

211 202



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN
CARRERA DE DERECHO**



**EL ENCUBRIMIENTO COMO GRADO DE
PARTICIPACION Y COMO DELITO ESPECIFICO
EN EL DERECHO PENAL MEXICANO**

TESIS PROFESIONAL

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

MA. ISABEL RAMIREZ LOPEZ

MEXICO, D. F.

1986



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E .

| | Pág. |
|-------------------|------|
| INTRODUCCION..... | I |

CAPITULO PRIMERO.

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PENAL.

| | |
|--------------------------------|----|
| A).- Diversas teorías..... | 11 |
| B).- Código Penal de 1871..... | 16 |
| C).- Código Penal de 1929..... | 18 |
| D).- Código Penal Vigente..... | 20 |

CAPITULO SEGUNDO.

LA PARTICIPACION CRIMINAL.

| | |
|--|----|
| A).- Concepto..... | 22 |
| B).- Elementos de la participación..... | 27 |
| C).- Sus formas..... | 27 |
| D).- Su problemática..... | 32 |
| 1.- Carácter de la participación..... | 32 |
| 2.- Penalidad..... | 33 |
| 3.- Influencia de las circunstancias personales de algunos de los elementos..... | 34 |
| 4.- La participación en relación con determinadas categorías de delitos..... | 37 |

CAPITULO TERCERO.

EL ENCUBRIMIENTO EN LAS LEGISLACIONES.

| | |
|--------------------------------|----|
| A).- Código Penal de 1871..... | 46 |
| B).- Código Penal de 1929..... | 49 |

| | |
|-----------------------------------|----|
| C).- Código Penal de 1931..... | 51 |
| D).- Legislación Comparada.,..... | 59 |

CAPITULO CUARTO.

| | |
|--|----|
| INTERPRETACION DEL ARTICULO 13 y 400 DEL CODIGO PENAL VIGENTE..... | 74 |
|--|----|

CAPITULO QUINTO.

| | |
|---|-----|
| CRITICA A LA CONSIDERACION DEL ENCUBRIMIENTO COMO GRADO DE PARTICIPACION..... | 97 |
| CONCLUSIONES..... | 116 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 118 |

I N T R O D U C C I O N .

El delito de encubrimiento es el tema a estudio del presente trabajo, viéndolo desde el punto de vista como delito específico y por otro lado como grado de participación, haciendo un análisis jurídico de sus interpretaciones legales.

El concepto del delito de encubrimiento ha venido evolucionando desde la antigüedad. Las legislaciones anteriores no hacían distinción alguna entre encubridor y cómplice; el primero era partícipe más en el delito consumado,

Las Legislaciones de 1871 y de 1929 no regulaban el delito de encubrimiento en un capítulo por separado sino lo consideraban dentro del capítulo de la Responsabilidad Penal o sea lo regulaban como forma de participación.

La Legislación Penal de 1931 seguía un sistema mixto en lo referente al delito de encubrimiento, considerándolo en un capítulo coparticipación y en otro delito específico.

Muchas entidades han adoptado el ordenamiento de 1931, en forma íntegra unas veces y con modificaciones otras, aunque la tendencia actual, que día a día cobra mayor fuerza, es seguir modelos más modernos.

El delito de encubrimiento es un delito autónomo y como tal a sido aceptado por la mayoría de las legislaciones, no solo nacionales, sino las ibero-americanas. Este criterio ha sido plasmado en los Códigos de diferentes países.

El sujeto del delito de encubrimiento no debe cometerlo con promesa previa o posterior, sino después de que el delito ha sido cometido.

Los diferentes Códigos Penales han colocado el delito de encubrimiento en una sección separada, ya considerandolo como delito contra la administración de justicia, como especie de participación (complicidad, conparticipación) o delito en especial; ya tratandolo en la parte especial o en la parte general.

Son dos las clases de encubrimiento: el favorecimiento y la receptación:

El favorecimiento a su vez, se acostumbra subdividir en favorecimiento personal y real. Existe favorecimiento personal, cuando el encubridor se limita a auxiliar al delincuente para conseguir la impunidad.

El favorecimiento real consiste en ayudarle para que aproveche los frutos o efectos del delito.

En consecuencia el encubrimiento consiste en la ocultación de los culpables del delito o de los efectos de este, o de los instrumentos con que se cometió, o el de sus huellas, con el fin de eludir la acción de la justicia; o en auxiliar a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o de las ventajas económicas que este hubiere proporcionado, o en obtener el propio encubridor aquellos beneficios.

El delito de encubrimiento durante mucho tiempo fue considerado como una modalidad de la participación, hoy se considera generalmente como un hecho delictuoso independiente; el encubrimiento de personas como un delito contra la administración de justicia, el de cosas como un delito contra el patrimonio.

La opinión común afirma que no es posible una participación posterior al delito porque la esencia de la causa esta en preceder al efecto, por lo que no es posible considerar al delito de encubrimiento como grado de participación por las razones expresadas con anterioridad.

CAPITULO I

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PENAL,

Al abordar el estudio de la Responsabilidad Penal considero necesario aclarar, que no pretendo agotar el tema en su totalidad sino solamente considerarlo en algunos de sus aspectos.

Antes de entrar al concepto de Responsabilidad Penal haré mención de algunos aspectos suscitados durante la historia en cuanto a su evolución,

La Responsabilidad Penal en los tiempos primitivos era de carácter objetivo. Es decir, se hacía cargar con la consecuencia del acto delictuoso a quien hubiese sido la causa material desencadenante de la cadena causal que producía el resultado característico de la infracción, sin tomar en cuenta para nada si entre el autor y el acto ilícito existía o no un ligamen psicológico. La edad y el estado mental de la gente eran irrelevantes, al igual que las motivaciones que lo hubiesen inducido a obrar y su posición psicológica frente al acto. Era indiferente que este fuese doloso, culposo o provocado por un caso fortuito. Lo único que importaba para determinar la responsabilidad del autor era el resultado dañoso producido.

Esa forma ciega de responsabilidad objetiva es característica del Derecho represivo de los pueblos indígenas y se advierte que también el primitivo Derecho Germánico. Como excepciones, en la edad antigua, merecen destacarse el Código de Hamurabí (1950 antes de Cristo), en el cual se traduce ya la distinción entre los hechos intencionales y los no intencionales, y el Código de Manú en el que así mismo se tiene -

en cuenta el elemento subjetivo para la imposición de las -- sanciones penales.

La Responsabilidad Penal subjetiva comienza a afinarse - en el Derecho Romano, en el que la teoría de la Imputabili- dad y de la Culpabilidad y de las causas que la excluyen, ad- quieren considerable desarrollo. Esta tendencia se consolida luego en el Derecho Canónico y pasa posteriormente a ser pa- trimonio del moderno Derecho Penal, que la consagra definiti- vamente, proclamando el progresista principio de que no hay pena sin Culpabilidad.

Sin embargo subsisten aún en los Códigos actuales, algu- nas formas de responsabilidad objetiva, como son los delitos preterintencionales y en los llamados delitos calificados -- por el resultado. (1)

Eran también propias de la época primitiva las formas a- berrantes de imputación, por las cuales de manera más o me- nos arbitraria se atribuía a una persona o a un animal o co- sa el ser responsable de un hecho dañoso. A esas supuestas - relaciones causales entre determinados hechos y ciertos even- tos desgraciados se les asignaba un carácter divino y miste- rioso.

La Responsabilidad Penal de los animales y su procesa- - miento no solo advierte en las leyes penales de los pueblos antiguos especialmente en los Derechos hebreo, árabe, persa y griego, sino que además fue defendida por sabios ilustres como Platón, que en su libro de las Leyes, reclama para los hombres las mismas penas que para los animales.

Este curioso tipo de Responsabilidad Penal perduró y aún se acrecentó durante la edad media, donde encontramos diver-

1).- Ladislao Thot mencionado por el Dr. Mario Ichichizola, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXIV, 1967, pag. 908.

sas disposiciones de las Leyes de los Bárbaros, del Derecho Inglés, del Español y del Italiano, que presentaban la imposición de penas para los animales que cometían delitos. (2)

La Responsabilidad de los animales según Louandre (3). - tiene su fundamento en la idea predominante en la edad media de que aquellos debían ser considerados seres morales y perfectos, por ende responsables. Esa idea, a su vez, provenía de haberse considerado a los animales, tanto en la poesía como en las artes, como iguales al hombre. Por eso, era lógico que se colocase a los animales, en el dominio del Derecho, al mismo nivel que los hombres, responsabilizándolos de los actos punibles, con arreglo a los principios de la justicia humana reinante en ese entonces. Otra de las características de la responsabilidad penal en la antigüedad, consistía en que la misma no era de carácter personal, sino que se extendía a los integrantes del núcleo familiar y aún a la tribu o clan al que pertenecía el delincuente. Ella daba lugar a frecuentes guerras entre la tribu o clan del agraviado y del victimario, que luego se evitan mediante la composición, consistente en la entrega de determinada cantidad de bienes por parte de la tribu del agresor a la del damnificado, como compensación de la injuria inferida.

El Derecho Penal moderno no admite estas formas de responsabilidad penal, puesto que las cosas y los animales no son sujetos de derecho y, además tampoco se les puede considerar capaces de actuar con culpa, sin la cual no existe la posibilidad de imponer penas, ya que de lo contrario se vulneraría el principio de que no hay pena sin culpabilidad. La Responsabilidad colectiva también es rechazada por el derecho represivo actual, pues ella atenta contra el principio de que la pena sólo debe recaer sobre la persona del culpable y no sobre terceros inocentes.

2).- Ladislao Thot mencionado por el Dr. Mario Ichichizola, Ob. Cit., pag. 908.

3).- Louandre mencionado por el Dr. Mario Ichichizola, Ob. Cit., pag. 909.

No vulnera al principio de que la responsabilidad penal debe ser estrictamente personal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que admiten muchas legislaciones con temporáneas, porque en este caso la pena no recae sobre la entidad social por el acto de un tercero, sino por los actos de sus órganos en el ejercicio de sus funciones. Los mismos que responde todo el hombre por la acción cumplida por su mano que dispara un arma que da muerte a otro individuo.

Ahora bien saliendo un poco de la historia, y como hemos visto la noción de responsabilidad ha tenido largo y laborioso proceso en la historia del derecho, Y así llegamos a la expresión responsabilidad que surge del latín respondere, que significa "Estar obligado". Pero este concepto tan amplio no es el que técnicamente es de mi interés por las razones que más adelante detallaré.

Para llegar al Concepto de Responsabilidad Penal me es necesario aclarar que no hay que confundir la Responsabilidad Civil y la Penal ya que aunque las dos forman la categoría básica de la Responsabilidad Jurídica las dos son acepciones diferentes.

La Responsabilidad Civil según la definición que nos da el Diccionario Jurídico (4), "Es la que da nacimiento a obligaciones a cargo del delincuente y a favor de la víctima misma, o de los familiares de ella".

El Diccionario Jurídico (5), nos dice respecto de la Responsabilidad Penal "Que es aquella que tiene por objeto la reparación del daño causado a la sociedad por la comisión de un delito. Esta responsabilidad, se traduce, además, en el cumplimiento de una pena".

- 4).- Roberto Atwood. Diccionario Jurídico, Ed. Librería Bazzan, México 1946, pag. 215.
- 5).- Gonzalo Fernández León, Diccionario Jurídico, Ed. ABC Buenos Aires, 1961, Tomo IV, pag. 286.

El maestro Henoch (6), al referirse a la responsabilidad manifiesta "Que la base de esta se encuentra en la Imputabilidad del acto perjudicial, ya que la Imputabilidad resulta de una situación en virtud de la cual, un hecho puede serle atribuido a una persona, considerada esta como la causa de ese hecho". En suma se puede decir que la Imputabilidad consiste en la determinación de la condición mínima necesaria para que un hecho pueda ser referido y atribuido a alguien como autor del mismo a objeto de que deba soportar sus consecuencias. Y así decimos que la responsabilidad, es la consecuencia de la imputabilidad, consistente en la obligación de reparar el perjuicio resultante de un hecho del cual somos autores directos e indirectos, por haberlo realizado en contra del deber que tiene de no perjudicar injustamente a otro.

Como hemos visto la Responsabilidad Criminal tiene un alcance y un propósito eminentemente sociales; y la responsabilidad Civil, tiene un fin principalmente, individual y privado, el cual consiste en resarcir a la víctima, mediante una indemnización pecuniaria, el daño que se le hubiese ocasionado, ya sea económico o moral, en los casos que proceda la indemnización de uno de esta última especie.

La Responsabilidad Civil, pues difiere esencialmente en la Penal en lo que al perjuicio se refiere. En el caso de la responsabilidad, la víctima es la sociedad entera, en el de la responsabilidad civil es un particular.

La Responsabilidad Penal, exige la investigación de la culpabilidad del agente o, cuando menos, la comprobación de la peligrosidad del responsable. Nada parecido ocurre en la responsabilidad Civil. Poco importa que el acto que ha causado perjuicio a un particular amenace al orden social; se ha causado un daño y este debe repararse. Mas aún aquel a quién

6), Henoch D. Aguilar, Hechos y Actos Jurídicos en la Doctrina y en la Ley II, Actos Ilicitos y Responsabilidad Civil, Buenos Aires 1950, pag. 206 y 207.

la consecuencia nada reproche puede ser obligado a reparar - el perjuicio que haya causado.

Sucede con frecuencia que una persona sea responsable penal y civilmente. El delito de robo por ejemplo hará que el infractor de la norma prohibitiva, además de sufrir un castigo por su acto antijurídico, debe reparar el perjuicio que - haya ocasionado a la víctima.

Habra casos en que haya responsabilidad penal sin la menor responsabilidad civil como sucede en el delito de vagancia y malvivencia. E igualmente puede haber responsabilidad civil sin que exista responsabilidad penal.

Dentro del análisis de la Responsabilidad Penal que es - el tema a seguir voy hacer mención de algunas definiciones - de autores conocidos que han realizado estudios profundos sobre la materia.

El profesor Francisco Pavón Vasconcelos (7), al referirse a la Responsabilidad nos dice "Para que una persona pueda ser declarada culpable y consecuentemente ser sujeto de consecuencias penales como resultado de su responsabilidad, es indispensable que en ella concorra la capacidad de imputa---ción, esto es que en momentos de la comisión del hecho sea - mentalmente apto para entender sus actos como para realizarlos en una libre expresión de su voluntad".

El ilustre Luis Jiménez de Asúa (8), define la Responsabilidad Penal como "La consecuencia de la causalidad mate---rial del resultado, de la injusticia del acto (noción valórativa objetiva), del reproche de culpabilidad (noción normativa y subjetiva) y de la punibilidad de la acción u omisión - típicamente descriptivas por la "Ley", aclarando que todos - esos caracteres son necesarios para que surta la responsabi-

7).- Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México 1982, pag. 372.

lidad, por lo cual, si falta alguno de los elementos, la consecuencia penal no se produce, la responsabilidad penal, no debe confundirse con la culpabilidad, que es uno de los elementos del delito, dado que aquella recae sobre todo el delito y esta fuera de él, puesto que es una consecuencia suya".

El maestro Eugenio Cuello Calón (9), señala que es penalmente responsable el individuo imputable que por haberse probado su culpabilidad debe responder del hecho realizado, por lo cuál sostiene que la "Responsabilidad Penal es el deber jurídico que infunde el individuo imputable de responder del hecho realizado y de sufrir de sus consecuencias jurídicas", advirtiendo seguidamente, que la imputabilidad es una posibilidad, mientras que la responsabilidad representa una realidad, ya que todos los que no son dementes ni menores son imputables, pero solo son responsables penalmente cuando han ejecutado un hecho punible por el cual están obligados a responder, de donde surge que la imputabilidad es un estado anterior a la comisión del delito, en tanto que la responsabilidad surge, en el momento de su perpetración.

A mi manera de ver la obligación de soportar la consecuencia específica del delito constituye la responsabilidad penal. Esta responsabilidad recae únicamente sobre el delincuente y no debe confundirse con la responsabilidad civil emergente del delito que impone la obligación de indemnizar a la víctima del mismo, que tiene carácter accesorio de la anterior, se rige por los principios del Derecho Civil y puede hacerse efectiva, en forma indirecta sobre terceros que no han intervenido en la ejecución del delito.

La consecuencia específica del delito es la pena, la que solo puede imponerse al autor o partícipe de un delito que -

8).- Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires 1956, Ed. Losada, Tomo V, pag. 88.

9).- Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, "Parte General", - Barcelona 1960, Ed. Bosch, tomo II, pag. 387.

sea penalmente responsable,

Para que a un sujeto se le considere penalmente responsable es menester que el delito que se le imputa aparezca configurado con todos los elementos esenciales para su existencia, por lo cual tiene que haber una acción positiva o negativa, que pueda atribuirse al sujeto activo como expresión de su personalidad que sea antijurídica (contraria al derecho) típica (que se adecue a una figura delictiva) y que el autor participe sea imputable (o sea capaz de comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones) y culpable (es decir que su conducta sea reprochable por no concurrir en el caso ninguna causa de exclusión de la culpabilidad).

Por tanto la acción (positiva o negativa, la antijuridicidad y la tipicidad de la misma, y la imputabilidad del agente constituye, los presupuestos necesarios de la responsabilidad penal].

Esta aparece entonces como una consecuencia del delito, que determina que el sujeto activo deba cargar con la consecuencia específica del delito, o sea, con la pena que deba soportar como retribución del delito cometido, que la sociedad le impone como un reproche por su acto culpable, que es digno de ese reproche.

Por consiguiente, si no hay acción atribuible al sujeto activo, o si esta no es típica o concurre alguna causa de justificación, de inimputabilidad o de inculpabilidad, no puede haber responsabilidad penal para el agente. Además la ausencia de alguna de las condiciones objetivas de punibilidad que exija el tipo penal, o la concurrencia de alguna excusa absolutoria que excluya la penalidad, produce también como efecto la falta de responsabilidad penal para el sujeto activo, ya que el mismo queda exento de pena en esos casos.

El concepto de Responsabilidad Penal que he enunciado en

Los párrafos precedentes se ajusta a la acepción más generalizada que se le asigne a dicha expresión en la terminología penal.

A) DIVERSAS TEORIAS:

La Escuela Clásica, funda la responsabilidad del delincuente en dos cualidades inherentes a todo hombre, a saber: la imputabilidad y la responsabilidad.

Imputabilidad significa capacidad espiritual para que pueda atribuirse al hombre como a su causa eficiente su conducta externa. Implica dos elementos: inteligencia del acto (que es el conocimiento exacto de la licitud de la propia conducta): Falta en los niños, quienes no están en condiciones de apreciar el valor ético de sus propios actos; falta en los decrepitos, en los locos, en el estado de embriaguez completa; supone además la voluntad libre como segundo elemento atendiendo por ésta la facultad de autodeterminación del hombre en su conducta. La responsabilidad es la cualidad que tienen los individuos de estar sometidos a un régimen jurídico conforme al cual deben regular su conducta.

El profesor Francisco Carrara (10) escribía: "El hombre está sometido a las Leyes criminales en virtud de su naturaleza moral; por tanto, nadie puede ser políticamente responsable de un acto del que no es responsable moralmente y que la imputabilidad moral es el precedente de la imputabilidad política" pero como si eso no fuera bastante, nos dice: "Yo no me ocupo de discusiones filosóficas; presupone aceptada la doctrina de libre albedrío y de la imputabilidad del hombre y edificada sobre esta base la Ciencia Críminal, que sin ella mal se construiría". Ahora bien, cuando el individuo que tiene imputabilidad y responsabilidad en los sentidos precisados, comete una violación al ordenamiento jurídico,

entonces es culpable. En suma, para esta escuela la responsabilidad criminal se funda en la responsabilidad moral.

El maestro Eugenio Cuello Calón (11) condensa el sentir de los clásicos en el tema que nos ocupa de la manera siguiente: "Imputabilidad, capacidad moral del responder, responsabilidad, deber del imputable de responder por el acto ejecutado. Culpabilidad, afirmación social de que un individuo responsable debe sufrir una pena.

La Escuela Clásica, con la teoría de la responsabilidad moral, llega al concepto de un delincuente igual a todos los hombres e idéntico en todos los casos como agente del delito; es una unidad humana libre en su voluntad, ilustrado en su razón, dotado de sentimientos uniformes y de los mismos derechos; le es atribuída una normalidad espiritual, trayendo ésto como resultado la anulación de la personalidad de cada delincuente; de suerte que el delito viene a ser la preocupación de esta Escuela, convirtiéndose en el meollo de la ciencia del Derecho Penal.

Sin embargo, algunos tratadistas opinan que es injustificado afirmar que la Escuela Clásica no se ocupó del hombre delincuente, indicando que en el programa de la Escuela Clásica no había ignorancia, sino exclusión del delincuente; que lo ignora voluntariamente; pues no lo necesitaba en su construcción Jurídica. Partía de la base de que era menester asentar la justicia; que los actos de los hombres, para ser delitos, debían ser la expresión de una voluntad inteligente y libre; que la Ley debía establecer la forma de la sanción de acuerdo con el postulado de la justicia y de defensa social. El delincuente no era ignorado, no entraba dentro de ésta fórmula. Era el acto del delincuente el que el Derecho Pe

10).- Francisco Carrara, Programa del Curso de Derecho Penal Ed. Tenis, Bogota 1972, Tomo I, pag. 31.
11).- Eugenio Cuello Calón, Ob. Cit., pag. 250.

nal concebía, no al delincuente mismo y ni siquiera el acto solo del delincuente sino el acto relacionado con una violación del Derecho que lo convertía en ente jurídico. Nadie ha dicho palabras más elogiosas sobre Carrara que Enrique Ferri, ¿Cómo es posible entonces sostener que aquél hombre cuya obra sería admirable en cualquiera de los campos de la actividad humana ignoró la existencia del delincuente?".

Y el jurista mexicano Celestino Porte Petit (12) dice: - "Lo que ocurre es que la Escuela Clásica sí tomó en consideración al hombre delincuente; pero ésta atención estuvo en razón directa de sus postulados; lo consideró con pleno señorio en su obrar, a diferencia del Positivismo que lo contempla impulsado por fuerzas interiores o exteriores, o sea por factores que originan el delito. La presentación y solución de este problema hecha por los Penalistas es indiscutible, ya que afirman que la Escuela Clásica no se ocupó del delincuente, porque no lo contempla como la Escuela Positiva y no podía ser otra manera, habida cuenta de que las bases de una y otra Escuela son diversas".

ESCUELA POSITIVISTA:

Esta Escuela considera al delincuente como individuo distinto a los demás, a quien impulsan al delito sus tendencias originadas por múltiples factores, el cual constituye un elemento antisocial, por su potencialidad para la comisión de delitos en el futuro, de donde resulta que la Ciencia Penal debe girar en torno al delincuente. La manera distinta de la Escuela Positivista de considerar al delincuente, la lleva a establecer un concepto diferente de responsabilidad al de la Escuela Clásica.

(12).- Celestino Porte Petit, Revista Jurídica, Tomo IV, No.5 pags. 386 y 387.

