹⁴ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 35, «Los principios (...) como el Derecho romano regula el instituto de la complicidad son: en primer lugar, que debe atenderse, no a la participación material que cada individuo haya tenido en un delito, sino a su intención; y segundo, que los varios participantes en un delito, además de la propia responsabilidad personal, tienen una, responsabilidad colectiva, procedente del solo hecho de haberse reunido para cometer un determinado delito».

¹⁵ GRISANTI AVELEDO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, p. 98.

homicidio o de las lesiones»¹⁶. Esta última distinción es esencial para diferenciar a la complicidad corresponsiva del artículo 424 del Código Penal con respecto al homicidio concausal, del artículo 408 del Código, en el cual no hay ningún avenimiento previo, artículo este que parcialmente se transcribe:

... cuando la muerte no se hubiere efectuado sin el concurso de circunstancias preexistentes desconocidas del culpado, o de causas imprevistas que no han dependido de su hecho, la pena será de...

Por otra parte, interesante es la acotación que hace el maestro GRISANTI AVELEDO frente al problema de la indeterminación probatoria en la complicidad corresponsiva, «Si solo se desconoce el nombre (...) del autor, pero éste puede ser identificado (...) por sus características fisonómicas, no se aplica la norma»¹⁷. Ya advertía a comienzos del siglo XX, el tantas veces citado en ese ensayo, el positivista jurista italiano SIGHELE, que la también llamada complicidad correlativa, es una «... extraña forma de complicidad, que un ingenioso amigo mío definía acertadamente como “el juego de la lotería aplicado a la justicia penal”»¹⁸.

3. Justificación teleológica del instituto

Ahora bien, ya sabiendo que el origen de la complicidad corresponsiva —*corrispettiva*, en italiano— proviene de su incorporación en el Código Penal por vía de su copia del italiano, decimonónico y ministerial Código ZANARDELLI, en la «exposición de motivos» de este, denominada «Relación ministerial, II, 318», se justificaba su sanción en lo siguiente:

Cuando varias personas participan en un homicidio o en una lesión personal con anterior y manifiesto acuerdo y se conoce quién

¹⁶ JOSÉ IRURETA GOYENA, *Conferencias orales: El delito del hurto. El delito de homicidio. Delitos de falsificación documentaria y estafa* (Montevideo: La Ley, 2012), p. 454.

¹⁷ GRISANTI AVELEDO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, p. 98.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 199.

de entre los varios agresores ha ocasionado la herida por virtud de la cual el agredido muere o resulta lesionado en su cuerpo, debe responder principalmente el autor del golpe, y los otros responderán como co-reos o como cómplices, según el grado de su participación criminosa. Pero (...) a veces puede ocurrir, y precisamente en los casos surgidos de improviso, que no resulte de un acuerdo preestablecido ni se conozca al verdadero autor de la muerte o de la lesión, para estos casos es necesario determinar cuál sea la responsabilidad de los que han tornado parte en el hecho. Para esto sirve precisamente la teoría de la complicidad correlativa (...) y limitarse a establecer la imputación de cómplices en aquellos que son reconocidos al menos como tales. No puede ponerse en duda que todos los que toman parte en el hecho criminoso son culpables, pero se ignora quién sea verdaderamente el ejecutor inmediato de la muerte o de la lesión; por lo que sería injusto y exorbitante equipararlos en la responsabilidad máxima de los co-reos. Hay, pues, que renunciar a lo desconocido por lo conocido y aceptar la impunidad relativa de los reos principales, para conseguir la punición segura de los mismos como reos secundarios, aplicando a todos los que toman parte en el hecho una pena casi correspondiente a la de los cómplices. Lo cual no podría lograrse con las normas y los principios generales acerca de la participación, por ignorarse quién sea el autor principal y cuál la obra particular de cada uno; por eso es necesaria una disposición expresa para el caso¹⁹.

En la propia argumentación zanardelliana del porqué se incorpora la complicidad correspectiva en el ámbito penal, se explicaría buena parte del asunto, *su ratio legis*²⁰:

¹⁹ Trascrito en SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, pp. 200-201.

²⁰ En realidad no afirma que la norma copiada del XIX italiano al XXI que nos cobija no deriva injusticias desfavorables a los culpables y que, por lo demás, paradójicamente, la única injusticia que se comete les favorece, ya que no pudiéndose

La primera respuesta sancionatoria frente a una muerte o lesión con intención, realizada por plurales agentes, es responsabilizarlos a todos como coautores, con la pena individualizada que en su relación con la víctima o con el tipo de comisión efectuada, se derive normativamente, no habiendo ninguna duda alguna sobre dicha comisión y su participación²¹, con pruebas. El que ayudó a agenciar el homicidio o la lesión, pero sin perpetrarlo, es cómplice, simple y llano (artículo 84 del Código Penal) y dependiendo de su ayuda será considerado necesario o no, a los efectos de imponerle la misma pena del autor a los primeros, o rebajar a los segundos. Dicho en otras palabras, no engolosinarse a asumir que toda pluralidad homicida o lesionante es a título de complicidad correlativa.