En efecto, la aparición de la obra "L'uomo Delinquente, de César Lombroso, que inicia el estudio del delincuente y del delito con el método experimental da nacimiento a la Escuela Positivista, la cuál considera que "el delito ha de ser estudiado no solo como relación jurídica, sino además, y ante todo, en quien lo comete". Figura pues en su programa, la consideración del hombre delincuente. El estudio del delincuente llevado a cabo por la Escuela Positivista, dió lugar a que Rafael Garófalo (13) formula su teoría de la temibilidad en los siguientes términos:

"Mi criterio puede enunciarse con toda sencillez así: el medio penal debe de ser determinado por la posibilidad de adaptación del reo, es decir por el exámen de las condiciones de existencia en las cuales puede presumirse que deje de ser temible; no es pues un criterio de personalidad sino de idoneidad".

Garófalo estima que el conjunto de condiciones en que vive el delincuente lo determina fatalmente a la comisión del delito; que es inútil pensar en corregirlo por medio de la pena, si al cumplirla se ha de encontrar en las mismas condiciones en que ha delinquido anteriormente.

Al concepto de temibilidad, señala Enrrique Ferri (14), al substituir el de peligrosidad entendiendo por ello "la capacidad predilectiva hacia el futuro, la posibilidad de que el delincuente cometa nuevos delitos; posibilidad que se determina por el conocimiento de sus tendencias antisociales manifestadas con el delito cometido; de modo que este sólo - la ocasión de que el delincuente muestre su peligrosidad.

El concepto de peligrosidad, permite a Ferri fundar la teoría de la defensa social. La sociedad somete al delincuente a un régimen penal no como castigo del delito sino como -

13).- Rafael Garófalo, Criminología, Traducción de Pedro Bojarro, Ed. Daniel Jorro, Madrid 1912, pags. 404 y 405.

defensa contra la peligrosidad que ha resultado en ocasión - del delito".

En conclusión, estos principios de la peligrosidad y de la defensa social, son la base de la teoría de la responsabilidad social, que los positivistas substituyen a la responsabilidad moral de los clásicos. Se formula así: "El hombre es responsable porque vive en sociedad; no es necesario que tenga discernimiento claro y voluntad libre.

Aún en ausencia de estas facultades permanece íntegra su responsabilidad social por los delitos cometidos, porque viviendo en sociedad afectan a ésta sus actos, lo mismo procedan de una inteligencia ilustrada que de una razón anormal o insuficientemente desarrollada. Es pues responsable el niño, el decrepito, el loco, el que delinque en estado de embriaguez completa o de intoxicación" (15).

El concepto de responsabilidad es distinto y también lo es el carácter de las sanciones que son su consecuencia, --- pues si en la doctrina Clásica la pena es un castigo retributivo, en la positivista es un medio de defensa social y como tal debe aceptarse a la peligrosidad especial de cada individuo. "La defensa que irremisiblemente ha de oponerse al delito debe ser ejercitada hasta en relación con el individuo - anormal o enfermo, por las propias condiciones orgánicas y - psíquicas, permanentes o transitorias, hereditarias o adquiridas, se hace bajo la influencia del ambiente físico o social, autor de un ataque a las condiciones naturales de existencia del individuo o de la sociedad" (16).

ESCUELA ECLECTICA.- Esta Escuela acepta nuevamente "La im

14).- Enrique Ferri, Sociología Criminal, Ed. Centro Editorial de Gongora, Madrid 1925, Vol. II, pag. 77.

15).- Ricardo Abarca, El Derecho Penal en México, Ed. Jus, - México 1941, pag. 147.

16).- Enrique Ferri, Ob. Cit., pag. 77.

putabilidad moral para los actores de hechos delictuosos, pero con relación a los no imputables que ejecutan actos ilícitos, acoge el concepto de la peligrosidad, sosteniendo que - estos últimos deben sujetarse a medidas de seguridad, mientras que los primeros son acreedores"(17).

B) CODIGO PENAL DE 1871.

"El concepto de Responsabilidad Penal que adoptó el Código Mexicano de 1871, fué el propugnado por la Escuela Clásica, el cual, según hemos visto, radica en la teoría del libre arbitrio, o sea el goce libre de la voluntad. Conforme a esta tesis, los hombres pueden escoger libremente los diversos rumbos de su conducta y por lo tanto su Responsabilidad Penal no es sino consecuencia de su responsabilidad moral" - (18).

En efecto, basta considerar la definición que del delito nos dá la Legislación de entonces. Artículo 4. "Delito es la infracción voluntaria de una Ley Penal haciendo lo que ella prohíbe y dejando de hacer lo que manda". Para conocer exactamente el pensamiento del Legislador, nos dice el profesor Demetrio Sodi (19), comentando la Legislación de entonces, - "Es menester examinar la idea que expresan los términos de la definición. Varios Autores, y entre ellos José Montat y Trigueros, expresan que las palabras, acciones y omisiones, demuestran una idea que está en la naturaleza misma del delito: Porque o se realiza este ejecutando, haciendo lo que se prohíbe (acción), u omitiendo, dejando de hacer lo que está mandando (omisión); la definición añade que esas acciones u omisiones han de ser voluntarias, por que el hombre es un --

17).- Carlos Franco Sodi, Nociones de Derecho Penal, Parte General, Ed. Botas, México 1940, pag. 72.

18).- José Angel Ceniceros y Luis Garrido, La Ley Penal Mexicana, Ed. Botas, México 1934, pag. 36.

ser inteligente y libre, y solo cuando obra fatalmente en -- virtud de Leyes Físicas incontrastables, a que está sujeto -- en la parte material de su naturaleza; solo cuando en ciertos casos obra con arreglo a una ley moral y flexible, que -- se impondría con la misma fuerza a todo ser humano, es cuando deja de ser responsable; no se concibe al hombre sin voluntad porque la voluntad es el complemento de la inteligencia y el producto inapreciable de la libertad".

Además, este Código, inspirado por la teoría clásica, en todas sus consecuencias, determinó en él la existencia de -- circunstancias excluyentes de responsabilidad, fundadas en -- aquellas causas que eliminan la lucidez de razón y con resultado también de la especial concepción de la Escuela Clásica del dolo, el cual se compone de razón y voluntad libre. Suponen los tratadistas clásicos que el hombre normal tiene razón clara; esto significa que conoce el resultado de sus acciones desde dos puntos de vista: desde el punto de vista de la moral, conoce la licitud o ilicitud de los actos que ejecuta; desde el punto de vista de la Ley, conoce su punibilidad. La libre voluntad supone, según aquellos que el hombre no está determinado a seguir una línea de conducta, sino que es libre de hacer o dejar de hacer el acto que se propone, -- en tal forma que si su voluntad se inclina a la ejecución de un acto prohibido por la Ley, demuestra con ello su perversidad; o sea que su voluntad ilustrada por su razón es la causa de que el agente del delito sea moralmente responsable de los actos delictuosos que ejecuta y quede sometido a la sanción del castigo, porque ha querido lo malo; pudiendo querer lo bueno; así tenemos como causas excluyentes de responsabilidad, en este Código, la menor edad, la locura, la embriaguez, decrepitud, precisamente por falta de dolo.

19).- Demetrio Sodi, Nuestra Ley Penal, Ed. Librería de la -- Uda. de Ch Boscret, Bouret 1917, Tomo I, pag. 31.

C) CODIGO PENAL MEXICANO DE 1929.

El Código transitorio de 1929, substituyó el concepto de responsabilidad de los Clásicos por el de responsabilidad -- sin intervención del libre albedrío, pues lo que interesa a los penalistas es la acción del estado peligroso que el delincuente representa para la sociedad y por lo tanto, desde el momento que se acredita la existencia de tal estado, surge la necesidad de que la Asociación Política se defienda -- del acto u omisión delictuosa, ya procedan de un responsable o de un incápac, pues la responsabilidad penal se fundamenta en la responsabilidad social, cuya fórmula dada por el maestro Enrique Ferri (20) es: "El hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad". El señor Licenciado José Almaráz (21), autor de la exposición de motivos del ordenamiento de 29, expresa la posición de dicha obra legislativa ante el problema que comentamos: "El autor de esta exposición quizo aplicar en toda su pureza la doctrina del estado peligroso y basar este proyecto en el principio de que no hay delitos, sino delincuentes. Lamentablemente a la realización de este desideratum se oponen preceptos constitucionales. De aquí que la comisión, si bien procuró hacer resaltar la importancia de la responsabilidad del infractor, se viera obligado a tratar el delito en la parte general y catalogar los tipos legales de los delitos en el libro III del Código. Al constituir el concepto de temibilidad no podría olvidar tampoco estas circunstancias.

En consecuencia, los autores de este proyecto aceptaron como básica la doctrina de la defensa social tomando como base la moderna Escuela Positivista de la Defensa Social y ajustando las reformas a los preceptos constitucionales que no era posible modificar previamente.

20).- Enrique Ferri, Ob. Cit. pag. 78.

21).- Lic. José Almaráz, Exposición de Motivos del Código Penal de 1929, México 1931, pag. 18 y sigs.

Concretando: la responsabilidad se dá: I, por la imputabilidad física y II, por la manifestación de una calidad o de un estado que haga el sujeto socialmente peligroso".

El Código Penal de 1929, formuló el principio de la responsabilidad social para los estados peligrosos en los siguientes términos: "A todo individuo que se encuentre en estado peligroso se le aplicará una de las sanciones establecidas en este Código, para la defensa social" (art. 32).

La Escuela Positivista, como hemos visto, opuso a la noción de la responsabilidad social o legal y como consecuencia el concepto de dolo debió modificarse. El dolo, según Enrique Ferri (22), "Se encuentra integrado por la idea dirigida a la consecución del resultado delictuoso que el llama intención, y en segundo lugar por un acto de volición, siendo indiferente que la voluntad sea libre o determinada": científicamente, explica Ferri "No puede admitirse la teoría absurda del libre albedrío pues la voluntad esta determinada por los móviles, pero esta cuestión es ajena a la cuestión del dolo como tipo del acto psíquico que determina el delito.

Sin embargo, independientemente de que el dolo para la Escuela Positivista se integra con los elementos que se acaban de mencionar, observa Ferri que estos elementos son inseparables del sentimiento o móvil que los origina y del fin a que se dirigen y que no es posible valer la personalidad del delincuente si se omiten estos elementos inseparable del dolo, aunque no lo integran como acción típica. "En otros términos, para determinar que un individuo es responsable, por ejemplo de Homicidio, no basta establecer que tuvo intención de matar y que esta intención dirigió su voluntad; pero para establecer su valoración como elemento antisocial, es necesario averiguar de qué móviles o sentimientos procedió la ac

22).- Enrique Ferri, Ob. Cit., pag. 78.

ción delictuosa y a que fines estaba dirigida.

D) CODIGO PENAL DE 1931.

La doctrina en general sobre la responsabilidad e imputabilidad con relación a los preceptos del Código Vigente, se elaboró al margen del problema filosófico de la voluntad libre, pues se consideró que es infecundo para el derecho penal, ya que, como afirma Cuello Calón para que la sociedad aplique al delincuente una pena por el hecho realizado, basta que este sea voluntario, proveniente de su libre voluntad, - ya que se halle determinada por un conjunto de concausas o - provenga del libre arbitrio; es, pues, voluntariedad el fundamento pragmático de la imputabilidad.

"La Escuela Positiva primitiva quiso fundarse en la responsabilidad social, con eliminación absoluta de la responsabilidad moral y los elementos de conciencia y voluntad. La - dirección crítica admite la responsabilidad social, desde el problema del libre albedrío y reconoce entre los múltiples - factores del delito una parte, por escasa que sea, de la voluntad humana. En consecuencia, el nuevo Código usa del concepto de temibilidad, dentro de ciertas restricciones y así no deja al Juez en aptitud de aplicar medidas "ad Hoc" a los individuos que no han incurrido en infracciones penales, pero de los que puede originarse peligro a la sociedad.

El ordenamiento del 31 adoptó la doctrina del estado peligroso conforme a la fórmula parcial con que ha sido admitida en los Congresos de la Unión Internacional de Derecho Penal, y por lo mismo, combate el estado peligroso, pero solo cuando se manifiesta por el crimen; únicamente en este caso hay lugar a la reacción social mediante la pena, con la cual la colectividad trata de impedir la repetición de los actos -

delictuosos" (23).

El Código Vigente no establece definición alguna de la responsabilidad, pero a través, ya sea de las circunstancias excluyentes de responsabilidad del artículo 15, ya de los -- conceptos que informan el artículo 52, referentes al arbitrio Judicial ya de las medidas de seguridad de duración indeterminada y de los hechos delictuosos predelictivos, configurados en tipos de delito, claramente sigue la aplicación de un principio de responsabilidad social.

"La Ley Penal Mexicana, comprende bajo el término responsable, dos regímenes diversos de responsabilidad: el de los conscientes fundado en el dolo o la culpa y el de inconscientes, fundado en el concepto de responsabilidad social; el -- primero, es presupuesto de pena; el segundo es la ocasión de aplicar regímenes especiales de tutela" (24).

23), - Ceniceros y Garrido, Ob. Cit., pag. 38

24).- Ricardo Abarca, Ob. Cit., pag. y prólogo 147.

CAPITULO II

PARTICIPACION CRIMINAL.

A) CONCEPTO.

Sucede con frecuencia que varios sujetos activos, esto es sociedades sceleris, concurren para la realización del acto o del conjunto de actos que constituyen la infracción penal; en estos casos se dice que hay una participación o una contribución de todos esos agentes para la comisión del delito, lo cual tiende a la criminalidad de la vida moderna, y por lo tanto se presentan importantes problemas que debemos analizar.

El ser hombre es lo que permite ser partícipe, pues su conducta no es determinada por ninguna Ley de la naturaleza, sino por una sola voluntad que es la suya o la de un prójimo que le utiliza como instrumento en excepcionales casos.

De ahí deriva o surge la institución de la participación o codelincuencia. Varios autores dan su definición al respecto. El extinto Lic. Ricardo Abarca (25), refiriéndose a la coparticipación manifiesta "Que es el fenómeno jurídico que ocurre cuando varios delincuentes concurren a la comisión de un mismo delito. La coparticipación se presenta, desde el punto de vista objetivo, el de la concurrencia real de los delincuentes cuyos actos externos cooperan a los fines del propósito criminal que los inspira; pero al afirmarse la Doctrina sobre esta cuestión palpitante del Derecho y la Criminología, se busca el lazo de unión entre los diversos delincuentes que concurren al delito no en la actividad externa que los une, sino en el propósito y consentimiento de cada -

uno de ellos para la comisión del delito; sigue diciendo el Lic. Abarca al referirse al Art. 13 del Código Penal, que antes de la reforma se encontraba redactado en los siguientes términos: "Son responsables de los delitos todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de ellos los que inducen o compelen a otro a cometerlos así como los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución"... , indica que en él se establece como base de la coparticipación la existencia de un concierto entre los delinquentes; se trata de un acuerdo de voluntades que no siempre se expresa en términos precisos, como pudiera ocurrir en una conspiración; pero el acuerdo de las voluntades se manifiesta a menudo por los actos de ejecución, conforme al propósito trazado. Esta circunstancia distingue la concurrencia de delinquentes de otros fenómenos jurídicos en los cuales los actos externos de cada delincuente, concurren a la producción del mismo daño, sin que entre ellos haya un concierto de voluntades; tal es el caso del zafarrancho; los delitos cometidos por la multitud tienen un origen psicológico-social; hay una causa común que solivianta las pasiones; dócil a este impulso, la muchedumbre acude a la comisión del delito, sin que las distintas personas que la componen se pongan de acuerdo acerca de los medios y acerca del fin que se proponen seguir. También en la riña concurre la actividad delictuosa de los riñosos; pero el propósito que cada uno lleva, es opuesto al del adversario, pues ambos se proponen causarse un daño mutuamente; de manera que la unidad de propósito y la unidad de fin al que el propósito se endereza, constituye la cohesión entre los copartícipes de un delito".

Algunos tratadistas como el maestro Cortes Ibarra (26), explican la Naturaleza de la Participación fundandose para ello en tres teorías a saber:

25).-Ricardo Abarca, Derecho Penal en México, Revista de Derecho y Ciencias Soc., Ed. Jus, México 1941, pags. 157 y 158,

"A). Teoría de la Causalidad.- Esta teoría identifica a la participación con la causalidad. Todos los sujetos que intervienen en la ejecución del delito concurren poniendo una condición para la producción del resultado.

La responsabilidad es proporcional a la intensidad del influjo causal.

B). Teoría de la Aútonomía.- Se afirma en la pluralidad de delitos. Cada conducta es violatoria material y psíquicamente de la Ley Penal. Todos los participantes ponen una causa eficiente en la producción del resultado, siendo responsables en forma independiente.

La obra de cada uno se aprecia en forma autónoma, desvínculada de las demás. De aquí se induce la irresponsabilidad de los cómplices.

C). Teoría de la Accesoriedad.- Parte de la concepción monista. Admite la existencia unitaria del delito, asignando le al ejecutor material el carácter de autor principal, y de partícipes accesorios a los colaboradores (cómplices) que en cualquier forma cooperan en la realización del delito".

Así por ejemplo señala el jurista Puig Peña (27). "El inductor no sería castigado aunque pusiera su mayor empeño en la instigación, si el ejecutor material del delito desiste de realizarlo, y el cómplice que contribuye a la preparación del delito quedara o no impune según los actos que realice el actor principal".

Esta última teoría se ha considerado la mas acertada, parte de la concepción unitaria del delito. Todo delito cons

26).- Miguel Angel Cortes Ibarra, Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México 1971, pag. 293.

27).- Puig Peña, mencionado por Miguel Angel Cortes Ibarra, Ob. Cit., pag. 294.

tituye una unidad y responderán de el todos aquellos sujetos que material y subjetivamente colaboren a su realización.

Sin perder de vista la culpabilidad que es individual, - la responsabilidad de cómplices e inductores dependerán de - la acción delictuosa del autor material o ejecutor inmediato.

Por eso el ilustre Luis Jiménez de Asúa (28), proclama - esta máxima: "La Participación es accesoria de un acto principal; pero se es solo culpable de la propia culpabilidad y a nadie aprovecha la inculpabilidad ajena".

De igual manera manifiesta el maestro Francisco Pavón -- Vasconcelos (29), al referirse a la teoría de la accesorie-- dad señalando "Que basándose en la necesaria relación subje-- tiva de los actos realizados y partiendo de la concepción -- unitaria de la participación, pretende resolver la cuestión de identificar al autor a través de la actividad principal - extraída de la descrita en el tipo, estableciendo la obliga-- da jerarquía entre aquél y los partícipes, por cuanto estos se encuentran en dependencia accesoria de carácter material, aún cuando en concordancia psíquica con él".

No obstante, que hay algunos autores que se han opuesto a dicha teoría. --Como por ejemplo-- cuando un individuo induce a otro a cometer un ilícito y este último lo realiza pero teniendo una incapacidad, se dice que él no es culpable a pe-- sar de existir típica y antijurídica, porque el sujeto esta ausente en la capacidad de entender y de querer el resultado lesivo.

Se pretendió restringir el alcance de la accesoriidad, de manera tal que la participación no implicara, como fundamen--

28).- Luis Jiménez de Asúa, mencionado por Miguel Angel Cortes Ibarra, Ob, Cit., pag. 295.

29).- Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal - Mexicano, Ed. Porrúa, México 1982, pag. 459.

to, con hecho antijurídico y culpable sino únicamente antijurídico con ello se penso evadir el problema de los autores - inculpables y conectar la responsabilidad al hecho antijurídico de otro.

Delitala y Vannini (30), han observado "Que el carácter punible de la participación depende de la calificación objetivamente antijurídica de la acción realizada por el autor principal".

Visto así el fundamento de la participación, para nada interesa la culpabilidad de quién realiza la actividad típica, contradiciendo la posición de quienes condicionan la punibilidad de los actos de participación a una acción principal antijurídica y culpable".

En México, el Lic. Castellanos Tena (31), "se inclinó en otro tiempo en favor de la accesoriedad, considerando ésta la teoría correcta".

El criterio del ilustre Franco Guzmán (32), "su posición resume las teorías, la accesoriedad y la causalidad, y en su opinión, solo utilizando tales conceptos se puede resolver el problema de la naturaleza de esta institución jurídica".

En el Derecho Positivo, Mezger (33), "señala que el punto de arranque de toda teoría jurídica penal de la participación es la teoría de la causalidad, pues solo pueden ser considerados punibles aquellas conductas que se encuentran en relación causal con el resultado; de esta manera pueden eliminarse las no causales y por ello excluirse la responsabilidad a sus autores".

30).- Delitala y Vannini, mencionado por Francisco Pavón Vasconcelos, Ob. Cit., pag. 459.

31).- Castellanos Tena, mencionado por Francisco Pavón Vasconcelos, Ob. Cit., pag. 460.

32).- Franco Guzmán, mencionado por Francisco Pavón Vasconcelos, Ob. Cit., pag. 460.

33).- Mezger, mencionado por Francisco Pavón Vasconcelos, Ob. Cit., pag. 460.

B). ELEMENTOS.

"La participación se integra por presencia de dos elementos, uno moral y otro material, ambos esenciales. Constituye el elemento moral, el acuerdo de voluntades para cometer un delito determinado; constituye el elemento material, los actos externos representativos por lo menos de un comienzo de ejecución del delito; con esto se quiere significar que la tentativa de un delito, puede ser cometido en participación, pero no existe tentativa de participación". (34), "El acuerdo de voluntades no se expresará siempre, como apunta el Lic. Abarca (35), en términos precisos, pero sí con frecuencia se manifestará por los actos de ejecución conforme al propósito trazado".

C). SUS FORMAS.

En todo delito existe la fase interna y la fase externa del mismo que constituyen el "iter criminis", el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito. En la primera fase, el delito se engendra en la conciencia del sujeto - que se representa un objeto ilícito, delibera sobre la posibilidad de su logro, y al fin se resuelve a realizarlo.

"En esta etapa el delito permanece en el claustro mental del sujeto; nada lo revela al exterior, no hay incriminación posible, puesto que no hay acción criminosa. A esta actividad mental pertenece la idea criminosa (motivo, deliberación y resolución)" (36).

34).- Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Ed. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires Argentina 1939, Tomo 1, pag. 493.

35).- Ricardo Abarca, Ob. Cit., pag. 158.

36).- Raúl Carrancá y Trujillo, El Derecho Penal Mexicano, - Ed. Porrúa, México 1982, pag. 357.

En la fase externa, el primer momento es la manifestación de la idea que tiende a realizarse objetivamente en el mundo exterior. "A ella corresponde la proporción, la conspiración, los actos ejecutivos y la consumación" (37).

Ahora bien, cuando el delito es la obra de varias personas que suman sus fuerzas para realizarlo, entonces la primera cuestión que se nos presenta es la determinación de las formas como se puede participar o intervenir en la comisión de un hecho delictuoso. Desde luego, el concurso delictivo puede presentarse bajo formas distintas que corresponden al modo como cada individuo en el delito.