Que la verdadera hipótesis de la complicidad correspectiva es el franco desconocimiento del «verdadero autor de la muerte o de la lesión», y sin tener ninguna duda, «que todos los que toman parte en el hecho criminoso son culpables», sin saberse «el ejecutor inmediato de la muerte o de la lesión», «... por lo que sería injusto y exorbitante equipararlos en la responsabilidad máxima de los co-reos». Es decir, es un tema de *aequitas*, como decían los romanos, de equidad, siguiendo la exigencia de tutela judicial equitativa plasmada en el artículo 26 constitucional²².

descubrir el autor, ni, por lo tanto, castigarlo ;se le castiga solamente con la pena de cómplice! Y no se diga, como lo hace ZANARDELLI en su «Relación», que «en ciertos casos se trata únicamente de renunciar a lo desconocido por lo conocido», pues precisamente lo que provee el artículo es a lo desconocido, siendo que cualquiera diría que en perjuicio de los culpables se cometen injusticias.

²¹ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 73, «Dos hombres pueden haber dado a otro hombre dos puñaladas idénticas con intención idéntica (de matarlo o de herirlo), pero si yo no aprecio el por qué (sic) cada uno de ellos ha dado la puñalada, no puedo ni debo sentenciar que ambos son igualmente responsables. Puede uno haber acometido por odio, el otro por venganza, y un tercero por un sentimiento menos reprochable».

²² *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5908 extraordinario, del 19-02-09.

Asumir la existencia de una especie de reglamento unívoco para encontrar todas las fórmulas de participación plural en homicidio o lesión, aun o por la necesidad de respetar el principio de legalidad, la tipicidad, es una tarea imposible, por la díscola condición humana, pero fundamentalmente por la problemática probatoria, de demostración del hecho. Pero nótese que, en el caso de la complicidad correspectiva, la duda probatoria ya no es en el ámbito de lo aparentemente más difícil de demostrar, la culpabilidad, el yo interno del agente, «el nexo psíquico que se establece entre el autor y el hecho», sino que, antes bien, la dificultad es la probanza de lo objetivo, de la causación, la atribuibilidad directa de la aflicción a una actuación. Ya lo decía SIGHELE, en 1909:

... es inútil que la ciencia o la ley se figuren que pueden imaginarse tantas hipótesis de participación en el delito cuantas se dan en la realidad, y que se hagan la ilusión de que a cada una de ellas pueden hacer corresponder la pena proporcionada. Ya pueden hacer todas las hipótesis que quieran, que ni una sola de ellas se adaptará bien al caso especial; lo mismo que un sastre (...) puede fabricar los miles de trajes que tenga por conveniente, en la seguridad de que no encontrará un hombre a quien le siente bien ninguno de ellos. La verdad es que, para medir el grado de punibilidad de un delincuente, no hay necesidad de atender únicamente a la participación que haya tenido en el delito, sino más bien a la índole que con sus actos ha mostrado tener el delincuente...²³.

Empero lo anterior, es innegable que la respuesta sancionatoria que se deriva del artículo 424 del Código Penal, la complicidad correspectiva, puede conducir a críticas en las que se afirme el golpe a los criterios de justicia y de proporcionalidad de la pena por el delito, que se deriva de tal fórmula legislativa. Por ejemplo, se afirma que al delincuente se le castiga

²³ SIGHELE, *La teoría positiva de la complicidad*, p. 97.

con arreglo al «tanto de mal que haya hecho» y que «la pena debe ser una reacción justa y proporcionada al delito cometido», frases comunes que se leen en la dogmática penal.

Por otra parte, es obvio que en el juicio penal resulta vital la demostración adecuada de la forma de intervención del inculcado en el delito atribuido, como presupuesto para acreditar su responsabilidad penal. Con la complicidad correspectiva, ¿se está castigando de un modo justo y exacto? O ello no importa, castíguese igual, ya que el legislador tiene necesidad de una víctima expiatoria reconociendo la eventual inhabilidad del Estado, en ciertos casos, para demostrar individualización de responsabilidades en homicidio o en lesiones. El artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal²⁴ supera la concepción constitucional de la presunción de inocencia establecida en el artículo 49.2 de la Constitución, siendo la norma del Código más instrumental: «Presunción de inocencia. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme».

Ante ello, la Ley adjetiva instruye que en el proceso penal no solo se debe demostrar el aspecto objetivo del delito, la causación, sino fundamentalmente su aspecto subjetivo, la culpabilidad. Precisamente, de esto último es lo que abunda en la figura de la complicidad correspectiva: No hay duda que la intención, la culpabilidad, de todos los que intervinieron, era la de matar o lesionar, y así actuaron, pero lo que escasea, nada menos, es la prueba de la eficiencia personal de su hacer, y la aflicción demostrada del bien, vida o integridad corporal, muestra que tal daño solo se causó con un actuar individual, y muchos actuaron.

²⁴ Ley Orgánica de reforma del Código Orgánico Procesal Penal (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6644 extraordinario, del 17-09-21).