Y es así, como refiriéndose a este modo, tradicionalmente se considera que se puede ser autor de un delito, coautor y cómplice. Con relación al tiempo o momento, puede presentarse el concurso delictivo en tres formas: antes de su ejecución, simultáneo, y posterior a la consumación del delito, pero esta última, siempre que sea en virtud de promesas anteriores, pues de otra suerte constituye un delito especial, el de encubrimiento. De acuerdo con la cualidad con que el concurso criminoso puede desenvolverse, y desde una referencia formal, la participación se ha dividido en moral y física.

Es moral, cuando el concurso prestado se refiere a la forma de la voluntad, de la determinación de delinquir. Es física, cuando el concurso se refiere a la ejecución exterior del delito.

En la primera, tenemos o encontramos a los que de ninguna manera toman parte en la ejecución material, pero que en cambio, intervienen determinando a otros a cometer el hecho delictuoso. En la segunda, encontramos a todos los que media o inmediatamente concurren a la ejecución material del de

37).- Ibidem, Raúl Carranca y Trujillo, pag. 357.

lito, Inmediatamente a los que ejecutan el acto; mediatamente los que auxilian o cooperan en su ejecución, "En cuanto al grado, Florian (38), enseña que se puede tomar parte en forma principal (coautores) o accesoria (cómplices) en la inteligencia de que tanto la participación principal como accesoria, puede ser moral o física".

La participación moral (determinar a otro a cometer un delito o reforzar su voluntad de cometerlo) se llama generalmente instigación. Manzini (39), "La denomina participación con actividad psíquica, advirtiendo que esta locución, no -- significa ya causa moral o intelectual del acto, desde que -- la actividad externa no falta por el hecho de que el promotor no tome parte en los actos materiales de comisión del delito. Todos los medios de que un instigador puede valerse, -- implican realmente una actividad externa".

Debemos distinguir la instigación, como participación moral, de la instigación a cometer delitos, que es delito per se, y que nuestra Ley Penal prevé en su artículo 209.

La instigación de que aquí se trata, es la que tiene --- fuerza bastante para determinar al delito, de modo que el -- que la ejercita, pueda ser considerado como un verdadero autor de hecho, aunque sea ajeno a su materialidad.

El profesor Francisco Carrara (40) distinguía cinco figuras de instigación el mandato, la coacción, la orden, el consejo y la sociedad. "La nota característica de estas cinco -- figuras, decía Carrara, se reconoce con facilidad.

Se contrae a la utilidad del delito; si el que va a cometerse redunda en pro de quien concurre a él comunicando tan

38). Eugenio Florian, Derecho Penal, Parte General, Tomo II Ed. Propagandista, Habana 1929, 2a. Edición, pag. 11.
29). Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, Ed. Ediar-sóc, Amon Editores, Buenos Aires 1957, Vol. II, pag. 426.

sólo su voluntad al autor físico del mismo, tendremos la orden, la violencia o el mandato. Si la utilidad recae únicamente sobre el autor físico, aparece el consejo. Si la utilidad resultante es común, se da la sociedad.

La Escuela Clásica distinguía entre autores cómplices y encubridores como modos de participación. Carrara hace la distinción entre autores principales y cómplices, empleando esta última denominación en sentido general comprensivo de todos los delinquentes accesorios, esto es, de todos aquellos que contribuyen a un delito consumado por otro, participando en él de cualquier suerte, pero en grado suficiente a constituirlo más o menos responsables del hecho criminoso."

Según Carrara (41), "autor principal es el que consciente y libremente ejecuta el acto criminal del delito o participa en él materialmente. Si el acto se ejecuta por más de uno, habrá varios autores principales, porque en varios se da la nota característica; todos los demás son delinquentes accesorios".

"Niega Carrara (42), el carácter de autor principal a aquel que decide al ejecutor material del delito, pues sólo es autor del pensamiento criminoso. Únicamente en el caso de que el autor físico obrare como instrumento de quien lo impulsó al hecho, podría llamársele autor de este último".

La complicidad la presenta bajo tres aspectos: concurso de acción sin concurso de voluntad; segundo, concurso de voluntad sin concurso de acción, y tercero, concurso de voluntad y acción. El primer caso lo descompone en cuatro:

a) intención inocentemente distinta;

40).- Francisco Carrara, Teoría de la Tentativa y la Complicidad, Ed. Gongora y Cía. Madrid 1877, pag. 235 y 236.

41).- Francisco Carrara, Ob. Cit., pag. 192, 194 y 195.

42).- Francisco Carrara, Ob. Cit., pag. 192, 194 y 195.

- b) intención criminal distinta;
- c) intención negativamente indirecta e
- d) intención imperfecta.

En el primer caso, concurso de acción sin concurso de voluntad, el delincuente accesorio es la causa física del acto (delito) sin ser causa moral del mismo, no puede resultar en él los términos de la complicidad, pues no concurriendo la intención encaminada al fin criminal, no existe responsabilidad moral y por lo tanto, no existe responsabilidad ante la Ley.

Así pues, en los cuatro aspectos comprendidos por el concurso de acción sin concurso de voluntad, no encuentra Carrara la complicidad, porque no existe la voluntad consciente encaminada al fin criminal.

El segundo caso de participación planteado por Carrara es el del concurso de voluntad sin concurso de acción. Aquí la voluntad ha de ser manifiesta y debe haber servido para dar impulso al delito.

En el tercer caso, concurso de voluntad y acción, distingue los actos realizados con el concurso de la acción y de la voluntad en tres series: precedentes al momento de la consumación del delito; concomitantes con los actos de consumación y subsiguientes a la perfección del hecho. Si el concurso de la acción se da antes de la consumación, constituye auxilio; si es concomitante, importa codelincuencia; si es subsiguiente, constituye encubrimiento.

El tratadista Eugenio Cuello Calón (43) al tratar las formas de codelincuencia estudiadas por la Escuela Clásica nos dice que existen "La coautoría cuando varios individuos realizan los actos propios y característicos del delito; -- por ejemplo : cuando varios acechan a la víctima disparando sobre ella causándole heridas mortales; cuando varios confec

cionan el documento falso".

Y en cuanto a la forma denominada ayuda o auxilio, expresa que "en ella, además del hecho criminoso principal, se -- presentan otros de menor importancia encaminados a facilitar la ejecución de aquél; al que ejecuta la acción principal se le denomina delincuente principal; a los que ejecutan las acciones secundarias se les denominan delincuentes accesorios" (44).

Ahora bien, el auxilio que implica complicidad, se presta con la atención de que se favorece una conducta ilícita, pudiendo ser material o moral. Moral cuando la ayuda se concreta a iniciar o robustecer el ánimo, dando ánimo al autor por medio de la palabra, consejo, instrucciones, indicándole la forma o el modo de ejecución del delito; material, si se facilitan medios o instrumentos o haciendo algo, para que el delito se cometa. Pero el auxilio puede también consistir en actos negativos, como después veremos.

Precisando conceptos, diremos con Mezger: "Es sólo autor el que mediante la propia acción personal ha causado el resultado".

La coautoría se da bien cuando varios realizan los hechos propios del delito, bien cuando hay provocación o inducción por parte de un (autor intelectual) y ejecución por parte de otro (autor material). La complicidad consiste en el auxilio prestado al delincuente principal pudiendo existir antes o en el momento de la ejecución del delito.

D). SU PROBLEMATICA.

a) Unidad y pluralidad en la participación,

43).- Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona 1960, Tomo I, pag. 450.

44).- Eugenio Cuello Calón, Ob. Cit. pag. 452.

La Escuela Clásica considera que la concurrencia de varias personas a la comisión de un hecho delictuoso no le quita a éste su condición de hecho único; distingue como vimos, entre autores principales y accesorios, con responsabilidad variada para unos y otros, pero referida a un delito único; -- las distintas acciones a cargo de cada uno de los partícipes no constituyen otros tantos delitos.

Esta es la teoría de la unidad. Sin embargo, existe también la tesis de la pluralidad que quiere hacer de la figura de la participación de un delito distinto y autónomo: el llamado delito de concurso; queriendo encontrar en la acción de cada partícipe un delito distinto, independiente de la contribución prestada a la acción principal.

En nuestro Derecho ha dominado la teoría de la unidad.

b) EN CUANTO A LA PENALIDAD. Cabe preguntar si todos los que concurren a la comisión de un hecho delictuoso, son responsables en el mismo grado; debe imponérseles la misma pena a todos?

A esta interrogante las épocas han respondido de diversa manera. "El sistema de la igualdad en la responsabilidad y la pena, es el más antiguo así como el más claro, porque estableciendo una regla absoluta, castiga con igual pena al autor que al cómplice, prescindiendo de la parte que cada uno ha tomado en la ejecución del delito, así como de la responsabilidad relativa de cada partícipe. Este sistema tiene la autoridad del Derecho Romano y del Canónico y fué el adoptado por los Códigos de Francia de 1791 y 1810, teniendo su fundamento en la voluntad acorde entre el que ejecuta el delito y el que auxilia en la ejecución" (45).

45). Demetrio Sodi, Nuestra Ley Penal, Ed. Librería de la Vda. CH. Boscret, Bouret 1917, Tomo I, pag. 197.

El criterio clásico aprecia la participación objetivamente, esto es, en relación a la importancia causal llevada al hecho por cada uno de los partícipes; así, se justifican las distinciones que hace Carrara; todos son responsables, autores, cómplices y encubridores del mismo delito, pero no en el mismo grado, sino según su participación, concluyendo que debe castigarse con determinada pena a los autores y con la misma, atenuada, a los simples cómplices.

La Escuela Positivista aprecia, en cambio, la participación en relación a los partícipes, no por la importancia de su aportación a la producción del delito sino por el grado de peligrosidad revelado por cada uno de ellos. De allí que no sea admisible la distinción entre autores principales y autores accesorios propuesta por Carrara, con la consiguiente diversidad de penas.

Nuestro Código Penal de 1871, inspirado en el criterio clásico, establecía para los autores del delito la integridad de la pena; la mitad para los cómplices y el arresto mayor, o menor para los encubridores. El Código de 29 siguió el mismo sistema, aunque con un margen más amplio para el arbitrio judicial (arts. 177 y 178). El Código de 31, establece en sus Arts. 13, 51 y 52 un sistema objetivo-subjetivo, es decir, tomo en cuenta la participación y la mayor o menor temibilidad para la individualización de la pena.

C) INFLUENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DE ALGUNO DE LOS DELINCUENTES SOBRE LOS COPARTICIPES. Ocurre determinar como motivo de la concurrencia de delincuentes si todos ellos son responsables del mismo delito, cuando en la definición de este último figura como elemento esencial una especial condición de su autor, una circunstancia personal de alguno de los delincuentes; por ejemplo: el infanticidio y el parricidio tiene como elemento constitutivo una relación de parentesco entre el agente del delito y la víctima; entonces,

se pregunta si todos los que concurren en la comisión de alguno de esos hechos delictuosos son responsables del mismo delito. El artículo 55 del Código Penal vigente nos dice que: "Las circunstancias personales de algún o algunos de los delinquentes cuando sean "modificativas o calificativas del delito, perjudican a todos los que lo cometen con conocimiento de ellas; la respuesta, por consiguiente, al problema presentado, será en el sentido de que todos son responsables del mismo delito si tienen conocimiento de la relación del parentesco; acepta por consiguiente nuestra Ley la comunicabilidad de las circunstancias personales de algunos de los delinquentes sobre los copartícipes, sujeta al requisito del conocimiento de ellas.

El Código Penal Argentino, admite también la comunicabilidad de las circunstancias personales en la concurrencia de delinquentes. En efecto, el tratadista argentino Sebastián Soler (46), al estudiar el problema de la comunicabilidad, indica "Que es preciso distinguir las circunstancias personales comunicables de las incomunicables; la Ley, apunta el Sr. Soler, se refiere a circunstancias personales, cuyo efecto es excluir o disminuir la punibilidad, C.P. Art. 48, primera parte; y resuelve que éstas no se comunican, y luego a las que tienen por efecto agravar la penalidad y dispone que tampoco se comunican, salvo que sean conocidas".

Con respecto a las segundas, aclara "Sería equivocado, sin embargo entender que toda circunstancia personal de agravación es comunicante sin haber distinción, por lo cual distingue entre las circunstancias típicas que llama integrantes de la figura delictiva (la condición del hijo en el parricidio) y genérica, (comunes a cualquier delito, por ejemplo la calidad de reincidente), concluyendo que las únicas circunstancias a que el Art. 48 puede referirse son aquellas que él llama típicas".

46).- Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Ed. Tipografía editora Argentina, Buenos Aires 1973, Tomo II, pag. 276 y siguientes.

No estamos de acuerdo en la postura de nuestra Ley al admitir, como lo hace en su Art. 55, que las circunstancias personales se comuniquen a los partícipes, permitiéndoles invocar como razones las que expresan el Sr. Lic. Almaraz y la exposición de motivos del proyecto Peco.

El Lic. Almaraz (47) expresa, al hacer el comentario del Art. 55 del Código Penal en vigor, que "el afán no parece ser todo lo serio que afirman los redactores, aunque si de trascendencia. Porque, ¿las apuntadas son circunstancias modificativas del delito o calificativas de delincuente? de acuerdo con esta sería innovación, se considera parricida (art. 323) al que le quite la vida a una persona que no es padre y se tiene por habitual al que no ha cometido sino un delito, tal vez ocasional, es decir, al que no es habitual. Y entonces, surge el dilema o las definiciones de Parricida y de delincuente habitual son malas, o pésimas es la disposición del Art. 55, Adviértase que no discuto la justificación de agravar la pena en estos casos, por estimarse aumentada la peligrosidad; censuro el absurdo contenido en este precepto que da al traste con el tan decantado principio "no hay delincuentes sino hombres" y que obliga a desconocer la personalidad del infractor y a atribuirle una artificial, contraria a la real",

En la exposición de motivos del proyecto Peco, su autor dice: "Las circunstancias materiales se vinculan al hecho, las circunstancias personales a los partícipes. Unas dan su tónica al delito, otras a los concurrentes. Las primeras constituyen un fragmento del hecho, las segundas un aspecto de la individualidad; por consiguiente, las relaciones, cualidades y circunstancias personales que excluyen, aumentan o disminuyen la sanción, no se comunican a los copartícipes... "(48).

47). José Almaraz, Errores y Absurdos de la Legislación de 31, México 1941, pag. 46.

48). José Peco, Exposición de motivos 1963, pags. 96 y 97.

En el Anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios, siguiendo estas orientaciones desaparece el Art. 55 del Código Penal, en vigor que contiene un absurdo, según expresión del Sr. Lic. Almaraz.

D) LA PARTICIPACION CON REFERENCIA A DETERMINADAS CATEGORIAS DE DELITOS. Se discute su posibilidad en los delitos --culposos. Citaremos algunas opiniones:

El ilustre Francisco Carrara (49), la niega, "Porque no existe complicidad sin voluntad rectamente enderezada al fin y voluntad directa dice, es inconcebible sin previsión actual".

Tampoco la admite Pessina (50), pues afirma que "En los hechos culposos no puede haber concurso de delinquentes, porque faltando en ellos la "voluntad sceleris", no puede darse el concurso de voluntades en un mismo propósito criminoso".

En el mismo sentido se pronuncia Majno (51), citado por Eusebio Gómez, expresando "Que en los delitos culposos que hayan tenido por coeficiente la negligencia de varias personas, cada uno de ellos responde por el hecho propio".

Tampoco la admite Jiménez de Asúa (52), quien estudia el problema al tocar el punto de "Coincidencia de culpabilidad".

"La convergencia de culpabilidad es esencial para que la figura del coparticipe surja. Pero no hay que exagerarla, como han hecho los autores franceses al tratar del pacto sceleris.

49).- Francisco Carrara, Ob. Cit., pag. 220, 222, 223, y 225.
50).- Enrique Pessina, Elementos de Derecho Penal, Ed. Reus, España 1936, pag. 490.
51).- Eusebio Gómez, Ob. Cit., pag. 493.

Si la aludida coincidencia de culpabilidad se llevara al extremo de creer que todos los partícipes han de estar de acuerdo en sus papeles respectivos y conocer los ajenos, sería imposible construir la codelincuencia en algunas situaciones, que no son ejemplos docentes, sino episodios de la vida real.

El ladrón profesional se vale de cómplices que no se conocen entre sí. A dos de sus amantes, que es natural que no tengan mutuo trato, y a las que no dice el papel que cada una representará, las confía a la delicada misión de seducir previamente al vigilante de la esquina y al guarda de la casa deshabitada. Más, según hemos dicho, la coincidencia en el acuerdo con el autor principal no se opone, sino que por el contrario demanda la individualidad de cada responsabilidad.

Cada uno de los copartícipes responde de aquello que es culpable. El problema de la culpabilidad plantea un asunto sobremano importante y debatido: la complicidad en la culpa. A menudo se citan ejemplos de aparente codelincuencia en los actos negligentes: El que maneja el automóvil es excitado por el amigo que lleva junto a él, para que corra y adelante al coche que se ve en lontananza, Si se atropella al campesino que cruza la carretera se dirá que ha habido entre el conductor y el viajero una codelincuencia en el resultado culposo. Más obsérvase que no hay tal codelincuencia, porque esta exige no el acuerdo del acto, sino para la actuación del resultado típicamente justo. El que aconseja correr y el que empuja con el pie el acelerador sólo están de acuerdo en la velocidad".

En cambio, su posibilidad es admitida por nosotros. Así, Manzini (53), citado por Eusebio Gómez, considera que, consistiendo la culpa en la voluntaria comisión de un hecho ge-
52).- Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires 1973, pag. 634.

négica y específicamente contrario a la Policía o la disciplina, del cual ha derivado un efecto previsto por la Ley como delito, y puesto que aquel primer hecho puede haberse cometido por una o varias personas, es manifiesto que no puede excluirse la participación en los delitos culposos".

El ilustre Sebastián Soler (34), expresa "Que es posible la participación en los delitos culposos, pues en definitiva es la causación de un resultado por varias personas. Pueden el chofer y su acompañante ponerse de acuerdo en andar a exceso de velocidad y mientras el uno guía, el otro da presión al aceite de la máquina. Puede el pasajero instigar al conductor a que marche a exceso de velocidad y éste, acatar la orden ilegal".

Algunos tratadistas admiten la participación en la culpa, "Porque si los partícipes en un hecho culposo realizado por todos, no podían querer el efecto dañoso, en el cual ninguno de ellos pensaba, se encontraban todos en las mismas condiciones de imprudencia, negligencia o inobservancia de leyes o reglamentos, de la que surgió el efecto".

Por nuestra parte pensamos que en los delitos culposos no hay intención de delinquir; menos acuerdo para cometerlos, pero se infringe el deber de cuidado; por lo que consideramos que si se dan los delitos culposos en la participación, ya que una persona obra culposamente cuando incurre en negligencia, imprudencia, falta de atención, de reflexión, de pericia, de precaución o de cuidados necesarios, produciéndose una situación antijurídica y típica, no querida ni consentida, a la vez que pudo ser previsible y cuya realización era evitable por el infractor.

En cuanto a los delitos de omisión, se inquiriere también si en ellos es posible la participación; la participación -

53).- Eusebio Gómez, Ob. Cit., pag. 494.

54).- Sebastián Soler, Ob. Cit., pag. 153.

por actos negativos consistentes en no cumplir una obligación, para facilitar la comisión de un delito, es posible, puesto que puede concebirse sin esfuerzo un concurso de voluntades para omitir el cumplimiento de un determinado mandato legal; por ejemplo: el dependiente de una tienda o comercio que tiene obligación de cerrar las puertas del mismo y que no lo hace de acuerdo con un ladrón, para que éste pueda penetrar al local y robar, es un partícipe en virtud de ese acto negativo.

Igualmente no existe imposibilidad en admitir la participación tratándose de los delitos preterintencionales, ya que el efecto de un hecho de tal género supere a la intención -- que se tuvo al concertar el acuerdo de voluntades, al cometerlo no afecta el acuerdo mismo. Este recayó sobre un delito determinado y ese delito precisamente fué el que se cometió, si bien con un resultado distinto al previsto y querido.

El Anteproyecto del Código Penal para el Distrito, presenta entre otras novedades la definición del delito preterintencional, en su artículo 7o., fracción III, Inciso 3o. en los siguientes términos; "Delito preterintencional es el que se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado".

CAPITULO III

EL ENCUBRIMIENTO EN LAS LEGISLACIONES.

El encubrimiento es uno de los delitos que afectan a la administración de justicia. Como a esta última no se le protege con un título por separado en el Código Penal Vigente, se involucra a dicho delito entre los que lesionan la administración pública, que en general comprende a aquella, ya que las distintas formas de encubrimiento dificultan la investigación y correspondiente sanción de los hechos previstos y reprimidos por la Ley de fondo.

Por lo anterior vamos a exponer el tema del encubrimiento por lo que considero necesario comentar las diversas definiciones que del encubrimiento han dado los tratadistas y las Legislaciones hasta nuestros días, por que el concepto vulgar que se tiene de la palabra, ha servido fundamentalmente para su introducción en los textos positivos.

El maestro Miguel Angel Cortez Ibarra (55) dice: "El encubrimiento es la intervención de un tercero en un delito ya cometido bien para aprovecharse el mismo de los efectos de la infracción, bien para auxiliar al delincuente en el goce de los frutos del hecho punible o eludir la acción de la justicia."

En la tendencia penalística moderna manifiesta Pessina (56) "Que el encubrimiento es un delito autónomo. Se sostiene la lógica imposibilidad de hablar de codelincuencia en actos posteriores al delito, por que la esencia de la causa es

55).- Miguel Angel Cortez Ibarra, Derecho Penal Mexicano, -- Parte General, Ed. Porrúa, México 1971, pags. 298 y -- 299.

ta en preceder al efecto y el encubridor interviene cuando el delito ya se ha causado",

El encubridor, al desarrollar sus actos posteriormente a la comisión del delito, no constituye ni psíquica ni materialmente a su producción. Solo se presenta la participación por actos posteriores a la comisión del delito, cuando la conducta del sujeto se encuentra ligada estrechamente con la realizadora del hecho punible, constituyendo factor condicionalmente del mismo.

En nuestra Legislación Penal Estatal, el encubrimiento constituye un delito autónomo y no una forma de participación.

El profesor Francisco González de la Vega (57), sostiene que comete encubrimiento: "El que con posterioridad a la ejecución de un delito y sin previo concierto con sus responsables, los oculta, los protege, les facilita la fuga o les asegura impunidad por destruir las huellas o pruebas de delito o por esconder sus efectos, e se beneficia lucrando con los objetos materiales en que a recaído la acción criminal o con sus efectos".

Doctrinalmente se ha distinguido en el encubrimiento dos tipos distintos; El favorecimiento y la receptación.

El favorecimiento consiste, señala el Lic. Luis Jiménez de Asúa (58) "En ayudar al culpable de un delito a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse a las pesquisas de las mismas".

56). Pessina mencionado por Cortez Ibarra, Ob. Cit., pag. 298.

57). Francisco González de la Vega, Código Penal Comentado, Ed. Porrúa, México 1982, pag. 446.

58). Luis Jiménez de Asúa, Derecho Penal, Ed. Reus, S.A., Madrid 1929, pag. 195.

La receptación tiene un carácter distinto. Existe cuando con un fin de lucro, se adquiere, recibe u oculta dinero u objetos robados o provenientes de cualquier delito y también se ayuda con el mismo fin de lucro a otro para adquirirlos, recibirlos u ocultarlos. Este es en primer término un delito contra el patrimonio, tanto como por el móvil de lucro como por la insistencia en la violación del bien jurídico atacado por el autor principal.

Dos criterios se han adoptado para determinar la responsabilidad criminal de los encubridores:

I. "Los encubridores son siempre participantes en el delito e integran con los autores y cómplices el concurso de delincuentes" (59).

Sus partidarios dicen que sólo por él se explica que únicamente sean punibles los actos de encubrimiento cuando son realizados por persona distinta de los autores y cómplices.

II. "No ha lugar el encubrimiento a un concurso de delincuentes, si no de delitos. Es un delito secundario y accesorio que supone otro principal al que va unido. El encubridor interviene después de consumado el delito, por consiguiente, no ha cooperado a él, no ha podido ser concausa de él, a no suponer el absurdo de una causa posterior al efecto". (60)

El jurista Eugenio Cuello Calón (61), asimismo dice: "El encubrimiento se considera generalmente como un hecho delictuoso independiente. Sin embargo, algunos autores y legislaciones como primitivamente el Código Francés y el nuestro, lo han considerado como un acto de complicidad. Este criterio tiene cada vez menos defensores".

59).- Luis Jiménez de Asúa, Ob. Cit., pag. 194.

60).- Luis Jiménez de Asúa, Ob. Cit., pag. 194.

61).- Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, "Parte General", Barcelona 1960, Ed. Bosch, Tomo I, pag. 651.

Pessina (62), citado por Cuello Calón. afirma "Que no es posible un concurso posterior al delito la esencia de la causa está en preceder al efecto".

El profesor Eusebio Gómez (63), igualmente de acuerdo -- con esta idea dice: "El encubrimiento no es, por tanto una forma de participación. Es un delito autónomo, que se comete mediando como presupuesto un delito ya consumado".

El Congreso Penitenciario Internacional de Budapest, celebrado en 1905, pronunció su voto en favor del encubrimiento como delito especial, sin que la opinión contraria tuviera defensores.

La mayor parte de las legislaciones modernas, entre --- otras la Española y la Argentina, consideran al encubrimiento como un delito específico incluyéndolo dentro de la clasificación de los delitos cometidos contra la administración de justicia.

A continuación trataré de exponer los diversos criterios que se han sostenido respecto a la consideración del encubrimiento como un delito contra la administración de justicia,

I. Partiendo de la distinción entre "favorecimiento" y "receptación", se considera al primero como delito sui generis y, al segundo, como grado de participación.

a). Para Carrara (64), el favorecimiento "Es un delito -- sui generis que tiene por objeto la pública justicia. El derecho que el encubridor violó no era por ejemplo el derecho que el sujeto pasivo tenía a la vida. Este derecho había sido violado por el autor del delito.

62).- Pessina, citado por Eugenio Cuello Calón, Ob. Cit., -- pag. 651.

63).- Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Ed. Compañía, Argentina de Editores, Buenos Aires 1939, Tomo I, pag. 195.

El derecho que el encubridor quiere violar y violó, fue un derecho universal; el derecho que todos los ciudadanos tienen a ser respetados y no conculcada la justicia,

b), El mismo autor sostiene que el que con fin de lucro y sabiendo que se ha cometido un hurto, ayuda al ladrón a aprovecharse de los efectos a bajo precio o gestionando su venta, a fin de que el ladrón pueda llegar a la meta de su delito, no puede decirse que auxilie al delincuente para engañar a la justicia, sino para completar la violación a la propiedad, se trata de una prosecución de la primera ofensa, es un acto de complicidad y los continuadores son pues, una categoría de partícipes del delito de otro".

II. "Se considera la ocultación habitual de persona en ciertas hipótesis (bandolerismo o violencia contra la seguridad del Estado, la paz pública o las personas y propiedad), como complicidad. En cambio, la ocultación de cosas, (Recel) como un delito distinto" (65).

III, El Código Español considera que es delito especial el favorecimiento en los que habitualmente se dedican a realizar tales actos y el funcionario público que también lo realizare o que consintiere a otro que los haga y también la receptación interesada de las cosas procedentes de un delito.

IV. Se considera al encubrimiento en sus distintas formas como a un delito autónomo. Con él se comete un atentado contra la administración de justicia, en cuanto que los actos que lo constituyen obstan a la debida represión de los hechos reprimidos por la Ley Penal.

El ilustre Eusebio Gómez (66), comentando el Código Argentino dice que: "Cuando el texto legal hace referencia al

64].- Francisco Carrara, mencionado por Luis Jiménez de Asúa ob. Cit., pag. 195.

65].- Luis Jiménez de Asúa, Código Frances, Ob. Cit., pag. 196.

delincuente no quiere decir que la persona a quien se oculta o cuya fuga se quiere facilitar sea el autor de un delito y declarado como tal por la justicia. Quiere aludir a persona sindicada como autora de un delito".

A). CODIGO PENAL DE 1871.

Previo el estudio del encubrimiento, tal y como lo considera nuestro Código Vigente, considero oportuno anotar brevemente los sistemas que siguieron nuestros Códigos anteriores en esta materia, con el objeto de poder establecer las diferencias así como las novedades que los legisladores de 1931 introdujeron al respecto y dejar asentadas las ventajas o in convenientes y dado que, por otra parte, los antecedentes ne cesarios de nuestra Legislación Penal son los Códigos de -- 1871 y 1929.

Como se ha dicho en el Capítulo anterior, la Escuela Clásica distinguió entre autores principales y accesorios, considerando dentro de estos últimos a los cómplices y a los en cubridores; y a su vez, el Código de 1871, en su capítulo VI titulado "De las personas responsables de los delitos" decía en el artículo 48: "...tienen responsabilidad criminal:

- I. Los autores del delito.
- II. Los cómplices.
- III. Los encubridores.

En los artículos 49 y 50 hace la especificación de las - personas responsables como autores de un delito y como cóm- plices.

En el artículo 55 decía que los encubridores eran de --

66).- Eusebio Gómez, Ob. Cit., pag. 499.

tres clases y en los artículos 56 y 58 indicaba que eran encubridores de primera y tercera clase los que de las diversas maneras que se especificaban favorecían a los delincuentes.

Finalmente, en el artículo 1ºdecía que: "Todos los habitantes del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, tienen obligación:

I. De procurar por los medios lícitos que estén a su alcance, impedir que se consumen los delitos que saben van a cometerse o que se están cometiendo.

II. De dar auxilio para la averiguación de ellos y persecución de los criminales;

III. De no hacer nada que impida o dificulte la averiguación de los delitos y castigo de los culpables.

APLICACION DE PENAS A LOS COMPLICES Y ENCUBRIDORES.

Al cómplice de un delito, se le castigaba con la mitad de la pena que se le hubiere aplicado si él fuere el autor del delito. (artículo 219).

A los encubridores se les aplicaban las siguientes penas: (artículos 220 y 223).

- I. Arresto menor (13 a 30 días)
- II. Arresto mayor (19 a 11 meses)
- III. Multa.
- IV. Suspensión de empleo por el término de 6 meses a un año.
- V. Destitución del cargo del empleo que desempeñaba.

En consecuencia, el máximo de la pena que imponía el C6-

digo de 1871 para los encubridores, era de once meses de arresto mayor.

El artículo 11 consideraba delito culposo la violación a la obligación impuesta por el artículo 1º.

La clasificación hecha por el Código de 1872 de las personas responsables de los delitos y la aplicación de la penalidad presentaba las siguientes características:

- a). Incluye en ella todos los grados de participación.
- b). Considera como característica de la complicidad el concierto previo o pacto anterior al delito.
- c). La ausencia "de previo acuerdo" o de "previo concierto" en el encubrimiento.
- d). A su detallismo y complicación se escapaban los delincuentes más temibles por su inteligencia, astucia cobardía o, a lo menos obtienen represión ineficaz - (67).

- I. A las circunstancias personales del delincuente.
- II. A las circunstancias de los hechos en que consiste un delito.
- III. A la mayor o menor participación que tuvieren los delincuentes en la comisión de un delito, estableciendo diversidad de penas según la categoría de los partícipes.

Así lo expresaba el maestro Martínez de Castro (68), en la exposición de motivos del Código de referencia al decir: "No admite duda que para castigar a los delincuentes debe atenderse no sólo a las circunstancias personales de aquellos y a las del hecho en que consiste un delito, sino también a

67).- Francisco González de la Vega, Ob. Cit., pág. 446.

la participación que éste haya tenido y sería inadmisibles -- que se impusiera al autor de un delito la misma pena que a sus cómplices y a sus encubridores.

Estas son las únicas tres clases de delincuentes que se admiten en el proyecto porque, aunque en uno que otro Código se hace una clasificación más numerosa, la comisión ha preferido la mencionada, por que debe procurarse la sencillez en las Leyes cuando de éso no resulte inconveniente".

El artículo 59 decía que no se castigaría como encubridores a los ascendientes, descendientes, cónyuges o parientes colaterales del delincuente ni a los que le debían respeto, gratitud o estrecha amistad; si no lo hicieran por interés, ni emplearan algún medio que por sí, fuera delito.

B). CODIGO PENAL DE 1929.

El Código Penal de 1929, al igual que el de 1871, considera al encubrimiento como un grado de participación, pues en materia de Responsabilidad Criminal siguió con algunos -- cambios al de 1871 en el capítulo V. De las personas responsables de los delitos.

El artículo 36 es idéntico al 48 del Código de 1871, asentando que tienen responsabilidad criminal, los autores -- del delito, los cómplices y los encubridores.

En sus artículos 37 y 38 hace la especificación de quienes son responsables como autores de un delito y como cómplices.

Tocante al encubrimiento en el Código de 1929 señala el 68).- Martínez de Castro, Exposición de Motivos del Código de 1871, México 1883, Ed. Ilustración, pag. 102.

Lic. José Almaráz (69). Se eliminó la clasificación que hacía el de 1871 y "dado el sistema adoptado por la comisión - de dejar mayor arbitrio a los jueces y de individualizar, lo más posible, las sanciones, incluye en una sola clase todos los casos de encubrimiento. El Juez hará en cada caso particular la valorización de la temibilidad, del estado peligroso y aplicará la sanción que proceda aplicar dentro del mínimo y del máximo que se le fije".

El artículo 43 en su fracción I considera tres casos de encubrimiento, que son los que se han considerado, como de "favorecimiento", y en el mismo texto del artículo se dice: "Artículo 43.- Se consideran encubridores:

I. Los simples particulares que sin previo acuerdo con los delincuentes los favorecen de alguno de los modos siguientes:

Primero.- "Auxiliándolos para que etc."

Por lo que respecta a la Recepción fué ampliada, especificando detalladamente todos los casos en las Fracciones II y IV del citado artículo 43. En las fracciones III y V trata del encubrimiento cometido por Funcionarios Públicos.

Hay que hacer notar que el Código de 1929 al igual que el de 1871 consideraba característica del encubrimiento la ausencia de previo concierto con los delincuentes y que aún aquellos actos típicos del encubrimiento eran considerados como de complicidad si eran hechos en virtud de pacto anterior al delito.

Por lo que respecta a la aplicación de las sanciones a los encubridores, en los artículos 177 y 178 se decía que al encubridor se le aplicaría de un décimo a tres cuartas partes.

69],- José Almaráz, Exposición de Motivos del Código Penal de 1929. México 1931, pag. 57.

C). CODIGO PENAL DE 1931.

El Código Penal Vigente, en el Título Primero, en su Capítulo Tercero "De los Responsables del Delito" establece en el artículo 13 que a continuación transcribo, las diversas formas de participación criminal.

Artículo 13. "Son responsables del Delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que lo realicen por sí;
- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven acabo sirviendose de otro;
- V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo;
- VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente en cumplimiento a una promesa anterior al delito y;
- VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, aun que no conste quien de ellos produjo el resultado.

La enorme diferencia del nuevo sistema con los de nuestra Legislaciones anteriores salta a la vista, puesto que el artículo 13 recogio en un solo precepto, las diversas formas de participación criminal que anteriormente se dividian en los tres grupos: autores, cómplices y encubridores.

Comentando el artículo de referencia, expresa el Lic. Rafael Millán Martínez (70) "Que la hipótesis de "concepción" del delito que mencionaba anteriormente el artículo de referencia, ha sido fuente de confusión como forma de participación, y ahora en el artículo citado en su fracción I, con --

claridad aceptable, se refiere a los que acuerden o preparen su realización, es decir, a los que concierten la empresa criminal, o dispongan su ejecución.

En la fracción II, al hablar de "Los que realicen por sí", alude al autor material (o inmediato) que realiza el hecho típico: es quien mediante su actuación directa penetra el tipo, ejecutando físicamente cualquier medio idóneo.

En la fracción III, a diferencia del Código actual, de la figura del coautor, que realiza la actividad típica conjuntamente con el autor.

En la fracción IV, con breve y aceptable fórmula, introduce al autor mediato, identificándolo como aquél que realiza el delito "sirviéndose de otro", y ese "otro", conforme a la doctrina y en la realidad, puede ser un inimputable, o una persona afectada de error, o sometida por vis absoluta o por vis compulsiva, como instrumento para cometer materialmente el delito.

En la fracción V, al ocuparse de los que "determinen intencionalmente a otro a cometerlo", hace referencia al autor intelectual, pues "determinar", por cuanto aquí interesa, significa hacer tomar la resolución de perpetrarlo.

En la fracción VI está alojada la complicidad ceñida a la aportación de actos accesorios, pero como ahora la "ayuda o auxilio a otro" para la comisión delictiva ha de prestarse "intencionalmente", queda así claro que no hay cómplice por culpa lo cual representa un progreso en la árdua tarea interpretación empero, es deplorable el uso alternativo de las voces "ayuda o auxilio", pues siendo equivalente, habría bastado el empleo de una sola, en obsequio a la sencillez y brevedad que facilitan la inteligencia de la prevención.

En la fracción VII trata el supuesto de quien auxilie al

agente, con posterioridad a la consumación, en cumplimiento de una promesa anterior. Como se advierte, aquí la conducta consiste en ofrecer exarte ayuda al delincuente, para después de ejecutado el delito; pero como el pacto es anterior al hecho delictuoso, la sola promesa constituye, en sí misma el aporte psicológico a la ejecución del delito y el vínculo causal con el promitente. Este partícipe, en realidad es un auxiliador subsequens, sobre quien recae la imputación no -- por lo hecho postfactum, sino por la ayuda preordenada, sin cuya promesa quizá no se habría ejecutado el delito,

Queda así corregido el yerro del artículo 13 fracción IV del Código Penal actual, que al silenciar el acuerdo previo, hace inoperante de plano tal supuesto de participación contingente, dándole con preceptible impropiedad una fisonomía de encubrimiento como delito per se.

Y en la fracción VIII plasma la complicidad correspondiente, en un dispositivo amplificador que la proyecta a todo el repertorio típico, estableciendo que son responsables del delito "Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado", y en el nuevo artículo 64 bis se prevé para esta complicidad correspondiente genérica, que se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y de acuerdo con la modalidad respectiva, en su caso.

Fuerza es decir que esta discutible innovación trajo aparejada una dificultad de interpretación, en tanto que se preservó el mismo instituto ya existente específicamente respecto a los delitos de lesiones (artículo 296 fracción II que fija prisión hasta de cuatro años) y de homicidio (artículo 309 que establece prisión de tres a nueve años), dado que dichos artículos no fueron derogados en la reforma, y no pueden perder vigencia merced al principio de "incompatibilidad con la Ley anterior" de origen civilista como algún sector supone, por falta de reenvío legal expreso.

Ante tal dualidad, ya se anticipa que contemplando un caso concreto de lesiones u homicidio en complicidad correspectiva, habrán de aplicarse sus respectivas y exclusivas contenidas en los artículos señalados, atento al principio penal de "especialidad", paralizándose la operancia de la reforma introducida en el artículo 13 fracción VIII a comento. Además, en presencia de un delito de robo calificado, por ejemplo, y de un delito de homicidio doloso, ambos perpetrados en complicidad correspectiva, podrá darse el caso de que el quantum de punición sea mayor para el delito de robo, lo que no condice con los ideales valorativos de la sociedad."

Por su parte comentando el artículo multicitado, manifiesta Francisco González de la Vega (71): "Con la mira de aumentar correlativamente el arbitrio judicial en la imposición de las medidas represivas o de seguridad, el Código de 1931 disminuyó en el casuismo al eliminar la antigua y complicada clasificación legal de autores, cómplices y encubridores, contenido en los Códigos anteriores. No obstante, dentro de las mallas de esas artificiosas y detalladísimas clasificaciones eliminadas por el Código vigente, se escapaban los delincuentes más temibles por su inteligencia, astucia, cobardía o malicia o, a lo menos, obtenían represión ineficaz como acontece en la mayor parte de las legislaciones que siguen tan engorrosa reglamentación".

Por su parte, José Angel Ceniceros y Luis Garrido (72) expresan: "El legislador de 1931 consecuente con la tendencia que orientó sus trabajos en el sentido de no hacer de la Ley un manual de Derecho, suprimió las listas de autores, cómplices y encubridores, que los Códigos anteriores insertaban, concretándose a expresar en una sola disposición genérica, que todos los grados de coparticipación eran punibles.

70).- Rafael Millán Martínez, Anales de Jurisprudencia, Tomo 191, Año 51, México, D.F. 1984, pags. 289, 290 y 291.
71).- Francisco González de la Vega, Ob. Cit., pag. 446.

Esto es lo que dice el artículo 13 que reemplaza a numerosas disposiciones de las leyes anteriores, en las que el Juez encontraba listas cómodas que le permitían graduar la responsabilidad en relación con la participación tenida por el delincuente.

Esto no quiere decir que para el Código Vigente ya no existan grados de coparticipación en la empresa delictuosa, sino que toca al juez precisar ese grado, aunque ya no con el sistema de métrica penal de graduación en la pena, en forma necesariamente proporcional y creciente, según se tratara de encubridores, de cómplices o de autores. Pues como dice Ferri, es preciso dar al juez la facultad de graduar las penas, según la importancia de la participación porque, por ejemplo, hay casos en que el auxiliar de un crimen es más peligroso que el autor mismo.

Sin embargo, el Código de 1931, aún sostiene el criterio llamado de común denominador que consiste en que todos los partícipes de un delito, sean penados en nombre del delito común en cuya ejecución han intervenido pero con la modalidad nueva de que el juez individualice la pena, a su arbitrio, atendiendo a las intenciones o móviles de sujetos, es decir, según su mayor o menor temibilidad y no sólo su grado objetivo de participación".

Para demostrar la mayor o menor temibilidad del sujeto activo del delito, es necesario que el tribunal durante la instrucción observe las circunstancias peculiares del inculpado, conforme al artículo 51 y 52 del Código Penal,

Para lo anterior el tribunal debe allegarse datos para conocer: a) su edad, b) su educación, c) su ilustración; d) sus costumbres; e) su conducta anterior; f) los motivos que

72).- José Angel Ceniceros y Luis Garrido, la Ley Penal Mexicana, México, D.F., 1934, Editorial Botas, pag. 56 y 57.

lo impulsaron a delinquir; g) sus condiciones económicas; h) las condiciones especiales en que se encontraba al cometer el delito; i) los demás antecedentes personales; j) sus vínculos de parentesco con la persona ofendida; k) sus vínculos de amistad con la persona ofendida; l) sus vínculos nacidos de otras relaciones sociales con la persona ofendida; m) las circunstancias de tiempo; n) las circunstancias de lugar; ñ) las circunstancias de modo; y o) las circunstancias de ocasión.

Pero para lograr lo anterior debe cumplirse con el principio inmediatez, ya que el tribunal debe tomar conocimiento directo del activo y de la víctima, así como de las circunstancias del hecho.

Tal acreditamiento deberá realizarse durante la instrucción, para proporcionar un concepto de éste, es menester recurrir al artículo 10, fracción II del Código Federal de Procedimientos Penales, que considera a la instrucción como un período del procedimiento penal federal y que comprende las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que hubieren sido cometidos y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados.

A su vez el artículo 40. del ordenamiento citado considera a la instrucción como integrante del procedimiento judicial. En cuanto a las circunstancias para acreditar la mayor o menor temibilidad del sujeto activo del delito, el artículo 296 bis del Código Adjetivo, repite en esencia los numerales 51 y 52 del Código Penal.

El acreditamiento de tales circunstancias y consecuentemente el grado de temibilidad tiene como finalidad la individualización de la punibilidad, es decir, también en cuanto a ese grado el juez podrá válidamente imponer la pena dentro de los límites fijados por la Ley.

El juez al dictar su sentencia tendrá que razonar esas - circunstancias en orden al caso concreto, porque si nada más las menciona pero no es en relación al caso específico, se - viola lo dispuesto por los dispositivos 51 y 52 del Código Penal y 296 del Código de Procedimiento Penales.

Al respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido:

"PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA.- Para una correcta indivi dualización de la pena, no debe hacerse una simple cita de - los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, sino razo- narse su pormenorización con los particulares del hecho de- lictuoso de que se trate" (Sexta Epoca, Segunda Parte: Vol. XXXVI, pág. 81 A.D. 6959/1959.- 1a. Sala, Apéndice de Juris- prudencia 1975, Segunda Parte 2a. Relacionada de la Jurispru- dencia, "Pena individualización de la, Requisitos", Tesis - 1558).

"PENA INDIVIDUALIZACION DE LA.- La Legislación Penal Vi- gente descansa en su totalidad sobre dos principios fundamen- tales uno el de arbitrio judicial y otro, el de la temibili- dad; esto es, que toda pena debe ser cuantificada por el gra- do de temibilidad del acusado y el juzgador debe moverse en- tre los términos que fija la ley, teniendo en cuenta el gra- do de esta temibilidad para juzgar la pena" (A.D. 2637/1970, 1a. Sala, Séptima Epoca, Vol. 42, Segunda Parte, pág. 39).

El término temibilidad, es creado por Garófalo en sus -- primeras investigaciones del año de 1877. "Con ella quiere designar la perversidad activa y constante del delincuente y la cantidad de mal que hay que temer de parte del mismo de- lincuente" por su parte Crispigni, describe la peligrosidad como "la muy relevante capacidad de una persona para cometer un delito", o "la probabilidad de llegar a ser autor de un - delito"; Florián, la define como "la aptitud o inclinación - especial de un autor de delito para cometer otros delitos pa

ra recaer en el delinquir, infringiendo nuevamente la Ley Penal" (73).