4. Paradojas sancionatorias de la complicidad correspectiva

La pena de los cómplices correlativos no es pura y simplemente la de la complicidad no necesaria. En efecto, según el artículo 424 del Código Penal, la pena de los cómplices correlativos es la que se establece para los autores, disminuida de un tercio a la mitad; mientras que en el artículo 84 del Código Penal, la pena de los cómplices no necesarios es la establecida para los autores, disminuida en la mitad. Se trata, pues, de una especie de «pena extraordinaria»²⁵. Se percibe a las claras que con la complicidad correlativa se hace una transacción sancionatoria²⁶: como sería muy injusto o inequitativo sancionar a quien, queriendo matar, procura esa muerte, pero naturalmente ya no podría hacerlo porque su víctima ya está muerta, también sería inequitativo dejar de sancionarlo si existe la duda insuperable de que dicho resultado no le es atribuible, pero también hay prueba de que perpetró.

Lo malo de la fórmula es el descalabro que se hace no solo en la llamada función de prevención general de la pena para que la sociedad se abstenga de realizar conductas tan disvaliosas porque le espera sanción al que así actúe, sino también en la percepción frente al ente público que le corresponda la investigación y demostración de los hechos punibles, tendiendo a relajar la labor criminalística, ya que al final del camino, con solamente probar presencia de los plurales agentes, no solo es que serán castigados copiosamente (aunque con *quantum* menor que por el delito agotado), pero no solo a uno, sino a muchos.

Una suerte de control social aleatorio o eventual, por cierto, nada virtual sino bien inclemente. Es decir, si hay una dificultad insuperable para

²⁵ TSJ/SCP, sent. N.º 26, de 20-06-11, www.tsj.gob.ve, la Sala de Casación Penal, afirmaba «... constituye una fórmula adecuada y pertinente para aquellos casos en los cuales no se ha podido individualizar quién o quiénes son los sujetos que han ejecutado la acción, cuando en el hecho concurren una pluralidad de personas».

²⁶ GRISANTI AVELEDO, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, p. 98, refiriendo a ALIMENA y MANZINI.

determinar quién sea el autor del hecho, con mayor razón será insuperable la dificultad para comprobar el verdadero grado de participación de varios cómplices. Se legisló —como lo afirmó ZANARDELLI, copiado al calco en el Código Penal venezolano— sobre lo desconocido, estableciendo una pena que el legislador mismo reconoce *a priori*, injusta. Castigarlos a todos, que la justicia (si la hay) elegirá a los suyos.

Por otra parte, hagamos un ejercicio de ficción legal. Imaginémos un Código Penal sin su artículo 424, ¿podrían castigarse como partícipes a los llamados cómplices correlativos cuando se ignore quién es el autor principal?; ¿acaso no puede aplicarse el artículo 84 del Código Penal, sino cuando es conocido el autor principal del delito? No hay disposición legal que así lo diga, de donde resulta que los llamados cómplices correlativos encontrarían siempre su punición, aun no existiendo el artículo 424.

Ahora bien, para demostrar qué partícipes han tomado parte en la ejecución de un delito, hay que demostrar que ha existido un acto de complicidad, cualquiera de las prolíficas hipótesis del transcrito artículo 84, con lo cual será inevitable la punición de los culpables con arreglo a este artículo, sin ninguna necesidad del artículo 424. El perpetrador principal será castigado también como cómplice, pero esto será una necesidad, por cuanto con respecto a él no se ha conseguido más prueba que la de la cooperación secundaria. Y los cómplices, en vez de ser castigados con una pena extraordinaria, lo serán con la pena ordinaria sancionada por el legislador para las varias hipótesis del concurso de personas en el delito. Con ello se ganaría una dogmática lógica y a la imposibilidad de conseguir prueba no se le aúna la impericia del juez, y las pocas felices disposiciones de ley.

En otro sentido, el hecho demarcado en la complicidad correspectiva no ilustra si el mismo es repentino o premeditado, error común este a todas las disposiciones del Código relativas a los delitos cometidos por varias

personas. La diferencia entre la complicidad premeditada y la improvisada es a veces grandísima y siempre digna de ser notada. La diferencia más sutil sería que en los hechos imprevistos, repentinos, realizados por varias personas, no siempre puede hablarse de complicidad. No porque algunos individuos tomen parte en un delito ha de decirse que sean necesariamente cómplices. Serán siempre responsables todos, si todos han tomado parte en el hecho, pero no serán siempre todos cómplices. Lo que verdaderamente constituye la complicidad es el acuerdo entre las voluntades particulares de varios individuos, la fusión de sus intenciones.

Ahora bien, este acuerdo no es necesario que sea siempre anterior al delito. Puede nacer aún en los delitos de ímpetu. Para establecer la complicidad, basta con una palabra, y a veces, con un simple acto. Si Fulano tira un golpe de imprevisto a Zutano, que lo ha provocado, y Perencejo, que está con él, lo ayuda también para el homicidio, teniendo a la víctima o hiriéndola también él, es evidente que el solo acto de Perencejo lo crea y lo afirma cómplice de Fulano. Las dos voluntades, como las dos acciones, se han fundido en un instante, y el delito es el resultado de su asociación improvisada.

Pero puede también ocurrir que varias personas tomen parte en un hecho, sin que entre ellas haya intervenido ningún acuerdo, premeditado ni repentino. Supóngase el ejemplo más común, el de unas lesiones o un homicidio ocurrido en una manifestación pública. Varios individuos tiran piedras contra una casa, una persona queda herida o muerta, no se sabe quién la ha herido o matado, pero se sabe que las piedras las tiraron tres, cuatro, diez personas. Según el Código, esta sería la hipótesis de la complicidad correlativa.

Pero ¿dónde está la complicidad, es decir, el acuerdo, si estas personas vinieron por distintas calles, sin conocerse, y tiraron las piedras acaso movidas todas ellas por un fin análogo (acaso también, y con más

probabilidad, por un fin distinto), pero sin comunicárselo, sin saber la una de la otra, sin apercibirse de ser solidarias y de realizar una acción idéntica? En tales casos, no debería hablarse de complicidad, sino de responsabilidad correlativa: los que tiraron las piedras no puede decirse que hayan, ni «excitado o reforzado la resolución de cometer el delito, ni prometido asistencia o ayuda para después, ni dado instrucciones o suministrado medios, ni facilitado la ejecución prestando asistencia o auxilio antes o durante el hecho».

5. «Teoría del codominio funcional del hecho» y la complicidad corresponsiva

Las consecuencias jurídicas de la complicidad corresponsiva ya se han desarrollado en demasía aquí: se ha de aplicar a todas las personas que han participado en la perpetración del homicidio o de las lesiones, la misma pena, siendo tal pena la correspondiente al delito cometido, disminuido de una tercera parte a la mitad. Sin embargo, la complejidad del tema de la autoría y participación –sin duda uno de los más complicados de la dogmática penal– ha propiciado que, en las resoluciones judiciales, tratándose del concurso de personas en el delito, se dificulte en algunos casos, la correcta precisión de la forma de intervención del inculpado, particularmente cuando se sanciona o procesa a un individuo como coautor, cuando en realidad debió haber sido sancionado como cómplice.

Es lo que algunos denominan la «teoría del codominio funcional del hecho», predominante en la doctrina jurídico penal contemporánea, como criterio de distinción entre los distintos supuestos de coautoría y complicidad ejecutivas. Conforme al artículo 83 del Código Penal, son coautores de un delito los que lo realicen conjuntamente.

Ahora bien, desde finales del siglo xx, la dogmática abordó el problema de la coautoría, a partir de la aplicación de la teoría del «codominio funcional del hecho necesario y esencial para la realización del delito»

establecida con base en «la teoría de dominio del hecho», desarrollada de mera preponderante por WELZEL y ROXIN²⁷. Según dicha teoría, los partícipes son responsables en igualdad de condiciones cuando varias personas, en consenso, mediante un plan común acordado, antes o durante la perpetración del suceso y, en codominio funcional del hecho punible, se dividen las acciones para lograr su ejecución, al evidenciarse una aportación segmentada, adecuada y esencial al hecho, aunque formalmente no sea considerada como parte de la acción típica.

La coautoría exige que los intervinientes se vinculen recíprocamente mediante un acuerdo en común para realizar el hecho (decisión de acción conjuntamente resuelta por todos, codominio funcional del hecho), en el que cada uno de ellos tenga un cometido parcial necesario para la totalidad del plan, que les haga aparecer como titulares de la responsabilidad por la ejecución del hecho. El acuerdo, puede ser previo o concomitante y es precisamente esta decisión común lo que determina la cooperación consciente y querida que exige la coautoría para que la responsabilidad gravite sobre todos los intervinientes²⁸. Por tanto, la existencia del acuerdo previo, expreso o tácito, para producir el resultado típico, implica una participación consciente y voluntaria de los coautores, es decir, la existencia de una acción de índole dolosa que consiste en conocer y querer la realización del tipo objetivo de un delito, toda vez que tal

²⁷ Entre otras de WELZEL, citado en Claus ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons, 2000), pp. 311 y 312; y Claus ROXIN, «Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión», en *Estado de la autoría del delito* (Madrid: Cívitas, 2000), pp. 162 y 163.

²⁸ Bajo esa perspectiva, Hans WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte general* (Santiago: 11.ª, Editorial Jurídica de Chile, 1993), p. 129, establece que tratándose de coautoría se requiere una decisión común al hecho, es decir un acuerdo recíproco, expreso o tácito, junto a la perpetración común de este. A ese tenor, Günter JACOBBS, *Derecho Penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación* (Madrid: 2.ª, Marcial Pons, 1997), pp. 745 y 746, sostiene claramente al hablar de coautoría, que resulta indispensable la decisión común del hecho, entendida como el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares.

figura requiere necesariamente la demostración que el sujeto activo, tenga conocimiento de los elementos objetivos y normativos del tipo penal y quiere la realización del hecho descrito por la ley (dolo).