Es decir, la temibilidad es la posibilidad de reincidir, pero ello no debe ser tomado exclusivamente en el ámbito jurídico, es decir, no referible al artículo 20 del Código Penal, sino en el aspecto criminológico, es decir, la temibilidad debe ser indentificada como la capacidad criminal, en los términos que lo indica Francesco Antolisei, como "la disposición o inclinación del individuo a cometer hechos en contraste con la Ley Penal" (74).

La temibilidad, es el extremo de la readaptación social, porque ésta implica que el sujeto no volverá a delinquir.

El tribunal para allegarse los datos para determinar el grado de peligrosidad, debe actuar de oficio, pues ello se obtiene de los párrafos primero y tercero del precepto 269 bis comentado, pues indica que el tribunal deberá observar. y la misma obligación...; sin que tal afirmación, se vea afectada por el párrafo segundo de ese precepto, el cual faculta al tribunal para allegarse los datos ya mencionados, pudiendo obrar de oficio.

El juez, debe ordenar para contar con elementos para determinar el grado de la peligrosidad, que el Director del Reclusorio respectivo, le envíe el estudio de la personalidad del procesado, y así dar cumplimiento a la Ley que establece las Normas Minimas sobre Readaptación Social de Sentenciados ya que su artículo 7o. párrafo segundo, dispone que "se procurará el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de la que aquél depende".

73).- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXVI, bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1976, págs. 27 y 55.

74).- Enciclopedia Jurídica Omeba, Ob. Cit., pág. 55.

Es el órgano jurisdiccional el que declara la verdad legal sobre los fines específicos del procedimiento penal, consistentes en conocer la verdad histórica y la personalidad del delincuente.

El Ministerio Público tiene la misma obligación de conocer las peculiaridades del delincuente y las circunstancias exteriores de ejecución; obligación que nace en averiguación previa, y perdura durante la instrucción, para que fundada y motivadamente haga los señalamientos y peticiones correspondientes al ejercitar la acción penal o al formular conclusiones.

El precepto segundo transitorio, del Decreto que reforma y adiciona el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicado en el "Diario Oficial" de la Federación, del 4 de enero de 1984, dispone que "Los individuos -- que se encuentren sujetos a proceso al momento de entrar en vigor este Decreto, podrán optar por acogerse a las disposiciones en él contenidas o continuar sometidos a las que se modifican".

Creo que aun cuando el procesado no se acoja a las nuevas disposiciones, éstas se le aplicarán en tanto le resulten más benéficas.

D].- LEGISLACION COMPARADA.

Los diferentes Códigos Penales han colocado el delito de encubrimiento, generalmente en una sección separada, ya considerándolo como delito contra la Administración de Justicia como especie de la participación (complicidad, coparticipación) o como delito en Especial; ya tratándolo en la parte -

Especial o en la parte General. A veces equiparándolo al autor, pero la mayoría con penalidad propia como corresponde, dada su categoría de delito.

Es por ello que los diferentes estados de la República, en función del Sistema Federal, cada uno de ellos dicta su Ley Penal.

"Muchas entidades han adoptado el ordenamiento de 1931, en forma íntegra unas veces y con modificaciones otras, aunque la tendencia actual, que día a día cobra mayor fuerza, es seguir modelos más modernos, como el Código de Defensa Social Veracruzano, que comenzó a regir el Primero de Julio de 1948, el encubrimiento no desapareció como figura delictiva que no mereciera sanción (fracción I del artículo 40 del Código Anterior), sino que, por el contrario se le tipificó como delito Especial, con sanciones especiales (artículo 301 del Código Vigente), lo cual quiere decir que se sanciona tal delito de diversa manera a como lo hacía el anterior, de donde no es el caso de aplicar el artículo 53 del Código Penal que rige para el Estado, pues la Ley no ha quitado el carácter de delito al encubrimiento sino que lo conserva como un acto ilícito penal que amerita sanción corporal" (75).

"Empero algunas legislaciones como la Legislación Penal de Michoacán al referirse al encubrimiento, no sigue el sistema mixto de la del Distrito Federal, como forma de participación del delito, "Único" y como figura específica, sino que el Legislador local, aun ubicándolo en la parte dogmática de su ordenamiento, al integrar sus elementos esenciales mediante la enumeración casuística y por lo tanto limitativa en realidad erige al encubrimiento en delito per se, no obstante que remita, para la fijación de la pena a la aplicable al delito encubierto para de ahí deducir el tercio; por lo

75).- López Dupont Eduardo, El Delito de Encubrimiento, Tesis UNAM, 1964, pag. 20.

que, si en un caso, la conducta atribuible al sujeto no encaja en ninguna de las hipótesis del tipo, da lugar a la concepción del amparo" (76).

Veremos ahora, los artículos respectivos en los Códigos de diferentes naciones iberoamericanas:

ARGENTINA.- Art. 277. Será reprimido con prisión de quin ce días a dos años, el que, sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, alguno de los hechos siguientes:

1o. Ocultar al delincuente a facilitar su fuga para sus traerlo a la justicia,

2o. Procurar la desaparición de los rastros o pruebas de del delito.

3o. Guardar, esconder, comprar, vender o recibir en prenda o a cambio los efectos substraídos.

4o. Negar a la autoridad, sin motivo legítimo, el permisso de penetrar en el domicilio para tomar la persona del delincuente que se encuentre en él.

5o. Guardar habitualmente delincuentes u ocultar en la misma forma armas o efectos de los mismos, aunque no tuviere conocimiento determinado de los delitos.

6o. Dejar de comunicar a la autoridad las noticias que tuviere acerca de la comisión de algún delito, cuando estuviere obligado a hacerlo por su profesión o empleo (77).

76).- Eduardo López Dupont, Ob. Cit., pag. 20.

77).- Nurman Ruforff Baltazar, El Delito de Encubrimiento, Tesis UNAM 1959, pag. 78.

BOLIVIA, - Art. 12. Son delincuentes como encubridores:

1o. Los que dan asilo, prestan su casa o protegen de --- cualquier modo a uno o más delincuentes, sabiendo que ha cometido o pretendan cometer un delito,

2o. Los que reciben, ocultan, venden o compran a sabiendas los instrumentos que sirven para cometer el delito, o -- las cosas obtenidas por medios criminosos (78).

BRASIL, - Art. 180, Encubrimiento, Adquirir, recibir u -- ocultar, en provecho propio o ajeno, una cosa que sabe es -- producto de delito, o influir para que tercero de buena fé - lo adquiera, reciba y oculte.

1o. [Encubrimiento culposo] Adquirir o recibir una cosa que por su naturaleza o por la desproporción entre su valor y su precio, o por la condición de quien la ofrece, debe presumirse obtenida por medio ilegal,

2o. El encubrimiento es punible, aunque sea desconocido o esté exento de pena el autor del delito del cual la cosa - previene,

3o. En el caso del número uno si el autor no es reinci-- dente, el juez puede, teniendo en consideración las circunstancias, dejar de aplicar la pena (79).

COSTA RICA, - Art. 401, Será reprimido con prisión de --- seis meses a dos años el que, sin promesa anterior al delito pero con conocimiento de haberse perpetrado, cometiere alguno de los hechos siguientes:

78], - Rudorff Baltazar Nurman, Ob, Cit., pag. 78

79], - Ibidem pag. 79, 80.

1o. Ocultar al delincuente o facilitar su fuga para sustraerlo de la justicia.

2o. Procurar la desaparición de los rastros o pruebas -- del delito o cuasidelito.

3o. Guardar, esconder, comprar, vender o recibir por -- cualquier título, en todo o en parte, los efectos u objetos producto del delito.

4o. Negar a la autoridad, sin motivo suficiente, permiso de penetrar en el domicilio, para tomar la persona de delincuente que se hallare en él.

Incurrirá en la misma pena el que guardare u ocultare a un delincuente, o armas o efectos suyos, aunque no tenga conocimiento del delito o cuasidelito, si habitualmente guarda delincuentes o sus armas o efectos, o de otro modo los encubre (80).

COLOMBIA.- Art. 199. El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito y sin concierto previo, ayudare al delincuente a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer o desviar la investigación correspondiente, incurrirá en -- arresto de dos meses a dos años.

Art. 200. El que fuera de los casos de concurso en el delito, ocultare o ayudare a ocultar o asegurar el producto o fruto del mismo, o lo comprare o expendiere a sabiendas de su procedencia, incurrirá en prisión de seis meses a cinco años y en multa de veinte a dos mil pesos (81).

CUBA.- Art. 341 a) El que después de haberse cometido un

80).- Ibidem pag. 80

81).- Ibidem pag. 80 y 81.

delito para el cual se establezca en la Ley una sanción de privación de libertad de seis años o más o una sanción de muerte, y fuera de los casos de complicidad en el mismo, ayu de al culpable a eludir la investigación judicial o a sus--- traerse a la jurisdicción de los Tribunales, será sancionado con privación de libertad de seis meses y un día a tres años.

b) Si se tratare de delitos para los cuales la Ley establezca otra sanción cualquiera, incurrirá en una multa de cien a trescientos cincuenta cuotas.

c) Las disposiciones de este artículo se aplicarán aun cuando la persona favorecida no resulte responsable del delito de que se le acuse.

Art. 342 a) El que sin haber tenido participación alguna en el delito oculte en interés propio, reciba en prenda o adquiera de cualquier otro modo, objetos que por la persona -- que los presente, ocasión y circunstancias del empeño o la enajenación, evidencien o hagan suponer racionalmente, que proceden de un delito y el que concurra a la enajenación o empeño de dichos objetos auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de sus productos, será sancionado con privación de libertad de tres meses a un año.

b) En igual sanción incurrirá el que con conocimiento de la perpetración de un delito, ayudare al responsable a asegurar el producto, la utilidad o el precio del mismo.

c) Si la medida de la sanción impuesta al delito del que provengan los objetos relacionados en el apartado a) que antecede, es menor que la que se fija en dicho apartado, no se impedirá al encubridor una sanción privativa de la libertad superior a la que corresponda al cómplice del delito principal. (82)

82).- Ibidem pags. 81, 82 y 83.

CHILE.- Art. 17. Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución, de algunos de los modos siguientes:

1o. Ocultado o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

2o. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra algunas de las circunstancias siguientes:

1a. La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

2a. La de ser el delincuente reo de traición, parricidio u homicidio cometido con alguna de las circunstancias agravantes que expresan los números 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o. 9o., y 11o. del artículo 12, si estuvieren en noticia del encubridor o cuando el delincuente fuere conocido como reo habitual de otros crímenes o simples delitos.

3o. Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos o administrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excep-

ción de los que se hallaren comprendidos en el número primero de este artículo (83).

ECUADOR.- Art. 48. Son encubridores los que conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, o les favorecen ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio a practicar el examen de las señales o huellas del delito o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente, (84).

DOMINICANA.- Art. 61. Aquellos que, conociendo la conducta criminal de los malhechores que se ejercitan en salteamiento o violencia contra la seguridad del Estado, la paz pública, las personas o las propiedades, les suministren habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados como sus cómplices (85).

GUATEMALA.- Art. 32. Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración del delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices intervienen, con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1o. Aprovechándose por sí mismo o facilitando a los de--

83).- Ibidem pags. 84, 85 y 86

84).- Ibidem pags. 86 y 87

85).- Ibidem pag. 87,

lincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del delito.

2o. Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o -- los instrumentos del delito para impedir su descubrimiento,

3o. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1a. La de intervenir de funciones públicas de parte del encubridor.

2a. Ser el delincuente reo de traición, delito contra las instituciones sociales, parricidio, asesinato o cuando fuere conocido como multirreincidente (86).

HAITI.- Art. 206, Los que hayan ocultado o hecho ocultar personas a sabiendas de que ha cometido crímenes que lleven consigo penas afflictivas, serán castigados a la pena de prisión de tres meses como mínimo y de dos años como máximo -- (87).

HONDURAS.- Art. 14, Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del delito, sin haber tomado participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1o. Aprovechándose por sí mismos o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito.

2o. Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los

86).- Ibidem págs. 88 y 89.

87).- Ibidem pág. 89.

instrumentos del delito para impedir su descubrimiento.

3o. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1a. La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

2a. La de ser el delincuente reo de traición, parricidio asesinato, homicidio o reo conocidamente habitual de otros delitos.

4o. Denegrado el cabeza de familia, a la autoridad o a sus agentes el permiso para entrar en su domicilio, en los casos en que proceda el allanamiento de morada (88).

NICARAGUA.- Art. 20. Son encubridores los que, conociendo la perpetración del delito, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1o. Aprovechándose por sí mismos, o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen del delito o falta.

2o. Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del delito o falta, o sus vestigios, para impedir su descubrimiento.

3o. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

88).- Ibidem pág. 90

I. La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

II. La de ser el delincuente reo conocidamente habitual de delitos que merecen penas graves, sabiéndolo el encubridor.

También se consideran como encubridores los que sabiendo que va a cometerse un delito y pudiendo impedirlo sin peligro real y dar cuenta al autor, no lo verifican con la oportunidad debida.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores, los que lo sean de su cónyuge, de sus parientes legítimos -- por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive; de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número primero de éste artículo (89).

PUERTO RICO.- Este Código llama a los encubridores "cómplices". Art. 37 (cómplices). Todas las personas que, sabiendo que se ha cometido un crimen "felony", lo ocultaren de las autoridades respectivas, o albergaren y protegieren a la persona acusada o convicta de su comisión, son cómplices de dicho crimen (90).

PARAGUAY.- Art. 44. Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración de un delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, pero sin haber tenido participación en el como autores o cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

89).- Ibidem pag. 91

90).- Ibidem pag. 91.

1o. Acogiendo, protegiendo, albergando, ocultando, facilitando noticias o medios, para que se guarde, preserve o huya de la autoridad, a un malhechor sabiendo que lo es.

2o. Aprovechando o facilitando al delincuente medios de que aproveche los efectos provenientes del delito.

3o. Borrando y ocultado las huellas del delito o los instrumentos con que fué cometido, para impedir su descubrimiento (91).

PANAMA.- Art. 197. Será castigado con prisión o reclusión por un mes a tres años, sin que se exceda nunca de la mitad de la pena aplicable al delincuente mismo, el que, después de cometido un delito punible con pena no inferior a la de prisión y sin haberse concertado previamente con el autor del delito ni haber contribuido a producir las consecuencias ulteriores de éste, ayude al autor a poner en seguridad al fruto del delito o a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a ella o a eludir la sentencia, y al que suprima, borre o altere los indicios o huellas de un delito de esa naturaleza.

No incurrirá en pena alguna quien por esos medios procure sólo salvar a un pariente próximo.

PERU.- Art. 243. El que fuera de los casos del artículo 332 adquiriera o recibiere en donación o en prenda, o guardare escondiese o vendiese o ayudase a negociar una cosa que él debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con prisión no mayor de dos años y con multa de la renta de tres a treinta días.

91).- Ibidem págs, 91 y 92.

Delitos contra la Administración de justicia.

Art. 331. Al que sustrajera a una persona a la persecución penal o a la ejecución de una persona o de otra medida ordenada por la justicia penal, sea ocultándole o facilitándole la fuga, o negando a la autoridad, sin motivo legítimo, el permiso de penetrar en el domicilio para aprehenderla, será reprimido con prisión.

No incurrirá en pena alguna, si sus relaciones con la persona perseguida o reprimida son tan estrechas como para hacer excusable su conducta.

Art. 332. Al que dificultare la acción de la justicia, procurando la desaparición de las huellas o pruebas del delito o escondiendo los efectos del mismo, será reprimido con prisión (92).

EL SALVADOR.- Art. 15. Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del delito, sin haber tenido participación en él como autores o como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1o. Aprovechándose por sí mismo o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito.

2o. Ocultando o inutilizando el cuerpo, para impedir su descubrimiento.

3o. Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1a. La de intervenir abuso de funciones públicas de par-

92).- Ibidem págs. 93, 94 y 95.

te del encubridor.

2a. La de ser el delincuente reo de traición, parricidio asesinato o cuando aquél fuere conocido como reo de otros delitos.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos o naturales, o de sus afines en los mismos grados, con sólo la excepción de los que se hallen comprendidos en el número primero de este artículo (93).

URUGUAY.- Art. 19 A. (encubrimiento). El particular o funcionario que, después de haberse cometido un delito, sin concierto previo a su ejecución, con los autores, o los cómplices aun que estos fueran imputables, los que ayudare a asegurar el beneficio o el resultado, a estorbar las investigaciones de las autoridades, a sustraerse a la persecución de la justicia o a eludir el castigo, así como el que suprimiera, ocultare o de cualquier manera altere los indicios de un delito, los efectos que de él provinieren o los instrumentos con que se ejecutó, con o sin provecho personal en todos los casos será castigado con la tercera parte a la mitad de la pena establecida para el delito (94).

VENEZUELA.- Art. 255, Serán castigados los que después de cometido un delito penado con presidio o prisión sin concierto anterior al delito mismo y sin contribuir a llevarlo a ulteriores efectos, ayuden sin embargo a asegurar su provecho a eludir las averiguaciones de la autoridad, o a que los reos se sustraigan a la persecución de ésta o al cumplimiento de la condena y los que de cualquier modo destruyan o al-

93).- Ibidem págs. 96 y 97.

94).- Ibidem pág. 97.

terea las huellas o indicios de un delito que merezca las anteriores penas.

Art. 257. Cuando los actos previstos en el artículo 255 tengan por objeto encubrir un hecho, castigados con penas distintas de la de presidio y prisión, se castigarán aquellos.

Art. 472. Al que fuera de los casos previstos en los artículos 255 y 257, adquiriera, reciba o esconde dinero o cosas provenientes de delito o en cualquier forma se entromete para que se adquieran, reciban o escondan dicho dinero o cosas provenientes de delito o en cualquier forma se entromete para que se adquieran, reciban o escondan dicho dinero o cosas sin haber tomado parte en el delito mismo, será castigado con prisión,

Si el dinero o las cosas provienen de un delito castigado con pena restrictiva de la libertad individual por un tiempo mayor de treinta meses el culpable será castigado con prisión (95).

95). Ibidem pags. 98 y 99.

CAPITULO IV

INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 13 Y 400 DEL CODIGO PENAL VIGENTE.

El artículo 13 del Código Penal, regula la responsabilidad de las personas en la Comisión del Delito frecuentemente enunciada como concurso de personas en el delito, y que se concreta en las diversas formas de autoría y participación, tema este que fue siempre fuente de crítica, por lo que voy hacer mención de su interpretación, con el fin de dar a entender de la forma más breve lo que habrá querido dar a entender el Legislador al plasmarlo de tal forma, ya que no pretendo referirme al estudio de la delincuencia en general sino únicamente comentar su interpretación jurídica. Pero antes voy a hacer mención de un antecedente del porque de la importancia de este artículo.

Anteriormente el delito de encubrimiento era considerado dentro del artículo 13 del Código Penal en su fracción IV, - como grado de participación, por lo que voy a señalar algunas interpretaciones que se dieron con motivo de problemas - suscitados en materia de encubrimiento y que fueron sostenidas en la practica por nuestras Cortes y Salas Penales.

Primera Interpretación:

Se considera que el encubrimiento quedó excluido del artículo 13 del Código Penal, y que todos los casos de encubrimiento no previstos por el artículo 400 no son punibles y se hacen las siguientes argumentaciones:

a).- Al expresar el artículo de referencia que son responsables los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie, se refiere precisamente a los que lo sean para la ejecución de los delitos a que es referida la responsabilidad.

b).- En consecuencia, la cooperación por concierto posterior, ha de referirse a la comisión o ejecución de determinados delitos, y nunca ha de quedar comprendido dentro del artículo 13, quién en un momento sucesivo y posterior al de la ejecución y consumación del delito interviene y presta auxilio o cooperación a las personas que ejecutaron el delito, pues dicho auxilio o cooperación al que ejecuto el delito, con posterioridad a su ejecución y con el fin de sustraerlo a la acción de la justicia, no puede constituir una participación criminal en el delito cometido por la persona a la cual se encubre, sin perjuicio de que la actividad del encubrimiento, pueda ser delictiva en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico tipifique tal conducta como constitutiva de un delito.

c).- Aun cuando el artículo 13 del Código Penal consideraba partícipes de un mismo delito a todos aquellos que tomaban parte en la concepción, preparación y ejecución de un delito, prestaren auxilio o cooperación de cualquier especie por concierto previo o posterior, todas estas conductas, concepción, preparación, auxilio y cooperación, hállese referidas a la ejecución del delito y en forma alguna se puede auxiliar o cooperar en un delito, cuando el mismo está totalmente consumado, y agotado; por lo que es incompatible con la lógica más elemental, el considerar como causal o copartícipe en el hecho, a aquel que para nada tenía intervención en el mismo, aunque después intervenga cuando aquél está totalmente agotado, relacionando conductas diversas que en nada podrán influir sobre la ejecución de dicho hecho, toda vez que éste es ya "pasado" y en el pasado no es posible intervenir activamente.

d).- Era insostenible la afirmación de que la expresión que empleaba el artículo 13 del Código Penal "auxilio o cooperación por concierto posterior" se refiere al encubrimiento, puesto que el encubrimiento exige por su propia naturaleza que el delito encubierto se haya consumado ya y, por tanto, la conducta del encubridor, tan sólo persigue la paralización de la acción de la justicia, mediante la ocultación de los culpables o de las huellas del delito, conductas éstas esenciales de encubrimiento, que no quedan recogidas en el artículo 13 del Código Penal, el cual se refiere exclusivamente a las diferentes formas de preparación, auxilio o cooperación en la ejecución de un delito, esto es, que el artículo 13 del Código Penal, tan sólo recoge las conductas de autoría y de complicidad, pero en forma alguna las de encubrimiento, que es objeto de un delito especial.

II. La expresión "concierto posterior", a que se refiere el artículo 13 del Código Penal, no comprende en forma alguna el encubrimiento como grado de participación criminal, sino los casos de complicidad o autoría por concierto posterior al momento inicial de la ejecución de los delitos. Criterio que es aplicable a los dos casos siguientes:

1o. En delitos de acción instantánea pero de resultados más o menos duraderos o permanentes en cuanto a su producción y en los cuales, la permanencia depende de que sea omitida determinada intervención que pueda paralizarla. En estos casos se puede hablar de un auxilio por omisión, sino para la producción inicial del resultado, sí para su prolongación.

2o. En delitos permanentes, en los que el copartícipe por concierto posterior al momento de iniciación del delito, interviene en el mismo cuando el delito se encuentra en tránsito de ejecución y en tal hipótesis, es posible intervenir por concierto posterior, ya que el momento ejecutivo del delito todavía no ha terminado.

Considero que la tesis anterior carece de fundamento por las siguientes razones:

1o. Quedarían sin castigarse todos aquellos casos de encubrimiento no previstos por las fracciones del artículo -- 400.

Estos son numerosos, puesto que comprenden precisamente el auxilio o cooperación prestada a las personas responsables de los delitos por acuerdo posterior a su ejecución, tales como ocultación de la persona, ayuda para huir o para disfrazarse, etc.

Y no es creíble que el legislador haya hecho esa grave omisión; de lo que se desprende que sí fué incluido el encubrimiento como grado de participación dentro del artículo 13 ya que en ninguna otra parte del Código Penal encontramos tipificada tal conducta,

2o. No es exacto que al expresar el artículo 13 del Código Penal que son responsables los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie por concierto posterior, se refiera precisamente a los que lo sean para la ejecución de -- los delitos a que es referida la responsabilidad. En efecto, puede ocurrir que el auxilio o cooperación posteriores a la ejecución del delito pueden no ser prestados precisamente para su ejecución sino para muy diversos objetos tales como facilitar la huida del responsable, ocultarlo, ayudarlo a disfrazarse etc,

Casos como estos son los que indudablemente trataba de comprender la citada parte del artículo 13 y solamente debido a su desafortunada redacción se hace la interpretación que comentamos. Pero además, tampoco creo que gramaticalmente pueda entenderse, dado los términos de los artículos 13, que la cooperación o auxilio por concierto posterior se refiera precisamente a la ejecución del delito.

3o. El artículo 15 del Código Penal en su fracción IX dice: "Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal: IX.- Ocultar al responsable de un delito, o los objetos, -- efectos o instrumentos del mismo o impedir que averigüe cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se emplease - ningún medio delictuoso siempre que se trate de:

- a).- Los ascendientes y descendientes consanguíneos... etc."

Ahora bien, la ocultación de los responsables de un delito y los demás casos de encubrimiento a que hace referencia la citada fracción no están en manera alguna incluidos dentro de las prevenciones del artículo 400 del Código Penal, - ni tampoco dentro de alguna otra disposición del Código.

De lo que debe deducirse que las personas que ejecutan los actos a que hace referencia la Fracción transcrita, son castigados de acuerdo con el artículo 13 por tratarse de casos de cooperación y auxilio por concierto posterior y, en consecuencia, el legislador al redactar en la forma en que lo hizo el artículo 13, incluyendo como grado de participación al encubrimiento, tuvo en la mente figuras como las ya citadas. De no ser así no puede tener explicación ninguna la fracción IX pues sería infantil y absurdo incluir dentro de una codificación penal a delitos que no tienen señalada penalidad alguna.

4o. No es aceptable la tesis consistente en afirmar que la expresión del artículo 13 "concierto posterior" se refiere a los casos de complicidad o autoría por concierto posterior al momento inicial de la ejecución de los delitos, toda vez que:

- a).- Al hablar el artículo 13 de concierto posterior, se refiere precisamente a que el acuerdo de voluntades ocurra - después de ejecutado el delito, cuando ya está agotado y con

sumado.

b).- Doctrinalmente, como se ha visto, es característica del encubrimiento el concierto posterior a la ejecución. No es dable suponer que el legislador hable de complicidad por concierto posterior a la iniciación del delito porque se -- prestaría inmediatamente a la confusión.

c).- Es indudable que la cooperación por concierto posterior a la iniciación del delito es complicidad que ha sido - siempre castigada como grado de participación, y el legislador ninguna necesidad tuvo de incluir una declaración expresa de la punibilidad de esta fase de la cooperación (complicidad), más todavía si se tiene en cuenta que uno de los pro pó s i t o s del Código Vigente, fue la sencillez y reducción del gran número de las disposiciones de nuestros anteriores Có d i g o s.

d).- Respecto a la cooperación y auxilio, tratándose de delitos de acción instantánea, pero de resultados más o menos permanentes o duraderos en cuanto a su producción y en los cuales la permanencia depende de que sea omitida determinada intervención que pueda paralizarla, creo que tampoco - aquí puede hablarse de complicidad por concierto posterior a la ejecución puesto que si el delito ya está agotado, consumado, la intervención del tercero no viene a ser sino encubrimiento en cambio únicamente, cuando el delito no está ter mi n a d o, puede considerarse que sea complicidad.

e).- Por lo que toca a los delitos permanentes, considero igualmente que el auxilio o cooperación por concierto posterior a su iniciación (complicidad) puede ocurrir cuando el delito aún no se puede considerar como delito agotado.

f).- Pero si el delito ya está ejecutado y sin embargo - por su naturaleza se continúa cometiendo, en este caso, la - intervención debe considerarse como encubrimiento.

Un ejemplo puede aclararnos lo anterior; un delito de r~~ap~~to, que es de los típicamente de los considerados como permanentes. Supongamos que un individuo se apoderó de una mujer llevándola por la fuerza a otro lugar distinto de su domicilio. Una vez ocurrido todo esto, ya el raptor es responsable por el delito cometido, pues éste se encuentra plenamente agotado. En esas circunstancias un tercero interviene ayudando al raptor, en este caso, debe considerarse su intervención como encubrimiento y no como complicidad, puesto que, en primer lugar, ya el delito está cometido y su intervención o ausencia de ella no influyen en la no existencia del delito, sino que únicamente es auxilio por concierto posterior a su ejecución, es decir, encubrimiento...

5o. Porque los Licenciados José Angel Ceniceros y Luis Garrido, (96) que formaron parte de la Comisión redactora del Código y a quienes en cierta forma puede considerarse como interpretes auténticos de dicha Ley, consideran al encubrimiento como un grado de participación, contenida dentro del texto del artículo 13.

Segunda Interpretación:

Se consideraba que nuestro Código Penal seguía un sistema dual en materia de encubrimiento; considerándolo como grado de participación en el artículo 13 y tipificándolo en el 400.

De acuerdo con el criterio anterior, se manifiestan desde luego Ceniceros y Garrido (97) al exponer:

"Esta dificultad se resolvió creando en la Ley un siste-

96).- José Angel Ceniceros y Luis Garrido, La Ley Penal Mexicana, Ed. Botas, México 1934, pag. 57,

ma mixto que consiste en considerar al encubrimiento por regla general como grado de coparticipación, en los términos del artículo que incluye como responsables a los que prestan auxilio o cooperación de cualquier especie por concierto previo o posterior... y considerar asimismo al encubrimiento como delito específico en contados casos que se enúmeran en el artículo 400 y último del Código".

El maestro Francisco González de la Vega (98) "Dice a este respecto lo siguiente: Nuestro Código Penal, en materia de encubrimiento, sigue un sistema dual. Por una parte en el artículo 13 estima como forma de participación en el delito "Unico" encubierto al encubrimiento, puesto que declara que son responsables los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie por concierto previo o posterior. Por otra parte, en el artículo 400, señala como delito típico, distinto al delito que se encubre, a ciertas acciones de encubrimiento",

Igualmente el ilustre Carranca y Trujillo (99) afirma: "Distinguimos en el artículo 13 los siguientes grados... Participe en concepto de encubridor por prestar auxilio o cooperación de cualquier especie por concierto posterior".

EL ARTICULO 400 DEL CODIGO PENAL.

El artículo 400 esta contenido en el título Vigésimo Tercero del Código Penal, como regulador del delito de "Encubrimiento" y como Capítulo Unico, titulado de la misma forma, dicho artículo lo establece como un delito especial.

- 97).- José Angel Ceniceros y Luis Garrido, Ob. Cit., pag. 57.
98).- Francisco González de la Vega, Código Penal Comentado Precedido de la 2a. Ed. de la Reforma de las Leyes Penales en México 1939, pag. 324.
99).- Raúl Carranca y Trujillo, Derecho penal Mexicano, Parte General, Ed. Libros de México, S.A, México 1967, pag. 401.

A continuación transcribo el artículo de referencia:

ARTICULO 400.- Se aplicarán de cinco días a dos años de prisión y multa de veinte a quinientos pesos al que:

I. No procure por los medios lícitos que tenga a su alcance, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse, o se están cometiendo, si son de los que se persiguen de oficio;

II. No haya tomado las precauciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien recibió la cosa en venta o prenda tendría derecho para disponer de ella, si resultare robada;

III. Requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes;

IV. Preste auxilio o cooperación de cualquier especie al autor de un delito, con conocimiento de esta circunstancia, por acuerdo posterior a la ejecución del citado delito;

V. Oculte al responsable de un delito, o los efectos, objetos o instrumentos del mismo, o impida que se averigüe, y

VI. Adquiera, a sabiendas, ganado robado.

Ahora bien paso a analizar cada una de las fracciones -- del citado artículo.

El caso de la fracción primera, no puede ser considerado propiamente como encubrimiento por referirse a actos posteriores a la ejecución del delito, y por no existir acuerdo posterior.

No pudiendo considerarse no como favorecimiento, ni como

receptación. Sin embargo nuestra ley lo equipara al encubrimiento para los efectos de la aplicación de la pena.

Como antecedente de la fracción que comentamos tenemos la fracción I del artículo 10. del Código de 1871, en el cual se castigaba esta violación como delito de culpa.

Al respecto señala el profesor Antonio de P. Moreno (100) que "Propiamente este delito, de mera omisión, no requiere contacto alguno con el delincuente; ni menos acuerdo, ni a un posterior al delito, por negligente, por abandonado, o por mezclarse" lo que es más común en las mallas de una averiguación penal, que causa molestias y pérdidas de tiempo, o mite cumplir el agente con una obligación ciudadana de impedir, o procurar impedir, por lo medios lícitos a su alcance, la consumación de los delitos que sabe se van a cometer o se están cometiendo".

"Se equipara al encubrimiento para los efectos de la imposición de la sanción".

La fracción II del artículo 400, tiene como antecedente la fracción II del artículo 10. del Código de 1871.

El lic. Antonio de P. Moreno (101) expresa que "Este delito se comete, por omisión en el cumplimiento de obligaciones legales. Tampoco requiere contacto o acuerdo, de ninguna naturaleza, con el delincuente".

Esta fracción comprende el delito de encubrimiento como accesorio y no como delito específico, en virtud de que por su naturaleza misma, el encubrimiento es un accesorio del delito principal, como cuando se trata del caso específico de

100) Antonio de P. Moreno, Curso de Derecho Penal Mexicano Parte Especial, Ed. Jus, México 1944, Pág. 161.
101) Antonio de P. Moreno, Ob. Cit., pág. 162.

encubrimiento de robo, prevista en la fracción a estudio, en estas condiciones, para proceder contra una persona por ese caso de encubrimiento, es requisito sine qua non, que se --- acredite devidamente la comisión del delito de robo, ya sea en la causa seguida contra los responsables del mencionado - delito de robo, o bien en el proceso que se siga por separado contra el inculpaado del encubrimiento; pues de otra manera, se correría el riesgo de procesar y condenar a alguien - como encubridor de un robo cuya existencia no esta demostrada, siendo tanto más facil la rendición de esa probanza, cuando que para demostrar el cuerpo del delito de robo, no es -- condición necesaria la determinación ni menos la detención de los responsables de esa infracción penal como resulta de los términos de los artículos 174, fracción II y 175, en sus tres fracciones del Código Federal de Procedimientos Penales. Y no existiendo una prueba plena de la Comisión del delito - de robo, no puede considerarse acreditado, fehacientemente - el cuerpo del delito de encubrimiento, previsto en esa dispo sición, por no estar acreditado uno de los elementos materia les que integran el caso especial del encubrimiento de robo previsto en ella.

EJECUTORIAS DICTADAS CON RELACION A LA FRACCION II.

"Al imponer la obligación al adquiriente, de cerciorarse de que las cosas que va adquirir no sean robadas, y de que - el enajenante tenga derecho para disponer de ellas no hace - distingo entre objetos nuevos y objetos viejos. Además, cabe exigirse especial diligencia para tomar estas precauciones, al acusado que reconoce ya haber estado procesado anterior- mente por esta clase de delito" (102).

"Ante la dificultad de evidenciarse en los procesos que

102).- Boletín de Información Judicial T.X. pag. 150-151.

el comprador de efectos robados lo hacia habitualmente, la -
Legislación de 1931 fue reformada el 31 de diciembre de 1945
a fin de que también se sancionara la forma ocasional de esa
decentración, incluyéndose, además del sujeto comprador, el
que los reciba en prenda y obligándosele a demostrar que des-
plegó doble actividad indagatoria de que la cosa que recibió
en garantía es bien habida y de que la persona que se la dió,
tenía derecho a disponer de la misma" (103).

"Si el quejoso confeso haber adquirido los bienes roba-
dos, sin tomar ninguna precaución sobre legítima procedencia
se demuestran los hechos materiales externos constitutivos -
del delito de encubrimiento, pero no así el subjetivo, de --
que el comprador debio presumir, razonablemente, que las co-
sas eran robadas, no obstante lo cual realizó su adquisición
Esta constitutiva no es susceptible de prueba directa, pero
si puede demostrarse en forma presuntiva ya sea por la repe-
tición del acto o por las circunstancias que rodean la comi-
sión del acto ilícito" (104).

"No se integraron los elementos constitutivos del delito
que tipifica la fracción II del artículo 400 del Código Pe-
nal del Distrito, si la acusada no tuvo conocimiento de la -
perpetración delictiva, ni participó en ella, y si intervino
con posterioridad a su ejecución, fue tomando las precau-
ciones indispensables para asegurarse de que la persona de quien
recibió la mercancía comprada, tenía derecho para disponer -
de ella sin que la circunstancia de que ésta hubiese resulta
do robada, implique conexidad con el delito consumado, por -
ausencia de dolo del agente" (105).

"No obsta, para que se declare la inexistencia del deli-
to de encubrimiento previsto en la fracción II, del artículo
400 del Código Penal, por un Tribunal Federal, el hecho de -

103).- Boletín de Información Judicial T. XI, pag. 297.

104).- Semanario Judicial de la Federación T. CXI, pag. 1885-
1886.

que el Tribunal de Menores no haya sancionado el delito de robo, ya que si ello es así, es porque para hechos y actos jurídicos, concurren jurisdicciones distintas; máxime, que el delito de encubrimiento como figura típica especial, tiene sanción específica, y si quedó acreditado que el quejoso no tomó ninguna precaución para asegurarse de que los menores vendedores, tenían derecho para disponer del objeto que resultó robado, resulta evidente la Comisión del Delito" -- (106).

"Si la acusada adquirió de quien cometió el robo los objetos de dicho delito, sin cerciorarse de la legítima procedencia de ellos, cometió el delito previsto en la fracción II, del artículo del Código Penal, la que no exige la habitualidad en la recepción de cosas en venta o en prenda" (107).

"Todo acusado, en ejercicio de su derecho de defensa, -- puede abstenerse de aclarar o declarar sólo lo que estime -- pertinente o aún de alterar los hechos, sin que ello deba estimarse como constitutivo de un delito, por lo que al sostener lo contrario la autoridad sentenciadora, para tener por acreditada la existencia del encubrimiento, violó en perjuicio o de la quejosa las garantías que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales" (108).

Por lo que respecta a la fracción III, no puede ser considerada como encubrimiento por no haber contacto alguno con el delincuente, ni acuerdo anterior ni posterior, sino únicamente el agente se limita a omitir una obligación ciudadana de proporcionar la información requerida por las autoridades.

La fracción IV ha sido considerada como encubrimiento, y constituye lo que algunos autores denominan receptación que como ya hemos visto, era castigado desde el Derecho Romano.

106).- Semanario Judicial de la Federación I. CX, pag. 1787-1788.

107).- Semanario Judicial de la Federación T. CXVIII, pag. 739.

108).- Semanario Judicial de la Federación T. CXI, pag. 1888.

En la fracción V.- El auxilio de la cooperación de cualquier especie, dados al autor de un delito, a que alude la presente fracción, debe referirse directamente al delito ya cometido y con el propósito de entorpecer o nulificar la administración de justicia por lo cual tal auxilio o tal cooperación sólo pueden ser encaminados a destruir o inutilizar el cuerpo del delito o los efectos o instrumentos del mismo, o a impedir que lleguen a conocimiento de la autoridad judicial circunstancias o hechos que puedan servir para descubrir al delincuente, violando así el derecho del Estado de averiguar al delito y condenar al delincuente a la pena merecida.

Fracción VI.- La fracción a estudio habla únicamente de "ganado robado" pero no hace referencia a cosas que sean adquiridas mediante la comisión de algún delito de los clasificados por nuestra Ley como "contra las personas en su patrimonio", tales como fraude, abuso de confianza. De tal manera que es castigado el que adquiera ganado robado.

A mi manera de ver, por lo anterior, considero que esta fracción debería erogarse o agregarla en el delito de delitos patrimoniales, toda vez que el agente al adquirir el ganado robado, no esta cometiendo delito de encubrimiento, por carecer de los elementos esenciales para su tipificación, por la ausencia de acuerdo anterior o posterior y de contacto con el infractor.

BIEN JURIDICO QUE LESIONA EL ENCUBRIMIENTO.

El jurista Vincenzo Manzini (109), al tratar el bien jurídico que lesiona el encubrimiento confirma: "El objeto específico de la tutela penal, en relación a los delitos de encubrimiento, es el interés concerniente al normal funcionamiento de la actividad judicial, en cuanto se considera el fin "

último de ésta, que es la lucha jurídica contra la delincuencia; fin cuya consecución debe estar asegurado contra los hechos de solidaridad con los delincuentes, que tienen a frustrarlo... En efecto, los hechos de encubrimiento contrastan todos ellos con el fin preventivo de la justicia penal, o por tanto se contraponen a los intereses propios de la "actividad judicial". El fenómeno de la complicidad entre la gente del hampa... que todavía se manifiesta entre el bajo pueblo de alguna que otra región italiana debe ser combatido, no sólo como una vergüenza moral, sino también como un grave peligro social".

A este respecto el penalista Sebastian Soler, (110) dice: "En general, debe observarse que el delito de encubrimiento es, según se ha dicho, una ofensa a la administración de justicia; consiste en trabar o entorpecer esa acción por entrometimiento". Más adelante agrega con relación a lo anterior que la "función concretamente desplegada por la justicia en un proceso, el objeto mismo del procedimiento no es el de -- castigar, sino el de esclarecer y declarar la verdad.

Esa es la condición previa a todo pronunciamiento condenatorio o absolutorio, y eso es lo que el entrometimiento -- perjudica y lo que la Ley quiere tutelar. De ello se deduce que es indiferente para la existencia del encubrimiento el hecho que se favorezca a un sujeto que, en definitiva, deberá ser absuelto en el proceso; y las causas de justificación y de culpabilidad deben ser también juzgadas".

Para el maestro Eugenio Cuello Calón (111) el "encubrimiento durante mucho tiempo fue considerado como una modalidad de la participación en el delito, hoy día es considerado

109].- Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, T. 10 Vol. V, pag. 290-292, Traducción de Santiago Sentis Melendo y Mariano Ayerra Rodín, Buenos Aires 1961.

110].- Sebastian Soler, Derecho Penal Argentino, T.V. pag. 268-270, Buenos Aires, 1946.

generalmente, como un hecho delictuoso que ya se ha independizado de aquélla, al encubrimiento de PERSONAS se considera como un delito contra la administración de justicia, al de COSAS como un delito contra el patrimonio.

La mayoría de los autores consideran al encubrimiento como delito autónomo, porque en éste, ya está consumada la lesión al derecho, concluída la conducta posterior el encubridor actúa en contra de la administración de justicia o para percibir un lucro indebido, en este caso, se está lesionando el patrimonio de las personas".

PRESUPUESTOS DEL DELITO DE ENCUBRIMIENTO.

El estudioso Rafael García Zavalia (112), afirma: "El encubrimiento es delito per se, aunque derivado, que requiere la existencia de otra infracción penal como presupuesto indispensable, o sea como condición sine qua non de su realidad jurídica. Se afirma así en doctrina que constituye un título criminoso autónomo, diverso del concurso de personas en el delito, y tiene carácter de delito sucesivo conexo objetivamente, a otro precedente, pero no de delito accesorio en sentido propio".

Cuando hablamos del delito de encubrimiento, se supone que existe otro anterior, presupuesto de hecho y no formal.

Los presupuestos del delito de encubrimiento, para ser autónomo, pueden ser de dos clases:

1a. La existencia de un delito anterior, del cual el en-

TTT).- Eugenio Cuello Calón, Derecho Penal, I.I. 9a. Edic. - Ed. Nacional, México 1951, pag. 552-553.

112).- Rafael García Zavalia, Autonomía del Delito de Encubrimiento, Revista de Derecho Penal, 1a. Sección, Buenos Aires 1945, pag. 1945.

cubridor tenga conocimiento; y

2a. No haber participado el encubridor en el delito anterior.

Por lo que respecta al primer punto, el delito puede ser de cualquier clase, aun el propio encubrimiento; la tentativa del delito puede también encubrirse cuando se halla concluido, la conducta del encubridor no tiene por qué intervenir en la consumación para que una conducta sea típica, no es necesario que se encubra cómplices e instigadores.

Cuando el delito es instantáneo, no existe problema en el momento que se realiza el encubrimiento; de otra manera, si es continuado o permanente, deben tomarse las medidas en atención de la consumación, los actos que se realizan serán formas de participación y no de encubrimiento.

En relación con el segundo punto, podemos decir que cuando hay concurso de delincuentes, estaremos en el caso de la participación; por lo mismo, no es posible un concurso posterior al delito; la no existencia del concurso está en la co-participación. Para que exista el delito de encubrimiento, es de suma importancia el presupuesto ya mencionado con anticipación, esto es, que el encubridor debe tener conocimiento del delito cuando hay intervención posterior y la ausencia de un acuerdo previo. La manifestación del encubridor, se manifiesta a través de la acción u omisión.

A este respecto, el ilustre Luis Fernandez Doblado (113) queda muy acertadamente la forma que a continuación indicamos:

a) Existencia de un delito anterior.

b) Inexistencia de participación en aquél por parte del encubridor.

113).- Luis Fernandez Doblado, La participación y el encubrimiento, Criminalia XXV, Abril 1959, pág. 320.

JURISPRUDENCIA,

1). "Para que exista el delito de encubrimiento se requiere la concurrencia de otro delito, en el que una persona se es sujeto activo, y si en el proceso no llegó a señalarse a ciertas personas como delincuentes, no puede condenarse a la quejosa por encubrimiento, por no haber dado su nombre en el diverso proceso que a ella le siguió" (114),

2). "Para que exista el delito de encubrimiento se necesita concurrencia de otro delito en el que una persona sea el sujeto activo, y si ese primer delito no se comprueba, menos puede configurarse el de encubrimiento" (115),

3).- "Dado el carácter accesorio del delito de encubrimiento que, tanto en sus formas de favorecimiento como de receptación, se condiciona a la existencia previa de un delito principal, la comprobación del cuerpo de aquél requiere forzosamente la de éste" (116)

4). "Si en el proceso respectivo no quedaron satisfechos los elementos probatorios necesarios para dejar comprobado el cuerpo del delito de robo, menos puede estimarse comprobada la infracción consistente en encubrimiento del mismo" (117).

5). "Si no se comprueba el cuerpo del delito principal, menos puede conceptuarse acreditado el accesorio de encubrimiento por lo que al establecer el fallo reclamado que el quejoso resultaba responsable como copartícipe de un delito,

114).- Semanario Judicial de la Federación T. CIX, pag. 2229

115).- Boletín de Información Judicial T. VII, pag. 390.

116).- Boletín de Información Judicial T. VII, pag. 390.