El aspecto decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen dos o más personas que, en virtud del reparto funcional de tareas (principio de división del trabajo), asumen por igual la responsabilidad de su realización, de tal manera que las distintas contribuciones deben considerarse, por consiguiente, como un todo, y el resultado total debe atribuirse a cada autor (principio de imputación recíproca de las contribuciones)²⁹.

Consecuentemente, en la coautoría ejecutiva es necesario, además del acuerdo previo de voluntades, que se contribuya de algún modo en la realización del delito, de tal modo que dicha contribución pueda estimarse, de acuerdo al plan común, como un eslabón indispensable de todo el acontecer delictivo. En ese contexto, es de suma importancia establecer que la teoría del codominio funcional del hecho parte de una contemplación de la contribución del interviniente, anterior a la comisión del delito, de tal suerte que, si con antelación a este la aportación aparece como esencial, el sujeto tendrá el dominio del hecho, aunque con posterioridad a su ejecución pueda apreciarse que dicha contribución no haya resultado indispensable³⁰. Así, los dos requisitos indispensables para la acreditación de la coautoría ejecutiva, de acuerdo a la teoría del «codominio funcional del hecho», están representados por:

²⁹ Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general* (Buenos Aires: 7.^a, Editorial B de F, 2005), p. 390.

³⁰ José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español III/2. Parte general. Teoría jurídica del delito* (Madrid: Tecnos, 2001), p. 4. Allí habla de una contemplación, *ex ante* de la contribución del sujeto a la comisión del delito, así como *ex post* a su ejecución; expresiones frente a las cuales preferimos utilizar los vocablos «anterior a la comisión del delito» y «posterior a su ejecución».

- i. Una decisión común al hecho, que implique, con anterioridad al delito, la realización conjunta del evento delictivo a través de aportaciones de carácter esencial;
- ii. La realización común del hecho, a través de la concreción del tipo penal o de actos no ejecutivos de este.

Al tenor de las consideraciones precedentes, se puede concluir que para que se actualice la coautoría ejecutiva, de acuerdo a la teoría del codominio del hecho funcional, por ejemplo, en el delito de homicidio, deben actualizarse los siguientes supuestos:

- a. Un acuerdo previo, expreso o tácito, para cometer el delito, es decir, plena conciencia de la cooperación esencial del sujeto en la obra conjunta representada previamente y querida (codominio funcional del hecho);
- b. La actuación de varios sujetos en la realización de la conducta típica, a través de actos ejecutivos pertenecientes al tipo penal o al hecho delictivo;
- c. La intervención dolosa (consciente y voluntaria) de los coautores, porque el acuerdo de voluntades implica conocer y querer el resultado típico (*animus auctoris*);
- d. La existencia del resultado material (muerte del sujeto pasivo);
- e. La demostración de un nexo causal entre la conducta y el resultado mortal conjunto.

6. ¿Hay complicidad en la complicidad corresponsiva?

Ahora bien, con respecto a la complicidad, en términos generales, es partícipe de la comisión de un delito, quien contribuye al resultado típico sin ejecutar la acción descrita por la norma penal. Nos referimos a aquellas personas que, sin tener el codominio del hecho funcional, ayudan de manera indirecta a otras a cometer un delito, ya sea a través

de actos, preparatorios, ejecutivos o posteriores a la realización del evento delictivo. Dentro del rubro de partícipes encontramos a la complicidad. La figura del cómplice aparece en todos los ordenamientos jurídicos, aunque con distintos matices. En este sentido, gran parte de la doctrina establece que es posible efectuar la diferencia, de acuerdo a la importancia del aporte del cómplice a favor de la realización del hecho, entre cómplices primarios o necesarios y secundarios o no necesarios. Mientras los primeros coadyuvan intencionalmente de un modo principal y directo en la ejecución del hecho criminal, de tal manera que sin su aportación no habría podido perpetrarse el delito, los segundos únicamente cooperan de manera secundaria e indirecta en la ejecución de este³¹.

Todas estas consideraciones tienen su expresión desde hace no poco tiempo en la jurisprudencia patria. Por ejemplo, en sentencia de 1955, la entonces Corte Suprema de Justicia señaló que en la complicidad correspectiva hay «... incertidumbre en lo que atañe a la relación causal entre el hecho y la persona sujeto activo del mismo. Para que se pueda establecer la existencia de la figura jurídica, es menester que se ignore quien fue el autor del hecho punible, porque si se afirma (...) que los autores del hecho son personas determinadas e identificadas, la figura (...) desaparece y no puede ser aplicada»³², criterio este que desconcierta la figura, ya que ciertamente el tema no es de identificación civil del autor, sino de indeterminación probatoria si su actuación fue la eficiente para matar dentro de todas las conjuntas perpetraciones de varios hacia ese fin, en la misma acción.

Más precisa fue dicha Corte en fallo de 1957, definiendo perfectamente la hipótesis y problemática del instituto, cuando habla de factores de la correlatividad, en el sentido que:

³¹ Carlos FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Introducción y parte general* (Buenos Aires: 16.^a, Abeledo-Perrot, 1998), p. 430.

³² CSJ, sent. de 15-04-1955, *Gaceta Federal* 8, vol. III (2.^a etapa), p. 23.