117).- Semanario Judicial de la Federación T. CIV, pag. 1163.

sin estar justificada esa figura delictiva, violó sus garantías individuales" (118).

6).- "Para que sea aplicable el artículo 400 del Código Penal, es menester que esté demostrado que se dieron las circunstancias que configuran el delito específico de "encubrimiento" que en dicho artículo se prevee, aun cuando este delito en sí no es uno de los grados de participación, es un hecho delictuoso, como lo era en legislaciones anteriores" - (119).

SUJETOS DEL DELITO.

a). Sujeto activo y b) Sujeto pasivo,

Ahora nos corresponde hablar de los sujetos del delito. Para tal efecto nos remitimos en primer término a Raúl Carranca y Trujillo (120), quien considera que "el sujeto activo (ofensor o agente) del delito es quien lo comete o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario; - el que participa activo secundario".

Para el jurista español, Eugenio Cuello Calón (121) "Solamente el hombre puede ser sujeto del delito, sólo el hombre puede ser denominado delincuente".

El hombre es el único capaz para cometer delitos, porque está dotado de raciocinio y voluntad; en ocasiones los delitos son cometidos por personas privadas de razón, los cuales son inimputables.

En otras épocas el hombre no era el único sujeto que de-

118).- Semanario Judicial de la Federación T. CXIV, pag. 611 y 612.

119).- Semanario Judicial de la Federación T. CXII, pag. 1426.

120).- Raúl Carranca y Trujillo, Ob. Cit., T.I. pag. 185 y s.

121).- Eugenio Cuello Calón, Ob. Cit., T.I. pag. 280 y 282.

linquía, sino que los animales fueron considerados como sujetos activos. En el antiguo Oriente, Roma, Grecia, La Edad Media y Moderna aún en nuestro siglo XX los ejemplos abundan.

Se presenta el problema.

¿Si la persona individual, es la única que puede ser sujeto activo del delito o también la persona moral o jurídica?.

La persona moral o jurídica, no puede ser sujeto activo del delito, porque es el conjunto de personas que se reúnen para realizar un mismo fin, ejemplo: Las sociedades, etc., - su vida depende de la persona física o individual.

Dice el jurista Eugenio Cuello Calón (122), "Imponer penas a las personas sociales es castigar a seres ficticios, - seres que no quieren y no sienten por sí, algo como un cuerpo sin alma; es violar el principio universalmente reconocido de que sólo son sujetos posibles de delitos los seres dotados de razón".

Castigar a una persona colectiva sería castigar a todos los miembros que la componen, la responsabilidad es contraria a la idea y sentimiento de justicia, su responsabilidad es limitada, por el fin que el Derecho asigna a la agrupación, por lo tanto son incapaces de cometer delitos.

El maestro Raúl Carranca y Trujillo (123) sostiene que - "La Jurisprudencia Federal si registra hasta ahora ningún caso de responsabilidad penal de personas morales, así como en el VI Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Roma (1953), del cuál fue miembro llevando la representación de México, aceptó en sus conclusiones la exigibilidad, de responsabilidad penal a las personas morales tratándose de delitos Económicos-Sociales".

122).- Eugenio Cuello Calón, Ob. cit., T. I. pag. 282 y 283.
123).- Raúl Carranca y Trujillo, Cfr. Ob. Cit., T.I.pag. 191.

En suma, las personas morales son inimputables por los delitos que cometen, la responsabilidad recaerá sobre los miembros que las constituyen.

SUJETO PASIVO.

En renglones anteriores nos hemos ocupado de los sujetos activos del delito. Ahora bien, nos toca glosar lo concerniente a los sujetos pasivos del delito, los cuales son considerados por algunos autores en la forma que a continuación exponemos:

Raúl Carranca y Trujillo (124) basándose en algunos autores expresa: "Por sujeto pasivo, ofendido o paciente se entiende la persona que sufre la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante la que se realiza el delito; el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito".

Luis Jiménez de Asúa (125) expone: "Sujeto pasivo del delito es todo poseedor de un bien o de un interés jurídicamente protegido. Por consiguiente lo son: el hombre, la persona jurídica, el Estado, o la colectividad".

Algunos tratadistas consideran que: "Por sujeto pasivo del delito se entiende la persona titular del Derecho violado, de donde resulta que sólo pueden tener tal carácter: 1. el hombre; 2. las personas morales; 3. el estado y 4. En cierta clase de delitos la colectividad".

Eugenio Cuello Calón (126) afirma; "Sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto

124).- Raúl Carranca y Trujillo, *Ibidem* pag. 191.

125).- Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, T. III pag. 88-89 2a. Edic. Ed. Losada, Buenos Aires 1958.

en peligro por el delito...

"Pueden ser sujetos pasivos del delito; a) el hombre individual; b) las personas colectivas; c) el Estado; d) la colectividad Social".

El sujeto pasivo es la persona individual, en casos excepcionales, el individuo desde antes de su nacimiento está tutelado por el Derecho, como en el caso del aborto (Art. - 330 C.P.) y de manera especial al comenzar su viabilidad --- cuando apenas se ha independizado del claustro materno (Infanticidio. Art. 325 C.P.). Otras veces el mismo Derecho protege al ser humano después de su existencia (art. 280 Frac. III y Art. 281 Frac. I., C.P.), como ejemplo, los restos humanos son tutelados, pero las ofensas que se les hace a los cadáveres, recaen sobre los familiares del difunto.

En el caso de la persona moral o jurídica sólo se considera que es sujeto pasivo, cuando se desenvuelve en el campo específico de su patrimonio.

Dice el Prof. Raúl Carránca y Trujillo (127) "Cuando nos referimos al sujeto activo dijimos que los animales eran considerados como sujetos que tenían responsabilidad penal; los animales no pueden ser sujetos pasivos, pero éstos están protegidos jurídicamente por razón del daño material o moral - que resienten sus propietarios,

Ya se ha tratado con anterioridad del sujeto activo del delito, correspondiendo por tanto, limitar el campo, buscando quienes pueden serlo dentro del delito de encubrimiento - en particular".

El licenciado Sebastián Soler (128) dice: "Sujeto activo

126).- Eugenio Cuello Calón, Ob. Cit., pag. 290

127).- Raúl Carránca y Trujillo, Ob. Cit., T.I pag. 191 y s.

de encubrimiento, a excepción del partícipe en el hecho anterior, puede ser cualquiera" y agrega: "La propia víctima del delito está comprendida, siempre que no se trate de un delito de acción bilateral (duelo) en la que la víctima sea también partícipe punible".

Con relación a lo expuesto con antelación, el profesor - Eugenio Gómez (129) afirma: Sujeto activo del delito de encubrimiento, "puede ser cualquiera que no haya participado en el delito que se encubre" y continúa: "La propia víctima del delito anterior puede actuar como gente del encubrimiento - porque los hechos constitutivos del mismo son delitos contra la administración pública y no se erigen en tales para amparar a los particulares aunque sean los damnificados por el otro delito, sino para asegurar la represión de las infracciones a la ley penal".

Opinamos en evidente concordancia con los autores citados, que sujeto activo del delito de encubrimiento, puede ser cualquier persona siempre que éste no haya participado en la comisión del delito al cual debe existencia. Con esta limitación y dado que el tipo no exige calidad alguna, resulta una figura delictiva de sujeto común o indiferente, en contraposición a las de sujeto calificado, especial o exclusivo.

Es evidente que al existir un sujeto activo del delito de encubrimiento, existe también un sujeto pasivo.

Al respecto consideramos de manera general que el sujeto pasivo resulta ser la sociedad, ya que realmente y en forma práctica la colectividad social es la interesada en hacer responder jurídicamente al reo de sus violaciones a la ley y que esto se realice, se cumpla, y como ofendida la administración de justicia.

128).- Sebastian Soler, Ob. Cit., T.V. pag. 277 y 278.

129).- Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal T.V. pag. 602, Buenos Aires 1941, Edic. Cfa. Argentina de Editores.

CAPITULO V.

CRITICA A LA CONSIDERACION DEL ENCUBRIMIENTO COMO GRADO DE PARTICIPACION.

Anteriormente el delito de encubrimiento era considerado como grado de participación en el artículo 13 del Código Penal; lo cual era considerado un grave error por varios tratadistas del derecho, por que al hacer el estudio de la figura jurídica que regula dicho artículo era objeto de prestarse a diversas interpretaciones de las cuales se indicaba que su redacción no era clara ni adecuada, es por ello que varios autores no están de acuerdo con la técnica que debe seguirse al ser redactada una ley, toda vez que las normas penales no deben ser susceptibles de interpretación en ningún caso, dado que de su aplicación indebida o inexacta puede depender la privación de la libertad individual,

En la época actual pocos son los autores que opinan y siguen sosteniendo que el delito de encubrimiento es una forma de participación, Existen al respecto legislaciones extranjeras que consideran al delito de encubrimiento como forma de participación, y entre ellas tenemos las siguientes: la Portuguesa, la de Dinamarca, la de Bélgica, la de Filipinas, la de China, la de Rusia, El Salvador y Colombia.

El jurista Beling (130), sostiene que el delito de encubrimiento es una forma de participación, y así expresa: "la teoría de la participación en el delito es la teoría de la unidad del acto descompuesta". Con ello resuelve unitaria y orgánicamente la participación delictuosa de la siguiente manera:

- a). La realización de actos del núcleo del delito es co-

delincuencia.

b). La realización de actos de la fotosfera es participación accesoria, la cual puede ser:

I.- Complicidad, si tiene lugar antes de la total realización del núcleo.

II.- Acción post delictum (encubrimiento), si tiene lugar después de la realización del tipo propiamente dicho.

"El concurso de delincuentes exige, como es natural, la unidad del acto desde los puntos de vista real y legal, es decir, un solo tipo realizado por acciones constitutivas de un todo. La exigencia de la unidad del tipo quiere decir que los codelincuentes han de ser fungibles".

Beling (131) agrega que: "Las acciones post delictum -- (prácticamente el encubrimiento) pertenecen, como la complicidad, a la esfera exterior del tipo. Suponen sin embargo un hecho realizado y puede definirse como el mantenimiento o empeoramiento del estado ilegal creado por éste".

El maestro Faustino Ballve Pellise (132), basándose en el pensamiento del jurista alemán Beling, sostiene que: "Las acciones post delictum (prácticamente el encubrimiento) pertenecen, como la complicidad, a la esfera exterior del tipo. Es por ello impropio hablar de un objeto en estas acciones, no tiene objeto por que técnicamente carecen de tipicidad".

Beling y Balleve hacen una crítica de la teoría que considera al encubrimiento como delito autónomo; éste dice "que

130).- Beling, citado por Faustino Ballve Pellise, en su obra, Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito, México 1951, pág. 60 y 63.

131).- Beling, Citado por Faustino Ballve Pellise, Ob. Cit., pág. 60 y 63.

132).- Faustino Ballve Pellise, Ob. Cit., pág. 63.

la participación de tal delito rompe la unidad del hecho delictuoso, sin ninguna ventaja teórica ni práctica, y por tal motivo ya no es posible crear un tipo genérico de encubrimiento, sino que es necesario un tipo especial para cada delito que entendiéndose, sea susceptible de producir acción de encubrimiento.

El último argumento de Ballve consiste en que la tradición ha producido la "conciencia jurídica popular", y el encubridor participa del delito especial.

La mayoría de los autores contemporáneos sostienen que el encubrimiento es un delito autónomo; el Congreso Penitenciario de Bucarest de 1905 votó esta solución doctrinaria.

Consideremos las opiniones de algunos de los autores que estiman que el encubrimiento es un delito autónomo.

El gran penalista italiano Francisco Carrara (133) afirma: "Si los actos posteriores al delito no son consecuencia de acuerdo anterior, es generalmente absurdo aplicarle la idea de la complicidad: no existe causa posterior al efecto, lo mismo en su existencia material que en su realidad intelectual. En semejantes casos se produce un delito de por sí subsistente, llamado encubrimiento... El encubrimiento, por consecuencia, ocupa un lugar en la teoría de la culpabilidad por razón de analogía, no por causa de pertinencia. Es una figura adherida, mejor que conjunta, al delito consumado".

El ilustre Vincenzo Manzini (134) asienta: "El delito de encubrimiento tiene carácter de delito posterior objetivamente como nexa con otro delito precedente, pero no de delito accesorio en sentido propio". "En efecto, no hay una rela---

133).- Francisco Carrara, Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado de la fuerza física del delito, 2a. Edic., Edo. Góngora, Madrid 1929, pag. 282 y 283.

ción de principal accesorio entre delito anterior y el encubrimiento. Este no tiene inmediata relación con la actividad con la objetividad jurídica ni con el fin del primero, sino solamente con la persecución penal de él.,," "Se trata de conexión material objetiva".

El ilustre José M. Perez Franco (135) expone: "Racionalmente sólo puede atribuírse responsabilidad penal a una persona con referencia a determinado delito, cuando ella ha lesionado o contribuído en alguna forma para que fuera lesionado el bien jurídico protegido a través de la norma creadora de ese delito. Pero con el encubrimiento puro y simple no se ataca el bien jurídico tutelado por la norma relativa al delito encubierto; lo que lesiona es el derecho que tiene el Estado de prevenir y reprimir el delito y de reparar o establecer el orden jurídico alterado por éste, Derecho que ciertamente, amerita ser tutelado, pero ello debe ser a través de normas configuradoras de delitos especiales", Más adelante dice: "Surge ahora un problema de hermenéutica que es -- obligatorio resolver, Si el encubrimiento queda eliminado de la hipótesis fundatoria de responsabilidad prevista en el artículo 13 de nuestro ordenamiento punitivo, consiste en el auxilio o cooperación por concierto posterior, entonces es forzoso determinar cuál es el sentido de esa hipótesis".

Al tratarse del encubrimiento se sigue discutiendo si es forma de participación o delito autónomo. En nuestros días son pocos los autores que sostienen que sea forma de participación porque ésta se estudiaba en capítulo aparte; lo que sí hay que tomar en cuenta es que sin la participación no existiría el encubrimiento; para algunos autores éste es acce

134).- Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, T. 10 Vo. V, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano A. Rodin, Ed. Ediar Soc. Amon. editores, Buenos Aires -- 1961, pag. 290 y 292.

135).- José M. Perez Franco, Exclusión del encubrimiento de las formas de participación en el delito, Criminología XI, pag. 602 y 608.

sorio; nuestro Código ya le considera autonomía, por formar un capítulo especial.

El penalista Sebastian Soler (136) indica que "El encubrimiento no tenía independencia, pero a medida en que se aclaró la concepción del delito como la obra ejecutada física o moralmente por un sujeto no podía seguir en el mismo nivel de la participación, el hecho de los sujetos que sólo intervenían una sola vez cuando el delito se había consumado. Esta consideración de carácter subjetivo es la que sirvió a Carmignani para hacer la distinción; también contribuyó en el amplio desarrollo de las teorías de la causalidad, por lo que resultaba evidente que participe pudiera serlo solamente el sujeto que había puesto una condición del resultado. Una vez separado el encubrimiento de la participación, no toda la materia que para nosotros recibe el nombre de encubrimiento es objeto de un tratamiento unitario en la legislación".

Franz Von Liszt (137), jurista alemán, dice: "El encubrimiento no es forma de participación de varios individuos en el mismo delito. Pues como sólo es posible después de terminado el acto de ejecución, falta en él el único carácter común a todas las formas de participación: el haber puesto una condición para el resultado producido. Por tanto, es un delito independiente, y pertenece, como tal, a la parte especial".

Para Liszt, el delito de encubrimiento no es forma de participación, porque una vez que el acto de ejecución falta en él, el carácter común de las formas de participación resulta ser un delito independiente, el cual pertenece a la parte especial ya nuestro Código Vigente lo trata en un capí-

136).- Sebastian Soler, Derecho Penal Argentino, T.V. Buenos Aires 1946, Ed. Tipografía, Editora Argentina, pag. - 268 y 270.

137).- Franz Von Liszt, Tratado de Derecho Penal, T. III, 2a. Ed. Madrid 1929, pag. 76 y 77.

tulo por separado,

El profesor Demetrio Sodi (138) dice al respecto: "Si los autores ejecutan directamente el hecho criminal, y los cómplices de un modo indirecto, no es justo identificarlos con el encubridor, que no cooperó al delito sino cuando va se ha ejecutado"... "La conciencia es la primera en rechazar la identificación, y nadie defiende en la actualidad, de un modo serio, tal teoría".

"Para que se cometa el delito de encubrimiento es necesario que exista un delito anterior, y que éste sea conocido por el encubridor, sin que él haya participado, por lo que dice que es un delito autónomo".

El penalista Francisco Argüelles (139) está de acuerdo con la tesis doctrinaria sobre la creación de la autonomía del delito de encubrimiento. Opina de la manera siguiente: "Es contrario a toda justificación al delincuente, del objeto o de instrumento del delito; si éste ha de consistir en el acto externo y único capaz de violar la ley, cuantos no participen físicamente, y de modo principal en el hecho, no pueden lógicamente, ser clasificados en el mismo grado de temibilidad".

El jurista Quintano Ripolles (140) afirma: "Las consecuencias de la especialización positiva del encubrimiento son múltiples, Prescindiendo de las doctrinales, algunas tan exclusivistas que hasta pretenden haber encontrado las raíces del encubrimiento en la biopsíquica, es evidente que con el nuevo sistema se sortean las dificultades, tantas veces insalvables, del tradicional. Una de ellas es la posibilidad

138).- Demetrio Sodi, Nuestra Ley Penal, T.I, Edic. México - 1927, Ed. Librería de la Vda. de CH, Boscret, pag. -- 210 y 211.

139).- Francisco Argüelles, citado por José Angel Ceniceros, Comentarios sobre el encubrimiento delictuoso, Criminalía XI, 1945, pag. 598 y 601.

de penar la tentativa y la frustración del encubrimiento, -- hoy impune, que no es lo mismo que el encubrimiento de los delitos intentados o frustrados. Otra, la de poder hacer efectiva la responsabilidad de los posibles cómplices en el encubrimiento. Mas la principal de todas es la de facilitar la - incriminación de actos personales con absoluta independencia de los que un tercero cometió, pues la realidad es que, considerando el encubrimiento como un apéndice de la responsabilidad del autor, se castigan ambos por actos distintos, y -- hasta por móviles que muchas veces pueden ser contrapuestos.

Tan sólo esta consideración, tan trascendental a los efectos de un sistema de Derecho Penal espiritualista como el -- nuestro, debiera ser razón bastante para hacer prevalecer lo que ya es una necesidad ineludible; el otorgamiento de sustantividad al encubrimiento".

El artículo 400, habla del encubrimiento, lo establece como un delito especial. Autores como José M. Perez Franco, (141) sostienen que "el artículo 13 no incluyó al encubrimiento como forma de participación en su redacción misma, y las opiniones de aquellos que intervinieron en su elaboración nos dicen que se trataba de un sistema mixto o ecléctico, -- aun cuando la conducta no era típica del delito especial que estableció el artículo 400, los casos de encubrimiento debían ser castigados como formas de participación al tenor del artículo 13. Pero con las formas del Código Penal se cambió el sistema. La fracción IV del artículo 13 señalaba como partícipes responsables de los delitos a "Los que, en casos previstos por la Ley, auxiliaran a los delincuentes, una vez -- que éstos efectuaron su acción delictuosa".

El maestro Luis Fernández Doblado (142) escribe: "Como - consecuencia lógica de vincular el concurso de personas en -

[140].- Quintano Ripolles, Comentarios al Código Penal, T.I. Madrid 1946, pag, 290 y 291.

141).- José M. Perez Franco, Ob. Cit., pag, 602 y 608.

el delito con la teoría de la causalidad, se excluyó de aquel toda forma de intervención que no tuviera influjo causal en el resultado, es decir, que no hubiera puesto una condición anterior a éste, porque si bien entre los modos de concurrencia criminal se admiten junto con los anteriores y concomitantes a los posteriores al delito en este último caso, éstos deben estar ligados al delito en relación de causa a efecto, como es el caso de la promesa anterior, ya que hemos examinado al referirnos a la participación. Fuera de estos casos la figura de los cómplices posteriores resultaría tan contradictoria como la de la causa posterior al efecto".

El encubrimiento ha sido definido por quienes sostienen su autonomía, "Como toda acción posterior a la consumación de un delito consistente en un favorecimiento o una recepción no ligadas en nexo causal con dicho delito".

El jurista Fernando Castellanos Tena (143) dice textualmente: "Tal como se encuentra recogido en nuestro Código (art. 13 fracción IV) el encubrimiento no integra una forma de participación".

El estudioso José Almaráz Harris (144) manifiesta "Que cuando existe el acuerdo de voluntades para la comisión de un delito y si el acuerdo de voluntad es anterior, habrá concurso (complicidad moral) y si es posterior, habrá encubrimiento; ocultación y otra figura delictiva semejante".

Este modo de ver tropezaría en la práctica con dificultades especialmente con la relativa a la prueba del acuerdo previo. De aquí que el Código Vigente introdujera la reforma de considerar el encubrimiento como delito especial, en algu

142).- Luis Fernández Doblado, La participación y el encubrimiento, Criminalia XXV, Abril 1959, pag. 319 y 320.

143).- Fernando Castellanos Tena, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, S.A., México 1978, pag. 288.

nos casos, (art. 400), no obstante que la dificultad existe en todos los casos,

Los encubridores suelen presentarse bajo dos formas:

1. Los que favorecen por exceso de piedad (compasión de un pariente, amigo o extraño) y
2. Los que, por falta de probidad, reciben algo para obtener un provecho (propio, como los habituales, o ajeno como los accidentales).

Estos últimos son los comerciantes o los capitalistas -- del delito (delincuencia habitual). Generalmente, el encubridor habitual de ladrones no abre la puerta de su casa al asesino que huye: hay afinidades electivas y selectivas, como quedó expuesto anteriormente. Por la deficiencia de la extradición legal, no es posible la represión internacional del encubrimiento.

Puede no desubrirse ni al autor principal de un delito ni a sus cómplices, pero si el objeto robado, por ejemplo, a parece en manos de un tercero, que no justifica su legítima adquisición esta circunstancia debe bastar para aplicarle -- una pena. Aquí la métrica penal aplica una pena secundaria.

El encubridor de profesión se caracteriza por: sentido y perspicacia para los negocios, afán de lucro y actividad. La peligrosidad de los encubridores no se valora como merece y como debiera estimarse: sin ellos serían muy poco productivos casi todos los robos, especialmente los que se ejecutan con peligro o con dificultades (robos de dinero, de automóviles o de sus accesorios, de vajillas, de alhajas, de radios o de prendas de vestir). Los encubridores de profesión son -- también instigadores directos al robo" (144).

144). -- José Almaráz Harris, Ciencia Penal, El Delincuente, -- Tomo II, México 1948, págs. 403 y 404.