... es menester la concurrencia de dos factores: prueba de que varias personas han tomado parte en la perpetración (...) y constancia de que no puede descubrirse quien la causó (...) el juez debe determinar en la parte motiva del fallo la comprobación no solo de que los enjuiciados estuvieron presentes durante el suceso sino que entre ellos hubo acuerdo de voluntades, así fuere momentáneamente en el momento de la perpetración, y de la colaboración efectiva, en cualquier forma, en la perpetración del hecho, por parte de ellos³³.

Por su parte, la extinta Corte Federal y de Casación, en fallo de 1944, fue del criterio que «... el artículo aplicado (...) supone no conocerse quiénes son los ejecutores o los cooperadores inmediatos del hecho delictuoso (...) sin poderse aseverar quien (...) dio la puñalada que causó la muerte»³⁴.

Lo anterior incorpora un tema interesante que trasciende al simple juego de palabras: perfectamente podría hablarse de complicidad en la complicidad correspectiva. Expliquemos: puede ser que a los muchos que perpetraron el homicidio o la lesión personal, de la que no se puede determinar quién de ellos efectivamente fue el que la causó, a su vez, ellos en su totalidad, o uno de forma individual, fue ayudado personalmente por alguien, un cómplice, para la realización de su plural hecho contra las personas. Este auxiliante no podría ser responsable de complicidad correlativa porque no perpetró el hecho del que, inclusive hay duda de autoría, pero sí fue eficiente en colaborar para que ese hecho se diera (por ejemplo, suministró información, resguardó previamente al perpetrador, como modalidades no necesarias de esa complicidad; o prestó el arma homicida, como modalidad necesaria de esa complicidad no correspectiva). A dicho cómplice no correlativo se le traslada la base sancionatoria

³³ CSJ, sent. de 02-08-1957, *Gaceta Federal* 17 (2.ª etapa), p. 140.

³⁴ Corte Federal y de Casación, sent. de 14-08-1944, *Gaceta Federal* t. II, p. 222.

imponible del cómplice correspectivo, rebajándose a tal sanción el *quantum* descrito en el artículo 84 del Código Penal, una mitad, si su complicidad no fue necesaria, o manteniéndosele la misma pena del cómplice correspectivo si su complicidad fue necesaria de aquella (por ejemplo, el que le alquiló o le prestó las armas, a todos los que dispararon).

Con ellos, se reafirma la postura de que la perpetración puede ser inacabada, por ejemplo, en el caso del delito imperfecto (tentativa o frustración), lo cual no es el caso que nos ocupa, porque ciertamente hubo un homicidio o una lesión; pero que la participación, la real complicidad de auxilio y no de perpetración, debe ser eficiente, agotada, no admitiéndosele modalidad imperfecta. De más está decir que la negativa a esta rebaja de pena, dizque por el *in fine* del artículo 424, «no se aplicará esta rebaja de pena al cooperador inmediato del hecho», no es la disposición que la impediría, toda vez que debe distinguirse entre «cooperador inmediato del hecho» y el cómplice del hecho. Aquel está en el hecho, físicamente en la acción, aunque sin perpetrarla, pero cooperándola de forma inmediata, por ejemplo, sujetando a la víctima, mientras que el cómplice no correspectivo no estaría en el hecho pero si lo ayuda, de forma necesaria o no.

7. Algunos criterios jurisprudenciales

Por cierto que la incertidumbre también con respecto a la cooperación del cooperador inmediato del homicidio o de la lesión de hechura plural, lo reseña también la mencionada Corte Suprema de Justicia, hoy extinta, en fallos tales como el N.º 939/1993, ya que a su decir: «... el artículo (...) presupone la indeterminación o desconocimiento del autor o cooperador inmediato del hecho, cuando a la perpetración han concurrido varias personas y no pudiere descubrirse al causante particular de la muerte»³⁵.

³⁵ CSJ, sent. N.º 939, de 02-12-93, reproducido en Freddy José DÍAZ CHACÓN, *5 años de Casación Penal. Máximas y extractos 1989-1993* (Caracas: Livrosca, 1993), p. 57.

Por su parte, en la nueva etapa del Máximo Tribunal, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia no pocas veces se ha referido al instituto en todas sus aristas. Particularmente debe significarse la delimitación del monto de la rebaja de pena por la adopción de la figura. El citado artículo 424 del Código Penal concede que «... se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas de una tercera parte a la mitad». Esta disposición necesariamente tiene que coligarse al artículo 49.2 de la Constitución, la presunción de inocencia que solo se desvirtúa con pruebas y aquí, como se ha dicho, no las hay para establecer la requerida autoría individual. Al evidenciarse este desencuentro se ilustra que, conforme al artículo 37 del Código Penal, en la llamada «dosimetría penal» se impone siempre la aplicación en orden público del término medio de la pena entre su límite inferior y el superior para el específico delito.