"El Código Penal Mexicano de 1931 en su artículo 400, tipificó el delito de encubrimiento en los siguientes términos "(289) Los redactores crearon esta figura especial por la dificultad práctica en cuanto a la represión, ya que quedaría supeditado el éxito de un proceso por encubrimiento al previo en el que se declara la responsabilidad de los participantes en el delito encubierto". Ya expusimos en otra ocasión - que este modo de ver, fundado en las dificultades con que tropieza en la práctica el concepto tradicional, carece de argumentos positivos y ha sido rechazado por la mayoría de los penalistas modernos. Por otra parte, es perfectamente natural e invisible que para aplicar una pena al encubridor de un delito. Y esto sucede con todos los juicios penales; hasta que se comprueba el delito y se identifica a su autor (delincuente), procede el señalamiento de la pena" (145).

"Nuestro Código admita un sistema mixto, censurable, al aceptar a la vez la regla general (art. 13) y el delito sui generis (art. 400). Las fracciones I y II de este último pueden justificarse como delitos especiales, siempre que no haya concierto previo, porque no implican ni concurso de voluntades ni concurso de acción, prevén una actitud meramente negativa que se castiga como falta de ayuda a las autoridades.

No así en los casos contrarios y en alguno de la fracción III; dada la fórmula general del artículo 13, resultan inútiles y redundantes (esto, bajo el supuesto de que dicho artículo incluyera, en realidad, el encubrimiento). El Código argentino, en cambio, no incurrió en estos defectos y pena a todos los que concurren, moral o materialmente en cualquier forma, a la ejecución de un delito (artículo 11) "(146).

"Lo que movió a los redactores de 31 no fueron exigencias jurídico doctrinales, sin la impaciencia de ver penado cuan-

[145].- Ibidem, pag. 418.

[146].- Ibidem, pag. 418.

to antes al encubridor. ¿Como resolvieron el problema? "Esta dificultad se resolvió creando en la ley un sistema mixto que consistía en considerar el encubrimiento por regla general, como grado de coparticipación, en los términos del artículo 13 ... y considerar asimismo el encubrimiento como delito específico en contados casos, que se enumeran en el artículo - 400" del Código Penal" (147).

Los redactores confiesan que no resolvieron la dificultad sino en sólo los tres casos del artículo 400. ¿Por qué esta preferencia? ¿En verdad la resolvieron en esos tres casos?, por que los casos previstos en las dos primeras fracciones - son sólo situaciones equiparadas por el legislador al encubrimiento para los efectos de la penalidad" (148).

"Como se ve, estas explicaciones son racionalizaciones - que no sirven más que para acentuar los errores y defectos en materia de encubrimiento. Porque es del todo injustificado, equiparar dos situaciones, que se reconocen distintas, para los solos efectos de la penalidad. Y es igualmente injustificado e inexcusable colocar esas situaciones, que se reconoce no constituyen encubrimiento, bajo el rubro "encubrimiento". Huelgan mayores comentarios al respecto" (149).

Hasta aquí, los redactores restringen cada vez más el campo de los efectos de su sistema y confiesan que sólo pudieron resolver el problema en un caso único. Pero tampoco esta última fracción se refiere siempre a encubrimiento, porque - en ocasiones, los hechos correspondientes no están ligados al delito que se encubrio" no hay concierto de voluntades.

Para evitar la dificultad a que se refieren los redactores del 31, el Código de 29 describió diversas figuras delictivas, que impropiamente consideró de encubrimiento.

147).- Ibidem, pag. 418

178).- Ibidem, pag. 418

149).- Ibidem, pag. 419

"Entre ellas estaba la siguiente: "Los que adquieren para su uso o consumo, sin propósito de especulación mercantil alguna cosa robada o usurpada por medio de otro delito, aunque no se les pruebe que tenían conocimiento de esta circunstancia, si concurren las dos siguientes: Primera.- Que no hayan tomado las precauciones convenientes para asegurarse de que la persona de quien recibieron la cosa tenía derecho para disponer de ella, y Segunda.- Que habitualmente compren cosas robadas. Se considera comprador habitual de cosas robadas: al que efectúa dichas compras, tres o más veces distintas" - (Art. 43, II. Código Penal de 29). La reforma de 31 consistió en mutilar el precepto anterior con los malos resultados con siguientes" (150).

Debemos armonizar los artículos (13 y 400) así que el encubrimiento establecido en la fracción IV del artículo 13 -- (forma de participación) únicamente opera si hubo acuerdo previo a la ejecución, como simple encubridor en los términos - del artículo 400 del mismo Código Penal, ya que la intervención del encubridor es posterior al delito, y la participación requiere, como se ha visto anteriormente, una contribución a la producción del resultado.

Considero al igual que Pessina, Cuello Calón, Jiménez de Asúa y otros tratadistas en considerar que efectivamente el encubrimiento no debe ser en ningún caso grado de participación, por que el encubridor no interviene en el delito sino después de su ejecución, no ha puesto ninguna condición para el resultado producido, no ha cooperado en el delito, no ha podido ser causa de él. Y no ha tenido lo que es más importante, conocimiento del delito sino después de que este fue ejecutado. La mayor parte de las legislaciones modernas se manifiestan a favor de esta tesis considerando al encubrimiento como un delito específico.

Nuestro Código Penal sigue un sistema llamado del común denominador y de la unidad del delito; como consecuencia de

esto, tenemos que un encubridor es responsable y puede ser -sentenciado por un delito del que no tuvo conocimiento, sino tal vez mucho tiempo después de ejecutado, lo que traía como consecuencia, ser acusado de homicidio un encubridor que tuvo conocimiento del delito un año después de cometido. Así como también, pueden ser responsables del delito de adulterio, no solamente dos personas, sino tres o más.

Al aplicar el Código la teoría a que hice referencia en el punto anterior, o sea la del común denominador en el artículo 13, hacía responsables a los encubridores del mismo delito cometido por los autores principales y, en consecuencia los castigaba en nombre del mismo acto delictuoso, aplicando la penalidad que a ésta le corresponde.

Por una parte la pena debe corresponder y ser adecuada a la violación y a la gravedad del delito. Esto no es discutible. Los delitos más graves como homicidio, parricidio, etc. tienen pena mayor que los de menor importancia, tales como daño en propiedad ajena, etc.

Ahora bien, nuestro Código, cometía la injusticia de castigar al encubridor aplicándole la pena que corresponde al delito cometido por un delincuente principal y aún cuando ésta no es fija, de todas maneras el margen entre el mínimo y el máximo, en algunos casos es amplio y así, al encubridor de un homicidio, la pena mínima que se le podía aplicar era la de ocho años (artículo 307); al de un parricidio de trece a cuarenta años (artículo 324); al de un infanticidio, de seis a diez años (artículo 326). Al encubridor de una persona que hubiera cometido el delito de robo, se le aplicaba hasta diez años de prisión.

Es indudable que la violación cometida por el encubridor en ningún caso puede revestir la misma gravedad que la cometida por los autores de los delitos en el párrafo que antecede. Por lo que la penalidad que les correspondía sería excesi

va, aún aplicando el mínimo que marca la ley. No debe, en consecuencia, considerarse como copartícipe del delito cometido al encubridor, y aún cuando fuera así, no debería castigársele en nombre del delito encubierto.

Posiblemente la interpretación que expuse en anteriores capítulos y que considera que el encubrimiento no está incluido dentro del artículo 13, tiene como fundamento real el que los jueces y magistrados estimen que la penalidad para los encubridores es en ciertos casos excesiva y que, como deben aplicar de todas maneras la ley por dura que sea, se vieron obligados a buscar una solución que no puede ser verdadera, con el propósito de no castigar al encubridor con penas exageradas.

El sistema de considerar a los encubridores como copartícipes del delito encubierto, encerraba una notoria injusticia: la de considerarlos responsables solidaria y mancomunadamente con los autores y cómplices del pago de la reparación del daño.

El Código de 1871 regulaba la división de la responsabilidad civil entre los responsables (artículos 350, 351, 352) de la siguientes manera: consideraba que cada una de las personas condenadas por un mismo hecho u omisión, estaban obligadas por el modo total de la responsabilidad civil y que, la cuota correspondiente a cada responsable, sería fijada por lo jueces en proporción a las penas que fueran impuestas daba derecho a que el responsable que pagara más de su cuota pudiera repetir el exceso de los otros responsables.

El Código de 1929 en su capítulo 5o. "De la división de la reparación del daño" siguió el mismo criterio.

Como ya se ha visto al tratar de los sistemas que siguen los Códigos citados en materia relativa a las personas responsables de los delitos, la penalidad de los encubridores -

era inferior a la de los autores, principales y a la de los cómplices, (La pena máxima para el encubridor en el Código de 1871 era de once meses de arresto mayor y en el Código de 1929, las tres cuartas partes de la sanción que se aplicaría al autor del delito).

En consecuencia, estando fijada la cuota correspondiente a cada responsables en proporción a las penas que fueron impuestas, los encubridores eran siempre responsables por cantidad menor que las que les correspondía a los autores principales y a los cómplices. Lo cual, dado el carácter del encubrimiento, lo considero apropiado.

Nuestro Código Vigente, en su artículo 36, dice: "Cuando varias personas cometen el delito, el juez fijará la multa - para cada uno de los delincuentes, según su participación en el hecho delictuoso y sus condiciones económicas; y en cuanto a la reparación del daño, la deuda se considerará como --mancomunada y solidaria".

Es decir, que los encubridores (auxilio o cooperación de cualquier especie por concierto posterior) y a quienes el artículo 13 consideraba como copartícipes, estaban obligados - en términos del citado artículo 36, a responder solidaria y mancomunadamente del pago de la reparación del daño.

Hasta aquí, el sistema es similar a los anteriores, pero nuestro Código Vigente nada dice respecto a la proporción en que puede el copartícipe repetir en contra de los demás, de manera que siendo la deuda solidaria y mancomunada debe estar se a lo dispuesto por el Código Civil (artículo 1999). Por - lo que solamente podrá un copartícipe (encubridor) exigir de los demás la parte que en la deuda les corresponda, debiendo tenerse en cuenta que los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales.

Atento al carácter de pena pública que nuestro Código ha

dado a la reparación del daño, su sistema es ilógico e injusto, dado que no debieron responder de su pago en la misma forma los encubridores que los demás copartícipes, por la naturaleza misma del encubrimiento. (Intervención posterior; - falta de acuerdo previo).

Si aplicamos a la práctica el anterior criterio, nos encontramos con casos en los que un encubridor que ha prestado cooperación ligera (de cualquier especie) a un delincuente - que ha cometido un delito clasificado contra las personas en su patrimonio, puede estar obligado a pagar por concepto de reparación del daño, una suma enorme. Aún cuando sólo haya - obtenido un porcentaje mínimo del producto del delito y, no podrá repetir contra el delincuente principal sino por la mitad de la deuda.

De todo lo anterior, debemos concluir que en esta materia nuestro Código Vigente sufrió un atraso en relación con las legislaciones anteriores, ya que obligaba solidaria y mancomunadamente al pago de la reparación del daño a todos los términos del artículo 13, cuando regulaba al delito de encubrimiento como grado de participación.

Siendo copartícipe el encubridor, la prescripción corría para él al mismo tiempo que para el delincuente principal, toda vez que ambos son responsables y castigados en nombre del mismo delito, corriendo en este caso la prescripción desde el momento en que se ejecutó el delito.

Lo anterior no tiene razón de ser, puesto que la intervención del encubridor puede ocurrir con mucha posterioridad a la comisión del delito y, sin embargo, la prescripción le favorece en la misma forma que al delincuente principal y el lapso de tiempo para que prescriba la acción en su contra puede, en ocasiones, ser demasiado corto.

En cambio, si se considera al encubrimiento como a un de

lito específico, la prescripción empezará a correr desde el momento en que el encubridor presta su ayuda o cooperación. Lo cual es consecuente con la idea de que debe responder de un delito y ser castigado el que lo haya cometido, pues no sería razonable que la acción penal contra un encubridor se extinguiera el día siguiente de que éste prestó su cooperación.

De acuerdo con este orden de ideas puede existir encubrimiento de un delito prescrito. Por ejemplo: la acción penal contra el autor de un robo se encuentra prescrita, y en tales circunstancias, confía éste a un tercero la guarda de las cosas robadas, siendo el encubrimiento un delito específico, no puede beneficiar al encubridor una prescripción que no se ha operado sino en favor del autor del robo. La prescripción de la acción penal por el robo comenzó a correr desde que se cometió la acción penal, y por el encubrimiento, comenzó a prescribir desde que el encubridor deja de tener a su cargo lo robado.

El considerar al encubrimiento como grado de coparticipación, implicaba el que, un encubridor puede ser acusado de cualquier delito; estimo lo anterior dada la naturaleza y el carácter del encubrimiento, en contra de la realidad, porque la actividad del encubridor no tiende a atacar ninguno de los bienes protegidos por la ley, tales como la vida y la integridad personal, el patrimonio, etc.

Estos ya han sido violados con anterioridad a la intervención del encubridor.

En cambio, si se considera el encubrimiento como un delito específico, éste tutela una objetividad jurídica bien definida y clara como lo es la pronta rápida administración de justicia por parte del estado. Pues quien encubre a otro que debe responder de un delito, prestándole ayuda o cooperación se opone al derecho y al deber que al estado asiste de hacer efectiva una administración de justicia rápida y eficaz. Re-

sulta, por tanto, evidente que el encubrimiento cuando se estructura como un delito especial, tiene como esencia el ser un delito contra la administración de justicia.

Nuestra legislación en su clasificación de los delitos, no incluye a los que por su naturaleza le son "contra la administración de justicia". Creo que, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, el encubrimiento debe ser considerado como un delito especial contra la administración de justicia.

Parece que la principal razón que tuvo la Comisión redactora del Código Vigente para no considerar al encubrimiento como delito específico fué la que el maestro José Angel y -- Luis Garrido (150) señalan diciendo; "En cuanto al encubrimiento hubo la tendencia de considerar tan sólo como tal, al que implica ayuda al delincuente sin previo acuerdo con él -- pues si existe acuerdo anterior más bien se trata de complicidad y esto, con el fin práctico de convertir al encubrimiento, así entendido en delito específico.

"Sin embargo no fué posible incluir todos los casos de -- encubrimiento, como figura delictiva especial; por la dificultad práctica en cuanto a la represión, ya se quedaría supeditado el éxito de un proceso por encubrimiento, al previo en que se declara la responsabilidad de los partícipes en el delito encubierto".

"Esta dificultad se resolvió creando un sistema mixto.."

Creo que la anterior dificultad no existe sino todo lo -- contrario; analicemos las dos situaciones que se presentarán o sean lo. Encubrimiento, en el cual se considera el encubridor como copartícipe del delito encubierto; es en este caso cuando se supedita el éxito de un proceso encubrimiento al -- previo en que se declare la responsabilidad de los partícipes. Pues el encubridor es responsable en nombre del delito común a todos, y si los copartícipes no son declarados responsables del delito encubierto, tampoco lo sería encubridor.

En consecuencia, en esta situación la dificultad en cuanto a la represión efectivamente existe.

Encubrimiento, en el cual considera al encubridor como autor de un delito específico contra la administración de justicia; aquí no existe problema, pues siendo un delito especial, no es necesario el proceso previo declarando la responsabilidad de los coparticipes. El delito de encubrimiento -- fué cometido y debe el encubridor ser castigado, aún y cuando los demás autores sean absueltos. No sería necesario que la persona a quien se presta ayuda o cooperación sea el autor de un delito como tal por la justicia. Bastaría que esta persona fuera presuntamente responsable.

150].- José Angel Ceniceros y Luis Garrido, La Ley Penal Mexicana, Ed. Botas, México 1934, pags. 37 y 38.

C O N C L U S I O N E S :

- 1.- Para que se de la participación en el delito es condición necesaria que dos o más personas quieran por medio del acuerdo de voluntades la ejecución de un mismo y realicen actos encaminados directa o indirectamente a su producción.
- 2.- Como consecuencia de la acepción antes señalada, la participación se integra con dos elementos esenciales: uno moral y otro material, el primero es el acuerdo de voluntades para cometer un delito determinado; y el segundo, el conjunto de actos externos de ejecución del mismo.
- 3.- En todo delito existe la fase interna y una fase externa, la primera comprende la concepción, la deliberación y la resolución, la segunda comprende: los actos preparatorios, la ejecución y la consumación. Constituyendo estas fases el "Iter criminis", que es el camino que recorre el delincuente para dar vida al delito.
- 4.- La participación puede presentarse en formas distintas: Según el modo que cada individuo participe en el delito, el cual puede ser autor, coautor y complice. Con relación al tiempo o momento, puede presentarse en tres formas: antes de su ejecución, simultaneo y posterior a la consumación del delito, esta última siempre que sea en virtud de promesas anteriores.
- 5.- El Derecho Positivo Mexicano al referirse a la unidad y pluralidad de delitos en la participación, se inclina por la primera, en virtud de la cual, se considera que la concurrencia de varias personas a la comisión de un hecho delictuoso no le quita a este su condición de hecho único -

ya que las distintas acciones a cargo de cada uno de los partícipes no constituyen otros tantos delitos.

- 6.- Considero que en la participación se pueden dar algunas circunstancias personales de alguno o algunos de los delinquentes sobre los copartícipes, esto es, cuando sean modificativas o calificativas del delito, perjudican o benefician a todos los que lo cometen con conocimiento de ellos.
- 7.- Por lo que hace a los delitos culposos con referencia a la participación, considero que se da esta, toda vez que aunque no hay intención de delinquir ni existe acuerdo de voluntades, se infringe el deber de cuidado.
- 8.- Cuando exista cooperación posterior a la consumación de un delito que sea prestada en cumplimiento de promesas anteriores si se da la participación.
- 9.- La mayor parte de las Legislaciones Iberoamericanas y -- Tratadistas mexicanos y es de mi opinión de igual forma que el encubrimiento es un delito específico y como tal debe considerarse, puesto que únicamente es regulado por el artículo 400 del Código Penal Mexicano (Vigente).
- 10.- Considero correcta la definición que dan los autores al referirse al encubrimiento cuando señalan que: El que -- con posterioridad a la ejecución de un delito y sin previo concierto con sus responsables los oculta, los protege, les facilita la fuga o les asegura impunidad por destruir las huellas o pruebas del delito o por esconder -- sus efectos o se beneficia lucrando con los objetos materiales en que a recaído la acción criminal o con sus -- efectos.

B I B L I O G R A F I A .

Abarca Ricardo, El Derecho Penal en México, Ed. Jus, México 1941.

Almaráz Harris José, Ciencia Penal, "El delincuente", Tomo II, México 1948.

Almaráz José, Exposición de Motivos del Código Penal de 1929 México 1931.

Almaráz José, Errores y Absurdos de la Legislación de 1931, México 1941.

Atwoud Roberto, Diccionario Jurídico, Editorial Librería Bazán, México 1946.

Balleve Pellise Faustino, Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito, México 1951.

Boletín de Información Judicial, Tomo VII, X, XI.

Carrara Francisco, Programa del Curso de Derecho Penal, Editorial, Tenis T.I., Bogotá 1962.

Carrara Francisco, Teoría de la Tentativa y la Complicidad, Editorial Gongorá y Cía., Madrid 1877.

Carrara Francisco, Teoría de la Tentativa y de la Complicidad o del grado de la fuerza física del delito, 2a. Edición, Editorial Gongorá, Madrid 1926.

Carranca y Trujillo Raúl, El Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1982.

Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 1978.

Ceniceros José Angel, Comentarios sobre el encubrimiento delictuoso, Criminalia XI, 1945.

Ceniceros José Angel y Luis Garrido, La Ley Penal Mexicana, Editorial Botas, México 1934.

Código Penal Mexicano, para el Distrito Federal.

Cortéz Ibarra Miguel Angel, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1971.

Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, "Parte General" Editorial Bosch, T. I., Barcelona 1960.

Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal I, 9a. Edición, Editorial Nacional, México 1951.

De P. Moreno Antonio, Curso de Derecho Penal Mexicano (parte especial), Editorial Jus, México 1944.

Fernández Doblado Luis, La Participación y el Encubrimiento, Criminalia XXV, Abril 1959.

Ferri Enrique, Sociología Criminal, Volumen II, Editorial centro editorial Gongorá, Madrid 1925.

Florían Eugenio, Derecho Penal "Parte General", 2a. Edición, T. II, Editorial Propagandista, Habana 1929.

Franco Sodi Carlos, Nociones de Derecho Penal "Parte General" Editorial Botas, México 1940.

Fernández León Gonzálo, Diccionario Jurídico, T. IV, Editorial ABC, Buenos Aires 1961.

García Zavalia Rafael, Autonomía del Delito de Encubrimiento, Revista de Derecho Penal, 1a. Sección, Buenos Aires 1945.

Garófalo Rafael, Criminología (Traducción de Pedro Bojarro), Editorial Daniel Jorro, Madrid 1912.

Gómez Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial - Cía., Argentina de Editores, Buenos Aires Argentina 1939.

Gómez Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Editorial - Cía., Argentina de Editores, Buenos Aires 1941.

González de la Vega Francisco, Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, México 1939 y 1982.

Henoch D. Aguilar, Hechos y Actos Jurídicos, en la doctrina y en la Ley II, Actos ilícitos y responsabilidad civil, Buenos Aires 1950.

Ichichizola Mario Dr., Enciclopedia Jurídica Omeba, T. XXIV y XXVI, Bibliografía Omeba, Buenos Aires 1967 y 1976.

Jiménez de Asúa Luis, Derecho Penal, Editorial Reus, S.A., - Madrid 1929.

Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1973.

Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 2a. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires 1958.

Jiménez de Asúa Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Editorial Losada, Buenos Aires 1959.

López Dupont Eduardo, El Delito de Encubrimiento, Tesis UNAM México 1964.

Manzini Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, Vol. II, Editorial Ediar, Soc, Amon, Editores, Buenos Aires 1957.

Manzini Vincenzo, Tratado de Derecho Penal (Traducción de Santiago Sentis Melendo y Mariano A. Rodin) T. 10 Vol. V., Buenos Aires 1961.

Millán Martínez Rafael, Anales de Jurisprudencia, T. 191, año 51, México 1984.

Martínez de Castro, Exposición de Motivos del Código de 1971 Editorial Ilustración, México 1883.

Nurman Rudorff Baltazar, El Delito de Encubrimiento, Tesis - UNAM, México 1959,

Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1982.

Peco José, Exposición de Motivos 1963.

Peréz Franco José M, Exclusión del encubrimiento de las formas de participación en el delito, Criminalia XI.

Pessina Enrrique, Elementos de Derecho Penal, Editorial Reus, España 1936.

Porte Petit Celestino, Revista Jurídica, Tomo IV, No. 5.

Quintano Ripolles, Comentarios al Código Penal, T.I. Madrid 1946.

Semanario Judicial de la Federación I. CIX, CX, CXI, CXII, - CIV, CXIV, CVIII.

Sodi Demetrio, Nuestra Ley Penal, T. I., Editorial Libreria de la Vda. de Ch. Boscret, Bouret 1917.

Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino, T. II, Editorial - Tipografía, Editora Argentina, Buenos Aires 1973.

Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino, T. V. Editorial Tipografía, Editora Argentina, Buenos Aires 1946.

Von Liszt Franz, Tratado de Derecho Penal, 2a. Edición T. III Madrid 1929.