Pero, en el caso que nos ocupa, no hay eficiencia probatoria para demostrar la autoría precisa de entre los muchos que participaron, razón por la cual, en equidad sustentada en el artículo 26 de la Constitución, el límite sancionatorio que debería aplicarse siempre debería ser el menor, el límite inferior de la pena para el ilícito específico que se sindicó (bien sea homicidio intencional, calificado, agravado, o lesión personal gravísima, menos grave, etc.).

Pero es que, como arriba se transcribió, la rebaja por complicidad también se debate entre dos extremos: uno inferior, la mitad, como máxima rebaja y en el otro extremo, o superior, la rebaja de solo una tercera parte. La misma argumentación sustentada en la presunción de inocencia es la que debe sustentar la escogencia de la mayor de las rebajas, la mitad, del menor de los límites de pena para ese delito. Esa debe ser la respuesta sancionatoria precisa y así lo acogió, por ejemplo, la sentencia N.º 400/2004: «... se debe tomar en cuenta la rebaja de la pena

contenida en (...) la complicidad correspectiva (...) La Sala Penal decide que lo ajustado a Derecho es aplicar la mitad»³⁶.

Por su parte, en la sentencia N.º 202/2007, no se adoptó ese criterio y solo se rebajó «hasta una tercera parte»³⁷, pero también previamente, y a pesar de haberse cometido el homicidio calificado en complicidad correspectiva, también redujo la pena por la atenuante genérica del artículo 74.4 del Código Penal, la buena conducta pre-delictual; y en la sentencia N.º 420/2005, se rebajó un tercio pero del «... límite inferior de la pena establecida (...) por concurrir las atenuantes de los ordinales 1.º y 2.º del artículo 74 *eiusdem* y después la rebajó en un tercio».

También la Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido la complicidad correspectiva en caso de dolo de consecuencias necesarias, como en la sentencia N.º 386/2009: al matarse «... persona diferente a la que él pretendía eliminar físicamente, causándole la muerte a (...) mediante disparos realizados tanto por (...) como por otra persona que lo acompañaba, y al no precisarse cuál disparo le causó la muerte, es por lo que existe la complicidad correspectiva...»³⁸.

Así como en la sentencia N.º 173/2015, dicho Tribunal admitió la complicidad correspectiva en homicidio calificado en la realización de un robo, rechazándose que esa figura fuera a título de concurso real de delito porque «... la figura del homicidio en la ejecución de un robo fue concebida como un delito complejo, es decir, un tipo que reúne dos o más conductas que conjuntamente consideradas son constitutivas de un delito (...) con la consecuencia jurídica del concurso ideal, en el que (...) de acuerdo con el principio de absorción se aplica la pena del delito más grave, pero teniendo en cuenta que el autor también ha cometido

³⁶ TSJ/SCP, sent. N.º 400, de 02-11-04.

³⁷ TSJ/SCP, sent. N.º 313, de 11-07-06.

³⁸ TSJ/SCP, sent. N.º 386, de 06-08-09.

otras violaciones de la ley penal...»³⁹. Por su parte, en la sentencia N.º 261/2011, se adentra en la explicación dogmática del instituto:

La distinción entre los autores y partícipes, en los supuestos de concurrencia de varias personas en la comisión de un mismo hecho punible, ciertamente requiere la necesaria distinción del actuar de cada interviniente en la comisión del delito, para lo cual es necesaria la valoración de aspectos subjetivos tales como, el acuerdo previo de voluntades, así como de aspectos objetivos referidos al grado de adecuación de la conducta al respectivo tipo penal. Este último aspecto sale del campo de la tipicidad y se traslada al campo de la atribuibilidad del o los hechos controvertidos, lo que permite formular una regulación genérica sobre a quién o a quienes deben atribuirse las conductas hipotéticamente previstas en la ley sustantiva (...) en realidad nadie es castigado por lo que efectivamente, ha hecho (...) los cinco participantes tenían dominio particular del hecho, por cuanto se acreditó el *animus necandi*; sin embargo, del acervo probatorio no surgieron elementos para establecer cuál de los mencionados *supra*, ejecutó el accionar⁴⁰.

En la sentencia N.º 495/2012, siquiera la existencia de una rebaja por traspaso de los límites impuestos por la ley (artículo 66 del Código Penal) impidió la otra específica rebaja por la complicidad correspondiente porque según el caso, «... la comisión militar se encontraba frente a una amenaza cierta a su vida, en medio de circunstancias adversas e inhóspitas en las que le tocó responder, pero excediéndose en ello, lo que denota una demasía en la defensa subsumible en el artículo 66 del Código Penal»⁴¹.

³⁹ TSJ/SCP, sent. N.º 173, de 14-04-15.

⁴⁰ TSJ/SCP, sent. N.º 261, 02-06-11.

⁴¹ TSJ/SCP, sent. N.º 495, de 11-12-12.

Por su parte, paradójico es lo acaecido con el criterio de la prescripción ordinaria frente a este tipo de conducta: conforme a Derecho, en la sentencia N.º 29/2000, se estableció que «... la acción penal para perseguir el delito de homicidio, en grado de complicidad correspectiva, prescribe ordinariamente a los diez años y que la prescripción extraordinaria o judicial es de quince años»⁴², ya que, ciertamente, el efecto de rebaja de sanción por la comisión de un hecho así efectuado demarcaba su nueva realidad «de modo, tiempo y lugar» para ubicar dicha sanción ya disminuida como delimitador del lapso de prescripción atribuible conforme a los distintos numerales del artículo 108 del Código Penal. Pero, extrañamente, 9 años después, en la sentencia N.º 241/2009, la misma Sala manifestó otro lapso para establecer dicha prescripción, ya que a su decir, «... la pena correspondiente al delito tipo –homicidio– (...) es de ésta de la cual se deberá computar el lapso para establecer la prescripción de la acción penal, a que se refiere el artículo 108 del Código Penal; y no (...) con base en la pena establecida para la complicidad correspectiva...»⁴³, con lo cual se operó la prescindibilidad del instituto de la complicidad correspectiva, afectando al principio de legalidad penal.

Por su parte, en la sentencia N.º 247, 26-5-09, no se descarta la incorporación del instituto dentro del sistema penal de responsabilidad de adolescente regulado por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes⁴⁴ cuando «... los ciudadanos adolescentes (...) portaban armas de fuego y que efectivamente dispararon contra el adolescente (...) causándole la muerte de inmediato; y (...) no se logró determinar cuál de ellos al disparar contra la mencionada víctima fue el autor»...⁴⁵; negándose la figura en la sentencia N.º 292/2006, ya que «... una de las

⁴² TSJ/SCP, sent. N.º 29, de 26-01-00.

⁴³ TSJ/SCP, sent. N.º 241, de 22-05-09.

⁴⁴ Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6185 extraordinario, del 08-06-15.

⁴⁵ TSJ/SCP, sent. N.º 247, de 26-05-09.

víctimas (...) testigos presenciales (...) en forma conteste y coincidente identifican al acusado como la persona que disparó en fuego cruzado en contra de (...) inmediatamente después de que éste accionara su arma al llegar al sitio, lo señalan como el más violento y amenazador e incluso, exculpan al hermano (...) que lo acompañaba, sobre quien afirman mantuvo una pasiva y contemplativa actitud dentro de la refriega»⁴⁶; reiterándose en la sentencia N.º 394/2008, que «... la complicidad corresponsiva, solo está establecida para los delitos de homicidio y lesiones, cuando no se pueda determinar cuál de las personas que participaron en la comisión de los mismos fue la que causó la muerte o las lesiones»⁴⁷. Lo que, a nuestro criterio, no excluiría el homicidio a título de dolo eventual, por representarse varios la ocurrencia del hecho aun cuando los plurales perpetradores no hubiesen tenido la intención, sin poderse demostrar la atribuibilidad del resultado a uno específicos actuantes cuya eventualidad representativa era asumida por todos en su actuar que superaba la negligencia. Bajo este criterio no debe excluirse, como lo manifestó fallo citado arriba, si el resultado mortal o lesionante fue producto del robo de vehículo automotor, cuya Ley especial concibe a tal defunción o lesión como una agravante del robo, pero que en realidad funciona es como un nuevo subtipo del homicidio o de las lesiones personales intencionales.

Conclusiones

La incertidumbre con respecto a la cooperación del cooperador inmediato del homicidio o de la lesión de hechura plural presupone la indeterminación o desconocimiento del autor o cooperador inmediato del hecho, cuando a la perpetración han concurrido varias personas y no pudiere descubrirse al causante particular de la muerte.

Conforme al artículo 424 del Código Penal se castigará a todos con las penas respectivamente correspondientes al delito cometido, disminuidas

⁴⁶ TSJ/SCP, sent. N.º c06-0014, de 28-06-06.

⁴⁷ TSJ/SCP, sent. N.º 394, de 29-07-08.

de una tercera parte a la mitad. Razón por la cual esta disposición necesariamente tiene que coligarse al artículo 49.2 de la Constitución, la presunción de inocencia que solo se desvirtúa con pruebas y aquí, como se ha dicho, no las hay para establecer la requerida autoría individual. Aunado a que, conforme al artículo 37 del Código Penal, la dosimetría penal se impone siempre la aplicación en orden público del término medio de la pena entre su límite inferior y el superior para el específico delito, pero, en el caso que nos ocupa, no hay eficiencia probatoria para demostrar la autoría precisa de entre los muchos que participaron, razón por la cual, en equidad sustentada en el artículo 26 de la Constitución, el límite sancionatorio que debería aplicarse siempre debería ser el menor, el límite inferior de la pena para el ilícito específico que se sindicó (bien sea homicidio intencional, calificado, agravado, o lesión personal gravísima, menos grave, etc.).

La rebaja por complicidad también se debate entre dos extremos: uno inferior, la mitad, como máxima rebaja y en el otro extremo o superior, la rebaja de solo una tercera parte. La misma argumentación sustentada en la presunción de inocencia es la que debe sustentar la escogencia de la mayor de las rebajas, la mitad, del menor de los límites de pena para ese delito. Esa debe ser la respuesta sancionatoria precisa, como lo acogió, por ejemplo, la sentencia N.º 400/2004 de la Sala de Casación Penal.